76

Revista Jurídica del Notariado • octubre-diciembre 2010

76

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

octubre-diciembre 2010

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

PRÁCTICA NOTARIAL

ACTUALIDAD JURÍDICA

150 ANIVERSARIO 1862 - 2012
DE LA LEY DEL NOTARIADO

150

ANIVERSARIO 1862 - 2012 DE LA LEY DEL NOTARIADO

150 años de historia: una función de futuro

11º Congreso Notarial Español

"La Autonomía de la Voluntad"

2011

Marzo. Colegio Notarial de Andalucía
"La Autonomía de la Voluntad: planteamiento general"

Junio. Colegio Notarial de Galicia
"La Autonomía de la Voluntad en el Derecho de la persona, familia y sucesiones"

Septiembre. Colegio Notarial de Cataluña
"La Autonomía de la Voluntad en el Derecho mercantil"

Noviembre. Colegio Notarial de Valencia
"La Autonomía de la Voluntad en el Derecho patrimonial"

2012

Enero. Colegio Notarial de Murcia
"La Autonomía de la Voluntad: otras formas de expresión"

Marzo. Colegio Notarial del País Vasco
"La Autonomía de la Voluntad: conflicto interregional e internacional"

28 de mayo de 2012 **Colegio Notarial de Madrid**
Sesión Plenaria

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Número 76
octubre-diciembre 2010

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

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

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044
Depósito legal: GU-72/1992

Impreso en España – *Printed in Spain*

GRAFOFFSET, S.L.
C/ Los Herreros, 14 - Pol. Ind. Los Ángeles
28906 Getafe (Madrid)

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE
D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR
D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

SECRETARIO
D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS
D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
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. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José Carlos Sánchez González

Revista Jurídica del Notariado
Número 76, octubre-diciembre 2010

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Unión de hecho y matrimonio 11
José Javier Castiella Rodríguez

El enigmático artículo 172 CC español y sus secretos familiares 33
Gabriel García Cantero

La Transformación de sociedades. Particularidades de esta modificación estructural 63
Víctor Manuel Garrido de Palma

Coordinación del Catastro con el registro de la propiedad y con las escrituras públicas, y de todos ellos con la realidad (Cuarta parte) 95
Carlos Marín Calero

El registro de los documentos notariales en la Edad Media 247
Juan Alfredo Obarrio Moreno

La Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Diferencias y similitudes con el cumplimiento 271
Concepción Rodríguez Marín

Bioinvestigación responsable 301
Agustín Romero Pareja

La incidencia del Derecho Internacional Privado en el tráfico jurídico entre España y Marruecos en supuestos de crisis matrimonial 341
Carmen Ruiz Sutil

Incidencia en el ordenamiento jurídico español de la regulación de la garantía autónoma prevista por el Proyecto de Marco Común de Referencia 371
Isabel Zurita Martín

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda 429
Víctor Manuel Garrido de Palma

PRÁCTICA NOTARIAL

Notas sobre la nueva regulación de la cesión de tributos a las CCAA, la potestad normativa de estas y las normas de conflicto para determinar la aplicación de distintas leyes fiscales 439
Carlos Jiménez Gallego

Sobre la autorización judicial del artículo 166 del Código Civil: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 16 de febrero de 2010 455
José María Navarro Viñuales

Dictamen sobre la naturaleza y efectos de un crédito documentario internacional 471
Valerio Pérez de Madrid Carreras

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

De nuevo acerca de Europa, recepción, historia, literatura y arte 485
M.ª Lourdes Martínez de Morentin Llamas

Estudios de Derecho Comparado, de Gabriel García Cantero, Colección "El Justicia de Aragón", edición de "El Justicia de Aragón", Zaragoza, 2010 513
Por José Cerdá Gimeno

Introducción al Derecho Agrario. La organización jurídica de las explotaciones agrarias, de José A. Navarro Fernández, Editorial Tirant lo Blanch, Colección Manuales, Valencia, 2010 519
Por José María de la Cuesta Sáenz

Las fundaciones: dotación y patrimonio, de María Eugenia Serrano Chamorro, prólogo de I. Serrano García, 3.ª edición actualizada, Editorial Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010 523
Por José María de la Cuesta Sáenz

ESTUDIOS DOCTRINALES

UNIÓN DE HECHO Y MATRIMONIO

José Javier Castiella Rodríguez
Notario

La evolución que, en los últimos decenios, se ha producido, en general en el Occidente desarrollado y en especial en España, tanto en la extensión social como en la regulación de la unión de hecho y del matrimonio, justifican la reflexión que me propongo hacer sobre cada una de ellas y la relación actualmente existente entre ambas para, de este modo, fundamentar una opinión de política legislativa al respecto (1).

Iniciada la segunda mitad del siglo pasado, se produce el comienzo de un nuevo comportamiento social en sede de sexualidad y afectividad heterosexual. Se trata de la unión de hecho de hombre y mujer, no esporádica ni oculta, sino con pretensiones de estabilidad, de presentarse como alternativa al matrimonio, libremente elegida por sus protagonistas.

Esta nueva "moda social" va extendiéndose gradualmente y sus partidarios la consideran preferible al matrimonio, por razones que podemos exponer del siguiente modo:

1. Es la expresión nítida del "amor libre", sin someterlo a los formalismos, vínculos jurídicos, prohibiciones, obligaciones y cortapisas del matrimonio tradicional.

(1) Quedan, por lo tanto, excluidas de estudio las uniones de hecho que tienen su origen en la falta de cultura de quienes las protagonizan, lo cual es frecuente en Latinoamérica; las resultantes del llamado "matrimonio por etapas" de algunos países de Asia, en los que culturalmente se indica la convivencia previa al matrimonio hasta la concepción o nacimiento del primer hijo, o las que se realizan por razones económicas o para evitar dificultades legales.

Se cuestiona la posibilidad de un consentimiento matrimonial que dé origen a un vínculo fiel, fecundo e indisoluble.

2. En España encuentra su fundamento constitucional en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los unidos de hecho, recogido en el artículo 10 de nuestra Carta Magna y en el artículo 39 de la misma, ya que la familia protegida por nuestro Ordenamiento Jurídico no es solamente la que tiene su origen en el matrimonio, sino cualquier otra fórmula o modelo de convivencia.

3. Se presenta como el "modelo de progreso", frente al modelo de familia tradicional fundada en el matrimonio. Este último, en el mejor de los casos, se ve como una realidad utópico-ilusoria, a la que solo podrían acceder personas con una preparación especialísima.

Inicialmente estas pretensiones de los unidos de hecho no tienen respaldo alguno normativo y tampoco encuentran apoyo jurisprudencial. En el Código Civil de 1889 rige el principio de familia legítima y, tanto los unidos de hecho como los hijos de tales uniones carecen de protección jurídica institucional: no existen derechos sucesorios, ni de alimentos del unido de hecho, y los hijos tienen simplemente un *status fillii,* careciendo de un *status familiae.*

Esta situación comienza a cambiar con la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, en la que, bajo el lema de que no hay hijos ilegítimos sino padres ilegítimos, se modifica la normativa de filiación en nuestro Ordenamiento, introduciendo el principio de equiparación jurídica de la filiación matrimonial y extramatrimonial.

Con ello se evita la marginación y postergación de los hijos extramatrimoniales, pero simultáneamente se introduce una fisura en el principio de familia legítima, fundada en el matrimonio, y se sientan las bases para la igual consideración de los distintos modelos de familia. Por otra parte la reforma, de modo inconsecuente con el lema que le sirvió de justificación, equipara las filiaciones matrimonial y extramatrimonial, pero no sanciona ni desincentiva de modo alguno el supuestamente ilícito comportamiento de la "paternidad ilegítima", lo que, a mi modo de ver, evidencia la hipocresía implícita en el eslogan utilizado como motor de la reforma.

En la misma línea y con mayor calado, la Ley de 7 de julio de 1981 reforma igualmente el Código Civil introduciendo el divorcio (2).

Doctrinalmente, en la década de los ochenta van surgiendo estudios y trabajos sobre la unión de hecho, cuyos autores toman partido por la misma, como hecho valorado socialmente y al que no se hace justicia desde las leyes y los tribunales. Consideran progresista el reconocimiento de efectos a las uniones de hecho y reaccionarias las discriminaciones negativas que dichas uniones de hecho sufren como consecuencia del silencio legal y del rechazo jurisprudencial (3).

A nivel normativo, en el orden civil, la primera asimilación específica del unido de hecho al casado se produce con ocasión de la reforma en materia de adopción, llevada a cabo mediante Ley 21/1987, de 11 de noviembre, cuya Disposición Adicional Tercera dice: *"Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal".*

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, concede prácticamente los mismos derechos en esta materia, tanto a las personas casadas como a los unidos afectivamente sin vínculo matrimonial. (Se confirma en el art. 9-3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que deroga la anterior) (4).

Durante los años siguientes todavía las pretensiones jurídico-patrimoniales de los unidos de hecho, basadas en la existencia y acreditación de tal unión, se estrellan en los tribunales. El argumentario de

(2) Las reformas de la filiación y el divorcio suponen, respectivamente, la primera y la más importante aproximación institucional del matrimonio a la unión de hecho. La reforma de la filiación conlleva la desaparición del principio de familia legítima, y la del divorcio implica que el vínculo generado por el válido consentimiento matrimonial de los contrayentes puede devenir ineficaz por la voluntad de estos, o de uno de ellos. Este proceso de aproximación se acentuará con la reforma de 1 de julio de 2005, de la que posteriormente nos ocuparemos.

(3) Entre otros, FOSAR BENLLOCH, Enrique: "La Constitución española de 1978 y la unión libre", en RJC, 1982, y ESTRADA ALONSO, Eduardo: en su monografía *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, publicada por Civitas en 1986.

(4) Hay otros textos legales en los que se produce esta asimilación entre cónyuge y conviviente de hecho: Código Penal (arts. 11 y 18), Ley sobre el derecho de Asilo, de 26 de marzo de 1984 (art. 10).

las resoluciones judiciales denegatorias de tales demandas de pensión, de derechos sucesorios, etc., se mueve alrededor de un eje: la familia protegida constitucionalmente en el artículo 39 de nuestra Carta Magna es la fundada en el matrimonio. Las uniones de hecho tienen su apoyo constitucional en el principio de libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10 del mismo texto constitucional, pero no pueden los unidos de hecho pretender idéntica protección a la derivada del matrimonio ya que, pudiendo optar por él, lo desecharon voluntariamente, eligiendo otra opción, la unión de hecho, que carece de ese privilegiado trato o protección.

Asimismo, no cabe la aplicación analógica de las normas sobre matrimonio, porque "*se reconoce una especie de «reserva de ley» para el tratamiento jurisdiccional de la familia creada al amparo de una unión de hecho, que se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 39 y 53 de la Constitución"* (5).

Esta situación se mantiene, en lo que a la jurisprudencia se refiere, el primer quinquenio de los años noventa. Durante estos años sigue creciendo el número de las uniones de hecho, que, aun siendo muy minoritarias comparadas numéricamente con los matrimonios celebrados (6), sin embargo van ganando progresivamente en aceptación social. Han dejado de ser una realidad marginal como lo fue la histórica barraganía (7) y se van convirtiendo en un símbolo de progreso, que viene de los países más desarrollados, especialmente los países nórdicos y EEUU, donde el fenómeno crece de un modo gradual e imparable (8).

---

(5) TORRES ESCÁMEZ, Salvador: "La sucesión mortis causa del conviviente uxorio", en *Parejas de hecho*. Ilustre Colegio Notarial de Granada. 1996, p. 125, recogiendo el argumentario de la STS de 30 diciembre de 1994.

(6) Según el Censo de 2001, las uniones de hecho eran 550.000 y suponían el 6 por 100 del total de parejas, mientras que en 2008 han superado los 1,2 millones y representan el 11 por 100 del total, habiendo crecido en un 121 por 100 en este período de siete años. Los datos de 2008 proceden de información facilitada por el Instituto de Política Familiar (IPF). No es ajeno a este espectacular crecimiento de las uniones de hecho en este corto período de tiempo el hecho de que durante el mismo se publican las normas autonómicas que le dan carta de naturaleza como fenómeno social aceptado y regulado.

(7) En este sentido, la sentencia del TS de 8 de marzo de 1918, que declara la ilicitud de un convenio que establecía un estado continuado de mancebía, por ser contrario al orden público y a las buenas costumbres.

(8) Varios países han dotado de un estatuto jurídico orgánico, más o menos amplio, a las uniones no matrimoniales. Así, por ejemplo, sucede en

En la década de los noventa se produce un punto de inflexión en orden a la aceptación social, jurisprudencial y legal de la unión de hecho como modelo de familia alternativo a la fundada en el matrimonio. A lo largo de este decenio asistimos en España a un cambio de actitud.

En los inicios de la misma, con la salvedad indicada, no hay regulación central ni autonómica que se ocupe específicamente de la unión de hecho. Solamente referencias normativas marginales (9). No obstante, son varios los municipios españoles que, a partir de 1994 (10), ponen en marcha registros de uniones de hecho (Vitoria, Algeciras, Granada…) y, al final de la misma, se inicia la publicación de normas autonómicas que hacen una regulación específica de la unión de hecho (11).

También durante esta década irá progresivamente cambiando el criterio jurisprudencial, en orden a la aceptación de las pretensiones de los unidos de hecho. Lo que comenzaron siendo votos particulares (12)

Dinamarca, desde 1989; en Noruega, desde 1993; en Groenlandia, desde 1994; en Suecia, desde 1995; en Islandia y Hungría, desde 1996; en Holanda, desde 1998; en Francia, que aprobó, tras un largo e intenso debate social y político, el llamado Pacto Civil de Solidaridad, en octubre de 1999.

(9) La vida marital como equivalente al matrimonio en cuanto a la pérdida del usufructo de fidelidad en el Fuero Nuevo de Navarra.

(10) En este mismo año, la reforma de los arrendamientos urbanos, llevada a cabo por Ley de 21 de noviembre de 1994, en sus artículos 12 y 16, introduce la asimilación del conviviente al cónyuge, incluso con independencia de su orientación sexual.

(11) Es sumamente discutible la constitucionalidad de estas normas, al menos en algunas de las Comunidades Autónomas que las han promulgado, pero no es el tema de este trabajo indagar en la misma.

(12) Es relevante en este sentido el voto particular del magistrado Sr. GIMENO SENDRA en la sentencia del TC de 15 de noviembre de 1990, en el que se afirma que su *"discrepancia se ciñe a determinadas afirmaciones efectuadas en el fundamento jurídico tercero, conforme a las cuales las denominadas uniones conyugales de hecho carecen de protección constitucional alguna. Ciertamente, el derecho a contraer matrimonio es un derecho expresamente reconocido en la Constitución española (art. 32-1), pero de esa declaración no se infiere, en mi opinión, que la constitución no reconozca un pretendido derecho a formar una unión de hecho, ni que la familia no matrimonial permanezca, a nivel constitucional, desprotegida".* Para el magistrado disidente la familia protegida en el artículo 39 no es solamente la matrimonial del artículo 32, de modo que *"tan familia es la unión de dos*

se convierte en postura mayoritaria (13). Es de notar que este cambio se produce antes de las modificaciones normativas y en aplicación e interpretación de los mismos textos constitucionales.

Cabe preguntarse si este cambio radical de rumbo hermenéutico tiene suficiente fundamento en el artículo 3 del CC, por la vía de la distinta realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, de modo que se llegue a planteamientos antitéticos de los que anteriormente se defendían, partiendo de los mismos textos legales.

Las leyes autonómicas sobre parejas de hecho comienzan con la **Catalana**: Ley 10/1998, de 15 de julio, seguida de la **Aragonesa**: Ley 6/1999, de 26 de marzo, modificada por Ley 2/2004, de 3 de mayo; la **Navarra**: 6/2000, de 3 de julio; la Ley **Valenciana** 1/2001, de 6 de abril; la Ley de **Baleares** 18/2001, de 19 de diciembre; de **Madrid**: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, y Decreto 134/2002, de 18 de julio: Reglamento de dicha ley; la **Asturiana**, Ley 4/2002, de 16 de diciembre; la de **Andalucía**, Ley 5/2002, de 16 de diciembre; la de **Canarias**, Ley 5/2003, de 6 de marzo; la de **Extremadura**, Ley 5/2003, de 20 de marzo, y la Ley del **País Vasco** 2/2003, de 7 de mayo; **Cantabria**, Ley 1/2005, de 16 de mayo.

Además, en Galicia la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, que regula el Derecho Civil de Galicia, en la redacción dada a dicha Disposición Adicional 3.ª por la Ley 10/2007, de 28 de junio, establece un principio de equiparación al matrimonio de las parejas estables o uniones de hecho que se inscriban en el Registro de Parejas Estables regulado por el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre.

En las Comunidades Autónomas de Castilla-León y Castilla-La Mancha se han constituido sendos Registros de uniones de hecho,

---

cónyuges que, en su día, suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio, como la unión afectiva y estable de una pareja".

(13) A partir de la sentencia del TC de 11 de diciembre de 1992 se convierte en lugar común el razonamiento según el cual nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio. Es cierto que ello se produce de un modo gradual. Se parte del principio de no equivalencia defendido hasta entonces, pero limitando la diferenciación en efectos de matrimonio y unión de hecho, por aplicación del principio de igualdad jurídica del artículo 14.

de corte casi idéntico, que en el apartado efectos no conceden otros que los que las leyes del Estado o de la respectiva Comunidad Autónoma concedan a tales uniones. Las normas que los regulan son: Decreto 124/2000, de 11 de julio, para Castilla-La Mancha y Decreto 117/2002, de 24 de octubre, para Castilla-León.

Los criterios normativos no son idénticos. Si bien todas ellas responden al mismo principio legitimador de la unión de hecho, a la que se dota de un marco jurídico de efectos, lo cierto es que estas leyes resultan bastante divergentes en la regulación. En algunas de ellas es necesaria la inscripción en el Registro creado al efecto, en otras, en cambio, basta el transcurso de un año de convivencia para quedar sujeto a la normativa. En algunas se concede a los convivientes derechos sucesorios en la herencia del compañero/a, en otras no. En algunas se concede a las parejas de hecho la posibilidad de adoptar, en otras no. En algunas se prevé la posibilidad de reclamación de derechos por separación, en otras no.

Si tenemos en cuenta que la realidad social no se diferencia respecto del supuesto regulado en las distintas Comunidades Autónomas, estas diferencias normativas cuando menos resultan sorprendentes y de muy cuestionable justificación.

Desde el punto de vista de la constitucionalidad de tales leyes habría muchas consideraciones que hacer al respecto, en cuyo estudio no procede entrar por no ser el objeto del mismo (14).

A estas críticas debe añadirse la relativa a los criterios de Derecho Interregional con los que, en cada una de ellas, se determina su ámbito de aplicación territorial o personal. Son cinco diferentes criterios los que encontramos a lo largo de las leyes mencionadas y tan incompatibles entre sí que generan abundantes conflictos normativos (15).

---

(14) Un examen detallado de los motivos de inconstitucionalidad resulta de la ponencia presentada por D. Manuel PULIDO QUECEDO, el 5 de noviembre de 2010, en el Aula Foral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, con el título *"Cuestiones constitucionales en torno a la ley foral de parejas estables".*

(15) Sobre esta cuestión, para un examen detallado de las incongruencias producidas por los distintos criterios seguidos en la determinación del ámbito de aplicación de las distintas leyes autonómicas sobre parejas estables, se puede consultar la ponencia presentada por D. José Luis IRIARTE ANGEL en el Aula Foral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nava-

En definitiva, en casi todas las Comunidades Autónomas españolas, pero no en todas ellas (16), existe en la actualidad una regulación específica de las uniones de hecho que, con distintos grados y efectos, supone para quienes se acogen a ella o simplemente quedan incluidos en los supuestos de hecho en la misma regulados, un cuadro de efectos análogo cuando no idéntico al del matrimonio.

Los Tribunales cambian también de actitud, generándose un giro copernicano en el argumentario. Ya no se trata de limitar las diferencias institucionales con el matrimonio por la vía argumental del principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución. Ahora ya claramente se afirma que la familia protegida por la Constitución no es, en exclusiva, la que tiene su origen en el matrimonio.

La reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley 15/2005, de 8 de julio, da un paso más en la misma dirección, regulando el divorcio con tal amplitud que hace decaer el vínculo resultante del matrimonio hasta niveles más propios de la unión de hecho.

Después de esta reforma, las regulaciones resultantes de la unión de hecho y el matrimonio no es que se aproximen sino que prácticamente se funden, de modo que las únicas diferencias apreciables, en la práctica, son las formalidades exigidas en el matrimonio para su acto inicial de constitución y de extinción pero, en cambio, todo lo relativo a los derechos y obligaciones dimanantes de una u otra unión, las causas y requisitos necesarios para la válida constitución y la disolución, en definitiva, lo sustantivo y no puramente formal de la regulación, resulta idéntico en ambas modalidades de unión.

Cabe preguntarse por el fundamento de esta orientación normativa. Hay varios escalones de profundidad ideológica en el mismo. El primero de ellos, manifestado en la exposición de motivos de la última ley citada, es la defensa y ampliación a ultranza de la libertad individual de los cónyuges para disponer, incluso unilateralmente, del vínculo matrimonial. Este mismo objetivo teleológico está presente y subyace en todas y cada una de las regulaciones autonómi-

---

rra, el 5 de noviembre de 2010, con el título *"Conflictos de leyes internos, Constitución y ley foral 6/2000".*

(16) En este momento no ha legislado al respecto la Comunidad Autónoma de La Rioja. En dicha comunidad las uniones de hecho carecen, por tanto, de un cuadro de efectos jurídicos.

cas sobre la unión de hecho. Es más, en estas últimas, podríamos decir que forma parte de su entraña sustancial (17).

Siendo así las cosas, procede preguntarse si no habrá llegado el momento, por economía normativa, de unificar la regulación en una única institución.

La respuesta a este interrogante, si nos limitamos a una observación puramente positivista de las regulaciones comentadas, tendría que ser un tajante "sí".

Pero en este caso no se agota la realidad en la regulación vigente, ni en el fundamento que la anima. Llegados a este punto procede preguntarse: ¿Es este de la libertad individual de los adultos que se unen, el único fin perseguible en una normativa de la que depende el relevo generacional de una sociedad? ¿Existen otros? Si existen, ¿cuáles son y de qué modo deben jerarquizarse entre ellos? De la respuesta a estos interrogantes resultará una opinión fundada sobre la política legislativa adecuada para la regulación del matrimonio.

Quizás, con carácter previo, procede justificar la afirmación realizada sobre el relevo generacional. Aunque existen actualmente otros medios de reproducción humana artificial, lo cierto es que la práctica totalidad del relevo generacional viene produciéndose a través de la procreación realizada por las parejas heterosexuales, sean estas matrimoniales o no. Felizmente, sigue quedando lejos de la realidad social actual la descrita en el "mundo feliz" de Aldous HUXLEY, donde la reproducción humana pasa a ser una industria de laboratorio, en la que se producen clones humanos condicionados para el trabajo y función que han de desarrollar, en función de las necesidades previstas por el Estado y en la que los conceptos de maternidad, paternidad y familia son no solamente obsoletos sino malditos y perseguidos.

Del hecho de que el relevo generacional depende de la procreación de hijos en el seno de las parejas heterosexuales, matrimoniales o no, deriva una consecuencia: el auge y mejora o el declive y decadencia de esa sociedad dependen de cómo las parejas hete-

(17) Si seguimos preguntándonos por el porqué de esta, no solo prioridad sino también monopolio teleológico de la libertad individual, encontramos un segundo escalón en la ideología de género. Para una explicación más detallada de la misma en relación con este tema, consúltese mi ensayo "La vulnerabilidad del menor", *Revista Jurídica del Notariado,* enero-marzo de 2010, p. 205.

rosexuales, en su función procreadora y educadora, cumplan estos objetivos: fecundidad y estabilidad.

¿Por qué estas variables y no otras? Porque estas variables son las determinantes del cumplimiento mejor o peor de la función social de relevo generacional, en sus dos facetas básicas: generación de nuevos ciudadanos y educación y desarrollo adecuado de los mismos. Sin fecundidad la sociedad languidece y se acaba, sin estabilidad en los núcleos familiares en los que se crían y desarrollan los hijos, estos de algún modo se malogran como adultos.

Ambas facetas son, por lo tanto, termómetro adecuado para valorar la idoneidad de cada una de las opciones. Estas no deben valorarse únicamente como resultados del ejercicio de la libertad individual. Además y por encima de tal ejercicio, cumplen una función social, la indicada, y es por tanto lógico que el legislador las valore, promueva o restrinja como desiguales, en función de los resultados que socialmente producen.

Está, por tanto, plenamente justificado el estudio comparativo, en el que a continuación entramos, de las dos variables indicadas.

Una sociedad que tenga un índice sintético de fecundidad inferior a 2,1 hijos de media por mujer, será una sociedad en decadencia demográfica.

En el caso de España el índice sintético de fecundidad está muy por debajo del exigible para el simple mantenimiento de la población actual. Ello, unido a que anteriormente no fue así, conlleva además un proceso de envejecimiento en la pirámide de población, con los inconvenientes derivados de una menor base de población joven productiva y un creciente sector de población de tercera edad (18).

(18) Según los Indicadores Demográficos Básicos del Instituto Nacional de Estadística, el Índice Sintético de Fecundidad en España era, en 1975, de 2,803 hijos por mujer, esto es, de una sociedad en crecimiento demográfico. A partir de 1981 cae por debajo del 2,1, que es el nivel de sostenibilidad (1980: 2,215 y 1981: 2,036). Su nivel más bajo lo tiene en 1998: 1,155, y en 2008: 1,458, como consecuencia de la alta fecundidad de algunos sectores de inmigración, pero seguimos estando muy lejos del simple relevo mantenido de población.

Para un estudio más detallado de la situación demográfica actual en España y sus previsibles consecuencias a medio plazo, puede consultarse el trabajo de Alejandro MACARRÓN LARUMBE: "El entorno demográfico de España en los próximos diez años. De dónde venimos, dónde estamos y qué cabe

Una sociedad en la que la estabilidad de las parejas heterosexuales sea alta, estará en mejores condiciones de educar a los hijos de la siguiente generación. Si esa estabilidad disminuye, si aumenta la violencia en su seno, dado que las mismas son variables de enorme importancia educativa, empeorarán las condiciones de adecuado desarrollo de los menores que constituyen su relevo generacional y por tanto la calidad del mismo.

Es cierto que el óptimo desarrollo de los hijos menores depende de otras muchas variables: culturales, económicas y, por supuesto, personales, sobre las que no incide la normativa familiar. Pero es igualmente cierto que, a igualdad del resto de variables, una determinada política legislativa en Derecho de Familia tiene evidentes repercusiones, positivas o negativas, en la sociedad resultante.

Será bueno indagar de qué modo se cumplen, o incumplen, estos fines en la unión de hecho y el matrimonio para tener un criterio de valoración de los mismos como alternativas para una adecuada política legislativa en esta materia. En las circunstancias actuales de España, será mejor alternativa reproductiva aquella en la que se cumplan de modo más eficaz estos dos fines de fecundidad y estabilidad, de los que está necesitada la sociedad española. Esto significa valorar dichas alternativas, no solamente desde la perspectiva de la libertad individual de sus protagonistas, sino también por sus frutos: hijos habidos y sociedad resultante.

A) FECUNDIDAD. Ateniéndonos a los datos facilitados por el Censo de 2001 en España (19), en el estudio comparativo que, a tal efecto, se recoge para matrimonios y uniones de hecho, nos encontramos la siguiente tabla:

esperar del factor demográfico en esta década", Madrid, 23 de noviembre de 2010.

(19) Los datos están tomados de la tabla 3: Comparación de las características socio-demográficas de las mujeres de 15 a 49 años en pareja de hecho y matrimonio, incorporada al trabajo "Matrimonios sin papeles: perfil sociodemográfico de las parejas de hecho en España según el Censo de 2001", de Teresa CASTRO MARTÍN y Marta DOMÍNGUEZ FOLGUERAS, publicado en *Política y Sociedad*, 2008, vol. 45, núm. 2, p. 60.

— En las parejas de hecho, el 53,6 por 100 no tienen hijos; el 25,2 por 100 tienen un hijo; el 15,5 por 100 tienen dos hijos y el 5,7 por 100 restante tienen tres o más hijos.

— En los matrimonios, el 19,8 por 100 no tienen hijos; el 27,2 por 100 tienen un hijo; el 40,6 por 100 tienen dos hijos y el 12,4 por 100 tienen tres o más hijos.

Del estudio comparativo resulta que la fecundidad de los matrimonios casi triplica a la de las uniones de hecho. Por tanto, en la medida en que aumente el número de las uniones de hecho, en detrimento del número de matrimonios, oscilará a la baja el índice de fecundidad de la sociedad española.

B) ESTABILIDAD. La mayor o menor estabilidad de las uniones de hecho, en comparación con los matrimonios, tiene relación directa con el desarrollo adecuado de los hijos habidos en unas u otros. Para la explicación detallada relativa a dicha relación me remito a lo expuesto al respecto en mi ensayo sobre "modelos de familia" (20).

Los estudios comparativos sobre estabilidad de las uniones matrimoniales y de hecho son muy abundantes en EEUU, donde el fenómeno de la unión de hecho tiene más recorrido cronológico y, por tanto, más base de datos para este tipo de estudios. En efecto, en dicho país, desde 1970 hasta 2008 el porcentaje de adultos casados ha disminuido del 78,6 por 100 al 57,2 por 100. En 1960 había 439.000 parejas de hecho, mientras que en 2007 eran 6.400.000.

El cincuenta por ciento de los hijos nacidos en una unión de hecho ven separarse a sus padres antes de cumplir los cinco años, lo cual es indicio de una enorme inestabilidad de estas y una mala aptitud para cumplir su función educativo-afectiva respecto de los hijos. Este porcentaje, en el caso de los hijos matrimoniales es del quince por ciento, lo cual da una idea de las diferencias de estabilidad entre matrimonio y unión de hecho (21).

(20) Dicho ensayo fue publicado en el *Libro homenaje a Don Juan Francisco Delgado,* editado por Civitas, 2007, p. 317.

(21) La información recogida en el texto procede del "Marriage Index" de 2005, auspiciado por el *Institute for American Values* y el *National Center of African American marriages and parenting.*

En todos los estudios focalizados en la comparación sobre estabilidad, se evidencia que los matrimonios son más estables, esto es, más duraderos que las uniones de hecho, lo que significa que la probabilidad de que un niño padezca las consecuencias de una familia desestructurada en su infancia, con el consiguiente daño para su desarrollo, es mayor si ha nacido en el seno de una unión de hecho que en el de un matrimonio (22).

En España se produce la misma realidad sociológica, aunque el número de estudios que la confirman es muy inferior y de menor fiabilidad, por dos razones: la mayor proximidad en el tiempo del inicio del fenómeno de la unión de hecho como moda social, y la dificultad específica de observación estadística del mismo. En este sentido, se afirma en un estudio reciente sobre la materia que "*las rupturas de las parejas de hecho, únicamente pueden generar procesos judiciales en caso de contencioso sobre bienes comunes y custodia de hijos; y si se da este caso, dichos procesos tampoco forman parte de las estadísticas judiciales de divorcios y separaciones legales, porque no lo son, sino que aparecen dentro de la categoría genérica de «procesos judiciales de familia». O sea, que por esta vía tampoco se pueden rescatar «estadísticamente» estas rupturas"* (23).

A pesar de tales dificultades, van apareciendo estudios e información estadística que, aunque de modo parcial, nos permiten observar el fenómeno comparativamente con el matrimonio.

En información aparecida en la página web "custodiacompartida.org" el día 20 de agosto de 2010, se hace constar que "*la crisis de la familia no es un fenómeno exclusivo de los matrimonios tradiciona-*

(22) Entre los muchos estudios sobre el particular, confirmando lo recogido en el texto, podemos señalar los siguientes:

* *Axinn, William, and Arland Thornton: 1992. "The Influence of Parental Resources on the Timing of the Transition to Marriage."*

* *Thornton, Arland; William, Axinn, and Yu Xie: 2007. Marriage and Cohabitation. Chicago: University of Chicago Press. Abstract.*

* L. WU, L. BUMPASS, and K. MUSICK: 2001. Historical and life course trajectories of nonmarital. Childbearing. *Out of Wedlock: The Causes and Consequences of the Rise in Nonmarital Fertility*. New York: Russell Sage Foundation. 3-48.

(23) El estudio denominado "*El registro estadístico de las rupturas de unión en España. Evaluación e ideas para avanzar desde la demografía*", de Carles SIMÓ y Montse SOLSONA (Universitat de València y Universitat Autònoma de Barcelona).

les. En contra de lo que se pueda pensar, el porcentaje de parejas de hecho –con o sin hijos– que se han separado o disuelto su relación supera al de separaciones y divorcios de matrimonios tradicionales, bien sean religiosos o civiles". Esta afirmación se documenta más adelante con el siguiente texto: *"El pasado año llegaron a los cinco juzgados de familia existentes en Sevilla un total de 600 casos de disolución de parejas de hecho que tenían hijos… El pasado año en la provincia de Sevilla se inscribieron 975 parejas de hecho, de las que 421 lo hicieron en la Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad de la Junta de Andalucía y otras 534 se registraron en diferentes ayuntamientos de la provincia… En cuanto a la disolución de estas uniones, 600 de ellas acudieron a los Juzgados de Familia, al tener hijos, aunque otras muchas parejas, sin descendencia, acudieron directamente al registro para darse de baja o, en caso de desavenencia, al Juzgado de 1.ª Instancia."*

Ciertamente la información no es muy completa pero sí suficientemente indiciaria de un elevadísimo porcentaje de rupturas de uniones de hecho, precisamente documentado numéricamente en el sector que, a los efectos de la exposición, más nos interesa: las uniones con hijos.

El fenómeno de la unión de hecho es creciente cada año respecto de los anteriores. Ello significa que el número de 975 uniones de hecho que se da para 2009 es, con toda probabilidad, el más alto, lo que significa que las uniones de hecho de los años anteriores serán normalmente inferiores en número. Teniendo en cuenta que el fenómeno, como realidad social registrable, es relativamente reciente, el número de uniones de hecho totales, del que deducir el porcentaje que suponen las rupturas en un año, no resulta muy alto. Aunque el número de las rupturas lo es sobre el total de las existentes en ese año, dato no facilitado, sí podemos comparar el mismo con el de los divorcios respecto de los matrimonios celebrados en el año.

Tal como veíamos antes, con los datos del Censo de 2001, más de la mitad de las uniones de hecho, el 53,6 por 100, no tienen hijos. Suponiendo que estos porcentajes se mantengan en 2009, esas 600 rupturas de unión de hecho se producen en el 46,4 por 100 de las uniones de hecho que tienen hijos. No se nos da información sobre el número de rupturas entre las uniones de hecho sin hijos. No hay motivos para suponer que el porcentaje de rupturas sea en este caso igual. Puede ser inferior por una razón de tipo psi-

cológico: los hijos, como carga de crianza y educación, están reñidos con la falta de actitud de compromiso que caracteriza a los unidos de hecho. Podría, por ello, darse el caso de que el porcentaje de rupturas entre los unidos de hecho sin hijos fuera inferior. No obstante, aunque sean menos las rupturas de unidos de hecho sin hijos, unidas a las 600 aludidas, nos da un porcentaje elevadísimo sobre el número de las uniones de hecho producidas en el mismo año y desde luego porcentualmente muy superior al de divorcios para el mismo año, a pesar del crecimiento exponencial que la ley llamada del "divorcio exprés" ha producido en estos.

En efecto, la tasa de nupcialidad en España (24) ha ido disminuyendo a partir de 1980, pasando en los últimos 25 años del 5,88 al 4,82. En términos absolutos, a pesar de que la población española ha crecido en siete millones de habitantes en este tiempo, el número de bodas ha permanecido prácticamente estancado en 208.000 al año.

En cuanto a los divorcios, su número ha ido creciendo desde su implantación en 1981, de un modo gradual hasta 2004, en que se sitúa en 50.974 y de un modo exponencial, con la entrada en vigor del divorcio exprés, que da un número de divorcios, para 2005, de 93.615 (25).

Pues bien, no obstante todo ello, el porcentaje de divorcios y separaciones, respecto del de matrimonios contraídos, es netamente inferior al correspondiente a las uniones de hecho: menos del cincuenta por ciento de divorcios, más del setenta por ciento de "desuniones" de hecho.

Otro indicador social, que tiene íntima relación con la estabilidad, es el de la violencia doméstica en el seno de las uniones de hecho y en los matrimonios. En el año 2008 se produjo un homicidio cada 311.000 matrimonios y uno cada 25.500 uniones de hecho, es decir, doce veces más en las uniones de hecho. Si tenemos en cuenta

(24) Tasa de nupcialidad: número de matrimonios por cada mil habitantes.

(25) Esta cifra engloba la anterior de separaciones que, con la nueva normativa, se convierten, en la práctica totalidad, en divorcios. Cuestión deontológica elemental es no manipular las fuentes. En nuestro caso las fuentes utilizadas son el Instituto Nacional de Estadística para los datos anteriores a 2005, y los ofrecidos por el Ministerio de Justicia para los posteriores. En los demás casos los datos resultan de los trabajos y página web que se citan.

que en los últimos siete años se ha producido un crecimiento de las uniones de hecho del 121 por 100, la consecuencia es que dicho crecimiento ha llevado aparejado un notable incremento de los homicidios de pareja, que han pasado de 51 en 2001 a 81 en 2008, mientras que los homicidios en el seno de matrimonios han disminuido desde 2003 a 2008, sin que haya disminuido el número de matrimonios, que se ha mantenido estabilizado en 208.000 anuales. Por último, en este año 2008 se produjeron 18.129 órdenes de protección sobre 10.645.400 matrimonios y 23.310 órdenes de protección sobre 1.223.700 uniones de hecho, lo que significa que por cada orden de protección que se produce en un matrimonio, se producen más de diez órdenes de protección en las uniones de hecho.

De todo ello se deduce que el matrimonio es el lugar donde menos violencia en la pareja se produce, convirtiéndolo en el mejor antídoto de la violencia llamada de género (26).

Llegados a este punto, conviene ya olvidarse de números, porcentajes y datos estadísticos, para comenzar una reflexión seria y rigurosa sobre lo que estas cifras nos están indicando.

En términos de fecundidad, que es necesaria a la sociedad española en la situación actual, y en términos de estabilidad y paz afectiva, que es sumamente conveniente para el adecuado desarrollo de los menores, el matrimonio se muestra como institución netamente superior, a pesar de los muchos pesares por los que últimamente se le ha hecho pasar legislativa y mediáticamente, netamente superior, digo, a la unión de hecho.

Para entender por qué esto es así conviene que centremos la atención en la actitud con la que los protagonistas de matrimonios y uniones de hecho afrontan la elección entre una y otra opción. A pesar de los esfuerzos del legislador por difuminar hasta la práctica identificación las fronteras entre la unión de hecho y el matrimonio, lo cierto es que la percepción que de uno y otra tiene el ciudadano de a pie es muy distinta. La clave de bóveda de la diferencia se llama **compromiso.** El compromiso de vida es el gran ausente de los unidos de hecho, que hacen una apuesta a corto plazo, o mejor, una apuesta de presente, sin pretensión de futuro, sometida a la permanente condición de que subsistan las circunstancias que

(26) Mariano MARTÍNEZ-AEDO, vicepresidente y portavoz del Instituto de Política Familiar (IPF).

les hacen deseable hoy la unión entre ellos. Frente a ello, los contrayentes matrimoniales hacen de su consentimiento recíproco un proyecto común de vida, una apuesta de presente y futuro, ejercen su libertad generando un vínculo, incluso jurídico. El matrimonio no es simplemente una forma, como otra cualquiera, de vivir la sexualidad en pareja, es mucho más: es una unión entre hombre y mujer en la totalidad de su respectivo ser masculino y femenino.

Evidentemente, esto, tanto en un supuesto como en el otro, generalmente no se explicita en fórmulas personales espontáneas, pero resulta evidente del contexto de cada una de las opciones. Tampoco supone una garantía plena de coherencia de vida por parte de los protagonistas de uniones de hecho y matrimonios, pero se manifiesta en sus efectos, tal como hemos visto se produce en la realidad sociológica observada.

También es cierto que la vida es esencialmente dinámica y la vida de la sociedad también. Ciertamente, la evolución de los acontecimientos va en la línea de una menor diferenciación, también por sus efectos, entre una y otra alternativa (con la salvedad, quizás, de la violencia doméstica). Cada vez son más los matrimonios que se divorcian y menor la duración media de los mismos, con la consiguiente pérdida de estabilidad. En ello tiene mucho que ver el que podemos llamar efecto didáctico del divorcio en los hijos de los divorciados, así como el efecto incentivador del divorcio que tiene la regulación actual del mismo. Ello indudablemente aproxima, en términos de estabilidad, ambas opciones. Pero, precisamente esta tendencia, teniendo en cuenta la diferencia cualitativa entre ambas, nos debe llevar, en términos de política legislativa, a la conclusión de promover y favorecer entre los candidatos jóvenes la alternativa matrimonial, como mejor opción para ellos, para sus hijos y para la sociedad.

Actuar como si estas diferencias no existiesen, como si estos efectos no se produjesen, como si la única variable a considerar en todo este asunto fuese la libertad individual entendida, no como capacidad de asumir un compromiso y responsabilizarse del mismo, sino como ausencia de vínculos puramente negativa y en presente continuo, es un error conceptual, estratégico y sociológico, que pasará factura inexorable a la sociedad que lo cometa.

Regular la unión de hecho y el matrimonio con la expresa intencionalidad de aproximarlos hasta confundirlos en una única realidad

legal y social, es prestar un flaco servicio a la sociedad y a los ciudadanos.

La libertad, jurídicamente, es el presupuesto de la responsabilidad. De no aceptar este principio desaparecería el fundamento del Derecho Penal y, en general, todo lo que de coactivo tiene el Ordenamiento Jurídico de cualquier Estado de Derecho moderno.

En las exposiciones de motivos de las leyes de familia que vienen promulgándose en los últimos años en España y, por supuesto, en la regulación contenida en las mismas, se desconoce esta realidad básica. Se habla de libertad entendida exclusivamente como capacidad de decidir en lo inmediato, con exclusión de las limitaciones que implican las decisiones previas del propio sujeto libre, en cuanto generadoras de responsabilidades.

La libertad, moralmente, crece si quien la ejerce la orienta a la verdad y decrece si se desvincula de ella. Esta desvinculación entre libertad y verdad genera relativismo, desnorte moral, y esto, traducido en relevo generacional, supone peor desarrollo de los hijos, infelicidad.

El concepto de libertad que subyace en las normas que nos ocupan es de corte individualista liberal radical, orientado y centrado en el propio individuo, desorientado respecto de la verdad antropológica del hombre, que es esencialmente relacional y específicamente conyugal y paterno filial en las relaciones jurídicas reguladas en las mismas.

La libertad, antropológicamente, es un elemento esencial de la estructura óntica del ser humano, pero no es una realidad absoluta ni ilimitada, sino subordinada al carácter, también esencial, relacional de la persona, y dinámica, puede crecer o decrecer con su ejercicio. No tiene únicamente una faceta negativa de indeterminación o carencia de vinculaciones que permite elegir, también tiene una faceta positiva de capacidad de asumir compromisos y cumplirlos.

Estas características son ignoradas o contradichas por el legislador en las normas que comentamos.

Estas afirmaciones son hoy políticamente incorrectas pero no por ello menos ciertas, ni menos comprobables empíricamente. Por esta razón he querido comenzar este artículo exponiendo los hechos, tozudos ellos, que evidencian que no todo es igual, que los efectos, como los frutos en los árboles, nos dan criterio claro, si queremos

tener la honradez intelectual de observar y aceptar la realidad, sobre la distinta valoración que merecen moral y socialmente las alternativas que hoy se empeña el legislador español en igualar.

El legislador deberá respetar la libertad individual de quien quiera optar por la unión de hecho para su personal proyecto de vida. Evidente. No se trata de prohibir ni de imponer. Pero, para completar el cuadro normativo sin desequilibrar la balanza de la justicia, debida a los hijos y a la propia sociedad, el legislador deberá primar la institución matrimonial, de la que le consta, si está bien informado, que cumple, mucho mejor que la unión de hecho, los objetivos que hemos examinado a lo largo de las páginas anteriores.

La mejor adecuación al bien de los hijos y de la sociedad resultante es un argumento inapelable que para nada perjudica el principio de igualdad constitucional de los candidatos, que libremente optan por una u otra alternativa de unión. El Ordenamiento Jurídico está repleto de supuestos similares, en los que el legislador prima una determinada institución u opción por más beneficiosa socialmente y por tanto, primada, privilegiada, promovida, etc. Las fundaciones que cumplan determinados requisitos en orden a la consecución de fines benéfico-sociales a las que se prima fiscalmente frente a las que no los cumplan; los diferentes estatus derivados de diferentes carreras, oposiciones o compromisos asumidos; en general, los beneficios de mil tipos ligados, de un modo u otro, a diferentes compromisos asumidos por los beneficiarios.

Siempre llegamos a la misma idea y palabra: compromiso. Es una de las claves para entender el ser natural de la familia. Es la idea con la que se complementa la de libertad que, sin duda, está presente en esta importantísima faceta del ser humano, como ser relacional y afectivo con capacidad procreadora.

Si nos negamos al compromiso el diseño de la familia se resquebraja, no funciona. Es básico para que la unión afectiva de hombre y mujer supere las dificultades de la convivencia, para que los padres doten a los hijos de la estabilidad afectiva imprescindible para su desarrollo.

Si una sociedad se empeña en igualar o incluso promocionar fórmulas de convivencia menos adecuadas para su propia supervivencia, se daña a sí misma.

Lo que ocurre es que esto, a diferencia de las transgresiones de las leyes físicas, no pasa factura inmediata, sino generacional, y

puede ser vendido, en el cortoplacismo imperante, como conquista de progreso y libertad. Pero la realidad profunda se abre camino y es inexorable: cada tipo de comportamiento familiar y social conlleva un cuadro de efectos. Negarnos a analizar estos o a compararlos, para sacar conclusiones de política legislativa, es un craso error.

Comenzábamos este artículo haciendo una relación de las razones alegadas por los partidarios de la unión de hecho para preferirla al matrimonio. Ha llegado el momento, después de lo expuesto, de concluirlo haciendo un elenco de signo contrario:

1. La unión de hecho cumple, peor que el matrimonio, las funciones de procreación y educación que a ambas les corresponden socialmente en el relevo generacional.
2. Ello es así por la carencia en la unión de hecho de la actitud y voluntad de compromiso de sus protagonistas. La falta de compromiso, característica de la unión de hecho y del llamado "amor libre", en atención a sus frutos, ni es más amor, ni es más libre.
3. Existe, en nuestra reciente historia, una secuencia de causas y efectos con las siguientes etapas: a) Se da carta de naturaleza a la unión de hecho en distintas normas autonómicas entre 1998 y 2003. b) Aumenta de modo llamativo el número de las uniones de hecho entre 2001 (550.000) y 2008 (más de 1.200.000). c) Aumenta en una proporción similar la violencia de género, precisamente, en este grupo de parejas, las de unión de hecho, mientras que no lo hace, incluso disminuye, en los matrimonios. ¿No debe tenerse en cuenta este dato comparativo, para establecer una estrategia de política legislativa, si de verdad se quiere resolver el problema de la llamada "violencia de género"?
4. Debe respetarse la libertad personal en la elección de un tipo u otro de unión, en base al derecho al desarrollo de la propia personalidad, recogido en el artículo 10 de la Constitución. Pero, dado que este artículo incluye también a los menores, este fundamento decae cuando entra en colisión el derecho del adulto con el del hijo procreado. Así resulta del artículo 14, principio de igualdad, ya que el menor, para que en él se cumpla este principio, necesita del desarrollo que ya es una realidad en el adulto.
5. Igualar en sus efectos lo que se evidencia como desigual en sus frutos supone una discriminación negativa de la mejor opción,

contraria al principio de igualdad constitucional recogido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

6. Al regular las opciones reproductivas, que eso son también la unión de hecho y el matrimonio, el legislador no puede desentenderse de los más necesitados de protección jurídica: los hijos.

7. Los hijos, sean fruto de unión de hecho o de matrimonio de sus padres, son responsabilidad de estos, no solamente en lo económico de su crianza y educación, sino principalmente en la estabilidad afectiva que les es imprescindible para su adecuado desarrollo. Esta realidad debe manifestarse en las regulaciones tanto del matrimonio como de la unión de hecho.

8. De todo lo anterior se concluye en la necesidad de una reforma de la regulación, tanto del matrimonio como de la unión de hecho.

9. En la regulación del matrimonio debe potenciarse el vínculo jurídico resultante, de modo que suponga, para quienes opten libremente por él, una apuesta que compromete su respectivo proyecto de vida:

— De modo indisoluble, si así lo acuerdan los contrayentes (27).

— De modo especialmente reforzado a favor de los hijos, si los tienen. Este reforzamiento del vínculo teleológicamente debe orientarse a conseguir la máxima estabilidad afectiva de los cónyuges, imprescindible para el adecuado desarrollo de los hijos.

10. En la regulación de la unión de hecho que, por razones constitucionales y de derecho interregional, resulta conveniente sea de

(27) Esta afirmación, políticamente incorrecta en los tiempos que corren, tiene su justificación en razones tan de sentido común como lo son: 1.º El respeto a la capacidad de obrar y vincularse libremente de los ciudadanos; 2.º La apuesta de indisolubilidad de los contrayentes, en lo que tiene de "quemar las naves" es un factor psicológico que coadyuva a la solución de muchos conflictos de convivencia conyugal que, de otro modo, el cónyuge más primario de carácter e irreflexivo puede convertir en ruptura; 3.º En el peor de los escenarios, el de la imposibilidad de una convivencia conyugal, esta apuesta por la indisolubilidad evita a los hijos el daño añadido derivado de la multiplicidad de parejas de uno y otro progenitor y facilita el que uno y otro cónyuge separados se centren en rehacer su vida dándose a los hijos.

ámbito nacional y no autonómico, debe existir una equiparación al matrimonio, en derechos y obligaciones, en el momento en que los unidos de hecho tengan descendencia común.

11. El último barómetro del CIS, de septiembre de 2010, pone de relieve que para los españoles la familia es, después de la salud, lo más valorado, con un 9,54 sobre 10. Si esto es así, no se comprende que el legislador no tenga en cuenta todo lo que antecede, cuyo contenido es de público conocimiento, para sacar conclusiones sobre cómo reorientar la brújula normativa y jurisprudencial.

EL ENIGMÁTICO ARTÍCULO 172 CC ESPAÑOL Y SUS SECRETOS FAMILIARES

Gabriel García Cantero
Catedrático de Derecho civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. GENERALIDADES SOBRE EL ARTÍCULO 172 CC ESPAÑOL

2. RAZÓN DE SER DE LA REFORMA DE LA ADOPCIÓN DE 1987

3. ACOGIDA DE LA NUEVA NORMATIVA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

4. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL ARTÍCULO 172 CC

5. SOBRE EL INTERÉS DEL MENOR

1. GENERALIDADES SOBRE EL ARTÍCULO 172 CC ESPAÑOL (1)

Desde su introducción en el CC por la Ley 21/1987, sobre adopción, este novedoso precepto –sin parangón posible en la profusa y

(1) Sin antecedentes en el ordenamiento español, el texto vigente del artículo 172 procede originariamente de la Ley 21/1987, de reforma de la adopción en el CC, y de la Disp. Final 5.ª de la Ley 1/1996, del Menor, que le dio nueva redacción, complementada, a su vez, por la Disp. Final 3.ª de la Ley 54/2007, sobre adopción internacional. A reserva de que se cumpla una vez más el *aforismo adaptado* de que *adoptio semper reformanda est,* al redactar este trabajo está en vigor el siguiente texto del artículo 172 CC:

"1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un me-

cambiante historia (2) de esta figura de filiación en nuestro régimen codicial– se ha presentado ante muchos privatistas como un pre-

---

nor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

2. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

Asímismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

3. La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido el menor.

Los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas.

4. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

cepto enigmático, y, si se me permite la expresión, hasta huraño y arisco, y nada proclive a una interpretación razonable y armónica y de general aceptación por los operadores jurídicos, deviniendo a la postre –casi inevitablemente– un *corpus extraneus* en el amplio marco de nuestro primer cuerpo legal, tanto por su contenido y estructura –sin olvidar su material extensión que sucesivamente siempre ha ido creciendo– como especialmente por su profundo impacto en el ámbito familiar, singularmente en diversos aspectos de instituciones tales como la patria potestad, la adopción y la tutela (enriquecida, esta última, desde la misma fecha con una nueva

5. Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta.

6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa.

7. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entiende que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar la información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

8. La entidad pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada. Podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal".

(2) Sobre este tema, en forma sintética, *vide* GARCÍA CANTERO: "Cents ans d'adoption en Espagne", en el vol. *Le Droit de la Famille en Europe* (Strasbourg, 1982), pp. 179 y ss. Más ampliamente, GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral,* V-2.º, 10.ª ed. (Madrid, 1995), pp. 381-407.

modalidad de *tutela ex lege*). A nadie extraña que, bajo este aspecto, y *sub specie adoptionis* haya sido también uno de los preceptos más criticados reiteradamente por buena parte de la doctrina civilista (3), hasta el punto de que cabe conjeturar que la actual

(3) Hasta 1995 la discusión doctrinal está recogida en GARCÍA CANTERO y CASTÁN, *op. et loc. cit.,* pp. 408 y ss. Entre los autores que primeramente hicieron sus reservas a la reforma, destaca I. SERRANO GARCÍA, "Com. al artículo 172 CC", en *Com. Min. de Justicia*, I (Madrid, 1991), p. 578, para quien se da una falta de coordinación entre el artículo 172.1 y otras figuras del CC y demás leyes civiles. Se introduce una tutela cuya regulación se hace en otro título del CC y cuya constitución se hace por autoridad judicial (art. 231), mientras que en el artículo 172 la Administracción actúa ante una situación de hecho. Hay una descoordinación con la patria potestad y con la legislación del Registro Civil. Probablemente la acusación más fuerte de este autor es que esta administrativización de la modalidad de tutela *ex lege* conculca los artículos 39.1 y 4, y 106.1 de la Constitución. Sin llegar a estos extremos de discrepancia, al poco de promulgada la Ley de 1987, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema…,* 5.ª ed., Madrid, 1989, p. 305, propugnaban una concepción residual de la tutela *ope legis,* de modo que su atribución a la entidad pública no signifique prescindir de toda la normativa ordinaria de la patria potestad y tutela del CC, ni que pueda coexistir con unos titulares que no han sido privados de potestad sobre el menor. Algunos años más tarde, los continuadores de LACRUZ siguen abrigando dudas sobre el concepto legal de desamparo (así, RAMS ALBESA dice que, literalmente, el texto presenta como dos conceptos distintos [separados por la disyuntiva *o*, precedida de coma], el *incumplimiento* y el *imposible o inadecuado ejercicio*; sin embargo, parece que la causa del abandono –el incumplimiento– es la que puede ser, a su vez, consecuente a la imposibilidad o a la inadecuación del ejercicio de los deberes de protección; en el primer caso sería incumplimiento inimputable al titular; en el segundo, imputable. No está del todo claro –añade– si la *privación de la necesaria asistencia moral o material* es un requisito acumulado al incumplimiento de aquellos deberes o alternativa al mismo: *Elementos…,* IV, nueva ed. rev. y puesta al día por RAMS ALBESA, Madrid, 2002, p. 393). El autor que probablemente acogió con mayor comprensión la normativa de la Ley de 1987 fue PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción* (Madrid, 1989); "Sobre el desamparo y la tutela administrativa", en *Homenaje Lacruz Berdejo,* I (Barcelona, 1992), pp. 679 y ss. Un tanto sorprendentemente, tampoco parece estar ahora plenamente de acuerdo con la concepción del desamparo del artículo 172 que ha prevalecido en las sucesivas reformas legislativas, y en la interpretación que se presenta como doctrina de la Sala 1.ª del TS. Así, en 1992 defendía ya que la intervención administrativa instaurada por la Ley de 1987 "no debe en ningún caso dar lugar a una injerencia de las entidades públicas en el ejercicio de las funciones relativas a la guarda de menores", a su juicio "la

redacción del artículo 172, tras sucesivos y parciales *remiendos legislativos* (debidos fundamentalmente a las sensatas correcciones introducidas por las Leyes 1/1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor, y 54/2007, de adopción internacional) hayan venido –en no poca medida– inspiradas por aquellas críticas. A su vez dicho artículo 172, en fase de hermenéutica judicial, ha dado origen a abundante jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, obligando últimamente al TS a intervenir para unificar su interpretación (como ha ocurrido con la importante STS de 31 julio 2009, en relación con algunos aspectos de los aps. 4 y 7 del mismo).

Formalmente, por su casuismo exagerado y detallismo minucioso –probablemente excesivo–, algunos párrafos del artículo 172 semejan normas de naturaleza reglamentaria más que legal. Pero, a mi juicio, lo más llamativo resulta de su intrínseca *naturaleza* que desborda con claridad el normal contenido de las normas civiles, pues ya inicialmente el precepto se perfiló como una *incursión de lo administrativo en el terreno privado*, amparado aparentemente en las exigencias del *Estado de bienestar* propugnado por la CE de 1978, lo que permitió transformar el concepto jurídico de la *pro-*

tutela *ex* artículo 172 actúa como una medida administrativa de cobertura por la cual se propicia el amparo de un menor para cuya protección no han sido suficientes las medidas ordinarias previstas por el CC", finalizando con un juicio valorativo poco positivo de la innovación, al decir que "cabe afirmar que el desamparo no ha resuelto los problemas que se presentaban al *amparo* (sic!) del régimen jurídico derogado" ("Sobre el desamparo…", cit., pp. 692 y s.). Añadiría, por mi parte, que ha aportado, además, otros problemas de mayor gravedad. También este autor parece discrepar últimamente –aunque de modo matizado– con la interpretación propuesta por la STS de 31.07.09 en relación con el interés del menor en vías de adopción y el retorno a la familia biológica; así, escribe que "la reinserción del menor en la propia familia es la medida prioritaria que debe procurar la entidad que ha asumido la tutela que la ley le atribuye [...]. La adopción y el acogimiento familiar permanente tienen carácter subsidiario respecto de la reinserción. Lo anterior en el sentido de que, siendo ello posible y no contradiciendo el interés del menor, la tutela administrativa habrá que resolverse con la reinserción del menor en el ámbito familiar del que fue erradicado, en detrimento de la adopción y del acogimiento familiar permanente", *Curso de Derecho civil,* IV, *Derecho de Familia* (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ) (Madrid, 2007) pp. 404 y ss.

tección de menores en un auténtico *Oberbegriff* (carácter invasivo del precepto en cuestión que sigue conservando sustancialmente en la actualidad, pese a los aludidos retoques legislativos); sin olvidar la presencia en el mismo de normas indudablemente procesales, parcialmente afectadas ahora por la nueva LEC del año 2000, y cuya conservación en el CC viene a contradecir, de algún modo, el innovador espíritu de aquella; todo ello con notable repercusión en el ámbito civil y, sobre todo, en una institución tan exquisitamente familiar como la que rige las relaciones entre padres e hijos, originando curiosamente y *par ricochet* la resurrección de la figura de la suspensión de la patria potestad, eliminada del CC con la reforma de 1981, o la situación menos estudiada y frecuente de la *suspensión de la tutela,* no prevista en 1983 por su ley reformadora, y creada un cuatrienio después *ex novo*.

Estructuralmente este extenso artículo consta de ocho apartados de desigual extensión, y diferente estilo, y en cuya regulación se advierten variedad de intereses jurídicamente prevalentes –a veces algunos de ellos se entrecruzan–, los cuales pueden identificarse en los siguientes términos:

— El de la *Entidad pública* a la que en cada territorio se encomienda la protección de menores (apartados 1, 2 parcialmente, 3 y 8 del art. 172);

— El del *menor* y el de su *familia originaria* (biológica o, incluso, adoptiva anterior) (apartados, parcialmente el 2, 4 y 5 del mismo); y, por último,

— El del finalmente reclamado y un tanto sorprendente régimen de la *competencia (compartida con la contencioso-administrativa) de la jurisdicción civil en la materia* (apartados 6 y 7) (4).

En resumen: en la compleja regulación global de este singular precepto, atendiendo al interés prevalente, resulta que son mayoría indiscutible los apartados de naturaleza pública (seis) frente a los claramente privados o particulares (dos, y parcialmente otro). Lo que parece confirmarse si se atiende –como se verá *infra*– a la *ratio legis* de la Ley 21/1987.

(4) En el artículo 172 no aparece directamente el interés de la *familia adoptante,* y, solo de pasada, el de la *familia acogedora* (apartados 3 y 8).

Por otra parte, el artículo 172 constituye la auténtica *puerta exclusiva de acceso* al novedoso cap. V, Título VII, Libro I, CC, que ahora expresa en su enunciado *De la adopción y otras formas de protección de menores,* de cuya redacción podría inferirse *prima facie* que la adopción sería la principal institución (civil) regulada, pero cuyo atento análisis permite deducir conclusiones algo diversas y más matizadas. El mencionado enunciado parece querer contemplar, por vez primera en el CC, la *protección de menores*, una de cuyas manifestaciones, se asevera, es, precisamente, la adopción (5). El artículo 172 CC es el frontispicio de esa protección que, a mi juicio, hay que identificar necesariamente con un derecho fundamental de carácter social que proclama la CE de 1978. El legislador de 1987 ha optado por utilizar y servirse de mecanismos familiares ya existentes, tradicionalmente regulados en el CC, con la finalidad de poner paralelamente en marcha la protección de menores, concepto que no se define o describe (6), ya que se presume que todos

(5) En la posterior Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor, se dice que su propósito es *construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.* En el artículo 10.2 se establece que *para la defensa y garantía de sus derechos* –enumerados detalladamente en el cap. II, del mismo Título– *el menor puede: a) Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente.* Por su parte el Título II, a modo de síntesis se ocupa de las *actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores.* Se trata de un *totum revolutum* que fundamentalmente reitera y desarrolla el artículo 172 CC, especialmente bajo la óptica del Derecho administrativo.

(6) El legislador parece jugar con el significado de las palabras, ya que en el régimen anterior de cualquier adopción cabría afirmar que la ley perseguía proteger al adoptado, ya que partía de una situación de abandono, sobradamente justificada, y, por definición, perjudicial al menor. La nueva ley solo parece admitir una única forma de protegerle, a saber, la de someterle al procedimiento del artículo 172 para declarar el desamparo y ulteriores trámites legales que pueden desembocar en la (única) adopción legalmente posible. La experiencia demuestra que, pese al intervencionismo administrativo, hay situaciones de efectivo desamparo de menores que, probablemente no van a ser corregidas, sino que pueden subsistir hasta la mayoría de edad del menor; y también que hay acogimientos y adopciones que visiblemente fracasan, sin que haya fácil remedio legal, y hasta el propio ap. 8 prevé algún supuesto; y, asimismo, no faltan ejemplos de

lo conocen. Dijérase que, en 1987, al estar vacante y en blanco en la sistemática del CC, ese cap. V, el legislador ha aprovechado tal circunstancia para transformar la adopción –también civilmente hablando– en una modalidad más de protección de menores; en adelante, por tanto, una sola cosa es segura, que no cabrá concebir esta figura en la perspectiva codicial sin esta esencial nota social. Pero es sabido que *lo social* es un concepto jurídico indeterminado, y la ley lo acota encargando a la Administración que lo defina de modo vinculante *erga omnes*; además otorga a aquella el monopolio exclusivo de iniciar el procedimiento adopcional, así como la facultad de calificar como *idóneos* a los candidatos a la paternidad adoptiva. Salvo excepciones –más bien poco frecuentes, en la práctica–, nadie puede ser adoptado si, previamente, la Administración no lo ha declarado en situación de desamparo, y nadie puede adoptar si la Administración no lo selecciona como apto para adoptar, también previamente, para que el juez lo apruebe ulteriormente. Por otra parte, la Administración, como ente de naturaleza ideal, no parece estar, normalmente hablando, habilitada para apreciar y valorar las necesidades de los menores, carencias que se suplen con la existencia de *Consejos asesores*, de diversa índole, formados por personal especializado (pediatras, asistentes sociales, psicólogos, educadores de menores, etc.), cuyo dictamen suele ser decisivo para que el juez valore la situación fáctica del menor, y lo que puede redundar en su *beneficio*. Y como las situaciones que, de hecho, producen o

---

adopciones fácticas, ilegales o alegales, con frecuencia, de origen internacional. Del abigarrado ap. segundo del artículo 172.1 podría decirse que en él se representa el reverso de la protección legal del menor; en efecto, se refiere, para definir el desamparo, a *los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores*, pero no se precisa qué clase de *leyes* se invocan (¿solo las civiles, al radicar la norma en el CC?, ¿también las administrativas, sociales, penales, etc.?; en último término, ¿habrá que remitirse a los preceptos generales de la Constitución?). La dificultad sube de punto al establecer un doble condicionamiento en el artículo 176.1, que en buena medida son igualmente conceptos jurídicos indeterminados, de una parte el consabido *interés del adoptando*, y, de otra, la *idoneidad para el ejercicio de la patria potestad*, concepto extraño y, singularmente, peligroso potencialmente para la institución misma, pues parece insinuar que existan Comisiones administrativas que controlen la forma de ejercicio de la potestad paterna por cualesquiera progenitores (riesgo que también había advertido previsoramente PÉREZ ÁLVAREZ).

causan el desamparo legal (miseria crónica y profunda, alcoholismo, adicción a las drogas, ejercicio pasado y presente, o solo presunto, de la prostitución por la madre, situación mental de los progenitores próxima a la deficiencia, además del supuesto que no suscita dudas del abandono claro y notorio del menor por sus progenitores), suscitan lógicamente sentimientos de compasión de los miembros de aquellos órganos de asesoramiento y consejo, y predisponen a un *favor adoptionis* que suele ser, además, fácticamente la solución más fácil, y *políticamente más correcta* de tomar. Hay que reconocer, en suma, que *en estos procedimientos administrativos de desamparo de menores, la Administración juega con evidente ventaja* respecto de los progenitores biológicos, apoyada en una definición legal de desamparo lo suficientemente vaga e indefinida –en determinados extremos– que permite aplicar cómodamente para rodearse de respetabilidad en su actuación, en otro concepto jurídico también indeterminado, como lo es el interés o el beneficio del menor.

2. RAZÓN DE SER DE LA REFORMA DE LA ADOPCIÓN DE 1987

El régimen de la adopción, vigente hasta 1987 y desde la promulgación del CC en 1889, era, pese a sus numerosas reformas legales sustantivas, de *naturaleza privada con decisiva intervención judicial,* de modo que para que se iniciara el procedimiento adopcional se exigía que el juez aprobara la situación de abandono de un menor, que requería, o bien declaración expresa del progenitor que ostentaba la patria potestad renunciando a ella, o, en caso de abandono tácito –que era el más frecuente–, en último término, que transcurriera un semestre desde la última vez que aquel hubiera prestado algún tipo de asistencia a su hijo. Procedimiento sin duda excesivamente lento que en nada favorecía al futuro del menor en situación efectiva de abandono. Lo que, sin embargo y a mi juicio, no justificó la cuasi-solanesca descripción contenida en el preámbulo de la ley que denunciaba una (supuesta) casi absoluta falta de control de las actuaciones judiciales que precedían entonces a la adopción, acusando globalmente al cuerpo judicial de sus eventuales (y deletéreos) efectos para el menor, lo que suponía, a mi juicio, una imputación gratuita.

En la alternativa abandono-desamparo *judicial* o *administrativo,* el legislador en 1987 –bienintencionadamente, a lo que creo– optó

de modo decidido por el segundo, dando por supuesto que la hipotética bien engrasada maquinaria administrativa dedicada a abrir el procedimiento adopcional –maquinaria tanto estatal como autonómica– funcionaría con toda celeridad y eficacia en el supuesto de menores abandonados, situación que, fundamentalmente, como se sabe, exige intervenciones urgentes. Yo creo que, al tiempo de legislar, no se advirtieron, de inmediato, las importantes consecuencias civiles de tal atribución competencial administrativa: ¿qué ocurriría con la titularidad de la patria potestad que hasta entonces correspondía al o a los progenitores mientras se tramitaba el desamparo?; ¿cómo y por quién se definiría y calificaría el interés del menor y se demostraría ante el órgano competente?; ¿qué acciones podrían ejercitarse en lo sucesivo, y de qué naturaleza?; ¿quién respondía de los daños, eventualmente irreparables, causados por una adopción indebidamente concedida? Algunos de estos interrogantes han tenido ya una razonable y eficaz respuesta en las dos últimas reformas legales, aunque, a mi juicio, sigue en pie, sin respuesta del legislador, la pregunta-clave.

En el Preámbulo de la Ley 21/1987 se decía que: *La presente Ley pretende, por el contrario, basar la adopción en dos principios fundamentales: La configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación* ope legis *de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los arts. 108 y siguientes del Código Civil.*

De los dos principios fundamentales en que, conforme al preámbulo, se basaba la reforma, en realidad el primero no constituía una novedad, pues ya figuraba en la Ley de 1970 en relación con la denominada *adopción plena*, que también rompía los vínculos con la familia de origen del adoptado y le integraba en la del adoptante (7); en

(7) Aunque la expresión pudiera significar la situación óptima o ideal contemplada primordialmente por el legislador: ruptura radical con la

este aspecto la novedad radicaba en eliminar la denominada adopción simple, que mantenía las relaciones del así adoptado con ambas familias. Lo innovador era subrayar *el beneficio del adoptado*, que se sobreponía a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso constitutivo de la adopción, con carácter prioritario, aunque no deje de aludirse de modo un tanto desdibujado al necesario *equilibrio* entre todos ellos. Más adelante trata de perfilarse mejor la *primacía del interés del menor* invocándose la necesidad de que el menor preste su consentimiento a partir de los doce años –lo cual no representaba tampoco ninguna novedad–; luego se mencionaba un tema especialmente sensible para la opinión pública española de la época, al afirmar que *la adopción no será ya un simple negocio privado* (8) *entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección de aquel de modo objetivo, con lo que también se contribuirá a la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados.* Para lograr tales objetivos se establece que una *pieza clave de la nueva Ley son las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ella y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción y, en todo caso, la colocación de niños en régimen de acogimiento.*

¿Resultan excesivas las atribuciones administrativas que establece esta Ley en materia de acogimiento y adopción? En el Derecho comparado se ha generalizado –a lo largo del siglo XX– la intervención administrativa en estos casos, pero la intensidad de tal intervención es variable según las legislaciones nacionales. En realidad, en nuestra Ley de 1987 lo administrativo viene a configurarse a modo de un cuasi-**monopolio legal** que se expresaría, aproximadamente, en los siguientes términos: Solo son adoptables los niños declarados desamparados por la Administración y aunque la aprobación definitiva de la adopción corresponde al juez, este parte necesariamente de la declaración administrativa de desamparo y solo

familia biológica, que luego, a lo largo de bastantes años de aplicación de la ley, se va a identificar, con demasiada facilidad, con el *bonum filii.*

(8) Fórmula estereotipada que se ha prestado a una doble interpretación: quizá la más popular ha puesto el énfasis en el radical rechazo al odioso tráfico de menores, y otra de tipo técnico que alude a la naturaleza jurídica de la adopción, que pretende alejarse del clásico concepto dogmático del *Rechtsgeschäft*, en mi opinión muy alejada y ajena a la voluntad del legislador.

puede pronunciarse sobre las propuestas de adopción realizadas por aquella bajo el principio de la primacía del interés del menor. La Administración aquí mencionada, de hecho, es la Autonómica, que se convierte así en el intermediario exclusivo de menores adoptables que ella misma ha declarado desamparados. Si a ello se une que con frecuencia los peritos y asesores del juez están también próximos a los criterios de la Administración, a nadie extrañará que una *declaración administrativa de desamparo* tiene muchas posibilidades, en la práctica, de desembocar efectivamente en una adopción a través del acogimiento denominado precisamente *preadoptivo,* todo ello en perjuicio de la familia biológica, tutora o guardadora.

Los sucesivos retoques del artículo 172 CC, como he anticipado, han tratado, en primer lugar, de aclarar la original y deficiente normativa, y, luego, de respetar más eficazmente los intereses de la familia originaria o biológica, que inicialmente aparecían deficientemente tutelados; ello se ha traducido en atribuir definitiva e inequívocamente a la jurisdicción civil la competencia para conocer de los recursos contra las decisiones administrativas en la materia, aclarando el TS que al conocer de tales procesos los Tribunales puedan tener en cuenta *hechos nuevos* no previstos al declararse el desamparo por la Administración; pero, en la práctica, ocurre que los progenitores biológicos actúan normalmente en situación legal de retraso y evidente desventaja, ya que, en el proceso adopcional, el tiempo juega a favor de la familia acogedora o adoptiva aunque la Ley haya reconocido a los primeros facultades de impugnación. Pero, sobre todo –como he puesto ya de relieve–, ha quedado inalterada la definición legal de desamparo –ejemplo de *periculosa definitio*–, como podemos comprobarlo reproduciendo aquí su íntegro texto legal: *Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material.*

Si la sabiduría jurídica milenaria ha tratado de aleccionar a los posteriores legisladores para que no incluyan con facilidad definiciones en las normas jurídicas, al menos debiera aspirarse como mínimo a que, de hacerlo, estas sean claras y diáfanas, de modo que el ciudadano medio pudiera entenderlas sin notable esfuerzo. El texto literal transcrito constituye el artículo 172.1, inciso 2.º, y

supone un intento, en opinión de muchos autores no logrado, de definir jurídicamente el desamparo mediante el recurso de acumular algunos rasgos aislados de aquel, a veces contradictorios e imprecisos.

Completando lo anticipado en nota 6, parece evidente que, según el precepto citado, el desamparo es una *situación fáctica consistente en que el menor queda privado de la necesaria asistencia moral o material*. De haberse limitado a estos términos, la definición habría sido, en principio, más aceptable, con las salvedades hechas, porque la mayoría hubiera relacionado, sin demasiado esfuerzo, la *necesaria asistencia* con los deberes legales que, respecto del menor, imponen la patria potestad o la tutela.

Pero la definición no finaliza aquí, sino que, según el texto legal, este *resultado dañoso para el menor,* integrante del concepto de desamparo legal, debe tener una causa generadora que, en principio, parece no debiera ser exclusivamente involuntaria (así, por ejemplo: si los padres han sido objeto de secuestro con sus hijos y los captores les niegan todo alimento; si hay una situación de guerra o de revuelta social y se han agotado las provisiones para la población; si en la zona hay inundaciones o terremotos u otras catástrofes naturales que impiden, de cualquier forma, el aprovisionamiento del lugar, etc.; en tales hipótesis, mientras sobrevivan los padres o tutores de los menores no procedería, en mi opinión, poner en marcha las medidas de protección del art. 172, sino otras de tipo asistencial y de seguridad de las personas, con especial protección de la familia en su conjunto). Puede darse, en los supuestos descritos, una falta de cumplimiento de los deberes de protección –que se supone momentáneo o transitorio–, pero en modo alguno hechos o conductas continuadas imputables a los progenitores.

Surge la primera dificultad al aludir, a continuación, el texto legal al *imposible ejercicio de los deberes de protección.* Si *ad impossibilia nemo tenetur* tampoco parece razonable que una imposibilidad inculpable pueda acarrear la declaración administrativa de desamparo; de hecho, algunas de las situaciones descritas *supra,* que podrían configurar propiamente un *casus* o *vis maior,* entrarían en la mera imposibilidad legal con su amenazante e incomprensible consecuencia para los padres biológicos.

Más vago e impreciso resulta todavía el supuesto legal de *inadecuado ejercicio de los deberes de protección,* que podría aplicarse

de modo literal a no pocos supuestos extraídos de la vida real. Es sabido que algunas de las madres primerizas cometen frecuentes errores en la alimentación y cuidado de sus retoños; deficiencias que fácilmente se subsanan sobre la marcha, con aplicación del *sensus commune* y no se reiteran con los sucesivos hijos que puedan alumbrar. ¿Pensaba hipotéticamente el legislador de 1987 en colocar junto a toda progenitora novata una vigilante enfermera o ATS que anotara sus insuficiencias y errores, bajo la espada de Damocles de privarle de la guarda del hijo? Lo *inadecuado* solo puede describirse con relación a un módulo general y obligatoriamente aceptado sobre la materia, que, hoy por hoy, no existe en la materia ni a nivel autonómico, ni nacional, ni internacional. Además, ¿ha estudiado el Ministerio de la Igualdad la discriminación que aquella supuesta regla podría introducir entre las madres españolas? En la SAP de Toledo de 21 noviembre 2006 se trataba de una mujer con déficits en áreas cognitivas y limitaciones en habilidades sociales, y en esta sentencia, sin embargo, se deja sin efecto la declaración de desamparo y el acogimiento preadoptivo, afirmando que ni la pobreza ni la incultura, ni la poca inteligencia, son, en sí mismas, causas que impliquen desatención y desamparo de la prole; con referencia a la madre matrimonial recurrente, curada al parecer de su inicial drogadicción, y al tiempo del proceso en estado de viuda viviendo en pareja de hecho, de la que tenía una segunda hija, dice aquella sentencia que la situación de esta madre no se diferencia mucho de una gran parte de familias de bajo nivel sociocultural, a las que no se les priva de la custodia de sus hijos de forma definitiva y se dan en adopción a otras familias. Adviértase, no obstante, que la cit. sentencia ha sido revocada por la STS de 31 julio 2009, cuyos razonamientos analizaré *infra.*

Mientras tanto cabe hacer al texto legal algunas observaciones: en primer lugar, parece que el legislador se propone hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas una tarea paradigmática que se antoja casi de imposible cumplimiento, a saber, vigilar la actuación de las madres en general, y especialmente primerizas, con el objetivo de comprobar si la conducta de estas resulta adecuada en relación con su prole en orden a sus deberes legales de protección; parecería lógico pensar que, a menor nivel cultural de aquellas, son más probables las conductas inadecuadas; los grupos de padres adictos al alcohol o a las drogas son, de hecho, especialmente proclives a

infringir aquellos deberes. En segundo lugar, es de común conocimiento que, en las grandes urbes españolas, existe y no parece estar suficientemente controlado por la Administración, un porcentaje indeterminado, aunque no desdeñable, de menores pertenecientes a familias rotas o desestructuradas, víctimas del incumplimiento por sus progenitores de aquellos deberes (su existencia se hace visible en aquellos menores que habitualmente pernoctan junto a las estaciones o en el interior de los cajeros automáticos de entidades bancarias, y que malviven de pequeños trabajos, al margen e independizados de hecho de sus progenitores). En tercer lugar, estas situaciones de grave riesgo para los menores de edad pueden resultar fácilmente ocultables a los órganos administrativos competentes cuando se producen en el interior de familias con algún mayor nivel de conocimientos o de ingresos. La conclusión es que la imposición de estos deberes a las Comunidades Autónomas no pretende tener alcance general, sino que se va a centrar, de hecho, en los grupos sociales de mayor riesgo (v. art. 17 Ley Orgánica 1/1996).

3. ACOGIDA DE LA NUEVA NORMATIVA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Ha transcurrido casi un cuarto de siglo desde la promulgación de la Ley estatal española de reforma del artículo 172 CC, y puede hablarse ya de una general aceptación, por parte de las Comunidades Autónomas, de las nuevas competencias constitucionales en materia de protección de menores, pese a iniciales vacilaciones, habiéndose promulgado una abundante normativa que regula, a veces con excesivo detalle, la materia de la protección y asistencia de menores en relación con la patria potestad y la adopción (9). No me propon-

(9) No entraré en el análisis pormenorizado de la legislación de las Comunidades Autónomas que, por tener Derecho Civil propio, han regulado, además, instituciones como la patria potestad, la adopción y la tutela; sin perjuicio, obviamente, de realizar en su caso oportunas citas puntuales. Así parece oportuno mencionar algunos preceptos de la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña. El "artículo 228-1. *Menores desamparados*. 1. Se consideran desamparados los menores que están en una situación de hecho en que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, o que están sometidos a

go entrar en el análisis de dicha legislación, sino constatar que ha habido una general asunción de las nuevas competencias que se disponen a ejercer aquellas, creando los servicios y organismos especializados; y, en algunos pocos casos, podría hablarse hasta de un *celo excesivo* de algunas CCAA, en ejercicio de las mismas, pues en supuestos muy concretos han merecido severas condenas pecuniarias por parte del TS al extralimitarse en su actuación en perjuicio de la familia biológica, dado que se habían creado *de facto* situaciones adopcionales con efectos irreversibles en perjuicio de sus miembros (10). En su favor hay que destacar la ejemplar actuación

---

maltratos físicos o psíquicos o abusos sexuales, siempre y cuando para su protección efectiva sea preciso aplicar una medida que implique la separación del menor de su núcleo familiar. 2. La entidad pública competente debe adoptar las medidas necesarias para lograr la protección efectiva de los menores desamparados, de acuerdo con lo establecido por el presente Código y la legislación sobre la infancia y la adolescencia". En el preámbulo de la citada Ley 25/2010, III, b), se dice que ahora se incorporan al libro II los aspectos civiles de la Ley 37/1991, de 30 diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y tiene en cuenta el nuevo modelo de protección de la legislación sobre la infancia y la adolescencia, *en que la declaración de desamparo se reserva para los casos más graves, o sea, aquellos en que es preciso separar el menor de su núcleo familiar* –cursiva propia–. A mi juicio, la Ley 37/1991 catalana se ha inspirado en la estatal de 1987 sobre adopción en el CC (basta leer los arts. 228-2 y 228-3 del CC cat). Pero no se ha limitado a mera transposición literal de normas, sino que, al margen de aspectos formales, ha simplificado la noción misma de desamparo –ahora sintética y claramente formulada– concebida con carácter excepcional y para los supuestos de mayor gravedad –modelo diferente y de mejor técnica del utilizado en el art. 172.2 CC, y, por tanto, a tener en cuenta en una eventual reforma–, lo que le permite dictar el 228-5 con lógico criterio restrictivo a la hora de exigir un *cambio sustancial en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo* –modelo, en cambio, a no seguir por el legislador estatal.

(10) Dando así lugar a noticias que todavía transmiten relevantemente las Agencias de Prensa. Transcribo de AC, 2.ª quincena julio 2010, núm. 15, pp. 1711 y ss., la siguiente así rotulada: "El TSJ de Cataluña condena a la Generalitat a pagar un millón de euros por quitar un hijo a sus padres". El supuesto es clásico: padres drogadictos; bebé nacido en septiembre de 2000 en parto domiciliario, que requirió ingreso hospitalario por síndrome de abstinencia neonatal; después del parto la madre, que tenía 25 años, tardó diez días en visitar a su hijo, mientras que el padre, de 35 años, estaba en prisión preventiva. La Administración contactó con la abuela materna,

de la mayoría de CCAA que, de modo normal y habitual, procuran colaborar con jueces y fiscales en estas delicadas materias; modo de actuar que reduce considerablemente el número de reclamaciones por parte de los padres biológicos. Otras veces, las disparidades de criterios interpretativos se traducen en desdoro de la seguridad jurídica de los ciudadanos y, en último término, también hay que decirlo, sin beneficio de los menores necesitados de protección. Una valoración de conjunto requeriría realizar concienzudos estudios sociológicos de los procedimientos adopcionales y de acogimiento efectuados en todas y cada una de las CCAA, sobre su actuación en esta materia acerca de los resultados obtenidos; infortunadamente hasta el día de hoy carecemos de ellos. Por ello, me limitaré, a continuación, a realizar solo algunas indicaciones valorativas legales.

La reforma de 1987 ha incorporado al CC un número importante de actuaciones y procedimientos administrativos en materia de protección de menores con efectos, mediatos o inmediatos, de naturaleza civil:

— Declaración *ex officio* de desamparo y medidas de protección necesarias para la guarda de menores, por parte de la Administración;
— Asunción por la Administración de la tutela *ex lege* del menor desamparado;

---

quien declinó hacerse cargo del nuevo bebé por ejercer la guarda de hecho de otro hermanito nacido en 1996; manifestó también que su hija, desde los 13 años, era adicta de diferentes sustancias estupefacientes. Contactada la abuela paterna, residente en Sevilla, manifestó no poder hacerse cargo de la criatura. El 23 octubre 2000 la Dirección General de Atención a la Infancia de Cataluña resolvió afirmativamente el desamparo del menor e inició las actuaciones para que el niño ingresara en un centro de acogimiento, al que se opusieron sus padres biológicos por haber iniciado separadamente un proceso de desintoxicación. Después de diversas vicisitudes administrativas y judiciales (tanto el JPI como la AP rechazan la acción de los progenitores biológicos), el TSJ de Cataluña, sin embargo, ha condenado, en última instancia a la Generalidad al abono a los padres biológicos de 980.000 euros, por el daño causado a estos al ser irrevocable la adopción, y haber ignorado su proceso de desintoxicación y de reestructuración de la familia, calificando tal conducta de *negligente* a la hora de valorar, controlar y determinar, *sin datos objetivos razonables* –cursiva mía–, la imposibilidad de creación de un entorno familiar estable por parte de los padres biológicos, que ya no podrán recuperar a su hijo.

— Asunción por la Administración de la guarda del menor a instancia de los padres o tutores, por circunstancias graves (art. 172, 2 y 3);
— Otorgamiento de acogimiento de menores en sus diversas modalidades reguladas por los artículos 172.3 y 173, 173 bis y 174 (acogimiento familiar simple, acogimiento familiar permanente y acogimiento familiar preadoptivo);
— Facultad exclusiva de la declaración de idoneidad para el ejercicio de la patria potestad de los candidatos a la adopción (art. 176.2);
— Facultad de proponer candidatos idóneos a la adopción, salvo cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el indicado precepto;
— Colaborar para que el menor adoptado, durante su minoría, representado por el adoptante, o en nombre propio al llegar a la mayoría, pueda ejercitar su derecho a conocer sus orígenes biológicos (art. 180.5).

4. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL ARTÍCULO 172 CC

Cabe identificar fundamentalmente hasta cinco sujetos que intervienen como actores principales en el artículo 172 CC, a saber: A) *Los progenitores y la familia de origen* (y, en su caso, la familia o cuasi-familia tutelar o la perteneciente al guardador de hecho), pues la adopción priva al adoptado de la relación que mantuvo inicialmente con sus progenitores, ascendientes y colaterales consanguíneos (singularmente con los hermanos, aludidos en el art. 172.4) y, eventualmente, con los afines y parientes de hecho. B) *La nueva familia adoptiva de destino,* pues el menor se integrará no solo en la estricta relación parental, sino en todas las relaciones familiares que ostenten, en el momento constitutivo, sus adoptantes. C) El *menor protegido*, protagonista fundamental, cuyo consentimiento se requiere a partir de cumplir doce años, pero a quien la Ley priva imperativamente, y –normalmente hablando– para siempre, de las relaciones familiares originarias o biológicas en virtud de la adopción, e inserta, también imperativamente, en otra familia para toda su vida (aunque la Ley al llegar a la mayoría le permite, a su exclusiva instancia, llegar a conocer a sus progenitores biológicos y

hasta mantener con ellos –pues la Ley no lo prohíbe– un intenso trato social, que no jurídico). D) La *entidad pública,* organismo intermediador, que es competente para la asistencia y protección de menores; normalmente el Servicio creado *ad hoc* por cada Comunidad Autónoma en su ámbito territorial. Y, E) La *autoridad judicial* que debe inexcusablemente aprobar la adopción en procedimiento de jurisdicción voluntaria, y resolver como órgano jurisdiccional ordinario las reclamaciones interpuestas por los demás sujetos, para lo cual ha de tener siempre en cuenta el interés del adoptando.

A continuación me fijaré especialmente en los sujetos descritos *supra sub* A y *sub* D), aunque el efectivo protagonista es y debiera ser el menor protegido (*sub* C). Reconociendo que los padres adoptantes cumplen una extraordinaria *función social*, y que, en ocasiones, se aproxima al *heroísmo civil* (adopción solicitada, y aprobada judicialmente, respecto de menores discapacitados, o entrados ya en la adolescencia), no cabe olvidar que el legislador, en términos generales, dispone de amplias facultades regulativas en materia de adopción y acogimiento, como lo prueba la historia y el Derecho comparado. En cuanto a la intervención judicial, la gran mayoría de la doctrina española acepta que siga correspondiendo a esta autoridad, en última instancia, la facultad de aprobar y revocar la adopción.

Si el menor protegido frente al desamparo es el sujeto principal de esta institución, y aunque a veces se describe el dualismo *familia biológica vs. familia adoptiva* como el principal conflicto de intereses que se origina en esta materia, lo cierto es que la Ley 21/1987 ha colocado en el escenario legal a la *Administración vs. familia biológica* como protagonistas decisivos. Ha de reconocerse, como antes expuse, que aquella norma otorga legalmente notables ventajas a la Administración, de modo que la eventual contienda entre los sujetos inicialmente nominados resulta a todas luces desigual, pese a los bien intencionados propósitos de las últimas reformas legales de la Ley de 1987. Por otra parte, esas ventajas otorgadas por la Ley a favor de la Administración redundan, de hecho e inmediatamente, en beneficio de la familia adoptiva, con quien aquella habrá mantenido estrecha relación, a lo largo del previo procedimiento adopcional. Todo ello permite concluir que en los posibles litigios que, en relación con el menor, interponga la familia originaria o biológica, esta interviene normalmente en desventaja legal ante la Administración

y ante la familia adoptante en lo relativo a la recuperación de la guarda del hijo biológico.

En efecto, resumiendo lo ya dicho y ampliándolo en lo necesario cabe decir que, inicialmente, del artículo 172.1 se desprende que *la entidad pública deberá adoptar las medidas de protección necesarias para la guarda del menor desamparado*, una vez que constate la realidad del desamparo del menor. Se trata, por tanto, de una *actuación* debida o de un *deber legal.* Cualquier información verosímil que llegue a su conocimiento sobre esta materia (*cuando constate,* dice el art. 172.1, pár. 1.º), le obliga a efectuar investigaciones al respecto y al comprobarse su realidad, se desencadenará el procedimiento administrativo del artículo 172.1 CC, que puede conducir a la declaración de desamparo (véase cap. I, Tít. II, de la Ley Orgánica 1/1996). La entidad pública tiene legalmente la obligación de ponerlo en conocimiento del MF, dado que puede haberse convertido, incluso, en un delito de abandono de familia; y asimismo debe notificar en legal forma la iniciación del procedimiento a los padres, tutores o guardadores en un plazo de 48 horas (11). Aquí debe notarse que la entidad administrativa aplicará, al efectuarla, su propia normativa administrativa sobre notificaciones, de modo que, en la práctica, y fuera del caso de la notificación presencial a los progenitores, puede ocurrir que estos ignoren, de hecho, el paradero de su hijo y el hecho de la intervención administrativa (o bien, que se enteren de ello con retraso). Se les informará en el momento de la notificación de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada; pero el texto resta eficacia a tal deber al decir *siempre que sea posible.* Puede tratarse, en efecto, de personas sin domicilio fijo o conocido, vagabundos o transeúntes, lo que puede originar que los padres busquen a su hijo en un extremo de la ciudad, y el agente administrativo trate de localizarles infructuosamente

(11) Conforme al principio de colaboración, el artículo 15 de la Ley Orgánica 1/1996 ordena que en toda intervención se procurará la *colaboración del menor y su familia.* Pero la experiencia enseña que la actitud de colaboración por parte de la familia del menor requiere en todo caso un ambiente de *confianza*, que difícilmente surgirá cuando la idea que reina en el ambiente es que la Administración *trata siempre de quedarse con los menores en cuestión.*

en el otro. El inevitable resultado puede ser que el procedimiento administrativo se desarrolle, de hecho y durante cierto tiempo, sin conocimiento ni la presencia de la familia originaria, y, por ende, sin posibilidad de defenderse. Si los padres han sido localizados y hacen valer una mediana diligencia, además de aportar datos de identidad y documentación del menor, tienen el derecho de proponer pruebas de cualquier naturaleza así como explicar la situación de aparente desamparo en que se encuentra su hijo, con el principal objetivo de que los hechos probados en la primera decisión administrativa reflejen con la mayor exactitud la realidad de los hechos. Pueden comparecer con abogado ante la instancia administrativa, aunque, en la práctica, no será probable; entiendo que tampoco se les debiera negar el acompañamiento de persona instruida que pueda hacer valer y explicar razonablemente su postura (lo que, acaso, excede de sus posibilidades de hacerlo personalmente), y, sobre todo, debe facilitárseles la utilización de intérprete si se trata de extranjeros (posiblemente *zíngaros* procedentes de los antiguos países del Este, Hungría, antigua Yugoslavia y Rumanía).

No deja de presentarse, en cierto modo, como singular la tramitación de este expediente; dado que, por el órgano que lo instruye y la normativa que lo rige, no parece que haya dejado de ser un auténtico procedimiento administrativo; no se dice claramente si también, a lo largo del mismo, interviene, o puede hacerlo, el Ministerio Fiscal, que estatutariamente tiene la obligación de defender en juicio el interés del menor, y –parece que con mayor razón– debería intervenir en este tipo de decisiones administrativas que afectan al futuro del menor en relación con su familia, pese a lo cual el artículo 172 CC establece, por exclusión, que para declarar el desamparo no es necesario que se siga un procedimiento de naturaleza civil. El legislador ha optado por un *híbrido procedimental* cuya eficacia y justificación está, todavía, a mi juicio, por ver. No cabe duda de que la entidad pública aplicará sus reglas propias, y dictará una resolución que deberá cumplir con todas las formalidades administrativas y producirá sus efectos también en este ámbito. Se podrá recurrir ante la jurisdicción contenciosa la decisión por defecto de forma de esta naturaleza. Pero la novedad radica en el texto en vigor del apartado 6 del artículo 172, conforme al cual: *Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil en el*

plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa. La impugnación civil está rigurosamente acotada por la Ley; solo se aplicará a las *decisiones positivas* que declaren el desamparo y la asunción de la tutela *ex lege,* no las demás, y en principio las negativas, las cuales podrán, sin embargo, recurrirse administrativamente. La única justificación que puede aducirse para esta intervención de un órgano administrativo en materia civil sería que el legislador pensara que este último estaría mejor sensibilizado en el tratamiento de los derechos fundamentales llamados de segunda generación y calificados de derechos sociales (12). Pero lo que no puede discutirse es que, según la LOPJ, la jurisdicción civil es la única competente para resolver litigios en materia de Derecho de Familia. La reforma de 1987 ha realizado, en el ordenamiento español, una *comixtio* de normativas y jurisdicciones, administrativa y civil, de nada fácil coordinación en la práctica.

5. EL INTERÉS DEL MENOR

El interés del menor protegido está constantemente presente en todas las actuaciones contempladas en el cap. V del Título VIII, Libro I, del CC, siendo uno de los puntales de la compleja situación legal que vengo exponiendo. Significativamente se dispone en el artículo 176.1: *La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta* ***el interés del adoptando***. En la guarda administrativa solicitada, por circunstancias graves, se ha de tener en cuenta *lo más conveniente al menor* (art. 172.3, ap. 2). Se dispone con carácter general en la actuación administrativa que *se buscará siempre el interés del menor*, que prevalece sobre el de la reinserción de este en la propia familia (art. 172.4); asimismo, las decisiones que, en todo momento, adopte, incluso el de la vuelta del menor con su familia, han de tomarse si se entiende que ***es lo***

(12) En relación con la protección de las personas dependientes, véase la solución adoptada por la Ley de 2003, que ofrece importantes diferencias con la metodología legislativa seguida aquí para la adopción. V. GARCÍA CANTERO: "La senectud entre el Derecho civil y el Derecho social", AC, 2.ª quincena de julio 2010, núm. 14, pp. 1607 y ss.

más adecuado en interés del menor (art. 172.8); el *interés del menor* debe inspirar al juez para aprobar el acogimiento del menor en ausencia del consentimiento u oposición de padres y tutores (art. 173.3); también inspira la decisión de la autoridad pública a la hora de extinguir el acogimiento del menor (art. 173.4-4.º). En el mismo sentido dispone el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996.

Los mencionados hasta aquí constituyen aplicaciones concretas del principio constitucional de *protección integral del menor* (art. 39.2 CE). Cabe preguntarse, ¿qué significado y valor jurídico posee tal principio constitucional, que, a su vez, sirve de base a la protección del menor, situación que se integra ordinariamente entre los derechos fundamentales de carácter social?

La STS de 31 julio 2009 ha realizado en su 6.º FD lo que, literalmente, califica de *ponderación del interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica.* Pese a su extensión, considero oportuno reproducirlo aquí íntegro, ya que ha sido la *ratio decidendi* para casar la SAP de Toledo, de 21 noviembre 2006, anteriormente mencionada, y que había dado plenamente la razón a la madre biológica en su impugnación. El TS afronta directamente la interpretación del artículo 172.4 CC ofreciendo la siguiente exégesis:

"El artículo 172.4, establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse a favor de los menores desamparados, que *se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia.*

El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 noviembre de 1989, ratificado por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos por el TC a partir de la s. 298/1993, de 18 octubre.

Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas. Sino que deben

aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que deben aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

Desde este punto de vista se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto (*se buscará siempre)*, mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo (*se procurará).*

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella (*cuando no sea contrario a su interés).*

Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como derecho absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

Esta orientación de nuestra legislación responde a la consagración en el plano constitucional e internacional del *favor minoris* o interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (art. 39 CE, Convenios Internacionales de Nueva York, Convención de la ONU

de 1989). En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que éste no resulta desdeñable (STC 58/2008, de 28 abril) e igual sucede en la jurisprudencia del TEDH (entre otras muchas, enumeradas en el ATC 28/2001, de 1 febrero, caso WW contra Gran Bretaña, de 8 julio 1987).

En conclusión, esta Sala sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que pueden haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".

Para la Sala 1.ª TS, el interés del menor y la reinserción en su familia biológica son principios que, considerados en abstracto, no imponen soluciones determinadas, sino que deben aplicarse en adecuación de los fines, con criterios de exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. Su cumplimiento exige la adopción de soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, permitan la reinserción en la propia familia.

Se tiene la impresión, a tenor de lo transcrito, de que, en la doctrina del TS la declaración de desamparo supone, de hecho, para el menor la clausura radical y absoluta de su historia personal y la creación de un folio en blanco que recogerá su nueva historia. Es decir, el punto final de una biografía con episodios negativos que se tratan de borrar, y el punto de partida de otra que en cierto modo aparece condicionada de modo importante por la intervención ad-

ministrativa. Esto puede haber ocurrido, en efecto, cuando el abandono del menor (máximo supuesto de desamparo) sucede al nacer, o en tiempo inmediato después, cuando, en realidad, el niño carece prácticamente de biografía. Sus padres biológicos demuestran, con su conducta, no querer mantener relación alguna con el hijo que la madre ha alumbrado. Nadie discute, en supuestos como el descrito, en los que estando en riesgo su derecho a la vida, la Administración tiene el deber legal de intervenir, incluso dando entrada previamente a la jurisdicción penal, si hubiere lugar.

Pero entre nosotros están resultando conflictivos otros tipos menos claros de desamparo: unas veces porque la Administración ha querido *anticiparse* a los acontecimientos (en algún caso, que ha conocido el TS, los servicios de la Comunidad Autónoma recogieron de la madre embarazada una ilegal renuncia a la criatura que iba a dar a luz, cuya inscripción en el RC se hizo en calidad de recién nacido abandonado por sus padres desconocidos; en otro caso –que me comunicó epistolarmente su madre–, esta era adicta a las drogas al dar a luz, y sin tramitación alguna se vio privada en la clínica de la guarda de su hijo, y al rehabilitarse no logró recuperarlo); otras veces porque la Administración hace valer su *ventaja legal* en relación con los progenitores biológicos, tratando de distanciar de la tramitación a estos, impidiendo todo contacto del menor con la familia natural después de la declaración de desamparo, y colocando a los Tribunales ante *hechos consumados* (el menor no conserva el recuerdo de sus padres biológicos, ni el de su original entorno, y, objetivamente, la nueva familia de acogida preadoptiva ofrece mayor bienestar al menor, cuantitativa y cualitativamente, que la familia biológica). En estos y otros supuestos similares, vienen a describirse como absolutamente dispares, y sin contacto alguno, un *antes y un después* en la biografía del desamparado*,* y los informes de los expertos suelen coincidir en decantarse por el segundo término.

Quizá haya que rectificar, en alguna medida, la perspectiva para enjuiciar el conflicto que vengo describiendo. El sujeto protagonista indiscutiblemente es el menor, objeto de protección, que, a mi juicio, no puede renunciar a su personal biografía anterior, actual y posterior. Creo que lo fundamental es admitir que todo ser humano que viene a este mundo tiene *derecho a nacer en un hogar*, y a crecer y desarrollarse en el mismo. En principio, ese hogar no puede ser otro que el suyo propio, formado por la pareja de hombre y mujer que le

han engendrado. Las utopías que propugnaban entregar a los poderes públicos el desarrollo y formación de los hijos menores, después de un breve periodo de lactancia materna, solo se han hecho realidad en los, al parecer, cada vez menos numerosos, *kibuztin* israelíes, sistema, por lo demás, no extendido a otros países. Solo cuando ese hogar no existe, por ej., al haber sido procreado con motivo de relaciones ocasionales y la madre renuncia inicialmente a serlo, el Estado –en España, las Administraciones Autonómicas, en la forma antes descrita– estará obligado a buscar al recién nacido un *hogar de sustitución*. Las deficiencias en la asistencia y protección de los menores pueden surgir, no solo en el momento del nacimiento, sino en cualquier otro anterior al de la emancipación o mayoría del menor; aunque si el desamparo se produjera muy próximo a estas últimas situaciones descritas, será más bien esporádico que la Administración actuase de oficio. La experiencia muestra que en otros casos de modificaciones del hogar inicial con eventual riesgo del menor, tampoco interviene la Administración (13). Por lo tanto, en la infancia y en la adolescencia de los menores desamparados será cuando se produzcan más frecuentemente las intervenciones administrativas. Yo creo que será prioritario acordar el regreso del menor a su hogar de origen en la medida en que, debido a una convivencia prolongada, se hayan creado vínculos, cada vez más estrechos, con sus progenitores y sus familiares biológicos, una vez que se superen las insuficiencias en el cumplimiento de los deberes legales de estos.

A mi juicio, el menor tiene derecho preferente a permanecer y a formarse en su hogar originario una vez que este cumpla los *requisitos mínimos* del deber legal de asistencia y protección; y ello aunque, en abstracto, su bienestar fuese más elevado en la eventual familia acogedora o adoptante. Quizá haya que romper un cierto

(13) Pensemos en las denominadas *familias recompuestas,* en las que, después de una sentencia de separación o divorcio, el progenitor que tiene a su cargo la guarda del hijo menor convive con otra pareja (quizá también con hijos menores), o bien celebra nuevo matrimonio después de la ruptura del vínculo y el hijo del primero sigue conviviendo en un hogar que ya no es, propiamente, el suyo. Incluso aunque el nuevo cónyuge decida adoptarlo, la normativa de 1987 consideró tal adopción, en cierto modo, privilegiada, y, por tanto, aligerada de requisitos legales (véase art. 176.2, circunstancia 2, CC). No cabe duda de que el menor afectado puede resultar *perjudicado* con riesgo de desprotección, aunque la Administracción probablemente no intervendrá.

tabú surgido en torno al tiempo pasado por el menor en el seno de la familia acogedora o adoptante, así como relativizar algunas de las circunstancias que también se mencionan en el 6.º FD de la STS de 31 julio 2009 (así, por ejemplo, integración satisfactoria en la familia de acogida y su entorno; si se han desarrollado vínculos afectivos con ella; si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico), resultando un tanto *farisaico* –permítaseme caricaturizarlo– que se indague si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica cuando –en el caso concreto– resulta que la Administración había tratado de eliminar radicalmente aquellas, negando incluso el derecho de visita a la abuela materna. Por supuesto que la Administración tiene el deber legal de seleccionar a las familias acogedoras y adoptantes que vayan a cumplir, eventualmente, de modo más satisfactorio los deberes de asistencia y protección. Pero, a mi juicio, lo más beneficioso para el menor no es siempre que se haga *borrón y cuenta nueva,* en estos casos, de la biografía anterior del mismo, de modo que una familia biológica que haya corregido satisfactoriamente –aunque no necesariamente al 100 por 100– sus deficiencias educativas o asistenciales, recuperando el mínimo de protección, sea preferida a otra que únicamente ofrece un mayor nivel cultural-económico-social para proseguir la formación de su hijo biológico (14). Naturalmente *il va de soi* que la propia Adminis-

(14) Algunas lecciones podemos extraer de los resultados de las adopciones que en gran número se hicieron en USA (quizá para superar cierto complejo de culpabilidad extendido en este país por causa de la guerra emprendida), después de la retirada de Vietnam, para acoger a los hijos nacidos de parejas mixtas (soldado norteamericano y mujer vietnamita). Fueron elegidas como adoptantes familias norteamericanas de clase media, en las que ambos cónyuges trabajaban normalmente fuera del hogar. En la realidad posadopcional, estos niños adoptados según la normativa norteamericana, al salir de la escuela, esperaban habitualmente solos en su casa a que volvieran del trabajo sus nuevos padres adoptivos, dedicándose, mientras tanto, como es lógico, a ver la TV. Además de la circunstancia de que estos niños mestizos a veces no fueron aceptados de buen grado por la comunidad escolar de destino, otras veces, al parecer, tampoco llegaron a sentirse integrados en la familia USA, tan distante en sus costumbres de la oriental que ellos acaso habían podido conocer con su familia biológica materna. Los fracasos no se llegaron a paliar, según las encuestas, por el mayor nivel socio-cultural de los adoptantes respecto a la familia de origen.

tración haya de colaborar durante este período para que la familia biológica subsane sus deficiencias, bien entendido que, de lograrlo, el costo será menor para aquella que si fuera dado en acogimiento o adopción, y logrando simultáneamente que se satisfaga el mayor interés del menor del modo expresado.

LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES. PARTICULARIDADES DE ESTA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL (1)

Víctor Manuel Garrido de Palma

SUMARIO

- INTRODUCCIÓN. QUÉ SE ENTIENDE POR MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES
  - I. Concepto y caracteres
  - II. Utilidad de la figura en la práctica societaria
  - III. Supuestos problemáticos de transformación

- EL PROCEDIMIENTO DE TRANSFORMACIÓN: PARTICULARIDADES RESALTABLES
  Introducción
  - I. En la Fase previa: el derecho de información de los socios. El artículo 9 de la Ley. Análisis y juicio crítico
  - II. En la Fase decisoria: el Acuerdo de transformación
    1. El artículo 8 de la Ley
    2. Requisitos y formalidades: la remisión del artículo 10.1
    3. Contenido del acuerdo
    4. ¿Cabe modificar sustancialmente el proyecto de escritura o estatutos puesto a disposición de los socios?
    5. Sociedad que ha emitido obligaciones u otros valores. El artículo 13
    6. Modificaciones adicionales a la transformación. El artículo 17
    7. Publicación del acuerdo de transformación. El artículo 14
    8. El derecho de separación de los socios. El artículo 15
       Introducción
       - 8.1. El apartado primero
       - 8.2. El derecho de adhesión

(1) El presente estudio contiene la conferencia del autor en el Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares el día 14 de febrero de 2011.

9. El derecho de oposición de los titulares de derechos especiales. El artículo 16
III. En la Fase de formalización:
1. La escritura pública de transformación. El artículo 18
2. La inscripción en el Registro Mercantil. El artículo 19
2.1. Carácter necesario de la inscripción para la eficacia de la transformación
2.2. La publicación en el BORME. Su alcance
2.3. La eficacia de la transformación y los terceros de buena fe
3. La impugnación de la transformación. El artículo 20

- LOS EFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN
I. Sobre la sociedad, en general. La llamada "fundación retardada"
II. Sobre los socios. Aparte del derecho de separación
1. Inalterabilidad de su participación social. El artículo 12
2. Sus obligaciones. El artículo 11
3. Responsabilidad de los socios por las deudas sociales anteriores a la transformación. El artículo 21

- APRECIACIÓN FINAL

INTRODUCCIÓN. QUÉ SE ENTIENDE POR MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE SOCIEDADES

En sede propia de las sociedades mercantiles la expresión Modificación Estructural se ha acuñado por la doctrina más representativa (alemana y siguiéndola, la española) para comprender todo tipo de operaciones de reestructuración empresarial que entrañan algún cambio o alteración en la estructura o los elementos esenciales de la empresa, por afectar a su organización personal o patrimonial o a ambas. Lo que, por de pronto, distingue cualitativamente los supuestos de modificación estatutaria, pero no afectan a la identidad o naturaleza de la sociedad, de los que tienen el calado propio de la modificación de la estructura jurídico-societaria.

En la línea expuesta se mueve la Ley actual 3/2009 y así lo reconoce su Preámbulo cuando dice que: "Las denominadas modificaciones estructurales son aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias, para afectar a la estructura patrimonial o personal de aquélla, y por tanto incluyen: la transforma-

ción, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. También se regula el traslado internacional del domicilio social que...".

Las afirmaciones transcritas permiten partir de las siguientes premisas:

1. Las modificaciones estatutarias son las que configuran el funcionamiento y organización de la sociedad ya en marcha; son alterables cumpliendo el régimen legal existente. Tales son las que la legislación regula para cada forma social en las normas respectivas y nunca afectan a la identidad o naturaleza del tipo social, mientras que

y **2.** Las modificaciones estructurales suponen la existencia de decisiones u operaciones de reestructuración que comportan una alteración sustancial del *contrato de sociedad*, por afectar a la organización personal o patrimonial de ésta, o a ambas. Cambian la identidad o la naturaleza o la estructura de la sociedad y, por extensión –como señalan IGLESIAS PRADA y J. GARCÍA DE ENTERRÍA–, la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios.

En consecuencia, la ME tiene propios caracteres definidores, exige determinados requisitos legales y que se cumpla un procedimiento, legalmente regulados. Hay que ponerlos de manifiesto en sus líneas generales.

1. Se produce una alteración de la estructura constituida por una unidad de elementos interrelacionados que da como resultado el tipo o forma social concreta (Diccionario de María Moliner: alteración, cambio, reforma-configuración, armazón, esqueleto, como ya se ha señalado anteriormente).

2. Con finalidad de reestructuración empresarial más o menos intensa. Ajustarse al régimen de neutralidad fiscal ha de tenerse siempre presente, aunque doctrinalmente se dude de la necesidad de tal finalidad. El citado régimen exige "motivos económicos válidos", tales como: la reestructuración o una racionalización de las actividades de las entidades participantes (art. 110 LIS).

3. Excepto en la transformación y el traslado internacional de domicilio social, en las ME de fusión, escisión y cesión global se produce cambio en la titularidad patrimonial.

4. Lo anterior se produce por la vía de una específica sucesión, *inter vivos*, a título universal; en bloque, en un solo acto y por un

solo título. Con lo que se facilita la transmisión y adquisición de empresas y la constitución, modificación y extinción de sociedades.

Y **5.** El peso específico que supone toda ME exige un procedimiento complejo, a fin de obtener la finalidad dicha, que puede resumirse así:

Ha de acordarse por la Junta General, Asamblea u órgano similar de las respectivas entidades participantes.

El órgano de administración ha de elaborar previamente un Proyecto en toda ME con cambio en la titularidad patrimonial y en el traslado internacional del domicilio social. Hay una excepción, caso de Transformación; y puede no existir en el supuesto del artículo 42 de la LME.

Es necesaria una información *ad hoc* acerca de la ME a los socios. Hay –con relación al requisito anterior– una excepción, el artículo 42, de complicada interpretación.

Y también una publicidad del acuerdo de realización de la ME.

Para que a partir de ella, los acreedores puedan oponerse al acuerdo, si implica cambio de la titularidad patrimonial (también en el caso de traslado internacional del domicilio social).

Y existe derecho de separación de los socios, si se dan determinados requisitos en las modificaciones sin cambio de titularidad patrimonial (arts. 15 y 99 LME).

La fusión, escisión y cesión global exigen el otorgamiento de la escritura pública en la que se plasme el consentimiento de las sociedades participantes, para que se produzca la perfección del contrato. Y su inscripción en el Registro Mercantil para la eficacia de la ME de que se trate, así como la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil.* En cuanto a la transformación, lo veré a continuación.

A fin de asegurar en lo posible la eficacia existe un régimen restrictivo de impugnación de la ME (sobre todo arts. 47, 73 y 90 LME).

I. LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES. CONCEPTO Y CARACTERES DE ESTA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL

El artículo 3 proporciona el siguiente concepto: en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica.

Y es que –señala Y. GUYON– hasta época bastante reciente el legislador no concebía modificación tan importante del pacto social sin un mutuo disenso, equivalente a una disolución seguida de una

reconstitución. Hoy ya no es así y el término transformación plasma perfectamente la etimología de esta metamorfosis en estudio.

Conforme al precepto transcrito y la total regulación de la figura, y partiendo –como expuso GIRÓN TENA– de la premisa legal de concebir un concepto unitario de sociedad, que está por encima de sus clases y de que en la figura en estudio el punto de partida lo constituye el principio de identidad, lo que significa que las relaciones jurídicas continúan con el mismo titular, los *caracteres de* la transformación son los siguientes:

1. La sociedad cambia el tipo o forma social y por tanto el régimen jurídico aplicable a la misma para el futuro. No se altera su sustancia (no hay transustación, si se permite traer a colación el término; si el usufructuario ha de conservar la forma y la sustancia de la cosa, aquí la sociedad se *transforma*).

2. Conserva –dice el precepto citado– su personalidad jurídica: la identidad de la sociedad permanece, su vestidura jurídica cambia (GARRIGUES gráficamente aporta la dicción del art. 1670 del CC: "... pueden *revestir* todas las formas"). Por ello cabe hablar de *trans-figuración*. El sustrato social sigue idéntico; las relaciones jurídico-sociales continúan sin alteración por la sociedad una vez transformada: no queda afectada en absoluto la esencia y la personalidad jurídica de la sociedad, lo que acaece es que se modifica *externamente*, por lo que no hay disolución y constitución de nueva sociedad.

3. Al no alterarse la identidad de la sociedad, solo el tipo o forma social, no implica la transformación *per se* transmisión del patrimonio *a otra* sociedad, porque sigue siendo la misma. De ahí que, comparativamente, estamos ante una modificación estructural de menor calado que la fusión o la escisión; dimensión que se acentúa, con todo, si cambia el régimen de responsabilidad de la sociedad y de los socios. Y siempre, claro es, surge y se aplica un régimen jurídico diferente del anterior, el de la nueva forma o tipo social.

4. Modificación estructural que recibe –por lo dicho– un tratamiento legal menos riguroso y complejo que otras que la Ley regula, pero de todos modos –si bien se atiende al interés de la continuidad de la actividad empresarial, la adaptación del titular social a las circunstancias cambiantes, así como a la conservación y al crédito de la empresa–, tiene que existir la adecuada previsión legal para

garantizar los intereses de los socios y de los terceros. Así lo hace la LME, como voy a estudiar.

II. UTILIDAD DE LA FIGURA EN LA REALIDAD SOCIETARIA

1. Ante todo la adaptación a las necesidades actuales de la empresa, al considerarse que el tipo o forma social no se ajusta a la realidad societaria, lo que unido a la conveniente disminución de costes, presión fiscal, margen a la autonomía de la voluntad, obtención del beneficio de la responsabilidad limitada..., hacen que sea una realidad innegable la transformación de sociedades de personas en sociedades de capital. Como, dentro de éstas, la de sociedades Anónimas en Limitadas (aunque el proceso inverso también se produce: por exigencia legal, para poder emitir obligaciones o para cotizar en bolsa, por ejemplo).

2. Apertura de vías a procesos de concentración empresarial: la Fusión y la Escisión han de ser de sociedades mercantiles inscritas. La amplitud legal del perímetro transformador constituye medio instrumental previo para lograr tal objetivo (lo que puede incluir a sociedades Cooperativas). La reestructuración en la organización de un grupo de sociedades constituye, en este campo, meta a alcanzar.

3. Como técnica preparatoria de un convenio de acreedores: la SA concursada que se transforma en SL para evitar los costes y los riesgos de un convenio con aportaciones *in natura*; o para evitar la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas contraídas durante el concurso, o, en fin, para facilitar la adquisición de la empresa en crisis por sus trabajadores (BELTRÁN SÁNCHEZ).

Téngase en cuenta que una sociedad en liquidación puede transformarse, pero si no ha comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios (art. 5); y en sede de concurso de sociedades es posible su transformación con la previa autorización judicial (art. 100.3 Ley Concursal), pero la apertura de la fase de liquidación, en el concurso de acreedores, produce la disolución de pleno derecho de la sociedad de capital de que se trate (art. 361 de la Ley SC de 2010).

4. Y, atendiendo a la realidad, se aprecian ya transformaciones de SA para poder aplicar el artículo 42 de la Ley ME (el acuerdo unánime de fusión no cabe si las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión son anónimas o comanditarias por acciones).

III. ALGUNOS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS DE TRANSFORMACIÓN

Introducción

La Ley de ME amplía el perímetro de la misma, como anuncia su Preámbulo, y es el artículo 4 el que enumera en primer término los supuestos de la posible transformación. Lo transcribo a continuación:

1. Una sociedad mercantil inscrita podrá transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil. No son posibles hoy –a diferencia de Italia– transformaciones heterogéneas (con figuras no societarias, al menos no con aplicación de la Ley en estudio; así, una fundación o una asociación).

2. Una sociedad mercantil inscrita, así como una agrupación europea de interés económico, podrán transformarse en agrupación de interés económico. Igualmente una agrupación de interés económico podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil y en agrupación europea de interés económico (sin necesidad de disolverse y constituir una nueva persona jurídica, decía el art. 19 LAIE). Conforme a ella, ha de constar el consentimiento de todos los socios que vayan a ser miembros de la AIE o de todos ellos –unanimidad– según la transformación sea en o de IAE respectivamente.

3. Una sociedad civil podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil.

4. Una sociedad anónima podrá transformarse en sociedad anónima europea. Igualmente una sociedad anónima europea podrá transformarse en sociedad anónima.

5. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad mercantil, y una sociedad mercantil inscrita en sociedad cooperativa. Ciertamente el espíritu y los principios de *Rochsdale* quedan desvirtuados en el primer caso.

6. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad cooperativa europea y una sociedad cooperativa europea podrá transformarse en sociedad cooperativa.

El precepto adolece de imprecisiones, origina dudas y ha de completarse con lo que establecen los artículos 5, 6 y 7. Todo ello exige que se profundice en el estudio de la materia, lo que realizo resaltando lo que sigue a continuación.

Transformación de sociedad civil en sociedad mercantil. ¿Y al revés?

1. La posibilidad reconocida por la Ley

La primera, reconocida expresamente por el artículo 4, contrasta con el Derecho hasta ahora vigente. Y nada se indica acerca del objeto social de la sociedad civil que en alguno de los tipos de sociedad mercantil se transforme. Ahora bien, en cuanto a la previa inscripción registral de la sociedad civil –que conforme a la legislación actual no es posible–, al ser necesaria la inscripción de la escritura pública de su transformación en el Registro Mercantil (para la eficacia de la misma, como se verá, conforme al art. 19), una vez realizada la transformación ya se está ante una sociedad mercantil inscrita.

2. El caso inverso: el silencio legal

¿Y una sociedad mercantil transformarse en sociedad civil? El artículo 4 silencia tal posibilidad, con lo que –como indica GÓMEZ PORRÚA– el legislador ha modificado el criterio que estableció en la Ley de Limitadas, artículo 87.2, por el que permitía transformarse en sociedad civil a una sociedad limitada cuyo objeto no fuese mercantil. En todo caso –dice con acierto LEÓN SANZ–, la imposibilidad por el silencio de la Ley de transformación actual (que debería haberse pronunciado expresamente para evitar toda duda) parece desproporcionada en el caso de sociedades mercantiles personalistas; y tampoco está del todo justificada la prohibición de transformarse una sociedad de capital –que es mercantil por razón de la forma– en una sociedad civil. Y es que –como ponen de relieve COZIAN y VIANDIER– si una SA o SL que por ejemplo explota un periódico local, deja esta actividad, el patrimonio inmobiliario de la sociedad puede considerarse mejor gestionado transformando la sociedad mercantil en sociedad civil. Pues aquí no es posible, por ahora al menos (y es que hay que estudiar más a fondo –y sin recelo– la sociedad civil).

Según QUIJANO GONZÁLEZ, miembro de la ponencia que elaboró el Anteproyecto, no se ha querido tal transformación. Reitero lo anterior.

3. ¿Y en sociedad civil profesional?

Y en cuanto a la cuestión de la inscripción en el Registro Mercantil, quizás por un olvido –apunta GÓMEZ PORRÚA– se ha dejado al margen del nuevo perímetro de la transformación la posibilidad de que una sociedad mercantil inscrita se transforme en sociedad civil profesional; y es que para estas sociedades civiles es obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil (art. 8 Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales). Desde luego, el que haya que disolver la primera para constituir la civil profesional resulta contrario a la finalidad y a la técnica seguida en la ordenación de las sociedades profesionales (en este sentido, LEÓN SANZ).

Transformación y Sociedad Limitada Nueva Empresa

La Ley 7/2003, de 1 de abril, añadió a la Ley de Limitadas de 1995 el capítulo XIX –arts. 130 a 144–, regulador de la Sociedad Nueva Empresa, hoy regulada por la LSC en sus artículos 434 a 454.

De la regulación interesa apuntar aquí que el artículo 143, que trataba de la transformación de la misma, está derogado y es el artículo 4 de la LME el aplicable: una sociedad mercantil inscrita puede transformarse en...

Y aquí es destacable que el actual artículo 454 permite la *continuación de operaciones* en forma de SRL, bastando la mayoría ordinaria; apartado 2.

Distinta a la transformación, claro es, con un objetivo de economía y sencillez, no puede evidentemente, como afirma HIERRO AÑIBARRO, extrapolar su *ratio*: si cambia su capital, órgano de administración..., en puridad el quórum citado ya no es de aplicación (afirma dicho autor que lo contrario supondría fraude de ley, contra los preceptos legales, que exigen mayor quórum y mayorías distintas).

Transformación de sociedad cooperativa y sociedad cooperativa europea (SCE). Puntualizaciones al precepto legal

El artículo 7 dispone que: la transformación de una sociedad cooperativa en otro tipo social o de ésta en aquélla, se regirá en lo referente a los requisitos y efectos de la transformación de la sociedad

cooperativa por la legislación que le sea aplicable. Y la transformación de éstas en sociedades cooperativas europeas y viceversa, por el Reglamento (CE) número 1435/2003 (Estatuto de las mismas) y por las normas que la desarrollan.

1. Sociedad Cooperativa y otros tipos sociales

Dada la atribución competencial que realiza la Constitución Española, todas las Comunidades Autónomas –excepto las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla– tienen atribuida competencia para legislar sobre Cooperativas –excepto si de Cooperativas de crédito y de seguros se trata; art. 149.1.11.ª CE–. Por ello, junto a la Ley de Cooperativas de 1999, de ámbito estatal, la mayoría de las Comunidades Autónomas han dictado su Ley respectiva y no siempre con los mismos criterios básicos. La redacción del artículo 7.1 respeta lo anterior (requisitos del acuerdo de transformación, sus efectos; requisitos y formalidades para la inscripción de la escritura de transformación y para la producción de los efectos de la misma).

2. Sociedad Cooperativa y Sociedad Cooperativa Europea

El apartado 2 del precepto –con más claridad en su redacción que el apartado 1– remite la transformación de sociedades cooperativas en SCE y viceversa al Reglamento (CE) del Consejo –de 22 de julio de 2003– relativo al Estatuto de la SCE. A él hay que estar, por lo tanto, de modo exclusivo.

No puede olvidarse la Disposición final cuarta de la Ley en estudio: si una Cooperativa de Crédito se transforma en otra entidad de crédito, el Fondo de Reserva Obligatorio de aquélla pasará a integrarse en el capital social de la entidad resultante de la transformación (se modifica así el art. 10 de la Ley de Cooperativas de Crédito, de 26 de mayo de 1989).

Reflexión final. A la vista de las posibilidades legales, hago mías las palabras que en 2002 escribieron IGLESIAS PRADA y J. GARCÍA DE ENTERRÍA: "se tiende a desdibujar los elementos causales informadores tradicionalmente del sistema de ordenación de los tipos societarios, convirtiéndolos en técnicas neutras de organización predispuestas por

el legislador para el ejercicio de la actividad económica, que prácticamente pueden escogerse y descartarse por motivos de oportunidad y conveniencia". La tendencia, como se comprueba, va *in crescendo* y en algún caso con rumbo discutible (ya se ha apuntado la *transformación* de Cooperativa en sociedad mercantil, que es –con palabras de ROSEMBUJ– genética, constitutiva, antes que técnico-jurídica).

EL PROCEDIMIENTO DE TRANSFORMACIÓN

Introducción

La transformación ha de seguir un procedimiento, cumplir unas fases desde su inicio hasta la adopción del acuerdo y la fase de otorgamiento de la escritura pública y la inscripción registral y la publicación en el BORME.

La Ley actual regula el *iter* del proceso y voy a ceñirme aquí a poner de manifiesto los aspectos que considero de mayor relevancia. Si todos son importantes, los que voy a destacar pienso que merecen tratamiento específico.

I. EN LA FASE PREVIA: EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS. EL ARTÍCULO 9

1. Al convocar la Junta en que haya de deliberarse sobre el acuerdo de transformación, los administradores deberán poner en el domicilio social, a disposición de los socios, que podrán pedir su entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos, los siguientes documentos:

1.º El informe de los administradores que explique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación, e indique asimismo las consecuencias que tendrá para los socios, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

2.º El balance de la sociedad a transformar, que deberá estar cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha prevista para la reunión, junto con un informe sobre las modificaciones patrimoniales significativas que hayan podido tener lugar con posterioridad al mismo.

3.º El informe del auditor de cuentas sobre el balance presentado, cuando la sociedad que se transforme esté obligada a someter sus cuentas a auditoría (arts. 263 y ss. Ley de Sociedades de Capital, caso de sociedad anónima).

4.º El proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación, así como, en su caso, otros pactos sociales que vayan a constar en documento público.

2. Los administradores de la sociedad están obligados a informar a la Junta de socios a la que se somete la aprobación de la transformación, sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo acaecida entre la fecha del informe justificativo de la transformación y del balance puestos a disposición de los socios y la fecha de la reunión de la Junta.

3. No será precisa la puesta a disposición o envío de la información a que se refiere el apartado primero cuando el acuerdo se adopte en Junta Universal y por unanimidad.

El precepto suscita dudas y necesita aclaraciones, por lo que ha de ser objeto de las siguientes precisiones y consideraciones prácticas.

1. El informe de los administradores

El informe de los administradores que explique y justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación –exigidos por la Ley para todos los supuestos de modificación estructural que regula– se completa con el necesario contenido de: su eventual impacto de género en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa. Con lo que se atiende tanto a la composición equilibrada de mujeres y hombres en los Consejos de administración como al mantenimiento de las medidas de asistencia, mecenazgo…, de responsabilidad social corporativa o institucional respectivamente (EMBID IRUJO).

2. El balance. Requisitos y finalidad

El cierre del balance de la sociedad a transformar: dentro de los seis meses anteriores a la fecha prevista para la reunión..., garantiza el derecho de información de los socios y también resuelve el

problema que antes planteaban los balances, general y final, por su fecha de cierre tanto en relación con su aprobación por la Junta general como por lo que respecta al sometimiento a verificación por los auditores, cuando a ello está obligada la sociedad.

La finalidad del balance es fundamentalmente asegurar que el patrimonio cubre el capital exigido por la normativa aplicable al nuevo tipo social; además a los efectos de considerarlo los socios que, por consecuencia de la transformación, pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales, y en general decidir los socios si permanecen en la sociedad o se separan de ella, obteniendo el valor de sus participaciones sociales.

3. El punto 4.º del artículo 9.1. Problemática

Suscita dudas la expresión del punto 4.º del artículo 9.1, en cuanto la información de los socios ha de comprender no solo el proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación, sino también "en su caso, otros pactos sociales que vayan a constar en documento público".

Entender que la referencia es a los pactos parasociales carece de justificación por excesiva, máxime cuando la expresión legal es: pactos sociales (lo considera así GÓMEZ PORRÚA, aunque no sea postura unánime). Hay que interpretar, por tanto, en este sentido la expresión legal y por ello referirla tanto a las posibles modificaciones adicionales a la transformación a las que el artículo 17 se refiere (con inclusión de la incorporación de nuevos socios), como a los acuerdos que –por ejemplo– tengan su razón de ser en la existencia de dividendos pasivos cuando el nuevo tipo social exija el desembolso íntegro del capital social (al que se refiere el art. 11.2 y luego examinaré).

¿También incluye la norma los acuerdos con los socios industriales o con los titulares de obligaciones u otros valores –art. 13– o de derechos especiales –art. 16–?: si el acuerdo respectivo se plasma en participación en el capital o en su caso en prestación accesoria hay que responder afirmativamente; no, en otro caso.

4. Caso de Junta Universal y unanimidad

Como dice el ya citado apartado 3 del precepto: la puesta a disposición o envío de la información a que el apartado primero se

refiere no será precisa si el acuerdo de transformación se adopta en Junta Universal y por unanimidad.

De las cuestiones que cabría considerar, parece necesario destacar la duda que suscita el apartado 3 al conectarlo con el anterior, y es que el apartado 2, al obligar a los administradores a informar a la Junta "sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo acaecida entre la fecha del informe justificativo de la transformación y del balance puestos a disposición de los socios y la fecha de la reunión de la Junta a la que se someta la aprobación de la transformación", plantea la cuestión del alcance de la obligación transcrita –que no puede eximirse de ser cumplida, dado que solo cabe la relativa a la información del apartado 1, y no la del 2–. La imprecisión de este apartado puede resolverse –considera GÓMEZ PORRÚA– interpretándolo en el sentido de que los administradores deben informar a la Junta de socios sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo posterior a la fecha del balance puesto a disposición de los socios y hasta la fecha de la reunión de la misma, excepto de las que ya aparezcan recogidas bien en el informe justificativo de la transformación, o bien en el informe sobre las modificaciones patrimoniales significativas, que, en su caso, se hayan acompañado con el balance de la sociedad para la transformación. La exención del apartado 3 no puede, en definitiva, evitar que en tal caso las modificaciones que se acaban de expresar, si resultan procedentes, deban ser presentadas y sometidas a la aprobación de la Junta, ello con el propio balance y como parte integrante del acuerdo de transformación.

5. Caso de transformación en Sociedad Anónima o en Sociedad Comanditaria por Acciones

El precepto ha de completarse considerando que en el caso de transformación en sociedad Anónima o en sociedad Comanditaria por Acciones, puede ser necesaria –conforme a los actuales arts. 67 y siguientes de la LSC de 2010– la emisión y presentación del Informe del experto independiente sobre el patrimonio social no dinerario, en los términos de los nuevos preceptos citados. Su aplicación es obligada, desde luego, e indirectamente la misma LME –en su art. 18.3, como se verá– así lo exige.

La finalidad: asegurar la corrección y seriedad de las valoraciones (León Sanz). Y es que –como ya expuso la resolución de 12 marzo 2005–: el principio de integridad del capital social, el que corresponda a una efectiva aportación de bienes de valor, al menos, equivalente a la cifra que se asigne, preside la reforma legal de 1989 (de sociedades de capital).

II. EN LA FASE DECISORIA: EL ACUERDO DE TRANSFORMACIÓN

1. El artículo 8 de la Ley: juicio crítico

La transformación de la sociedad habrá de ser acordada necesariamente por la Junta de socios. Así lo dispone el artículo 8, exigiendo por tanto la reunión de los socios al efecto.

2. Requisitos y formalidades: la remisión del artículo 10.1

El acuerdo de transformación se adoptará –dice el art. 10.1– con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma. Remisión total, abarcadora de los requisitos y las formalidades, que exige ponerlos de manifiesto al menos en los supuestos de mayor calado.

2.1. Si se trata de Sociedad Anónima (Ley de Sociedades de Capital)

Si de Sociedad Anónima se trata es necesaria su convocatoria formal –excepto caso de Junta Universal–, la constitución de la Junta y la adopción del acuerdo con los quórum y mayoría previstas en la Ley (arts. 194 y 201, que expresamente refuerza el quórum que el 193 exige para su válida constitución en supuestos de menor trascendencia).

La Ley prevé la existencia de dividendos pasivos: si el tipo social en que la sociedad se transforma –dice el art. 11.2 de la Ley ME– exige el desembolso íntegro del capital social (así, caso de transformación en SRL), previamente al acuerdo de transformación hay que proceder al desembolso y su realidad se acreditará al notario autorizante de la escritura pública o bien hay que reducir el capital a fin de condonar los dividendos pasivos.

2.2. Sociedad Comanditaria por Acciones

Los requisitos y formalidades que acabo de apuntar son aplicables –por el art. 152 Código de Comercio y hoy por la LSC– a la Sociedad Comanditaria por Acciones. En ella es necesario el consentimiento expreso de todos los socios colectivos si el acuerdo de transformación modifica alguno de los extremos estatutarios que el artículo 294 contempla. Los socios comanditarios adoptan el acuerdo según el régimen de mayorías establecido en el contrato social.

2.3. Transformación de Sociedad de Responsabilidad Limitada

Si la sociedad que se transforma es de responsabilidad limitada, la regulación de la Junta, sus requisitos y formalidades –con la posibilidad de que los Estatutos suavicen los requisitos de convocatoria– los plasmaba la Ley de 1995; hoy la de Sociedad de Capital en sus artículos 199 y siguientes.

2.4. Sociedad Colectiva o Comanditaria simple

Si de sociedad Colectiva o Comanditaria simple se trata, no es necesaria la reunión en Junta (Código de Comercio; aunque a la Junta se refieran algunos de sus preceptos relativos a estos dos tipos sociales). Es suficiente, por tanto, con que inequívocamente se manifieste la voluntad social, estando en primer lugar a la previsión a contener en la escritura social (en principio, en base al Reglamento del Registro Mercantil, la regla general es la de la unanimidad de los socios colectivos y para los socios comanditarios puede preverse en cambio la regla de la mayoría).

3. Contenido del Acuerdo de transformación

La Ley ME no profundiza en el contenido del Acuerdo, por lo que hay que tratar con detenimiento la materia a estudiar.

3.1. El artículo 10.2. Su necesario complemento

El acuerdo deberá incluir –se limita a decir el art. 10.2– la aprobación del balance de la sociedad presentado para la transforma-

ción, con las modificaciones que en su caso resulten procedentes, así como las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte.

3.2. Estructura, régimen de organización y funcionamiento del nuevo tipo social

En buena lógica, dado que la transformación supone que la sociedad se somete a un distinto régimen jurídico, el acuerdo no puede ceñirse a la manifestación de voluntad social en ese sentido, sin más. Ha de contener además la estructura, el régimen de organización y funcionamiento del nuevo tipo social. La guía la proporciona en esta materia la Ley en estudio, dado que –como ya se vio– la información a los socios al convocar la Junta ha de incluir: el proyecto de escritura social o estatutos (art. 9.1.4.º).

3.3. Las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte. Interpretación y alcance

Lo anterior no obsta a que "Las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte" del último inciso del artículo 10.2 transcrito haya que entenderlas en sus justos términos: no estamos ante disolución de sociedad y constitución de una nueva; justamente la transformación evita ese doble proceso. De ahí que las menciones a que se refiere el texto legal hay que interpretarlas ciñéndolas a las materias y aspectos a los que afecte la transformación, a fin de conseguir la clara y completa adecuación del régimen de organización y funcionamiento de la sociedad a las exigencias legales del nuevo tipo o forma social (Dirección General de los Registros y del Notariado, en resoluciones de 14 marzo 1994 y 21 abril 1994).

Lo expuesto puede ejemplificarse, caso de transformación de una sociedad Limitada en Anónima, diciendo que: no es necesario determinar el momento en que la sociedad comienza a operar, ni la voluntad de los socios de fundar una sociedad, ni es precisa la determinación de las aportaciones de los socios (en este sentido, M. EXPERTO, Lefebvre). Con mayor ajuste a la literalidad de la exigencia legal señala ÁVILA NAVARRO que, por ejemplo, la voluntad de fundar... "debe sustituirse por la expresión: la voluntad de transformar

la sociedad inicial en... la sociedad anónima... o de responsabilidad limitada". Y en cuanto a la fecha de comienzo de las operaciones, no la relativa a cuándo "dará" comienzo, sino "en que dio" (aspecto que en último caso hay que entender no exigible por su intrascendencia para la transformación).

4. ¿Cabe modificar sustancialmente el proyecto de escritura o estatutos puesto a disposición de los socios?

¿El acuerdo de transformación puede introducir modificaciones sustanciales con relación al proyecto de escritura social, o estatutos, puesto a disposición de los socios al convocar la Junta? La cuestión –que plantea con acierto GÓMEZ PORRÚA– ante el silencio de la regulación legal en sede de transformación, a diferencia del criterio previsor, aunque problemático como se verá, de la Ley en las siguientes modificaciones estructurales que regula, hay que resolverla en el sentido de que –salvo que el acuerdo se adopte en Junta Universal y por unanimidad– no cabe introducir ninguna modificación sustancial; lo contrario supondría –como dice el autor citado– una vulneración del derecho de información de los socios (desvirtuándose el informe de los administradores), que conduciría a la nulidad del acuerdo.

5. Sociedad que ha emitido obligaciones u otros valores. El artículo 13

Su transformación en otro tipo social al que no le está permitido emitirlos, así como la de una sociedad anónima que tuviera emitidas obligaciones convertibles en acciones en otro tipo social diferente, solo puede acordarse si previamente se ha procedido a la amortización o a la conversión, en su caso, de las obligaciones emitidas.

6. Modificaciones adicionales a la transformación

6.1. Incorporación de nuevos socios

Así lo prevé el artículo 17 al decir que la transformación podrá ir acompañada de la incorporación de nuevos socios (apartado 1). Incorporación que conlleva, si de sociedades de capital se trata, el

correspondiente aumento de capital, salvo que aquéllos adquieran las partes sociales de los socios que se separan, lo que requiere coordinación en los *tempos*.

6.2. Otras modificaciones. No confusión con la transformación

Y también la Junta puede acordar –además de la transformación– la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos (apartado 2), exigiendo lógicamente el precepto –en evitación de confusiones– que en estos casos se observen los requisitos legales propios del nuevo tipo social. Exigencia que hay que dejar subrayada. Con todo, la conexión de la norma con la de los efectos de la transformación *ex* artículo 19, plantea cuestiones que luego trataré.

7. Publicación del acuerdo de transformación: el artículo 14

7.1. BORME y diario de gran circulación. Error de dicción

Con menos rigor y mayor claridad que en el régimen derogado, la Ley exige hoy la publicación una vez en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio.

¿Claridad? La dicha no es completa: "de la provincia" dice textualmente, incidiendo en el mismo error –porque así hay que entenderlo– que en el Derecho hoy derogado. En la provincia (por de pronto no en todas se editan diarios y en último caso, la *ratio* va por otro camino). Ya no vuelve la Ley ME a repetir el error en las demás modificaciones estructurales que regula y con lo expuesto la cuestión debe darse por resuelta (en este sentido, GÓMEZ PORRÚA; apuntando SACRISTÁN REPRESA que esta es la solución razonable).

7.2. Medio sustitutorio: el artículo 14.2

Con mayor flexibilidad que en el sistema anterior, el artículo 14.2 permite sustituir el medio anterior de publicación por la comunicación individual por escrito a todos los socios y, en su caso, a los titulares de derechos especiales distintos de las acciones, participaciones o cuotas que no puedan mantenerse después de la transformación,

a través de un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. Pero es que además, a todos los acreedores (lo que no se explica –apunta LEÓN SANZ–, dado que debería bastar con la inscripción registral de la transformación, al no tener los mismos, a diferencia de en la fusión, el derecho de oposición). A los acreedores –termina el precepto–, a todos ellos, en los domicilios que hayan puesto en conocimiento de la sociedad o, en su defecto, en sus domicilios legales.

La resolución de 13 enero 1994 ha considerado que tal comunicación individual no es necesaria caso de Junta Universal y acuerdo adoptado unánimemente; ello por lo que a los socios respecta.

8. El derecho de separación de los socios del artículo 15

Introducción

La Ley posibilita su ejercicio en y para todo supuesto de transformación, si bien hay que distinguir en puridad el régimen existente en los dos apartados del precepto.

La actual Ley de Sociedades de Capital, por otra parte, al regular la separación de socios –art. 346– en caso de transformación de la sociedad (y de traslado de domicilio al extranjero) se remite a la de Modificaciones Estructurales ahora en estudio.

8.1. El derecho de separación en sentido estricto

Los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de transformación podrán separarse de la sociedad que se transforma, conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada (apartado primero del art. 15).

Solo el voto favorable al acuerdo impide que se ejercite el derecho de separación en consecuencia, por contradictorio con la conducta exteriorizada. Pero la regulación legal no contempla algunas cuestiones planteables y además ha de ser objeto de determinadas consideraciones.

Ante todo, el peligro de vaciamiento patrimonial de la sociedad por el ejercicio del derecho de separación lleva a que se estime factible, y conveniente sin duda, la posible regulación estatutaria: ya estableciendo prioridades en su ejercicio (privilegios a determinados

socios-partes sociales), ya condicionando el acuerdo de revocación a que no se ejercite el derecho o se ejercite de modo que no se supere una cifra determinada, e incluso a que no se separen determinados socios (así, MOTOS GUIRAO en los autores clásicos, BOQUERA MATARREDONA en la doctrina más reciente).

Y si se contempla el ejercicio del derecho en estudio desde la vertiente externa, el socio que se separa obtiene el reembolso de su participación social con la consiguiente reducción del capital de la sociedad (salvo que nuevos socios adquieran aquélla). ¿A esta reducción de capital le son de aplicación las normas que en esta materia protegen a los acreedores sociales? Piénsese que la misma Ley que en sede de *ius separationis* se remite a la Ley de 2009 de Modificaciones Estructurales –como ya he señalado–, regula la tutela de los acreedores de sociedades de responsabilidad limitada –arts. 331 a 333–, y la de los acreedores de sociedades anónimas –arts. 334 a 337–. Para las primeras de modo que "los socios a quienes se hubiera restituido la totalidad o parte del valor de sus aportaciones responderán 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". Para las Anónimas, los acreedores de estas sociedades tienen el derecho de oponerse a la reducción –si no es con cargo a beneficios o a reservas libres– hasta que se les garanticen suficientemente sus créditos en los términos de los preceptos legales ya citados. ¿*Quid iuris*?

Podría pensarse –como ya en la doctrina se ha considerado– que caso de reducción por ejercicio del derecho de separación no cabe oponerse los acreedores, siendo de aplicación exclusivamente la tutela que regula el artículo 331 LSC para el caso de sociedades de responsabilidad limitada (en esencia, la apuntada responsabilidad solidaria; sin perjuicio del derecho *estatutario* de oposición *ex* art. 333). Ello por los términos que el apartado primero del artículo 15 en estudio emplea remitiéndose "a lo dispuesto para las SRL". Pienso que el peligro de vaciamiento patrimonial que conlleva el ejercicio del *ius separationis* ha sido considerado por la propia Ley de 2009. Si su artículo 17.2 dice que: cuando la transformación vaya acompañada de... la modificación del capital social "habrán de observarse los requisitos específicos de esa operación conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social", ello me lleva a considerar ineludible –por interés prioritario– la aplicación del régimen

de tutela de los acreedores sociales de los artículos 334 y siguientes de la Ley SC si el nuevo tipo social es sociedad anónima. Y es que considerar –como ya apunté– que el artículo 17 no es de aplicación al supuesto del derecho de separación, solo y exclusivamente regido por el artículo 15 y su remisión a lo dispuesto para las SRL, llevaría en mi opinión a la indebida valoración de los intereses en juego, ello aunque las exigencias legales conlleven dilatación y mayor complejidad del proceso de transformación (es también el criterio de la mayoría de la doctrina que la cuestión se ha planteado, si bien con anterioridad a la Ley de Modificaciones Estructurales).

8.2. El derecho de adhesión al acuerdo del apartado segundo

Lo ya expuesto se completa y ha de cohonestarse con el apartado segundo del precepto, que regula: el derecho de adhesión a favor de los socios que por efecto de la transformación hubieran de asumir una responsabilidad personal por las deudas sociales y no hubieran votado a favor de aquél, estableciendo que automáticamente quedan separados de la sociedad si no manifiestan fehacientemente su adhesión al acuerdo en el plazo de un mes, a contar –dice el precepto– desde la fecha de su adopción cuando hubieren asistido a la Junta de socios, o desde la comunicación en caso de no asistencia. La valoración de las partes correspondientes se hará conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada.

Por último, cabe plantear, con VICENT CHULIÁ, si caso de Fusión o Escisión que den como resultado una sociedad de distinto tipo, existe o no simultáneamente transformación, con el consiguiente derecho de separación, estimando que cada modificación estructural tiene su régimen propio y es en consecuencia aplicable. Con todo, la consideración doctrinal mayoritaria es que tal posibilidad no cabe: prevalece el régimen legal de la Fusión o de la Escisión, en el que tal derecho no se reconoce.

9. El derecho de oposición de los titulares de derechos especiales

El artículo 16 de la LME, en su apartado primero, establece que: "la transformación no puede tener lugar si, dentro del mes siguien-

te a la publicación en el BORME del acuerdo de la misma o del envío de la comunicación individual por escrito, se oponen titulares de derechos especiales distintos de las acciones, participaciones o cuotas, que no puedan mantenerse después de la transformación". Lo que –unido a lo que dice su apartado segundo– lleva a realizar varias consideraciones.

9.1. "Titulares de derechos especiales distintos de...": ante todo no incluye a los titulares de obligaciones u obligaciones convertibles en acciones. A éstos se refiere el artículo 13, como ya se ha visto, con un régimen específico (terminando así con el debate doctrinal existente).

La expresión ha de ceñirse, hoy por hoy, a las ventajas de fundadores y promotores (bonos de fundador), a los bonos de disfrute (art. 341 LSC) y a los derechos de opción sobre acciones ("stock options", como medio retributivo a los administradores del art. 219 Ley SC). Sin estudiar en profundidad estos derechos especiales, sí debe apuntarse que: si de ventajas de fundadores se trata, el actual artículo 27 LSC establece que los estatutos han de prever un sistema de liquidación para los supuestos de extinción anticipada de estos derechos especiales (a fin de que la misma pueda realizarse sin originar problemas). Y caso de los bonos de disfrute y de los derechos de opción sobre acciones –ante el silencio legal y el *enérgico* tratamiento que el precepto en estudio concede a sus titulares– la oportuna regulación estatutaria es conveniente prever.

Los derechos de opción sobre acciones, por último, caso de incompatibilidad con la transformación y ejercicio del derecho de oposición a la misma por sus titulares, puede llevar a la necesaria modificación del sistema de retribución de los administradores: el acuerdo de la Junta General al respecto ha de expresar en su caso el número de acciones a entregar y demás requisitos del actual artículo 219 LSC.

9.2. "Si se oponen al acuerdo de transformación los titulares de tales derechos especiales que no puedan mantenerse después de la misma".

Ante todo, la forma de oponerse –ante el silencio de la Ley– conviene que conste fehacientemente, por escrito dirigido al órgano de administración; la notificación notarial en este sentido asegura la fe-

haciencia. Pero hay que tener en cuenta en este punto dos posibilidades, una prevista legalmente, otra debe considerarse por su repercusión real.

De un lado, como el socio no puede ir contra sus propios actos, si la oposición la realiza un socio que es titular de algún derecho especial distinto a la titularidad propia de la condición de socio, no produce efecto si el mismo hubiere votado a favor de la transformación (apartado segundo del precepto).

De otro, al ser posible que los titulares de derechos especiales no tengan la cualidad de socio (caso de reducción de capital con amortización o de administrador no socio), lo anterior en tal caso no puede acaecer. Se pone de manifiesto, como ya apunté, el *enérgico* tratamiento legal: habrá que obtener el consentimiento expreso del titular opuesto, pues de lo contrario la transformación no podrá continuar y si se realiza dará lugar a la ineficacia de la misma (con lo que se está en manos de sujetos *ajenos* a la sociedad y al procedimiento de transformación, en definitiva, caso de no poder mantenerse tales derechos cuyos titulares a la transformación se oponen; así lo pone de manifiesto BOQUERA MATARREDONA).

9.3. En relación con lo expuesto hasta aquí, apunto por último que el plazo para oponerse es el del mes siguiente a la publicación del acuerdo de transformación en el BORME o del envío de la comunicación individual del acuerdo, por escrito, a... los titulares de derechos especiales distintos de..., como comienza diciendo el artículo 16 en conexión con el artículo 14 ya citado.

III. EN LA FASE DE FORMALIZACIÓN

1. La escritura pública de transformación

La escritura pública de transformación ha de ser otorgada por la sociedad y por todos los socios que pasen a responder personalmente de las deudas sociales (art. 18.1).

El acuerdo de transformación ha de ejecutarlo el órgano de administración o el representante autorizado de la sociedad que se transforma, no los que vayan a representarla una vez transformada (sin perjuicio de la identidad personal que es posible exista).

Caso de que la transformación proponga cambio o alteración en la estructura de la administración, habrán de comparecer, para aceptar, los nuevos administradores nombrados; salvo que conste la aceptación o vaya a constar en documento separado.

Consentimiento necesario, de carácter contractual, ha de plasmarse en la escritura el relativo al de los socios que pasen a responder personalmente de las deudas sociales.

1.1. Contenido de la escritura de transformación

El artículo 18.2 –en consonancia con lo que exige el ya estudiado art. 10.2 *in fine*– dice que: habrá de contener las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte. Con lo que hay que recordar aquí las precisiones y matizaciones interpretativas que he realizado al hilo del citado artículo 10.2; pero es que además el apartado 2 del artículo 18 dice que: la escritura pública de transformación habrá de contener la relación de socios que han hecho uso del derecho de separación y el capital que representen, así como la cuota, las acciones o las participaciones que se atribuyan a cada socio en la sociedad transformada.

En definitiva, el planteamiento legal exige claramente que la escritura pública –a los efectos de la inscripción– se complete con los requisitos y menciones que el Reglamento del Registro Mercantil explaya en sus artículos 216 a 224. De ellos destaco: los artículos 219, 221 y 222 respecto al supuesto de existencia de socios con derecho a separación; caso de transformación de sociedad anónima o comanditaria por acciones, los artículos 220.1.2.º y 217.2, párrafo primero, y en último término los artículos 217.2, párrafo segundo, 218.1 y 220.1.3.º si la sociedad resultante de la transformación es de responsabilidad limitada. Con todo, la actual normativa legal necesita urgente puesta al día del Reglamento del Registro Mercantil en esta materia.

1.2. Informe de los expertos independientes en su caso

Hay que incorporar a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social –dice el apartado 3 del art. 18 en estudio– si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran. Así, puede ser necesario si la

sociedad se transforma en Anónima o en Comanditaria por Acciones (conforme a la LSC, respecto al patrimonio social no dinerario, art. 67 y ss.).

1.3. ¿El balance de transformación cerrado el día anterior al otorgamiento de la escritura?

La regulación reglamentaria –arts. 219 y 220– lleva a exigir su incorporación, pero el criterio de la Ley actual es diferente: el informe sobre las modificaciones patrimoniales significativas producidas después del balance de la sociedad a transformar –art. 9.1.2.º– y la fecha de la reunión de la Junta es suficiente. Es innegable que la seguridad que proporciona la exigencia reglamentaria es superior –como ya se ha puesto de manifiesto por algunos autores–, pero ante el criterio legal, habrá que esperar al nuevo RRM. Mientras tanto, al artículo 9 de la LME hay que estar.

2. La inscripción en el Registro Mercantil. El artículo 19

La eficacia de la transformación –dice el precepto– quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil. Analicemos el sistema legal.

2.1. Carácter necesario de la misma para la eficacia de la transformación

El carácter necesario de la inscripción para que la transformación produzca sus efectos lo plasma el precepto citado y constituye principio seguido por la Ley para todos los supuestos de modificación estructural que regula.

En puridad la inscripción no es constitutiva: para que lo fuera –como en Alemania, y así lo expuso GONZÁLEZ ENRÍQUEZ– el consentimiento debería prestarse ante el Registro. Aquí el negocio ya existe y es perfecto, falta la necesaria inscripción para que los efectos se produzcan.

Carácter necesario por tanto que hay que cohonestar con otros preceptos de la LME y con la realidad societaria. Ahora es el momento de plantear y de resituar la problemática que la realidad depara en este importante aspecto jurídico.

Quid iuris si en una sociedad limitada transformada en Anónima se decide antes de la inscripción aumentar su capital social, ¿serán acciones o participaciones las que se creen?; y caso inverso, ¿puede reducir aun su capital para constituir o aumentar la reserva legal; o hacerlo por debajo del capital mínimo de la Anónima? Y respecto al régimen de adopción de acuerdos, y en cuanto al régimen de transmisión de acciones entre el antiguo artículo 20 LSRL (si en la SA las acciones eran libremente transmisibles). CABANAS TREJO plantea estos interrogantes y dice, con prudencia, que "las declaraciones demasiado altisonantes sobre la eficacia de la inscripción confunden: debe llevarse a cabo una valoración *ad casum* que escape de criterios rígidos" (en este sentido se manifiesta también ESPÍN GUTIÉRREZ, quien completa su enfoque con lo que voy a exponer al comentar el art. 17 LME en su conexión con el art. 19).

En definitiva, lógicamente hay que estar al régimen jurídico de la nueva forma social; este es el aplicable, si bien "supeditada la eficacia de la transformación a la inscripción en el Registro Mercantil".

Y, en efecto, en cuanto al artículo 17, la resolución de 16 septiembre 2009 analiza las posiciones adoptables en relación a la inscripción llamada *constitutiva*, para considerar que la inscripción es el trámite exclusivo y excluyente para la oponibilidad frente a terceros del acto sujeto a la misma. Por lo que en la esfera interna el cambio de forma social se produce con el acuerdo social de transformación.

Aunque en el caso del recurso la escritura y él mismo son anteriores a la entrada en vigor de la LME (el 4 de julio de 2009), la citada Ley "constituye un factor decisivo para encauzar la interpretación del artículo 90.1 LSRL, en el presente supuesto". Así lo expresa literalmente la resolución.

Recientemente, el notario autorizante de la escritura *ex* resolución citada –GOMÁ LANZÓN–, considerando que "quizá sabe a poco" la fundamentación de la misma, al no entrar en el fondo de la cuestión, afirma –con acierto– que en nuestro Derecho el acuerdo social elevado a escritura pública no es irrelevante en absoluto hasta la inscripción. Aquí hay un caso que lo demuestra.

Y es que cuando se produzca además alguna modificación adicional de las que regula el artículo 17, han de observarse, como el precepto establece, los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social.

2.2. La publicación en el BORME. Alcance de la misma

Desde el momento de la inscripción: no desde la fecha del asiento de presentación, pues –con ÁVILA NAVARRO– el precepto reglamentario genérico que así lo establece (art. 55.1) debe ceder ante el legal específico, *ad hoc*, que aquí existe.

2.3. ¿Y frente a los terceros de buena fe?

Ahora bien, frente a los terceros de buena fe (que ignoran la transformación), solo es oponible la misma desde su publicación en el BORME (art. 21 Código de Comercio). Y es que si la sociedad se relaciona con el tercero ignorante de que la que actúa como Anónima –por ejemplo– se ha transformado en Limitada, queda protegido si la transformación no se ha publicado todavía en el BORME.

3. Una vez inscrita, podrá ser impugnada la transformación en el plazo de tres meses. El artículo 20 de la Ley

3.1. Plazo de caducidad

Se trata de un plazo de caducidad, que afecta indistintamente a las acciones de nulidad o anulabilidad. Las causas de impugnación, concretamente de nulidad del acuerdo, hay que centrarlas en la infracción de las normas sobre convocatoria y adopción del acuerdo, así como del derecho de información.

3.2. El *dies a quo.* Precisiones al respecto

A pesar de la dicción legal, hay –con GÓMEZ PORRÚA– que precisar el *dies a quo*: a partir de la fecha en que la transformación fuera oponible a quien la impugna (solución expresamente prevista para la impugnación de la fusión por el art. 47). De ahí que habrá que distinguir dos supuestos posibles en base a la existencia o no de la buena fe –conocimiento y de la publicación en el BORME.

En todo caso, hay que advertir que el criterio legal es distinto aquí que el que se sigue para las demás modificaciones estructurales.

LOS EFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN

I. SOBRE LA SOCIEDAD: EN GENERAL. LA "FUNDACIÓN RETARDADA"

Ya señalado el efecto fundamental: el cambio del régimen jurídico aplicable a la sociedad transformada, expongo a continuación un efecto específico, que merece destacarse:

La llamada "fundación retardada" del actual artículo 72 de la Ley de Sociedades de Capital.

Hoy es de aplicación el precepto –en la redacción por la Ley citada–: "a partir de la transformación en sociedad anónima". Baste indicar aquí, con VELASCO SAN PEDRO, que la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad transformada no se compadece con la nueva aplicación al supuesto de transformación del artículo 72 citado; ello aunque sintonice con la Directiva Comunitaria y el parecer de algún autor (así, A. ROJO).

Cabe plantear si están incluidas en la aplicación legal las adquisiciones onerosas que se realicen desde la escritura de transformación; parece clara la respuesta afirmativa, a pesar –como apunta ÁVILA NAVARRO– de lo que establece el artículo 19 de la Ley.

El mismo autor, con razón, critica las exigencias de la Ley (antiguo art. 41 LSA) por los problemas que suscita, el costo que produce lo que exige y la dilación que supone.

II. EFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN SOBRE LOS SOCIOS

1. Inalterabilidad de su participación social: el artículo 12.1

La participación de los socios en la sociedad transformada no puede ser modificada por el acuerdo de transformación sin el consentimiento de todos los que permanezcan en la sociedad. Así lo establece el artículo 12.1. A pesar de lo cual, la regla general transcrita del precepto legal puede tener excepciones, variaciones y existen matizaciones. Veamos.

Si la sociedad que se transforma en un tipo social en el que no pueden existir socios industriales, los tiene: la participación de éstos en el capital de la nueva sociedad transformada –dice el art. 12.2– será la que corresponda a la cuota de participación que

les hubiera sido asignada en la escritura de constitución de la sociedad o, en su defecto (o sea, si de ésta no se deduce), la que se convenga entre todos los socios, reduciéndose proporcionalmente en ambos casos la participación de los demás socios.

Y una vez convertido ya en socio de capital, prevé el precepto también la posible subsistencia, en su caso, de la obligación personal asumida por el mismo, para exigir siempre su consentimiento y la instrumentación como prestación accesoria en las condiciones que se establezcan en los estatutos sociales (párrafo último del art. 12).

Inalterabilidad que, aparte lo expuesto, hay que resaltar que son incompatibles determinados derechos con el régimen legal aplicable por la transformación; así, las acciones de voto plural, sin olvidar el distinto régimen de transmisión de acciones y de participaciones sociales y el hoy por hoy vigente supuesto del artículo 188,b) del Reglamento del Registro Mercantil (obligación de transmitir sus participaciones...). La actual Ley SC tutela los derechos individuales de cualquier socio de una SRL ante toda modificación de estatutos en el artículo 292, exigiendo que el acuerdo se adopte con el consentimiento de los afectados; y caso de SA la tutela colectiva de los derechos de *una clase* de acciones ante tales acuerdos, si les afectan directa o indirectamente, se canaliza exigiendo el acuerdo de la mayoría de tales acciones (art. 293).

2. Sus obligaciones: subsistencia de las obligaciones de los socios. El artículo 11 de la Ley

La transformación por sí sola no liberará a los socios del cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad (apartado primero).

En puridad, hablar de obligaciones del socio frente a la sociedad ha de ceñirse a los supuestos de la obligación de realizar prestaciones accesorias y el del desembolso de los dividendos pasivos pendientes: en cuanto a la primera, el apartado 1 explicita la no liberación de la obligación frente a la sociedad ("la transformación por sí sola no le libera"), por lo que caso de no poder mantenerse la misma en la sociedad transformada, se impone el acuerdo de las partes al respecto.

En cuanto al desembolso de los dividendos pasivos, el apartado segundo del precepto regula la obligación de los socios en los tér-

minos que ya expuse al tratar del supuesto de transformación en un tipo social en el que se exige el desembolso íntegro del capital de la sociedad.

3. Responsabilidad de los socios por las deudas sociales anteriores a la transformación. El artículo 21 de la Ley y la protección de los acreedores sociales

Aunque la transformación *per se* no perjudica a los acreedores de la sociedad –de ahí que no tengan derecho a oponerse a la misma conforme a la Ley–, ésta es consciente de que tiene que asegurar su protección. De ahí que:

"Los socios que en virtud de la transformación asuman responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales responderán en la misma forma de las deudas anteriores a la transformación.

Salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la transformación, subsistirá la responsabilidad de los socios que respondían personalmente de las deudas de la sociedad transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años, a contar desde la publicación de la transformación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*" (art. 21, en la línea de las anteriores Leyes de SA y de SRL).

Veamos separadamente los dos apartados transcritos:

Si la sociedad era, antes de la transformación, sociedad de capital –Anónima o Limitada– y ahora es de carácter personalista, los socios responden personal e ilimitadamente por las deudas sociales (antes no respondían personalmente de las deudas sociales). Y ello tanto respecto a las anteriores como a las posteriores a la transformación (hay que tener en cuenta que en este supuesto los acreedores sociales ya no tienen la garantía específica del capital social).

Los socios colectivos en el caso presente asumen la responsabilidad por las deudas sociales que establece el Código de Comercio: ilimitada, subsidiaria –previa excusión del haber social– y solidaria (sean o no gestores de la sociedad; art. 127). En cambio los socios comanditarios no responden por las deudas sociales anteriores (salvo que sus nombres se hayan incluido en la razón social; arts. 122 y 147).

En el supuesto inverso al anterior: antes los socios respondían personalmente por las deudas sociales y ahora la sociedad se transforma en sociedad de capital, el precepto en estudio parte de la subsistencia de su responsabilidad personal respecto a las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación. Ello hay que interpretarlo en el sentido –con ÁVILA NAVARRO– de que se trata de los socios que ya respondían en la situación anterior (y esto aunque se desvinculen de la sociedad), pero no afecta a los nuevos socios, pues éstos nunca estuvieron sujetos a responsabilidad por las deudas sociales anteriores a la transformación.

La responsabilidad *prescribe* a los cinco años, a contar desde la publicación de la transformación en el BORME. Y, como inicia su redacción el apartado 2: ... "salvo que los acreedores sociales hayan consentido la transformación, subsistirá la responsabilidad de...". En puridad, la *ratio* normativa se dirige a que más que consentir aquélla, los acreedores sociales dispensen, renuncien o consientan en liberar de responsabilidad, por lo que –a efectos de prueba– la seguridad jurídica preventiva aconseja la adecuada constancia liberadora.

Con el sistema que la Ley establece, considera –creo que acertadamente– que los acreedores quedan suficientemente protegidos. Y es que la Ley no puede inhibirse ante la diversidad de régimen, caso, sobre todo, de transformación de una sociedad colectiva en sociedad de capital (GIRÓN TENA).

APRECIACIÓN FINAL

El juicio crítico del régimen legal de la transformación es, en términos generales, positivo. Meritorio es el esfuerzo clarificador y de unificación –en lo posible– de regulación jurídica, aunque no se ha logrado totalmente. Además, la Ley de Sociedades de Capital exige ajuste normativo con el régimen de la Ley ME. Esperemos al nuevo Reglamento del Registro Mercantil, que en toda esta importante materia necesita de urgente armonización complementaria.

COORDINACIÓN DEL CATASTRO CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y CON LAS ESCRITURAS PÚBLICAS, Y DE TODOS ELLOS CON LA REALIDAD

(Cuarta parte) (*)

Carlos Marín Calero
Notario

SUMARIO

I. LA COORDINACIÓN CON EL CATASTRO. PLANTEAMIENTO GENERAL
- a) La obligación legal de hacer constar la referencia catastral Documentos implicados y sujetos obligados
- b) La coordinación entre instituciones, en beneficio del ciudadano
- c) Los orígenes, objetivos y limitaciones de los intentos de coordinación con el Catastro
- d) Las carencias del sistema documental inmobiliario
  - i) Carencias inherentes a cualquier tipo de descripción de fincas
  - ii) Carencias particulares del Catastro
  - iii) Carencias particulares de las escrituras y las inscripciones
  - iv) La superación de carencias por la coordinación
- e) Los obstáculos a la colaboración

II. EXAMEN GENERAL DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE COORDINACIÓN CATASTRAL
- a) Valoración crítica del actual marco legal de coordinación con el Catastro
- b) Esquema expositivo de este estudio
- c) Conceptos y cuestiones generales
  - i) La finca catastral

(*) Publicamos en este número de la Revista la cuarta parte del trabajo (Anexos), con la que completamos su publicación, que iniciamos en el número 73, enero-marzo 2010.

ii) El titular catastral
1. Titulares civiles que el Catastro toma en consideración
Los especiales derechos reales de disfrute del artículo 9.4 de la Ley del Catastro
2. Régimen de las titularidades catastrales múltiples
a) Supuestos de cotitularidad
Cotitularidad matrimonial
b) Régimen de representación obligatoria
3. La legitimación catastral
4. La sucesión de titularidades y el tracto catastral
5. Los supuestos de discrepancia entre la titularidad civil y la catastral

iii) La referencia catastral
1. Su concepto, estructura y relación con la documentación catastral
a) Fincas que no tienen referencia catastral
b) Referencia catastral de la finca de origen
2. La referencia catastral como elemento identificador de los inmuebles
3. Personas obligadas a aportar la referencia catastral
4. Medios de acreditación de la (correcta) referencia catastral
a) El recibo de contribución
b) La certificación catastral descriptiva y gráfica
5. Calificación registral y notarial de la acreditación de la referencia catastral

iv) Correspondencia de la referencia catastral

v) La constatación de la referencia catastral
El procedimiento de constatación

vi) La coordinación del Catastro con la realidad extra catastral

III. LA COORDINACIÓN DESDE EL CATASTRO Y HACIA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
a) Planteamiento general
b) La inmatriculación de la referencia catastral
i) La inmatriculación de la referencia catastral correspondiente a una finca que también ella misma se inmatricula en ese mismo proceso
1. Términos totalmente coincidentes
2. Parcela plenamente incorporada al Catastro
3. Finca catastrada a favor del transmitente o del adquirente
4. Referencia catastral constatada
5. Referencia catastral que no esté ya inmatriculada

6. Juicio crítico sobre la estrategia de coordinación seguida para los casos de inmatriculación registral de fincas

ii) La inmatriculación de la referencia catastral de una finca ya inmatriculada
   1. La doble modalidad: la inmatriculación de la referencia catastral solicitada en el trámite de inscripción de un título referido a una finca ya inscrita y la inmatriculación solicitada como operación registral autónoma
   2. El título inscribible
   3. Constancia en la inscripción de la referencia catastral
      a) Referencia catastral de la finca de origen
      b) Inmatriculación de la referencia catastral cuando no se ha establecido la correspondencia de la finca catastral y la registral
   4. La potestad para atribuir la determinada referencia catastral que se pretende inmatricular para un bien inscrito
   5. Actuación de oficio del registrador

iii) Efectos de la inmatriculación de la referencia catastral
   1. Efecto inmatriculador
   2. Eficacia frente a terceros
   3. Eficacia frente al registrador y frente a los titulares
   4. Modificación de la referencia catastral ya inmatriculada

iv) La constatación de la referencia catastral en el trámite de su inmatriculación

v) Supuestos y efectos de la no inmatriculación de la referencia catastral
   1. Efectos que no produce la falta de aportación de la referencia catastral
      No consecuencias legales
      No consecuencias en el ámbito de la coordinación
   2. Calificación del incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral
      Advertencia de incumplimiento
   3. La negativa del registrador a hacer constar la referencia catastral atribuida por las partes
      Recursos contra la negativa

c) Supuestos de doble inmatriculación de una referencia catastral o de la intención de provocarla

d) Alteración de la descripción básica de una finca inscrita y cuya referencia catastral ya está inmatriculada o se inmatricula en ese momento

i) Planteamiento general

ii) Examen de la legislación vigente
   1. La confluencia de dos legislaciones
   2. La ausencia de duda fundada sobre la identidad de la finca

3. El cambio de rumbo que impone la Dirección General de los Registros y del Notariado
4. Rectificaciones en base al contenido del Catastro
5. La rectificación basada en un informe técnico
6. Rectificación por medio de un acta notarial específica
7. Procesos de remodelación territorial generalizada o sistemática

e) Conclusiones críticas del proceso de coordinación desde el Catastro hacia el registro de la propiedad

IV. LA COORDINACIÓN DESDE EL CATASTRO Y HACIA LA ESCRITURA PÚBLICA

a) Planteamiento general. El diferente enfoque legislativo
b) Objetivos a lograr en la aplicación práctica por parte del notario de la legislación catastral relativa a la constancia de la referencia catastral
c) La constancia de la referencia catastral en las escrituras públicas
   i) Los distintos sujetos capacitados para aportar la referencia catastral a la escritura
      1. Referencia catastral aportada por el propio notario
         a) El deber de colaboración del notario con el Catastro
         b) El *índice único*
         c) Referencia catastral identificada por el notario
      2. Referencia catastral aportada por los interesados
      3. Referencia catastral aportada por el propietario
      4. Referencia catastral aportada por terceros en nombre de los interesados
   ii) El procedimiento de acreditación de la referencia catastral que se aporta a la escritura: medios y plazos
   iii) Las características particulares que el momento del otorgamiento de la escritura aporta al proceso de identificación de la finca escrituraria y catastral. La aprobación de los interesados
   iv) La constancia de la referencia catastral en la escritura
      1. Referencia catastral de la finca de origen
      2. Referencia catastral provisional
d) Efectos de la constancia en la escritura de la referencia catastral
   i) Ausencia de eficacia inmatriculadora
   ii) El reflejo automático de la realidad catastral
   iii) La utilidad documental de la certificación catastral descriptiva y gráfica
   iv) Conformidad de los otorgantes al contenido del Catastro
e) La constatación de la referencia catastral aportada a la escritura pública
f) Supuestos y efectos de la falta de constancia en la escritura de la referencia catastral

i) Competencia del notario para negar la constancia de la referencia catastral
ii) Referencia catastral no aportada a la escritura
1. Advertencias
2. Los efectos de la imposibilidad de hacer constar la referencia catastral. Recursos

V. COORDINACIÓN HACIA EL CATASTRO DESDE LA ESCRITURA
a) Planteamiento general
b) La coordinación del Catastro con la realidad
c) La "incorporación" de datos al Catastro
i) Procedimientos de incorporación
ii) Sujetos obligados a declarar y a comunicar
Supuestos de concurrencia de obligaciones de comunicar
iii) Supuestos en que procede la comunicación, sustituyendo a la declaración
iv) Contenido y forma de las declaraciones y las comunicaciones
1. Contenido de las declaraciones y las comunicaciones
2. Forma de hacer las declaraciones y las comunicaciones
3. Hechos, actos y negocios declarados o comunicados
4. Acreditación de los hechos declarados o comunicados
v) Declaración por solicitud
vi) Incentivos a la declaración
1. Sanciones
a) Referencia catastral que no puede ser obtenida
b) Régimen sancionador
2. Advertencias a los otorgantes
d) Consideraciones críticas del proceso de coordinación desde la notaría hacia el Catastro

VI. COORDINACIÓN HACIA EL CATASTRO DESDE LA INSCRIPCIÓN
a) Procedimiento de incorporación
b) Advertencias

VII. CONSIDERACIONES FINALES. LA COORDINACIÓN LOGRADA

ANEXOS
Anexo 1
(Texto abreviado) de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en este estudio
Anexo 2
Circular 07.04/06, de 9 de junio, sobre Criterios de Asignación y Modificación de la Referencia Catastral de los Bienes Inmuebles
Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos. Secretaría General de Hacienda. Dirección General del Catastro

Anexo 3

Comisión o Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Prevención y Corrección del Fraude, constituida a iniciativa de la Dirección General de Catastro y Cooperación Tributaria e integrada por la propia Dirección General de dicho Centro, la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registradores de la Propiedad y Notarios

Anexo 4

Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Anexo 5

Instrucción de 2 de marzo de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad

ANEXOS

ANEXO 1

(Texto abreviado) **de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en este estudio**

Resolución de fecha 16 de diciembre de 1983

Se hace constar en una escritura que la nueva superficie de la finca resultante de reciente medición es la quinta parte más de la que figuraba en el Registro, segregando una porción de la expresada finca y recayendo sobre finca de naturaleza urbana.

SUSPENDIDA la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de que al tratarse de la inmatriculación de un exceso de cabida comprendida en el art. 298, párrafo 5.º, letra D del RH, se exige por razón de lo dispuesto en el art. 205 LH, que aquel desarrolla, un título que dé forma solemne a la transmisión del dominio, por lo que el documento objeto de calificación debería ser otorgado no unilateralmente, sino por los intervinientes en la escritura que es objeto de rectificación y que fue otorgada ante el mismo Notario D....., el 13 de agosto de 1981, siendo, por tanto, imprescindible un acto de transmisión de dominio conforme a los principios establecidos en el art. 205 de la LH, en concordancia con el 199, letra b) y 200, párrafo 2.º del mismo Texto. No practicada la inscripción de la segregación para lo que no existe obstáculo, por no prestar su conformidad el presentante a que se practique dicha operación prescindiendo de la referida inscripción del exceso de cabida ni tomada anotación preventiva por no haberse solicitado.

Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si para acceder al Registro de la Propiedad un exceso de cabida no superior a la quinta

parte de la cabida inscrita es imprescindible un acto de transmisión de dominio a la vista de lo establecido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, dado el Reglamento no determina con precisión si estas declaraciones de mayor cabida deben necesariamente realizarse en títulos que contengan otro acto inscribible, o si, independientemente de este medio cabe, además, que puedan ingresar a través de un título en que exclusivamente se declara por el propietario la rectificación de la medida superficial de la finca.

Considerando que la materia de este recurso fue ya tratada indirectamente por la Resolución de 12 de febrero de 1981 que con ocasión de un supuesto de rectificación de superficie al amparo del apartado b) del número 5 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, vino a declarar que la exigencia en base al artículo 205 de la Ley Hipotecaria de que el transmitente de la finca acredite su previa adquisición mediante documento fehaciente anterior en un año es necesario únicamente en el supuesto del apartado C) del mismo párrafo 5.º, pero no en los otros tres casos, que mantienen cada uno su regulación específica.

Considerando, en efecto, que al referirse el artículo 205 de la Ley a la inmatriculación de fincas, y no a la constatación registral de los excesos de cabida, solamente al primer supuesto habrán de aplicarse las prevenciones que el artículo 298 de su Reglamento contiene acerca de la inmatriculación, sin que éstas, como ya se ha indicado, hayan de tenerse en cuenta en los casos en que el exceso de cabida sea una consecuencia de la rectificación de una medida superficial, y esto último aparece confirmado en el propio párrafo 6.º del mismo artículo reglamentario al ordenar que no es necesaria la publicación de los edictos correspondientes en los tres supuestos antes indicados.

Considerando, no obstante, que en el supuesto del apartado D) del mencionado artículo 298, que es precisamente el que sirve de fundamento a este recurso, ha de tenerse en cuenta a efectos de su interpretación, la distinta realidad social existente hoy día en relación a la época en que se introdujo reglamentariamente esta norma legal, pues al no estar entonces suficientemente desarrollada la materia urbanística, así como la diversidad de clases de suelo, se entendía y se pretendió por el legislador en aquel momento que pudieran rectificarse en los libros registrales por un procedimiento muy simple aquellas medidas superficiales de fincas que en su mayoría tenían el carácter de rústicas y que no acogían su total extensión siempre que este aumento no excediera de la quinta parte de su cabida.

Considerando, en efecto, que el posterior desarrollo urbanístico que ha tenido su reflejo en la Ley de Propiedad Horizontal y en la regulación del suelo contenida últimamente en su Texto refundido, así como en el incremento de las Urbanizaciones privadas, impone el interpretar restrictivamente la norma del Reglamento Hipotecario (artículo 298, 5.º D) dado lo establecido en el artículo 3.º del Código Civil, y evitar así que por una simple declaración unilateral pueda ser aumentada sin limitación a través de sucesivas declaraciones la extensión de una parcela de suelo urbano, y se

pueda infringir la legislación urbanística con las limitaciones o prohibiciones que impone amparándose en unos asientos registrales que de seguir la tesis permisiva habrían dejado de estar al servicio de la legalidad vigente.

FALLO

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Resolución de fecha 1 de septiembre de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18, 200 a 202 de la Ley Hipotecaria; artículo 100 y 285 del Reglamento para su ejecución; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953, 25 de enero de 1958, 7 de abril de 1981, 14 diciembre de 1986 y 6 de febrero, 24 de julio y 23 de octubre de 1987.

Primero. En realidad todos los defectos señalados en la nota del Registrador ponen de manifiesto que en la tramitación del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido se han presentado documentos –en este caso certificaciones catastrales– que hacen referencia a fincas identificadas como distintas de las que constituyen las que son objeto de dicho expediente, y que en consecuencia existe un obstáculo registral que impide la práctica del asiento solicitado.

Segundo. En la calificación de los documentos judiciales puede el Registrador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, hacer constar los obstáculos que del propio Registro surjan a la práctica del asiento solicitado, y de ahí que ante los datos jurídicos y planimétricos que obran en su oficina, se encuentre autorizado a manifestar todo aquello que, a su entender, y sin perjuicio del resultado del ulterior recurso gubernativo, se opone a la inscripción del documento.

Tercero. La existencia de un lindero fijo, que figura en la descripción primera de la finca, y que en la certificación catastral aportada aparece como… sólo, no se debe a un simple error material, pues de la planimetría existente en este Registro número 30 –piloto además para la informatización y coordinación con el Catastro– aparece claramente que se trata de dos caminos distintos, lo que provocaría una transmutación de la situación física de, al menos, una de las fincas de las que se pretende reanudar el tracto. Si a ello se añade que tanto la finca registral x como la xx, no coinciden en situación, superficie y linderos con las descritas en el Auto judicial, y que, por otro lado y además, las fincas constituidas por las parcelas a que se refieren las certificaciones catastrales aparecen en el Registro inscritas a nombre de terceras personas, resulta más que justificada la prudente postura y calificación del Registrador que trata de evitar pueda producirse una identidad de las fincas x y xx –que, se repite una descripción distinta– con las correspondientes a

las inscritas a favor de otros titulares registrales que traen su origen, según el historial registral, y a través de una sucesiva cadena de transmisiones, de las antiguas contadurías de Hipotecas, y una de ellas deriva, tras diversas agrupaciones y segregaciones efectuadas, de la número y, que estuvo en su día inscrita a nombre del mismo titular de las número x y xx.

Cuarto. El principio de legitimación registral que, junto con el de fe pública registral, constituyen el principio de exactitud de los pronunciamientos del Registro, se refiere siempre a los datos jurídicos de la finca, y no se extiende en principio a las situaciones de mero hecho o a las circunstancias físicas del inmueble, pero ello no autoriza a sostener que tales datos cuando, figuren en los asientos registrales, carezcan de valor pues como ya ha declarado el Tribunal Supremo en varias Sentencias –jurisprudencia, efectivamente, no siempre concorde– que se citan en los Vistos, "la presunción de lo que diga el asiento en relación a las circunstancias del mismo, se ha de reputar veraz mientras no sea rectificada o declarada su inexactitud, debiendo atenerse los Tribunales en su cometido a una razonable valoración jurídica de los hechos que estimen probados para poder dar por desvirtuada la presunción iuris tantum en cuanto a extensión y linderos de la finca descrita".

Resolución de fecha 1 de junio de 1998

Hechos

PRIMERO. El día 19 de julio de 1994, mediante escritura pública se vende un solar, de cabida, según título, de 138 metros 60 decímetros cuadrados, pero que medido para la venta ha resultado con una cabida de 162 m². Que según el título tenía una fachada al camino, de 16 metros y lindaba: Derecha, entrando, con D., en una línea de 9 metros; izquierda, con calle sin nombre, en una línea de 9 metros y espalda, con D., en una línea de 14 metros 80 centímetros. Actualmente sus linderos son los siguientes: Da su frente a calle Santa Paula, en línea de 9 metros; derecha, entrando, calle Virgen del Cerrillo, en línea de 16 metros; izquierda, D., y fondo, D.

SEGUNDO. Presentada la anterior escritura, fue objeto de la siguiente calificación: "Presentado nuevamente el documento, acompañado de certificación por el Jefe del Servicio de Coordinación Informática de la Gerencia Territorial de Granada-provincia, al objeto de inscribir la mayor cabida de la finca, se deniega la constatación registral pretendida por el defecto, que se estima insubsanable, de no considerar el título presentado medio adecuado para ello, tanto se considere el supuesto como un caso de inmatriculación de exceso de cabida, como de rectificación de cabida inscrita. Del precepto legal que pudiera alegarse para ello, art. 298, 5.º, letras A) a D), RH, sólo el supuesto previsto en esta última letra pudiera servirle de apoyo, siendo en todos ellos indispensable que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca. La documentación presentada, lejos de disipar la duda, no hace más que confirmarla, habida cuenta que el título anterior le asigna una superficie de 138,60 metros cuadrados, el ahora presentado de 162 m² con

una descripción absolutamente distinta, y en ambos casos referidas a un solar en la calle Santa Paula, sin número. Por contra, la certificación catastral se refiere a una urbana, hay que entender casa, y una superficie construida de 150 metros cuadrados, sobre un solar de 158 m². A ello se une el carácter restrictivo con que dicha norma debe ser interpretada, por imperativo del art. 3 CC, dada la importancia actual de la legislación urbanística y el riesgo que para los colindantes pudiera derivarse de la constatación registral pretendida, tratándose de una finca que carece de linderos fijos".

TERCERO. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que es práctica frecuente notarial y registral no tener un criterio excesivamente riguroso en excesos de cabida relativa a fincas inscritas, siempre que estuvieran dentro de los moldes marcados por el RH, al objeto de tener encaje legal. Que se infringe claramente el último inciso del art. 298.5.º RH, que contiene un mandato imperativo y que se debió cumplir, pues la nota de calificación debe contener obligatoriamente la causa por la que se deniega, ya que de lo contrario el administrado queda en absoluta indefensión. Que de la certificación del Centro de Gestión Catastral y del Registro de la Propiedad resultan los siguientes datos ciertos: Que el transmitente tiene su finca inscrita en el Registro de la Propiedad, que la misma está catastrada a nombre del mismo titular, que el certificado atribuye al titular una finca en la misma calle a que se refiere la escritura objeto del recurso y atribuye a la finca una superficie de 158 m² de solar, confirmando una superficie mayor que la que figura inscrita de 138,60 metros cuadrados; que el exceso de cabida que se pretende inscribir resulta inferior a la quinta parte de la cabida inscrita. Que el Registrador ignora todo el contenido del art. 298 RH, y hay que recordar lo declarado en las Resoluciones de 16 de diciembre de 1983 y 21 de febrero de 1986. Que en el caso planteado no se da un supuesto de inmatriculación, puesto que la finca ya consta inscrita, y no se inmatricule el exceso, sino que se trata tan sólo de practicar una rectificación en cuanto a la superficie inscrita de la misma, en base a las letras B) y D) del art. 285.5.º RH, a las que no es aplicable la inmatriculación del art. 205 LH. Que no es posible que el Registrador tenga duda fundada acerca de la identidad de la finca, conforme al art. 298, núm. 5, RH, pues la finca está identificada, no hay duda respecto a ella porque no hay inscrita otra parecida en los libros registrales y la duda no está suficientemente fundada; por tanto, el Registrador no puede dejar de inscribir. Que las circunstancias que cambian en la escritura nueva se refieren a datos accidentales y variables y no a la identidad propiamente de la finca, con lo que se ha cumplido con el art. 171 del Reglamento Notarial, que encuentra corolario registral en el último párrafo de la regla cuarta del art. 51 RH. Que hay otras Resoluciones que admiten claramente la inscripción de los excesos de cabida; así hay que citar las de 26 de enero de 1955, 16 de julio de 1956, 12 de febrero de 1981 y 21 de febrero de 1986.

CUARTO. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en la nota se deniega la inscripción del exceso de cabida por no

ser el procedimiento elegido cauce adecuado al efecto. 1.º Que el historial registral de la finca núm. 1980 está compuesto por dos inscripciones: 1.ª Que de acuerdo con la descripción contenida en la misma, la finca es un solar de 138,60 metros cuadrados. El título que motiva el recurso, después de describir la finca como lo hacía el título que motivó la primera inscripción, actualiza la descripción. Del estudio comparativo de ambas descripciones lo razonable es concluir que nada hay común entre ellas ni situación, ni superficie, ni linderos. Que las dudas que se tienen están más que fundadas y se impone la cautela. En este punto hay que referir la resolución de 14 de marzo de 1876. Que la certificación catastral aportada no desvanece las dudas del Registrador en orden a la identidad de la finca y, por tanto, no es procedente la inscripción del exceso de cabida por el procedimiento pretendido. Que, puesto que la finca no tiene linderos fijos, podría darse la existencia de terceros que pudieran verse afectados por la inscripción del exceso de cabida, y así lo ha venido reconociendo la Dirección General en las Resoluciones de 11 de julio de 1936 y 14 de marzo de 1944, entre otras. Que habrá que acudir a otro procedimiento donde la identidad de la finca puede ser probada con medios amplios, donde los colindantes y demás personas interesadas, que pudieran resultar perjudicadas, tengan oportunidad de ser oídas y de oponerse. Que no puede ser desconocido el derecho de la tutela judicial efectiva que sanciona el art. 24 CE.

Fundamentos de Derecho

Vistos el art. 298 RH y las Resoluciones de este centro directivo de 26 de enero de 1955, 9 de mayo de 1961 y 12 de febrero de 1981.

PRIMERO. El problema básico que se plantea en el presente recurso es el de, si, en el caso planteado, está fundada la duda que impide la inscripción de un exceso de cabida inferior a la quinta parte de la cabida inscrita y que se pretende justificar por los datos catastrales.

SEGUNDO. Son datos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes: a) Se presenta en el Registro una escritura de venta en la que se asigna a un solar una superficie superior a la inscrita, pero inferior a la quinta parte de ésta; b) El Registrador inscribe la venta, sin inscribir el exceso con la conformidad del presentante; c) Se presenta nuevamente la escritura acompañada de una certificación catastral expresiva de la cabida de la finca y a nombre del transmitente, denegando la inscripción del exceso por alegar el Registrador duda fundada sobre la identidad de la finca.

TERCERO. El ap. 5.º del art. 298 RH exige, para la inscripción de los excesos de cabida, que no exista duda fundada sobre la identidad de la finca, y tal duda no puede deshacerse por el mero hecho de que el exceso sea inferior a la quinta parte de la cabida inscrita, o se aporte una certificación catastral que ni siquiera describe la finca a que se refiere en idénticos términos que los contenidos en el folio registral correspondiente.

Resolución de fecha 23 de noviembre de 1999

Antecedentes de hecho

I) En escritura de venta se transcribe la siguiente cláusula estatutaria: "La azotea del edificio constituye elemento común pero queda reservada para la constructora del edificio, con la facultad de atribuir la condición de anejos cada vez que se trasmita una de las fincas que la integran, o en cualquier otro momento. La asignación como anejo se hará determinando la superficie o superficies delimitadas en el plano que pertenecen en uso a cada finca y subsistirá en tanto en cuanto a la sociedad constructora le quede la titularidad de alguna de las fincas que integran el edificio. Al trasmitir la última necesariamente habrán de haber sido asignadas como anejos a las fincas del edificio todas las superficies señaladas en el plano". Y a continuación se expone: "A.A.M., en la representación que ostenta y en base a la cláusula estatutaria anteriormente reseñada, previa su desafección como elemento común, configura como anejo inseparable de la finca descrita en el expositivo primero de esta escritura letra A) veintidós metros cuadrados, de la azotea del edificio en el que se ubica la finca objeto de la presente transmisión, superficie que aparece señalada y delimitada con el número diez, en el plano que figura en la escritura de fecha cinco de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, que debidamente testimoniado dejo incorporado a esta matriz".

II) Fue calificada con la siguiente nota: "Se suspende la inscripción del anejo por no describirse conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la LH y art. 51 del RH".

III) El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que se considera que la falta alegada en la nota es la inexistencia de linderos en la descripción del anejo. Que la ley pide los linderos de la finca, pero no pide los linderos de los anejos que enumera. Que no es aplicable a este caso ni el art. 9 de la LH y 51 de su Reglamento, exigiendo la descripción de los linderos porque el anejo no es una finca, sino una parte integrante de ella por destino. Que los linderos son innecesarios de poner en la escritura y no añadiría más identificación a lo efectuado. Que los linderos son un dato físico que no queda cubierto ni por la fe pública notarial, ni por la registral, y en ocasiones puede identificarse la finca por otros medios y, por tanto, no es esencial.

IV) El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota, informó: Que anejo es una relación entre dos cosas; principal y accesoria, y lo calificado como anejo es accesorio: un inmueble accesorio. Lo accesorio es una finca que está en relación con otra, o parte de una finca principal. Que en cualquiera de los dos casos su acceso a los libros de inscripción está regulado en el art. 9 de la LH, que resuelve el problema exigiendo expresión de los linderos, tanto de lo principal como de lo accesorio. En el mismo sentido hay que citar el art. 1471-2 CC e insiste en este mismo sentido el art. 51 del RH. Que, por otro lado, el anejo es una finca accesoria que ha de tener la posibilidad de abrir folio independiente. Que nuestra legislación solo da al

plano un valor complementario de la descripción de la finca, conforme a lo que disponen los arts. 51.4.º del RH y 170 del Reglamento Notarial.

Fundamentos de Derecho

Vistos los arts. 5 LPH, 9-1 y 18 de la LH y 51 del RH, y resoluciones de 17 abril 1986, 31 marzo 1989, 25 noviembre 1992 y 8 mayo 1995.

2. Es cierto que la descripción de los anejos de los pisos o locales en régimen de Propiedad Horizontal, que estén situados fuera del espacio delimitado, deberá realizarse en los términos previstos en el art. 9-1 de la LH y concordantes de su Reglamento (cfr. art. 51), pues solo así se quedará perfectamente identificados el objeto de la propiedad separada que ha de inscribirse (cfr. art. 5 LPH), y en consecuencia, en el caso debatido, deberá expresarse tanto la ubicación concreta del anejo en el edificio, como superficie y linderos. Ahora bien, fijado en el propio cuerpo de la escritura, en su parte expositiva, la ubicación del anejo (porción de la azotea), su superficie, el número de esta porción entre las varias en que se divide la azotea para constituir anejos de otros pisos o locales, y complementándose la identificación por remisión a un plano que efectivamente contiene una plena delimitación de tal anexo, plano que, además, forma parte del título constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal, que se incorpora a la escritura calificada, y al que las partes prestan su conformidad, no se puede alegar ya el defecto impugnado, por cuanto el contenido de este plano pasa a formar parte de las declaraciones negociales documentadas y ha de ser tenido en cuenta por el Registrador en su calificación (cfr. art. 18 de la LH).

Resolución de fecha 6 de abril de 2000

Hechos

I) En el Juzgado de Primera Instancia, se siguieron autos de juicio declarativo de mayor cuantía, en los que se dictó sentencia que devino firme por la que estimando la demanda se declaró que la casa pertenece en propiedad al demandante.

Para la inscripción de dicha sentencia se dictó por el Magistrado Juez de dicho Juzgado providencia acordando: "Que se proceda a la inscripción de la sentencia dictada en autos que es firme, y cuya inscripción debe realizarse con independencia de que los adquirentes posteriores ejerciten las acciones que les asisten por medio del correspondiente procedimiento. Y todo ello a pesar de que la demanda no fue anotada y que la finca que abajo se describe, aparece inscrita a favor de tercero". A tal fin expidió mandamiento dirigido al Registrador de la Propiedad.

II) Presentado en el Registro de la Propiedad antes citado testimonio de la sentencia y el mandamiento para su inscripción, fue calificado aquél con la siguiente nota: "Denegado el precedente documento, por los siguientes defectos: 1. No constar la descripción de la finca conforme a los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario, ya que la misma está dividida en Régimen de Propiedad Horizontal".

III) Por el Procurador de los Tribunales, se interpuso recurso gubernativo frente a la nota de calificación alegando el mandato contenido en el artículo 118 de la Constitución Española y lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento.

IV) El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota informó: Que dentro de las formalidades extrínsecas del documento presentado, pueden citarse los requisitos que según la legislación hipotecaria deben contener los documentos judiciales para su inscripción (artículos 3, 9, 21, 131.17 y 257 de la Ley Hipotecaria, 51 del Reglamento Hipotecario, 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Resolución de 15 de julio de 1991), y dentro de éstos, los relativos a la debida identificación mediante su descripción en forma reglamentaria (artículo 9.1.o de la Ley Hipotecaria y 51.1.o a 4.o del Reglamento Hipotecario) de la finca registral, sobre las que asientan las titularidades registrales de especialidad (artículos 7, 13 y 248 de la Ley Hipotecaria), legitimación (artículo 38 de la misma), tracto sucesivo (artículo 20 de dicha Ley), prioridad (artículo 17 de la citada Ley), inoponibilidad (artículo 32 de la misma) y fe pública registral (artículo 34 de la Ley referida), de tal manera que la incorrecta o incompleta descripción de la finca impide la inscripción que se pretende (Resolución de 26 de noviembre de 1971). Que se señala en este sentido la Resolución de 1 de septiembre de 1982. Que, por ello, figurando inscrita la constitución y división en régimen de propiedad horizontal de la finca registral 9.114, que es la que aparece descrita en el mandamiento sometido a calificación, dando lugar a varias fincas registrales que además están inscritas a favor de personas distintas del demandado, y sobre las que pesan sendas hipotecas a favor de tercero que tampoco han intervenido en el procedimiento, surge un obstáculo registral que impide la inscripción pretendida, en tanto no se aclare el objeto de la inscripción o rectifique el contenido registral mediante resolución judicial, dictada en el procedimiento declarativo correspondiente entablado contra los titulares registrales, en la que se declare la nulidad o cancelación de las inscripciones vigentes (Resoluciones de 4 de abril de 1974 y 31 de julio de 1987).

V) El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias resolvió desestimar el recurso con imposición de las costas al recurrente, fundándose en que el artículo 118 de la Constitución no puede entenderse sino en conexión con el conjunto del ordenamiento y en este caso, ni la descripción de la finca, que aparece dividida en régimen de propiedad horizontal se ajusta a las exigencias de la legislación hipotecaria.

VI) Frente a dicho auto se formuló recurso de apelación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24, 117 y 118 de la Constitución Española; 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1.3, 20, 40 y 69 de la Ley Hipotecaria; 100 de su Reglamento y la Resolución de 13 de febrero de 1992.

1. Dos son los defectos por los que el Registrador rechaza la inscripción de una sentencia declarativa del dominio de un inmueble: no corresponderse su descripción con la que figura en el Registro, y…

El primero de tales defectos no puede por sí sólo elevarse a obstáculo que impida la inscripción pretendida si, tal como resulta de la nota de calificación, no existe duda sobre la identidad de la finca, si las mismas figurasen inscritas a nombre de los demandados, cabiendo incluso la inscripción parcial respecto de aquellas entidades en que se diera tal circunstancia, dejando a salvo, no obstante, otros derechos inscritos sobre ellas a favor de terceros.

Resolución de fecha 24 de abril de 2000

Hechos

II) Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Castro Urdiales fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inmatriculación del presente documento por existir dudas fundadas acerca de la identidad de la finca y con el fin de evitar una posible doble inmatriculación, dado que los datos catastrales de la finca que se pretende inmatricular coinciden con los de otra finca previamente inscrita".

III) Se interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó: Que en el presente caso se cumplen los requisitos exigidos por los artículos 205.1 y 298.1 de la Ley y Reglamento Hipotecario, respectivamente, para poder inmatricular.

Que no se dan los presupuestos de los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario para alegar duda acerca de la identidad de la finca, ya que no existe asiento contradictorio de dominio o posesión de la finca, ni certificación expedida en contradicción con asiento alguno no cancelado ni la finca objeto de inmatriculación se halla inscrita en el Registro, ya que la referenciada por el Sr. Registrador corresponde a otra posible con distinta cabida, distintos linderos y resultante de una presunta agrupación de fincas cuya realidad fáctica no coincide con la finca cuestionada.

IV) La Registradora de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que por lo que se refiere a la certificación catastral, ésta no es la certificación literal y gráfica que a los efectos de inmatriculación exige el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 Dic., de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, ya que en ella no constan los linderos, y los plasmados en la escritura obedecen aparentemente a una simple manifestación de los otorgantes.

Que en cuanto a la alegación del recurrente de que no existe contradicción con asiento alguno no cancelado y de que la otra finca no coincide en cabida, extensión ni linderos con la finca cuya inmatriculación se pretende, difícilmente puede coincidir porque tal finca registral es el resultado de una agrupación de varias fincas, y ocupando esta última, además de otras parcelas, la ahora cuestionada, y hay que tener en cuenta que hay doble inmatriculación no solo cuando las fincas son idénticas sino también cuando una de ellas coincide solo parcialmente o se encuentra superpuesta respecto de otra (Resolución de 9 May. 1961).

Que al suspender el asiento solicitado no se ha hecho más que cumplir con el deber que imponen los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario y que la Resolución de 7 Mar. 1994, para un supuesto análogo de doble

inmatriculación, señala que la decisión sobre si procede o no la inscripción solicitada no puede ser resuelta por el mecanismo del recurso gubernativo, sino que debe ser planteado por el interesado ante el Juez de Primera Instancia del partido, tal y como preceptúan los artículos mencionados.

VI) El recurrente apeló el auto Presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la actuación del Registrador vulnera la solución que se deduce a contrario del artículo 53.1, párrafo segundo, de la Ley 13/1996, aplicable a los bienes inmuebles rústicos a partir del día 1 Ene. 1998 (disposición transitoria octava), en el cual se establece que aún cuando considere el Registrador que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado pueda no coincidir con el inmueble objeto del asiento (y evidentemente así ocurre cuando la misma se repite en dos inmuebles), lo comunique al Catastro, sin provocar un cierre del Registro, al establecer que pueda hacer constar la referencia en el asiento por nota marginal cuando el mismo hubiera sido ya practicado.

Que el Registrador no indica en su nota la fecha del asiento que impide la práctica de la inmatriculación solicitada, dato importante, pues el mismo puede verse afectado por la suspensión de efectos frente a terceros del apartado 2 del artículo 53 de la Ley citada, si a la entrada en vigor de la misma no hubiere transcurrido desde su fecha el plazo señalado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 53.seis de la Ley 13/1996, de 30 Dic., de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, así como la Resolución de 7 Mar. 1994.

1. Se debate en el presente recurso acerca de si es o no procedente la inadmisión del recurso gubernativo cuando la calificación del Registrador que ha sido recurrida se limita a suspender la inmatriculación, que en virtud de título público había sido solicitada, por existir dudas acerca de la identidad de la finca, toda vez que algunos de los datos catastrales que se aportan de la finca que se pretende inmatricular ya aparecen relacionados con una finca inscrita, posteriormente agrupada a otras.

2. Las dudas que al Registrador le surjan acerca de la identidad de la finca cuando se trata de inmatricularla es una concreta cuestión de hecho que no puede ser decidida mediante recurso gubernativo, sino que debe ser planteada por el interesado ante el Juez de primera instancia del partido, conforme a lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, y es a él a quien entonces incumbe resolver si es o no inscribible el documento presentado.

Resolución de fecha 14 de marzo de 2001

Hechos

I) Se otorga escritura de adición de obra en una vivienda unifamiliar de planta baja consistente en la construcción en el año 1993 de un nuevo piso, dedicado a vivienda.

II) "Presentado el precedente documento, fue calificado desfavorablemente por el defecto subsanable de no haber intervenido en el mismo los herederos de don, ya que la obra nueva que ahora se pretende inscribir fue realizada en el año 1993 sobre una finca que tenía carácter ganancial, según resulta de la escritura que motivó la inscripción 1.ª de la misma, por lo que tal obra nueva tendría carácter ganancial conforme al artículo 1.359 del Código Civil, con lo cual parece que no es suficiente para su constatación registral, la declaración hecha unilateralmente por D.ª".

III) El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la cuestión fundamental de este recurso es la de determinar a quién corresponde la facultad o legitimación para declarar una obra nueva sobre una finca registral o entidad hipotecaria. Que la regla general establecida por el principio de tracto sucesivo es la que se requiere la previa inscripción de la finca a nombre de la persona que realiza la declaración (art. 20 de la ley Hipotecaria), lo cual ocurre en este caso, pues la declarante es la única titular registral del inmueble. Que la duda que surge es si esa facultad se ciñe solo a las obras realizadas por el titular actual, o si también es aplicable a otras obras que pudieran existir sobre la finca, hechas por titulares anteriores, y no hubiesen sido declaradas en su día por éstos. Que la duda se tiene que despejar afirmando y reconociendo la legitimación del titular actual para declarar esas obras, tal como reconoce la doctrina más autorizada y como se establece en las Resoluciones de 21 May. 1991 y 29 May. 1965. Que la declaración de obra nueva no atribuye, ni tan siquiera declara derecho alguno, sino que se limita a constatar datos físicos de la finca. La atribución de titularidad de lo construido la produce el principio civil de accesión (artículos 353 y 358 del Código Civil y 45 del Reglamento Hipotecario). Que éste es también el criterio tradicional seguido por la doctrina y consagrado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 21 Feb. 1995. Que en el caso objeto de este recurso concurre la circunstancia especial de que la obra que se declara fue en su día ganancial y ello lleva al Registrador a entender que por tal motivo debe exigirse la ratificación de los herederos. Tal exigencia es rechazable, por los siguientes argumentos: Que este supuesto no es distinto de cualquier otro en que un titular declare una obra pasada no realizada por él, en los que no es necesaria la ratificación de todos los titulares anteriores. Que legalmente hay que presumir que la declarante es la dueña de la casa y de todo lo que sobre la misma exista y se declare, frente a esta presunción no cabe sostener otra presunción distinta de una titularidad ganancial, que choca contra lo que el mismo Registro publica.

IV) El Registrador en defensa de la nota informó: 1. Que en el caso objeto del recurso no se trata de ninguna cuestión de tracto sucesivo y tampoco se discute la legitimación para declarar la obra nueva. Se trata de una cuestión de determinación de titularidad. Es un problema de derecho sustantivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 348, 356 y siguientes, 1097, 1468 y 883 del Código Civil, y 2.2, 20, 38 y 208 de la Ley Hipotecaria.

2. El defecto no puede estimarse; la declaración de obra nueva, en cuanto constatación de las características físicas de una finca (cfr. artículos 2.2 y 208 de la Ley Hipotecaria), precisa para su inscripción que sea formulada por quien en ese momento sea su titular según el Registro; así se infiere tanto del principio registral del tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria) como de la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito en la forma que resulta del asiento correspondiente (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Y ello no puede quedar menoscabado por el hecho de que en el momento en que se afirma haberse realizado la obra fuere otro su propietario, pues, aun cuando esto sea cierto, la unidad jurídica que, salvo supuestos excepcionales –constitución de derecho de superficie, etc., integran el suelo y cuanto a él se ha incorporado (cfr. artículos 356 y siguientes del Código Civil), determinará que la transmisión de un inmueble, aunque en el título traslativo se identifique solo por la delimitación de la parcela que ocupa, comporta la de todas sus partes integrantes y accesorios (cfr. artículo 1097 del Código Civil), de modo que el nuevo propietario queda legitimado para hacer valer donde proceda sus verdaderas y completas características físicas (cfr. artículo 348 del Código Civil).

3. Por lo demás, la circunstancia de que en el documento en que se formaliza la liquidación de la sociedad ganancial se describiera la finca en cuestión como rústica con una vivienda en planta baja, cuando en ese momento ya existía una planta adicional, no significa que de la adjudicación subsiguiente quedare excluida esta última o que ello fuera dudoso y por tal razón sea ahora preceptiva la intervención de los herederos del cónyuge fallecido; antes al contrario, como ya se ha dicho, identificada suficientemente la finca a trasmitir (sic), se entiende trasmitida tal como en ese momento se encontrare y con todos sus accesorios, aunque no se mencionen en el título (cfr. artículos 1097, 883 y 1468 del Código Civil), de modo que la sola omisión o especificación incompleta de sus características físicas carece de relevancia jurídica al efecto de decidir el alcance de lo que realmente se trasmite.

Resolución de fecha 3 de enero de 2002

Hechos

I) El 10 de septiembre de 1999, ante Notario fue otorgada escritura de declaración de obra nueva sobre una parcela que les pertenece con carácter ganancial. En la escritura se describe la referida parcela en términos coincidentes con la certificación catastral que se incorpora.

II) Presentada copia de la escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes:

1. Falta acompañar certificación municipal que acredite el cambio de la finca, de «rústica» a «urbana».

2. Falta acompañar certificación municipal que acredite que la finca sobre la que se declara la obra nueva, se halla situada en calle X, número Y de policía, pues al no figurar este dato en el Registro, no es posible tener en cuenta el certificado catastral a los efectos de determinar la antigüedad de la construcción".

IV) El Registrador en defensa de la nota informó:

1.° En cuanto al primer defecto, se señala que el cambio de naturaleza de una finca rústica a urbana es algo que se escapa a la posible determinación de las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad que reconoce el artículo 1255 del Código Civil. Que son los Planes Generales Urbanísticos los que diseñan o proyectan el futuro de las ciudades, definiendo la naturaleza del bien como el volumen edificable. Que en este sentido se citan las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1944 y 6 de noviembre de 1947. Que también hay que considerar lo que dice la Ley 6/1944 de 15 de noviembre de la Generalitat Valenciana, reguladora de la actividad urbanística, en sus artículos 2, 4 y 8 y disposición primera. Que ya al amparo de las disposiciones citadas o de cualquier otra normativa, la alteración de la naturaleza de la finca, para que tenga acceso a los libros registrales debe practicarse debidamente, no bastando las manifestaciones de los interesados. Que también se señala lo que dice el artículo 2 de la Ley 6/1998 de 13 de abril.

Que la certificación catastral no sirve para acreditar el cambio de naturaleza. En este sentido se cita el artículo 62.a) de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Que el artículo 51 del Reglamento Hipotecario en su primer párrafo se refiere a la fase de planeamiento y el segundo se refiere a la gestión urbanística y de edificación de las parcelas resultantes.

2.° En lo que concierne al segundo defecto, se trata de acreditar un hecho de radical importancia, y las dudas acerca de la identidad resultan de los siguientes datos:

a) Naturaleza. En el Registro figura como rústica, mientras que en el catastro figura como urbana;
b) Linderos que sólo coinciden dos del Registro con los del Catastro;
c) Referencia Catastral que es diferente;
d) Superficie, no coincide la del Catastro con la del Registro.

V) El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, revocó la nota del Registro fundándose en los artículo 171 del Reglamento Notarial y 51 del Reglamento Hipotecario, en cuanto al primer defecto y en cuanto al segundo defecto en virtud de las coincidencias que se observan entre el catastro y el Registro, no cabe sostener que la identificación resulte imposible, sino más bien que ha quedado acreditada por la certificación catastral que la obra erigida en el año 1982 que en la misma se menciona se ha realizado sobre la finca registral en cuestión.

VI) El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3 del Código Civil, 9 de la Ley Hipotecaria, 51 del Reglamento Hipotecario y 22 de la Ley de Suelo.

1. Con ocasión de la calificación de una escritura de declaración de obra nueva sobre finca rústica según el Registro y hoy urbana según el título, se alega por el Registrador, como primer defecto que ocasiona la suspensión de la inscripción, el no acompañarse certificado municipal que acredite el cambio de la finca de rústica a urbana. Dicho defecto debe ser absolutamente desestimado, pues sin prejuzgar ahora las exigencias de acreditación necesarias para constatar tabularmente tal cambio en la calificación de la finca, es obvio que el hecho de que tal modificación registral no pudiera practicarse no puede impedir la inscripción de la obra declarada pues también sobre suelo rústico pueden realizarse edificaciones, si bien que sujetas a específicos requisitos legales, que ahora no se prejuzgan.

2. En cuanto al segundo de los defectos de la nota impugnada, y habida cuenta que:

a) la identidad entre la finca registral sobre la que se declara la obra realizada, y la finca catastral cuya certificación se aporta, únicamente importa ahora a los efectos de constatar que la obra realizada es anterior de la Ley del Suelo de 1990 (según el certificado catastral aportado se edificó en el año 1982);

b) que frente a la general divergencia entre las descripciones registral y catastral de una finca, existen en el caso debatido apreciables coincidencias, entre una y otra (la titularidad de los linderos es idéntica) y un tercer lindero, según el Registro y en el año 1978, era camino, y según el catastro es, hoy, una calle;

c) la coincidencia entre los metros edificados según el título calificado y el certificado catastral;

d) las posibilidades de adquirir mayor certidumbre sobre la identidad de estas fincas, por el examen de los historiales de las fincas colindantes;

e) la inconsistencia misma de la exigencia de certificación municipal para llegar a la convicción de que una finca registral y una catastral son idénticas, pues, es evidente que el Ayuntamiento no puede llegar sobre este punto a una conclusión a la que no puede llegar el propio Registrador; procede concluir, como hace el Excmo. Sr. Presidente en el auto apelado, que ha quedado acreditado que la obra realizada en el año 1982 a que se refiere el certificado catastral aportado es la que ahora se declara sobre la finca registral en cuestión, debiendo revocarse el defecto impugnado.

Resolución de fecha 13 de septiembre de 2002

Hechos

I) Mediante escritura pública procedieron a la liquidación de gananciales y adjudicación de la herencia que consiste en un único bien de natura-

leza ganancial con la descripción que resulta de los apartados a) y b) de los fundamentos de derecho 1.

II) Presentada en el Registro de la Propiedad para la inmatriculación de la finca que se describe, junto con la escritura de compraventa de la referida finca y certificación catastral descriptiva y gráfica, incorporada a la primera de las escrituras, fue calificada con la siguiente nota: "Calificado el documento arriba indicado no puede practicarse la inscripción solicitada por observarse los siguientes defectos: Debe acreditarse la previa adquisición del causante mediante el acta de notoriedad prevista en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, dado que el documento adquisitivo aportado a tal efecto no permite identificar de forma indubitada la finca".

III) Interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegaron: 2. Que con el fin que se proceda a identificar de forma indubitada la finca y consecuentemente a su inscripción, se acompaña nota simple del Registro de la Propiedad de la finca colindante de la Comunidad de vecinos 3. Que la empresa constructora, con motivo de la construcción de dicho conjunto residencial, derribó los muros que delimitaban la finca adquirida, apoderándose de una porción de terreno e incluso modificó el cauce del caz de riego que constituía el lindero de la finca. Fue levantada acta notarial. Que posteriormente el señor X formuló interdicto de recobrar la posesión contra la inmobiliaria constructora, que fue dictada Sentencia definitiva en la que se declara haber lugar al interdicto de recobrar la posesión. Que se concede licencia para la rehabilitación del edificio.

IV) La Registradora de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1. Que a la vista de los documentos aportados se señaló un único defecto que impedía practicar la inmatriculación solicitada y que es la imposibilidad de identificar indubitadamente la finca descrita en el título inmatriculador (escritura de 23 de enero de 2002) y en la certificación catastral, con la que aparece descrita en el documento fehaciente, supuestamente acreditativo de la previa adquisición de la misma finca por el causante (escritura de 16 de mayo de 1981), indicándose, en consecuencia, la necesidad de aportar el acta de notoriedad prevista en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, a efectos de acreditar dicha previa adquisición, al no servir a tal efecto, por la razón expuesta, el documento fehaciente presentado, y ser dicha acta de notoriedad la única alternativa al documento fehaciente acreditativo de la previa adquisición prevista en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario. 2. Que la diferencia existente entre la descripción contenida en la escritura de 23 de enero de 2002 y la que figura en la escritura de 16 de mayo de 1981, es total y absoluta, al no coincidir ni la situación, ni los linderos, ni la superficie de la finca; concretamente ésta última pasa de 64 metros cuadrados a 387 metros cuadrados y 1.015 de solar. 3. Que la necesidad que la descripción contenida en el título inmatriculado y la que aparece en el documento fehaciente acreditativo de la previa adquisición del transmitente, permitan identificar indubitadamente la finca, o lo que es lo mismo, permitan al Registrador tener la certeza de que, efectivamente,

ambos documentos se refieren a una misma y única finca que pretende inmatricularse y que tal documento adquisitivo previo, se refiere a la totalidad de la finca objeto de inmatriculación, en consecuencia lógica del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que desarrolla el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, que establecen un sistema de inmatriculación basado en la acreditación por parte del que actúa como transmitente en el título inmatriculador de que efectivamente es dueño de la finca que en ese momento transmite y que en virtud de tal transmisión va a inmatricularse. 4. Que el recurrente no formula alegación alguna dirigida a rebatir la calificación, sino que parece admitirla, limitándose a señalar una serie de circunstancias y aportar una serie de documentos dirigidos "a que se proceda a identificar de forma indubitada la finca y su inscripción en el Registro". 5. Que los documentos aportados con el recurso a efectos de conseguir la pretendida identificación de la finca, nunca fueron presentados a calificación, ni por tanto, tenidos en cuenta por el Registrador cuando emitió la calificación recurrida; en consecuencia debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 326, párrafo 1. de la Ley Hipotecaria, así como las Resolución de 6 y 10 de abril y 18 de septiembre de 1987; 17 de julio de 1991; 18 de mayo de 1992; 8 de febrero y 13 de mayo de 1996 y 25 de junio de 1998, entre otras, doctrina esta basada en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, cuya redacción era prácticamente idéntica al actual artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 117 y 298 del Reglamento Hipotecario.

1. Los hechos concurrentes en el presente recurso son los siguientes: a) Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de liquidación de gananciales y adjudicación de herencia para la inmatriculación de una finca con la siguiente descripción: " ". Esta descripción está tomada de la escritura de compraventa de 16 de mayo de 1981 a favor del causante que se aporta como título previo. b) El propio documento que se pretende sea inmatriculador de la finca en cuestión continúa exponiendo: "No obstante lo anterior, según se desprende de la Certificación Catastral descriptiva y gráfica que luego se cita, y según manifiestan los comparecientes, actualmente la situación real de la finca es la que se corresponde con la siguiente descripción: «...»". La Registradora suspende la inscripción solicitada por el siguiente defecto: "Debe acreditarse la previa adquisición del causante mediante el acta de notoriedad prevista en el artículo 298 Reglamento Hipotecario, dado que el documento adquisitivo aportado a tal efecto no permite identificar de forma indubitada la finca".

2. Es evidente que el recurso no puede prosperar por no poderse entender cumplido el requisito establecido tanto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria como, posteriormente, en el artículo 298 de su Reglamento, de la necesaria acreditación fehaciente por el transmitente de su adquisición

de la finca o derecho con anterioridad a la fecha del título inmatriculador. Según los documentos presentados al Registrador para su calificación, el título previo se refiere a una finca edificada de 64 metros cuadrados y la descripción actual que se pretende sea de la misma finca se refiere a una urbana de 1.015 metros cuadrados y además, cuyos linderos no pueden identificarse con los del título anterior.

Resolución de fecha 26 de abril de 2003

Hechos

I) Mediante escritura pública, se extingue el condominio existente sobre tres fincas rústicas, que no constan inscritas, y se solicita su inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento.

Dichas fincas las adquirieron por compra, mediante escritura pública, en la que comparece el esposo de la compradora como titular catastral que "cede y renuncia a cualquier derecho que por tal concepto pudiera corresponderle".

II) Presentada en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota: "Calificado el precedente documento, no se ha practicado la inscripción solicitada porque aparece como titular don X. II. Conforme al artículo 298 del Reglamento Hipotecario, la Inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna se practicará mediante título público de adquisición, siempre que el transmitente acredite la previa adquisición de la finca que se pretende inscribir mediante documento fehaciente, o en su defecto, cuando se complemente el título público adquisitivo con acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente o causante es tenido por dueño. En ambos caso se incorporará o acompañará certificación catastral descriptiva y gráfica, de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en el título, de la que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente.

III) Se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el hecho de que tengan catastradas a nombre del esposo de la transmitente es debido a que fue el consorte de la otorgante quien acudía a la oficina catastral del Ayuntamiento, para el pago del impuesto de bienes inmuebles. 3. El esposo de la transmitente, D. Ignacio B. P., compareció expresamente en el otorgamiento de la escritura en cuestión, como titular catastral de las mismas, al objeto de ceder y renunciar a cualquier derecho que por tal concepto pudiera corresponderle, según consta en el apartado tercero del otorgamiento de la mencionada escritura. 4. Que el cambio de la titulación catastral de las parcelas a inscribir se hará una vez registradas las fincas a favor del transmitente.

IV) El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que la única cuestión que se plantea en este recurso es si el requisito de que aparezca catastrada la finca que se pretende inmatricular, a favor del transmitente o adquirente, se considera cumplido con la comparecencia

del titular registral en el título previo de adquisición, renunciando a cualquier derecho que pudiera corresponderle. Que en el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, implícitamente exige que figure catastrada o amillarada a nombre del transmitente o del adquirente (ver Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2002). Y, por ello, lo que declara el artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Que con arreglo a lo anterior, el hecho de estar catastradas las fincas que se pretenden inmatricular a nombre de persona distinta del adquirente o transmitente constituye un obstáculo para la inmatriculación, que no se salva por la circunstancia de que el titular catastral comparezca en el título previo de adquisición, renunciando a cualquier derecho que le pueda corresponder, porque dicha posibilidad no está recogida en la Ley, Que para la rectificación o modificación del Catastro, no es preciso el consentimiento del titular catastral, puesto que no rige en esta materia el principio de tracto sucesivo. Que se trata de un precepto de carácter imperativo que no permite que esta coordinación se haga con posterioridad a la inscripción. Que, en definitiva, lo que se pretende es lograr la coordinación del Catastro con el Registro de la Propiedad, y por ello, debe efectuarse la rectificación para que haya identidad entre el titular registral y el titular catastral.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3.1 del Código Civil, 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, 205 y 326 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento.

1. Se presenta en el Registro, al objeto de proceder a su inmatriculación, una escritura de disolución de comunidad. Como título previo adquisitivo se presenta otra escritura otorgada nueve meses antes, en la que adquirieron los que ahora disuelven la comunidad. En esta última escritura comparece el marido de una de las transmitentes –la cual afirma haber adquirido por herencia–, quien "como titular catastral de las fincas, cede y renuncia a cualquier derecho que por tal concepto pudiera corresponderle". El Registrador suspende la inscripción por no hallarse catastradas las fincas a nombre del transmitente ni del adquirente. El interesado recurre.

2. Restringiéndose el recurso al defecto alegado por el Registrador por aplicación del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, cabe decir que, si bien es cierto que en el tema de la inmatriculación, y, sobre todo, de la inmatriculación por título público, ha de tenerse especial cuidado al efecto de evitar que, sin las garantías suficientes, ingresen en el Registro adquisiciones que no deben gozar de la protección registral, también lo es que las normas jurídicas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social con arreglo a su espíritu y finalidad (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), y es sobradamente sabido que, en multitud de ocasiones, fincas de la esposa o gananciales figuran catastradas exclusivamente a nombre de marido. Por otra parte, si el marido de la que se dice titular de las fincas consiente la transmisión, como ocurre en el presente caso, sería excesivo exigir una modificación catastral, que, sin duda, se producirá posteriormente a nombre de los adquirentes,

para conseguir dicha inmatriculación, cuando el mismo Registrador afirma que las descripciones de las fincas en el Catastro coinciden con las de las escrituras.

Resolución de fecha 27 de mayo de 2003

Hechos

I) Por escritura, los interesados formalizaron un derecho de opción de compra.

II) Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad fue calificada con la siguiente nota:

"1. No puede constituirse un derecho de opción sobre una parte de tres fincas registrales sin especificar la parte que corresponde a cada una de ellas y sin determinar la forma en que se efectuarán las futuras segregaciones y la descripción de las fincas resto. Principio de Determinación de los asientos registrales, que obliga a que quede perfectamente clara la situación de las fincas, de manera que los terceros puedan conocer en todo momento la extensión de los derechos inscritos; artículos 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6.ª del Reglamento Hipotecario".

III) El Notario interpuso recurso gubernativo y alegó que, respecto del contenido de la escritura, esta lleva incorporado un plano que delimita perfectamente que parte de la finca queda afectada por la opción de compra, especificándose los metros y obligándose los concedentes a llevar a cabo las operaciones hipotecarias que sean precisas.

IV) La Registradora en su informe de defensa de la nota argumentó que para inscribir el derecho de opción, que no recaiga sobre la totalidad de la superficie de las tres fincas, hay que especificar cuántos metros corresponden a cada una de ellas y expresar el lugar concreto, dentro de cada finca, sobre el que queda establecido el derecho, para que los terceros puedan conocer no sólo que existe un derecho de opción sobre varias fincas, sino además en qué medida está afectada cada una de ellas, siendo preciso indicar por dónde se efectuarán las futuras segregaciones y cómo quedarán las fincas resto, y todo ello por el principio de especialidad o determinación, por lo establecido en el artículo 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51-6.º del Reglamento Hipotecario y resolución de 7 Dic. 1978.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 2, 9.2 y 10 de la Ley Hipotecaria, 14, 51.6.ª y 98 de su Reglamento, 153 del Reglamento Notarial y las Resoluciones de esta Dirección General de 18 Mar. 1972, 11 Mar. y 7 Dic. 1978, 1 Jun. 1993, 23 Abr. 1997, 28 May., 22 y 26 Oct. y 2 Dic. 1998, 28 Jul. 1999, 23 Oct. 2001 y 14 Feb. 2003.

3. En cuanto al primero de los defectos, ha de ser confirmado. Es cierto que la descripción de las fincas o partes de ellas objeto del derecho que se concede pueden describirse con referencia a un plano, como el que se protocoliza. Pero, para ello, es preciso que, entre la escritura y el plano,

se consiga una claridad de la que, en el presente caso, carecen, pues ni el plano es claro, ni resultan del mismo las fincas sobre las que se efectúa la segregación.

Resolución de fecha 26 de junio de 2003

Hechos

I) Por escritura, su propietaria agrupó tres fincas colindantes de que era titular con el fin de constituir una única entidad hipotecaria. Dos de las fincas se encontraban previamente inscritas en el Registro de la Propiedad y otra no, si bien se acompañan con respecto a esta última las escrituras de adquisición por el agrupante y por su transmitente, acompañándose, asimismo certificación catastral de la finca agrupada.

II) Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota:

"Primero. 1. En el título objeto de la calificación se pretende la inscripción de la agrupación de las fincas a que se refiere el Exponendo I de aquél, previa la inmatriculación de la descrita en segundo lugar de dicho exponendo. 2. Con relación a la mentada inmatriculación, el número 1 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 199 b) y 205 de la Ley, establece que en la inmatriculación de fincas en virtud de títulos públicos de su adquisición deberá incorporarse o acompañarse a dicho título público de adquisición, en concordancia con lo preceptuado en el número siete del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 Dic., certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se trate de inmatricular, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en el citado título, de lo que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente. 3. En el presente supuesto no se ha aportado la citada certificación catastral de la finca cuya inmatriculación se pretende, no pudiendo tenerse por cumplidos los requisitos para ello en base a la certificación catastral incorporada al título objeto de la calificación, por cuanto esta última viene referida a la finca resultante de la agrupación y no a una de las que es objeto de dicha operación registral y respecto de la que, concretamente, se solicita su inmatriculación. 4. En consecuencia, a la vista de lo expuesto en los precedentes apartados y de conformidad con lo dispuesto en los preceptos que en el apartado 2 se citan, procede la mencionada suspensión. Segundo. 1. Con relación a la agrupación de que se trata, el régimen legal de las agrupaciones de fincas ha de referirse a los inmuebles que figuren inscritos en el Registro, a fin de que puedan apreciarse las circunstancias objetivas para la efectividad de tales operaciones y las facultades dominicales del titular, por lo que la agrupación de una finca inscrita con otra que no lo está exige, para que pueda practicarse la inscripción del inmueble resultado de la agrupación, que previamente sea inscrita aquella porción que no hubiera tenido acceso al Registro, porque de lo contrario se privaría con facilidad de eficacia a las normas establecidas en la Ley Hipotecaria para la inmatriculación de fincas. 2. Dado que en el

presente caso una de las fincas objeto de agrupación no está inmatriculada, no habiéndose cumplido tampoco, por otro lado, los requisitos exigidos para su inmatriculación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento Hipotecario y los criterios contenidos en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 19 Oct. 1955 y, especialmente, la de 6 Feb. 1958, procede asimismo, en consecuencia, la mencionada suspensión".

III) El Notario autorizante interpuso contra la nota de calificación recurso gubernativo y alegó: Que la certificación catastral se refiere a la finca agrupada. Que la certificación catastral tiene por finalidad obtener una adecuada identificación de la finca. Que la escritura de agrupación cumple las exigencias del sistema, pues produce una mayor seguridad en el tráfico inmobiliario evitando el mecanismo del exceso de cabida. Que está fuera de todo principio jurídico-registral subordinar la inscripción de una finca registral a una operación previa de segregación catastral, obligando al interesado a instar un procedimiento administrativo para poder obtener una solución a sus pretensiones, máxime cuando hay coincidencia global de la finca catastral con la agrupada y el procedimiento de segregación catastral no va a aportar ningún hecho nuevo susceptible de nueva calificación.

IV) El Registrador de la Propiedad en su informe argumentó lo siguiente: Que para la inmatriculación de una finca, el número 1 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en concordancia con lo dispuesto por el número siete del artículo 53 de la Ley 13/1996 de 30 Dic., exige la aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se trate de inmatricular, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en el título inmatriculador, de la que resulte, que la finca está catastrada a favor del transmitente o adquirente, identidad descriptiva ésta, recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 Feb. 2000. Que al referirse la certificación catastral a una parcela poco coincidente con la finca no inscrita recogida en el título dicha realidad e identidad de la finca se ve seriamente comprometida generando dudas al respecto. Que no se quiere obligar a la interesada a que inste un procedimiento administrativo de previa segregación catastral. Que existen otros medios a fin de acreditar la identidad de la finca como por ejemplo el acta de presencia y notoriedad e incluso el certificado o informe expedido por técnico competente a que se refieren los números dieciocho del artículo 53 de la ley 13/1996, así como, el número 3 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 205 de la Ley Hipotecaria, 53.7 de la Ley 13/1996 y 117 y 298 del Reglamento Hipotecario.

1. Se presenta en el Registro escritura de agrupación de tres fincas, una de las cuales no se halla inscrita. Al efecto de la inmatriculación de esta última se presentan las escrituras de adquisición por el agrupante y por su transmitente. Acompañándose la certificación catastral de la agrupada, el

Registrador suspende la inscripción de la finca no inscrita y de la agrupada por no referirse la certificación catastral a la finca no inmatriculada, sino a la agrupada. El Notario recurre.

2. El recurso ha de ser estimado. Una interpretación teológica (sic) del artículo 53.7 de la Ley 13/1996, que exige en toda inmatriculación la certificación catastral coincidente con la que se pretende inmatricular lleva a la conclusión de que, si coincide, en el presente supuesto, la certificación catastral, con la descripción de la finca resultante de la agrupación, haya de entenderse cumplido el requisito referido, pues lo contrario significaría, como dice el recurrente, obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediatamente como consecuencia de la agrupación. Otra cosa sería que la certificación, tal y como se aporta, no permitiera la identificación de la finca originaria, pero tal alegación no resulta de la nota de calificación, y, aunque se alude a ella en el informe del Registrador, al no haber sido alegada en la calificación, no puede ser tenida en cuenta, como establece el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, pues se produciría indefensión en el recurrente.

Resolución de fecha 10 de septiembre de 2003

Hechos

I) Por Auto del Juzgado de Primera Instancia, en Expediente de Dominio, se declaró justificado el dominio sobre el exceso de cabida de 28 áreas, 37 centiáreas y 83 decímetros cuadrados, en relación a finca inscrita en el Registro de la Propiedad.

II) Presentado testimonio del anterior auto en el Registro de la Propiedad, fue calificado con la siguiente nota: 1.º No resultar del testimonio del Auto que hayan sido citados todos los titulares de los predios colindantes, según consta de la descripción de la finca que consta en el Registro (artículo 201.3.a Ley Hipotecaria y 276.6.a y 277 del Reglamento Hipotecario). 2.º Existir dudas fundadas sobre la identidad de la finca (artículos 298-3.a del Reglamento Hipotecario) basada en los siguientes motivos: a) La finca cuya cabida se pretende ahora rectificar, procede de una agrupación de una finca ya inscrita, con otra inmatriculada por la inscripción 1.a de la misma, pues bien: En la finca inscrita que se agrupó ya tuvo lugar una rectificación de cabida. Se inmatriculó otra finca con una superficie determinada, sin que se actualizara entonces el error de cabida. Previendo el citado artículo 298-3.a del Reglamento Hipotecario como supuesto de dudas fundadas del Registrador el que la finca sea formada por agrupación en la que se haya expresado con exactitud la superficie. b) No coincidir los linderos según el Registro que fueron actualizados en el título que motivó la inscripción 1.a de la finca, con los titulares de los mismos que han sido citados en el procedimiento. En el cual además no se han actualizado los linderos. c) Existir presentado otro título relativo a la misma finca, en que se describe la finca de referencia, con linderos distintos de los que resulta del Registro. d) A tenor de lo expuesto en a), b) y c) Existen dudas de que si la registración del Exceso de cabida pretende:

a) una rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, pero que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior acotada por la descripción registral y que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida dentro de sus linderos, o b) si dicha modificación de la cabida inscrita puede encubrir un intento de aplicar el folio de una finca de una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y otra superficie adicional, y para conseguir este resultado el modo apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie adicional (si no constare ya inscrita) y posterior agrupación a la finca registral preexistente (como sucedió en la inscripción 1.a de la finca). Así lo tiene declarado en reiterada doctrina la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones, entre otras, de 1 y 2/06/98; 19/11/98; 31/05/99; 03/11/99; 02/02/2000; 08/04/2000; y 02/03/2001.

3.º Existir presentado un título previo pendiente de inscripción bajo el asiento número 1.940 del Diario 31 (artículos 17, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria) consistente en el Acta previa de Ocupación de fecha Noviembre de 2000 por la cual se expropia de la finca objeto del expediente una superficie de doscientos noventa metros cuadrados y modificación de linderos de la matriz, que no se ha tenido en cuenta en la tramitación del expediente.

III) Se interpuso contra la anterior calificación, recurso gubernativo y alegó: Que en cuanto al primer defecto, el Registrador está incurriendo en intromisión indebida en la función jurisdiccional, pues a este respecto tiene declarado la reiterada y pacífica doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por tanto los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes (artículo 17.2 Ley Orgánica del Poder Judicial), de entre las que no cabe excluir las dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Con ello se veda la posibilidad de que en ejercicio de aquella función pueda cuestionarse si los fundamentos jurídicos en que el juzgador basa su fallo se ajustan o no a derecho, o si los trámites procesales se han cumplido con regularidad. No es al Registrador sino a los interesados a los que incumbe la defensa de los derechos que entiendan han sido violados por la resolución judicial acudiendo a los cauces procesales adecuados. Todo ello no significa sin embargo que la inscripción de los documentos judiciales quede al margen del control de legalidad que supone la calificación registral pues, conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, el Registrador deberá examinar en todo caso sus formalidades extrínsecas, los obstáculos que surgen del Registro, la competencia del Juzgado o Tribunal y la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, entendido este último extremo como la idoneidad o habilidad del procedimiento seguido para obtener el tipo de resolución cuya inscripción se

pretende, si bien en ocasiones se ha ligado a la defensa de los derechos del titular registral a través de su participación en el proceso en la forma y con las condiciones mínimas impuestas por la ley, de suerte que no sufra en el propio Registro las consecuencias de una indefensión procesal (Resoluciones de 13 de Febrero y 21 Octubre de 1992 y 17 de Febrero y 5 de Julio de 1993, 12 de Febrero de 1996 y 1 de Octubre de 1999, entre otras). Que por lo que se refiere al segundo de los defectos, el Registrador está incurriendo en intromisión indebida en la función jurisdiccional, según se deduce de la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, expuesta con anterioridad, pero es más, el artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario, como ya dijo el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de Enero de 2001 no es aplicable a los expedientes de dominio, y además tal artículo está incluido en el epígrafe que lleva por título "inmatriculación de fincas en virtud de títulos públicos". Que, por último, en cuanto al tercer defecto, se reitera, otra vez más, que el Señor Registrador está incurriendo en intromisión indebida en la función jurisdiccional, según la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, expuesta con anterioridad.

IV) El Registrador de la Propiedad en el informe de defensa de su nota alegó lo siguiente: Que por lo que se refiere al segundo de los defectos señalados en la nota, lo debatido aquí es, si el Registrador puede o no invocar la existencia de duda sobre la identidad de la finca al pretenderse inmatricular un exceso de cabida por expediente de dominio, siendo la respuesta positiva en base a lo siguiente: a) El artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario en su apartado tercero se refiere a los requisitos de inmatriculación de excesos de cabida por expedientes de dominio conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria y en este Reglamento; y en su último apartado señala que "En todos los casos (luego también en el expediente de dominio), será indispensable que no tenga el Registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca tales como aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca o tratarse de fincas formadas por segregación, división o agrupación, en la que se haya expresado con exactitud su superficie". b) Son muchas las resoluciones que reconocen la posibilidad de apreciar dudas sobre la identidad de la finca por el Registrador para pretender la inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, entre ellas la de 26 de Enero de 1995 y 12 de Febrero de 1981. En todas ellas se pone de manifiesto que la registración de un exceso de cabida supone una alteración de un dato registral erróneo referido a la descripción de la finca inmatriculada, pero puede encubrir un intento de aplicar el folio de una finca a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y otra superficie adicional, y para conseguir este resultado el modo apropiado será la inmatriculación de esa superficie adicional y su posterior agrupación a la finca registral preexistente. El exceso de cabida es pues la rectificación de un erróneo dato registral y no el intento de aplicar el folio registral a una nueva realidad física. Que, por último, en cuanto al tercero de los defectos invocados en la nota: a) El artículo 17 de la Ley Hipotecaria consagra el principio

de prioridad registral según el cual los asientos se despacharán por orden en relación a la misma finca y respecto de títulos incompatibles. Las resoluciones de 27 de Agosto de 1982, 26 de julio de 1988 y 24 de Octubre de 1998, sientan la inequívoca doctrina basada en el principio de prioridad, que si se encuentran presentados títulos contradictorios relativos a una misma finca lo procedente es calificar y despacharlos por riguroso orden cronológico de presentación, subordinando el despacho del que se presentó después hasta ver qué ocurre con el que le precedió, de modo que aquel sólo podrá acceder al Registro si caduca el asiento de presentación del precedente sin ser inscrito.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 18, 201 y 202 de la Ley Hipotecaria, 51, 100, 111, 287 y 298 de su Reglamento y la Resolución de 10 de mayo de 2002.

1. Se debate en el presente recurso acerca de si es posible inscribir el testimonio de un auto recaído en expediente de dominio tramitado para hacer constar en el Registro de la Propiedad un exceso de cabida cuando el Registrador aprecia: 1.º) que no han sido citados todos los titulares de los predios colindantes según consta en la descripción de la finca; 2.º) que existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca; y 3.º) que existe presentado un título previo, consistente en el acta previa de ocupación por el cual se expropia un trozo de la finca, que no se ha tenido en cuenta en la tramitación del expediente.

2. El primer defecto no puede se mantenido. Las descripciones de las fincas, cuando mencionan linderos por los nombres de los titulares de las colindantes, no hacen fe de que éstos sean efectivamente sus dueños.

De hecho, cuando accede al Registro alguna transmisión, no puede ni debe hacerse ninguna modificación en las descripciones contenidas en los folios de las fincas colindantes. Por tanto, no puede ser defecto el hecho de que, entre las personas citadas como colindantes, el auto no mencione alguna o algunas de las que figuran como propietarios en la descripción de la finca que es objeto del expediente de dominio.

3. El segundo defecto tampoco puede ser mantenido. Es doctrina de este Centro Directivo (cfr. la Resolución de 10 de mayo de 2002) que, a la afirmación del Juez de que está acreditada la mayor cabida, no puede oponerse, como hace el Registrador, dudas sobre la identidad de la finca, cuestión cuyo objeto depende exclusivamente del Juez, y así lo entiende el Reglamento Hipotecario, que estima tal objeción aplicable en exclusiva a la inscripción de exceso de cabida mediante título público, que es el que regula el artículo 298 del mismo.

4. En cuanto al tercer defecto, no puede prejuzgarse ahora si el título previo al que alude la calificación es o no contradictorio con el que es objeto del recurso. Si no lo es, el defecto carece de razón de ser. Pero, aunque lo fuera, el defecto no podría ser mantenido. El Registrador no debe calificar un título relativo a una finca si hay, respecto de la misma, otro contradic-

torio presentado con anterioridad sin calificar. Al contrario, debe proceder a calificar el primero y, si éste resulta inscrito, calificar el segundo según lo que resulte del Registro. Si el primero resulta calificado como defectuoso y su inscripción ha sido suspendida, lo procedente es prorrogar el asiento de presentación del segundo y posponer su calificación hasta que el defecto del primero sea subsanado y el título despachado, con lo que el caso hace tránsito al supuesto anterior. Si, por no subsanarse el defecto en plazo, caduca el asiento de presentación o la anotación preventiva, en caso de que ésta hubiera llegado a practicarse, se calificará el segundo sin considerar el primero, que habrá perdido la prioridad.

Todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de aquellos casos excepcionales, reconocidos por la doctrina de este Centro Directivo y entre los que no se encuentra el presente, en que es posible tener en cuenta en la calificación documentos presentados y no despachados.

Resolución de fecha 27 de enero de 2004

Hechos

I) Se autorizó acta notarial declarativa de exceso de cabida y declaración de obra adicionada, en los términos que se reseñan en el párrafo primero del Fundamento I de la presente resolución.

II) Presentada la anterior acta en el Registro de la Propiedad fue calificada con la siguiente nota:

"B) Resultan del título: Solicitan las partes la inscripción de un exceso de cabida sobre la finca que se describe en el presente documento superior a una quinta parte de la superficie de la cabida inscrita. La notoriedad que se declara por el Notario se apoya en un acta a la que se incorporan: i) declaración jurada de los requirentes. ii) Un testimonio de dos testigos. iii) certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de la finca. En las certificaciones catastrales no constan descritos los linderos por lo que no es posible asegurarse que la finca descrita en el presente documento es idéntica o coincide con la que consta inscrita en el Registro. No se acompaña título traslativo anterior del que resulte la «previa adquisición de la finca con la mayor cabida que ahora se intenta inmatricular» en el Registro. II) Fundamentos de Derecho. 1. Se trata de inmatricular un exceso de cabida que supera la quinta parte de la ya inscrita. No estamos ante el caso ordinario de inmatriculación en virtud de título público traslativo al ser el presente sólo de Declaración de obra nueva. La certificación catastral, que se acompaña, no permite (al faltarle los linderos) la perfecta identificación de la finca. Tampoco consta la adquisición previa de la finca por el titular con la mayor cabida que se intenta inmatricular. No es posible por tanto proceder a realizar la inmatriculación con arreglo al artículo 298.3 párrafo primero del Reglamento Hipotecario. 2. Como la certificación catastral que se acompaña no contiene la descripción de los linderos, no es posible realizar «la perfecta identificación de la finca y su exceso de cabida» ni, por tanto, asegurarse de la identidad de la finca descrita en el presente documento con

la ya inscrita cuya mayor cabida se pretende inmatricular. En consecuencia tampoco es posible su inmatriculación por el procedimiento autorizado en el artículo 298.3 segundo párrafo del Reglamento Hipotecario. 3. Sería posible su inmatriculación por el procedimiento prevenido en el párrafo tercero del artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario si el acta de notoriedad hubiese sido tramitada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 10 del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del Orden social. Tal cosa no se ha hecho en este caso. Dice, en efecto, el citado artículo 10 de la nombrada Ley 13/1996: Dicha acta de presencia y notoriedad se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de lo previsto en su regla octava. No ha sido tramitada el acta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria porque: i) primero, el notario autorizante no es hábil para actuar en el lugar en que está radicada la finca. ii) segundo, no se han cumplido las publicaciones prevenidas en la regla quinta del artículo 203 de la Ley Hipotecaria. III) Resolución: En consecuencia procedo a suspender la inmatriculación del exceso de cabida solicitado en el precedente documento porque no se han cumplido ninguno de los procedimientos de inmatriculación previstos en el artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario".

III) El Notario interpuso contra la anterior calificación, recurso gubernativo y alegó: Que el acta notarial objeto de recurso es, sin perjuicio de contener, secundariamente, una declaración de obra nueva adicionada, el acta notarial complementaria y de notoriedad autorizada, con arreglo a lo establecido por el artículo 298.3, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario, en relación con el párrafo último del número 1 de ese mismo artículo 298 del propio Reglamento, de modo que el acta notarial de notoriedad de que se trata, ha sido debidamente tramitada, por Notario competente, en virtud de lo dispuesto al efecto el artículo 298.3, párrafo primero, y 1, párrafo último, del Reglamento Hipotecario y el artículo 209 del Reglamento Notarial. Que las afirmaciones que el Registrador vierte, en el número 3 de Fundamentos de Derecho de la nota de calificación registral, son desordenadas y contradictorias, pues no se puede deducir, lo que, realmente, el Registrador pretende, si es que se acuda al procedimiento del acta notarial de notoriedad de declaración de excesos de cabida de fincas inscritas, propia de los artículos 199, 200 y 203 de la Ley Hipotecaria y 288 y siguientes de su Reglamento, o que, en cambio se acuda, al acta notarial, de, a la vez, presencia y notoriedad, que, con carácter excepcional, previene el artículo 298.3, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario y que, además, regula, en su número Diez, el artículo 53, de la Ley de 30 de diciembre de 1996, remitiéndose, para su tramitación, a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria, a excepción de lo previsto en su regla 8.ª Que el acta notarial objeto del recurso tiene como finalidad principal el establecimiento de exceso de cabida y de, con carácter secundario, declaración de obra nueva adicionada. Que, en tanto acta notarial de notoriedad complementaria de un título público previo inmatriculador de adquisición, es, el instrumento

público notarial idóneo, para lograr la inmatriculación del exceso de cabida de que se trata. Que por tanto, y por ser, además, un acta no regulada específicamente por la legislación hipotecaria, sino un acta regulada, por el artículo 209 del Reglamento Notarial, por la remisión que hace al mismo, para su tramitación, sustanciación y resolución, el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, es un acta que, de por sí, además de ser válida, es eficaz mientras no se demuestre judicialmente la inexactitud de lo que el acta afirma, de suerte que constituye un desplazamiento de la prueba, en virtud del cual, quien impugne la verdad presunta del acta, tendrá que justificar satisfactoriamente el error de la calificación final de notoriedad o la falsedad de las declaraciones en que se haya fundado la calificación del hecho notorio, al amparo de lo dispuesto por el Código Civil, en sus artículos 1118 y concordantes, el Reglamento Notarial, en sus artículos l, apartado tercero, a) y b), 209.5, apartado segundo, y correlativos, y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus concordantes pertinentes. Que con este carácter el acta notarial en cuestión es inscribible con sujeción a lo que disponen los artículos 1, apartado tercero, 207 y concordantes de la Ley Hipotecaria y 298, apartado último, y correlativos de su correspondiente Reglamento.

IV) El Registrador de la Propiedad en defensa de su informe alegó lo siguiente: Que en el presente recurso se ventila una única cuestión: la pretensión de que se reconozca que, para practicar la inscripción de un exceso de cabida superior a la quinta parte, por el procedimiento del artículo 298.3 párrafo primero del Reglamento Hipotecario, bastan sendas actas de presencia y notoriedad sin que sea necesario acompañar el título público de adquisición que las susodichas actas presuntamente complementan. Que el recurrente pretende que, sobre la base de la documentación presentada y reseñada, se practique el exceso de cabida y pretende que se practique además no por una cualquiera de las vías alternativas prevenidas en el Reglamento hipotecario sino concretamente por el procedimiento prevenido en el párrafo primero del apartado tercero del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Que en consecuencia el informe debe limitarse sobre si la documentación presentada es hábil para producir la inmatriculación del exceso por el procedimiento indicado. Que el recurrente pretende forzar, a través del recurso, una inscripción por un procedimiento distinto del solicitado por las partes en el documento presentado, solicitando la inscripción del exceso de cabida por el procedimiento prevenido en el artículo 298.3 párrafo primero del Reglamento Hipotecario, con fundamento en un título público de adquisición; cuando ni, en su día, se aportó al Registro ese título público ni tampoco se aporta ahora. Que la pretensión ejercitada no se ajusta ni cuadra en ningún modo con la naturaleza y contenido de la documentación presentada, pues, en las actas que se suponen otorgadas para completar el título público de adquisición, no se hace mención alguna a título público alguno al que deban completar y todavía cuadra menos que, si las partes hubiesen optado por practicar el exceso por el procedimiento del título público de adquisición, hayan recurrido a un acta de presencia para acreditar

la mayor cabida, cuando esa mayor cabida tenía que resultar forzosamente del propio título inmatriculador. Que la pretensión del recurrente debe rechazarse porque exige un asiento distinto del que en su día fue solicitado por las partes en el documento presentado a calificación, porque, en contra del artículo 326 de la Ley Hipotecaria reformada, intenta justificarse la inmatriculación en "documentos no presentados en tiempo y forma", y porque versa sobre motivos que no se relacionan ni directa ni inmediatamente con la calificación formulada ya que se amparan en un documento distinto del que fue presentado y calificado. Que pretende el recurrente practicar una inmatriculación exceso de cabida en virtud de título público de adquisición sin presentar el título del que resulta la adquisición de la mayor cabida que se pretende inmatricular, y la presentación del título es necesaria porque es el verdadero título inmatriculador (que el acta de notoriedad sólo complementa) y por tanto porque sólo él puede acreditar "la adquisición de la finca con la mayor cabida" (Resolución de 3 de Noviembre de 1999). Que procede rechazar la pretensión del recurrente porque no consta que la finca, con su mayor cabida, haya sido transmitida al adquirente en el título público alegado por el recurrente, pues no se justifica que el transmitente fuese dueño de la mayor cabida y además porque del contenido de la certificación catastral aportada (que no determina los linderos), cabe mantener serias dudas sobre la identidad de la finca, sin olvidar, que es doctrina reiterada de la Dirección General que, para practicar la inmatriculación de la superficie colindante adicional en el caso del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se precisa la presentación del título que motivó la inscripción con suspensión del exceso, para su calificación e inscripción así como acreditar la identidad de la finca, cuando, como en este caso, no resulta de la comparación con la certificación catastral aportada (Resoluciones de 3 de noviembre de 1999 y 2 de febrero de 2000). Que cuando el exceso declarado supera la quinta parte, para poder proceder a su inscripción el legislador prevé tres vías alternativas: I) título público de adquisición; II) certificación catastral descriptiva y gráfica, sin necesidad de título traslativo; y III) acta de presencia y notoriedad regulada en el artículo 53, apartado 10, de la Ley 13/1996. Que la inscripción del exceso precisamente por la primera de las vías prevenidas no es posible, aunque se haga servir como título público de adquisición la escritura de obra nueva y ello porque el acta de notoriedad no acredita la adquisición de la mayor cabida por el trasmitente y existen serias dudas sobre la identidad de la finca y porque faltaría el título traslativo que exigen la Ley y el Reglamento hipotecarios (artículo 298 párrafo primero del Apartado tercero del Reglamento Hipotecario en relación con el apartado primero de ese mismo artículo).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 53 de la Ley 13/1996, sobre la referencia catastral, 199, 200 y 203 de la Ley Hipotecaria y 298.300 y 306 de su Reglamento, así como las Resoluciones de esta Dirección general de 19 de noviembre de 1998, 31 de mayo de 1999, y 5 de noviembre de 2002.

1. Se presenta en el Registro un "Acta declarativa de exceso de cabida y declaración de obra adicionada" en la que comparecen las dueñas de una tierra –hoy finca urbana– que, según la descripción que se hace en el título, procedente de la documentación anterior, mide "después de varias segregaciones practicadas, 691 metros cuadrados": Las comparecientes manifiestan que la verdadera extensión de la finca es de 2.817 metros cuadrados. Sigue en el mismo documento un acta de notoriedad de la verdadera extensión de la finca en la que declaran dos testigos, aportados por las comparecientes, acompañándose como prueba documental determinadas certificaciones catastrales.

El Registrador suspende la inscripción por entender que la certificación catastral que se acompaña no permite (al faltar los linderos) la perfecta identificación de la finca y por no constar la adquisición del transmitente con la mayor extensión ahora declarada. El Notario recurre.

2. Sin necesidad de entrar en la discusión del Notario y Registrador sobre la naturaleza jurídica del Acta de presencia y notoriedad regulada por el párrafo tercero del apartado 3 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario en relación con el apartado 10 del artículo 53 de la Ley de Referencia catastral, es lo cierto que los defectos alegados por el Registrador impiden la estimación del recurso.

El primero de dichos defectos alude a que la certificación catastral presentada impide la perfecta identificación de la finca, identificación inexcusable para impedir la desvirtuación del concepto de exceso de cabida, en el que, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el "vistos"), ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados, y que la duda se acentúa cuando la finca cuya extensión se pretende ampliar es el resto de diversas segregaciones (cfr. artículo 298.5.º del Reglamento Hipotecario).

Confirmado, pues, el primero de los defectos, se hace innecesario entrar en el examen del segundo.

Resolución de fecha 17 de febrero de 2004

Hechos

I) Por escritura, se vende, por mitades indivisas, la nuda propiedad de una finca urbana. En dicha escritura comparecieron los consortes de las señoras compradoras al efecto de confesar que la adquisición que realizaban sus mujeres lo era con dinero de exclusiva pertenencia de éstas. La vendedora era la titular del pleno dominio de la expresada vivienda, careciendo de título escrito que lo acreditara, ostentando a su favor como único documento el correspondiente certificado descriptivo y gráfico expedido por la Gerencia Territorial del Catastro de Castellón del que resultaba ser ella la titular catastral. Posteriormente, las compradoras aportaron a la sociedad de gananciales que forman con sus respectivos consortes la nuda propiedad que ostentaban sobre la expresada finca.

II) Presentadas las anteriores escrituras en el Registro de la Propiedad, fueron calificadas con la siguiente nota: 6. Dicha finca no se halla inmatriculada. Se acompaña el título que acredita la previa adquisición de dicha nuda propiedad por parte de las aportantes. Tercero. Se aporta una Certificación Catastral descriptiva y gráfica de la finca, de la que resulta que la misma se halla catastrada en favor de persona diferente de las transmitentes o de los adquirentes. En base a dichos antecedentes de hecho y vistos los artículos 1, 20, 38 y 205 de la Ley Hipotecaria y artículo 298 del Reglamento Hipotecario, se suspende la inscripción del precedente documento por los siguientes motivos o Fundamentos de Derecho:

Uno. Falta de previa inscripción de la finca aportada en favor de las comparecientes, por exigencias del principio registral de tracto sucesivo.

Dos. No cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario para inmatricular la finca. Porque al margen de la discusión de si la aportación a la sociedad de gananciales supone un título traslativo o transmisivo del dominio, no se ha aportado la Certificación Catastral descriptiva y gráfica de la finca "de la que resulte además que la finca está catastrada a favor del trasmitente o del adquirente".

III) El Notario interpuso contra la anterior calificación, recurso gubernativo y alegó: Que la interpretación literal es sólo la primera fase del proceso hermenéutico, pero no agota el mismo. Una de las herramientas, básicas, para responder a la finalidad por la que son promulgadas las normas, como establece el artículo 5 del Código Civil, es atender, si resulta posible, a la interpretación teleológica, y en este caso, resulta clara: que no se vean perjudicados los intereses y derechos legítimos del titular catastral, ni los intereses generales. Que es evidente que si el titular catastral realiza un acto dispositivo sobre un bien, y acto seguido, el mismo día, mediante la siguiente escritura, se lleva a cabo una nueva disposición sobre el mismo bien por el sujeto que acaba de ser legitimado para ello por el titular catastral, no se puede temer ningún perjuicio para el primer disponente ni para los intereses generales. Que de las normas reguladoras del Catastro resulta que un acto dispositivo sobre un inmueble no será objeto de reflejo en tal institución en el supuesto de que tal acto afecte sólo a la nuda propiedad, siempre que no haya variación en el titular del usufructo (Artículo 62.1 letra c) de la Ley 51/2002, de 27 de Diciembre). Que si se siguiera la tesis propugnada por el señor Registrador sería imposible conseguir un reflejo en el Registro de la Propiedad en los casos de inmatriculación, de cualquier tipo de acto dispositivo si este acto se realizara únicamente por el titular de la nuda propiedad. Que la institución del Catastro lo es, no sólo de carácter fiscal, sino también jurídico, siendo el principio del tracto sucesivo uno de los de carácter básico para una institución fundamental como es el Registro de la Propiedad, por la seguridad que aporta al tráfico, no debe existir un criterio que niegue la aplicación del citado principio a la institución catastral. Que resulta inaudita, distorsionadora y gravemente perjudicial para cualquier tipo de interés legítimo la interpretación realizada por el señor Registrador, cuya actuación implica un obstáculo injustificado para el tráfico jurídico.

IV) El Registrador de la Propiedad en defensa de su informe alegó lo siguiente: Que mantenía en todos sus extremos la nota de calificación. Que no es cierto como afirma el Notario en su escrito de Recurso que "la interpretación realizada por el Registrador, cuya actuación implica un obstáculo injustificado para el tráfico jurídico". Que el Registrador no ha hecho ninguna interpretación, sino que se ha limitado a aplicar una norma, el artículo 298.1 párrafo segundo del Reglamento Hipotecario, resultando que la finca cuya inmatriculación se pretende no está catastrada ni a nombre de las transmitentes ni a nombre de los adquirentes. Que en cuanto a la interpretación de las normas y la valoración que hace el Notario sobre los medios de interpretación, olvida, que se interpretan en el sentido propio de sus palabras, y que si los términos son claros y no dejan lugar a dudas se estará al sentido literal (artículos 3 y 1281 del Código Civil). Que mientras no se modifique el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, será uno de los requisitos para inmatricular una finca en el Registro, que se acredite que la finca está catastrada a nombre del transmitente o del adquirente.

Que el Notario confunde el hecho imponible del impuesto, en el que la sujeción a uno determina la no sujeción al otro (artículo 62.1 letra C) de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre) con lo establecido en la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, que en sus artículos 3.1, 3.2 y 5.5, permite en el caso de la concurrencia del Derecho real de usufructo y el Derecho de Propiedad, la incorporación también como titular al propietario que lo solicite, por lo que no es, en absoluto, imposible, conseguir dar de alta en el Catastro a los adquirentes. Que los otorgantes tienen toda la libertad de otorgar los negocios jurídicos que deseen, y realizar los contratos que estimen convenientes y más oportunos a sus intereses, debiendo asumir las consecuencias y si a través de la vía jurídica que han elegido no cumplen todos los requisitos que la legislación hipotecaria exige para inmatricular una finca, no se inmatriculará ésta. Que por lo que respecta a las consideraciones efectuadas por el Notario acerca de la naturaleza del Catastro hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 1 punto 1 y punto 3 de la reciente Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario. Que acerca de la aplicación y vigencia del principio de tracto sucesivo en el ámbito catastral, es aventurada la posición del Notario, sobre todo, cuando tal aplicación se pretende para justificar el hecho de que la finca no está catastrada a nombre ni de las transmitentes ni de los adquirentes, pues, de aplicarse, se llegaría a la conclusión de que no se podría inscribir la finca porque la nuda propiedad que se transmite no consta previamente inscrita en favor de las personas que otorgan la aportación a la sociedad de gananciales (artículo 20 de la Ley Hipotecaria).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3.1 del Código Civil, 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sobre referencia catastral, 199, 205 y 326 de la Ley Hipotecaria y 127 y 298 de su Reglamento.

1. Se presenta en el Registro para su inmatriculación escritura por la que dos hermanas aportan a sus respectivas sociedades de gananciales sus dos mitades indivisas de la nuda propiedad de una casa que habían adquirido por compra en escritura pública el mismo día de la aportación.

En esta última escritura confesaron los maridos que el dinero invertido en la compra era privativo de sus esposas. Acompañan certificación catastral de la que resulta que la finca está catastrada a nombre de la vendedora.

El Registrador suspende la inscripción por "no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario para inmatricular la finca. Porque al margen de la discusión de si la aportación a la sociedad de gananciales supone un título traslativo o transmisivo del dominio, no se ha aportado la Certificación Catastral descriptiva y gráfica de la finca de la que resulte, además, que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente" (se refiere a que el documento inscribible, que es la escritura de aportación no coincide en ninguno de sus otorgantes con el titular catastral). El Notario recurre.

2. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria impide a esta Dirección General entrar en las cuestiones que, expresamente, el Registrador margina.

Y en el presente supuesto deja aparte las cuestiones realmente esenciales, esto es, si, a los efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el título a inmatricular debe ser traslativo (cfr. artículo 199,b de la misma Ley), y si las dos transmisiones necesarias pueden darse de manera prácticamente simultánea.

3. El defecto imputado al documento inscribible no puede mantenerse.

El artículo 53.7 de la Ley 13/1996, que impone en las inmatriculaciones la coincidencia con el Catastro no exige que la finca esté catastrada a nombre de adquirente o transmitente, requisito que sí impone el artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Pero las normas han de ser interpretadas atendiendo principalmente a su espíritu y finalidad (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), y es evidente que si la finalidad que se pretende es la coordinación con el Catastro, tal finalidad se cumple, pues, estando la finca catastrada a nombre de la otorgante del título previo, no habrá dificultad alguna, presentando la misma documentación, en cambiar los titulares catastrales, para que coincida el Catastro con la inscripción que se realice en el Registro.

Resolución de fecha 5 de octubre de 2004

Hechos

I) Por escrito del Alcalde se formulaba alegaciones contra la inscripción de un exceso de cabida en la finca registral A1, posteriormente agrupada con otras para formar la B1, solicitando simultáneamente la inmatriculación de dos parcelas, declaradas sobrantes de la vía pública según acuerdo del Pleno del Ayuntamiento.

II) Presentados dichos documentos en el Registro de la Propiedad fueron calificados según nota que dice:

"III) Defectos observados: 1.º No aportarse certificación catastral descriptiva y gráfica de las fincas que se pretenden inmatricular en términos totalmente coincidentes con la descripción que de ellas se hace en el título. 3. Según se desprende del propio documento presentado, las dos parcelas que pretende inmatricular el Ayuntamiento, ya figuran inscritas como exceso de cabida de la finca registral A1 a favor de tercero".

III) El Alcalde interpuso recurso gubernativo frente a la calificación registral reiterando las alegaciones contenidas en el documento calificado frente a la inscripción que se había practicado en el Registro del exceso de cabida de la finca registral A1, posteriormente agrupada con otra para formar la B1 y alegando: que había sido presentado ante el Catastro Inmobiliario el correspondiente impreso de declaración de alteración sin que se hubiera resuelta todavía dicha solicitud; y que las parcelas cuya inmatriculación se solicitó no figuraban previamente inscritas por estar exceptuadas de inscripción en su condición de bienes de dominio y uso público destinados a viales conforme a lo dispuesto en el artículo 36.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales en relación con el 5.2.º del Reglamento Hipotecario.

IV) El Registrador informó que, subsanado el segundo de los defectos opuestos a la misma, los otros dos deben de mantenerse: el primero porque, según reconoce el propio requirente, aún se está tramitando la obtención de la que sería necesaria certificación catastral; y en cuanto al tercero porque, reconociendo el mismo recurrente que la superficie de las fincas ya está inscrita a nombre de tercero su inmatriculación ahora daría lugar a un supuesto de doble inmatriculación.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1, 40 d), 198, 199 y 207 de la Ley Hipotecaria y 53, siete de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

1. El primero de los defectos que mantiene el registrador, y que se corresponde con igual ordinal de su nota, ha de confirmarse. Los sucesivos intentos en buscar una mayor coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, unidos al intento de lograr más simplificación y agilidad en la actualización de los datos catastrales, se plasmaron en una serie de normas que integraron la Sección cuarta del Capítulo IV del Título primero de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, hoy día derogadas, salvo excepciones singulares, por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Y entre esas excepciones está la regla séptima del artículo 53 que dispone: "En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título".

La norma no deja resquicios a excepciones: cualquiera que sea la finca que se pretende inmatricular y, por tanto, su titular, como el título, o, si se

quiere, medio de los previstos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria al que se acuda. Cierto que esa pretendida universalidad de supuestos puede dar lugar a problemas si tenemos en cuenta la progresiva tendencia del legislador a permitir o incluso imponer la inscripción de bienes de dominio y uso público difícilmente conciliables con el concepto que de inmueble a efectos catastrales nos da el artículo 6 de la citada Ley del Catastro Inmobiliario. Pero en todo caso, las parcelas sobrantes de la vía pública, que es el caso que nos ocupa, una vez declaradas como tales tienen la condición de bienes patrimoniales de las Entidades locales (art. 7 del Reglamento de Bienes aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955) por lo que su catastrabilidad no parece ofrecer dudas.

2. En cuanto al otro defecto, tercero de la nota pues el segundo fue revocado por el propio registrador, también ha de ser confirmado.

Si como expresamente reconoce el recurrente la superficie correspondiente a las parcelas sobrantes de la vía pública que el Ayuntamiento pretende inmatricular a su nombre ya lo están al de un tercero como un exceso de cabida de la finca colindante con ellas, la inmatriculación pretendida entraría en contradicción con un pronunciamiento registral que, como todo asiento practicado en el Registro y referido a un derecho inscribible, está bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria). De ahí que toda inmatriculación parta del presupuesto de que la finca a inmatricular no esté inscrita a nombre de persona alguna (cfr. artículos 198 y 199 de la Ley Hipotecaria), lo que ha de entenderse en el sentido tanto de que no lo esté como finca autónoma, como varias fincas registrales independientes o como parte material de otra finca.

En el supuesto que plantea el recurso no nos encontramos ante la duda sobre la coincidencia de la superficie a inmatricular con otra ya inscrita y que debería solventarse por la vía del artículo 306 del Reglamento Hipotecario, sino de una coincidencia no discutida. Siendo así, la posible inexactitud registral derivada de la inscripción del exceso de cabida que abarca esa superficie habrá de resolverse por la vía prevista en el apartado d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, el consentimiento del titular registral para la cancelación de la inscripción del exceso de cabida, o la resolución judicial que la imponga. Es a la hora de instar esa resolución cuando cabe alegar lo que proceda en contra de la inscripción de exceso de cabida que se considere inexacta, y aprovechar para facilitar su logro la suspensión de efectos frente a terceros de la inscripción practicada conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, pero no en sede del Registro donde tales alegaciones no permiten al registrador adoptar postura alguna que infrinja la ya señalada salvaguarda judicial del asiento practicado.

Resolución de fecha 29 de noviembre de 2004

Hechos

I) En el Juzgado de Primera Instancia se siguió procedimiento de menor cuantía en el que recayó sentencia firme con el siguiente fallo: "Esti-

mando la demanda Inscríbase la titularidad aquí declarada y respecto de la finca tercera, no inscrita, efectúese la oportuna inmatriculación a favor de los actores".

II) Expedido mandamiento para que se llevase a cabo la anotación –sic– acordada y presentado que fue en el Registro de la Propiedad, fue objeto de la siguiente calificación: "Presentado el precedente documento, el Registrador que suscribe ha procedido a su calificación y, previo examen de los antecedentes del Registro, resuelve no practicar la operación solicitada, por observarse los siguientes defectos: Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria: La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará: a) Mediante expediente de dominio. b) Mediante el título público de adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo de transmitente o enajenante. c) Mediante el certificado a que se refiere el artículo 206, solo en los casos que los mismos se indican. En el apartado b del artículo 199 de la Ley Hipotecaria se complementa por los artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria y el artículo 205 de la Ley Hipotecaria se desarrolla por el artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Además resulta de aplicación la regla siete del artículo 53, Ley 13/1996, de 30 diciembre. Respecto de la finca descrita bajo el número se observa además, que no es correcta su identificación ya que se describe como parcela número 71 del polígono 4 del Plano de Concentración y según el Registro es la parcela número 41 del polígono 4 del Plano de Concentración, sin que resulte acreditado con la correspondiente certificación catastral que la parcela 71 del polígono 4 se corresponde con la antigua parcela 41 del polígono 4. Respecto de la finca descrita bajo el número tres, además se observa: Que no es posible practicar la inmatriculación que se pretende si no se acredita la previa adquisición de la misma por la parte transmitente mediante documento fehaciente, o en su defecto se complementa el título público adquisitivo con un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente es tenido por dueño. Que no es posible practicar la inmatriculación que se pretende si no se aporta la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en el título de la que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente.

III) Por el Procurador se interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación y tras señalar las circunstancias que determinaron el tener que acudir al procedimiento declarativo para inscribir las fincas a nombre de sus representados, alegó lo siguiente en relación con los defectos de la nota: que el problema de falta de coincidencia en la referencia de la parcela catastral se debe a un evidente error material, pues no hay duda sobre la coincidencia de la finca descrita en cuanto a situación, linderos, cabida y datos registrales con la parcela 41 pese a que, por error, se hubiera escrito 71; en cuanto al problema de la inmatriculación de la tercera finca que tal parece que se atribuye más valor a una posible acta notarial que a lo

declarado judicialmente en la sentencia y en cuanto a la exigencia de certificación catastral, que se aportó a los autos y en ella consta la finca con sus datos y titular.

IV) Por el Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia se emitió informe en relación con la nota en el que, en síntesis, hizo constar: que la exigencia de acreditar la previa adquisición de la finca por los demandados supone un juicio de valor sobre la suficiencia o no de la prueba aportada que corresponde al Juez y no al Registrador, lo que es igualmente trasladable a la necesidad de aportar la certificación catastral.

V) Por la registradora se elevó el expediente a esta Dirección General dando por reproducida, a efectos de informe, su nota de calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 20, 199 b), 205 y 326 de la Ley Hipotecaria; 504, 524.4, 566.1 y la disposición transitoria segunda de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 26, 27 y 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980; 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre; 48 y 49 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario; 51.9.ª a), 100 y 110 del Reglamento Hipotecario.

1. Siendo hasta siete los defectos que señala la nota de calificación, todos recurridos y todos mantenidos por la registradora, necesariamente ha de abordarse el examen de cada uno de ellos, aunque circunscrito ese examen a los concretos motivos que según la nota determinan el rechazo de la inscripción por imperativo de lo dispuesto en artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

6. El sexto defecto se plantea en relación con una más aparente que real duda sobre la identidad de una finca. Si la discrepancia entre el Registro y el título se limita a uno de los números que identifican a la parcela dentro del polígono catastral, sin que el resto de datos descriptivos, pago, superficie o linderos ofrezca dudas sobre su identidad, no existe razón alguna para rechazar su inscripción al margen ya de que, limitada como queda la duda a la correcta identificación catastral no se recoja su referencia en el Registro o acuda el registrador a los mecanismos que actualmente se le ofrecen para comprobarla, todo ello conforme a lo previsto en los artículos 48 y 49 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

7. Los dos últimos defectos se plantean en torno a la inmatriculación de una de las tres fincas cuyo dominio declara la sentencia y a la que se oponen dos obstáculos, siendo el primero la falta de justificación de su previa adquisición por la parte transmitente mediante documento fehaciente o, en su defecto, se complemente el título público adquisitivo con acta de notoriedad acreditativa de que aquél es tenido por dueño.

Nuevamente se ha de resaltar que en ningún momento la nota recurrida rechaza la aptitud de la sentencia judicial declarativa de dominio como título apto tanto para reanudar el tracto sucesivo de las dos fincas inscritas

como para inmatricular la que no lo está, ni advierte que bajo esa cobertura formal lo que se puede inscribir es el título material de compraventa que la sentencia declara probado. Siendo así carece de base la exigencia de dar al título declarativo de dominio que es la sentencia, donde no existe transmisión ni transmitente o adquirente, aun cuando esa existencia sea el fundamento de derecho básico para la declaración en que culmina en su parte resolutoria, el mismo tratamiento que la Ley Hipotecaria exige para el título público de adquisición a efectos inmatriculadores en que la justificación de la previa adquisición por el transmitente es elemento esencial (cfr. artículos 199 b) y 205 de la Ley Hipotecaria). Aparte de ello, cabría volver al primero de los fundamentos de derecho que preceden para rechazar como infundada la pretensión de que se justifique una previa adquisición que el juzgador ha tenido por acreditada.

8. Y en relación con el mismo problema, la inmatriculación de la finca, surge el de la necesidad de que se acompañe certificación catastral descriptiva y gráfica de la misma. Esta exigencia, introducida por la regla siete del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, no admite excepciones. Toda inmatriculación a practicar en el Registro a partir de su entrada en vigor y cualquiera que sea el título, sin que por tanto se excepcione una sentencia judicial, superada en la actualidad toda duda sobre su aplicabilidad también a las fincas rústicas, requiere acompañar aquella certificación de la que resulte la coincidencia con el título en los extremos que la propia norma exige.

Resolución de fecha 23 de abril de 2005

Hechos

I) Se presentó en el Registro de la Propiedad copia autorizada de la escritura por la que se formalizaba la aceptación de la herencia, segregaban dos montes de un caserío que formaba parte de la herencia, para que constituyeran (ambos) una nueva finca independiente, liquidaban la comunicación foral y se adjudicaban por mitades indivisas el resto de finca matriz.

II) Dicha escritura fue calificada con nota del siguiente tenor: "En dicho documento se observan los siguientes defectos subsanables: 1) Solicitar la segregación respecto a cada uno de los montes segregados art. 45 RH".

III) Contra la calificación denegatoria se presentó recurso. Se argumenta que la segregación de los dos montes para que, conjuntamente, formen una única finca registral es posible (1) porque ya formaban parte de una sola finca antes de dicha segregación, (2) porque se pudo llegar al mismo resultado segregando el resto de finca matriz; (3) porque la vinculación entre los predios proviene de la situación registral de la que se parte, (4) porque la legislación hipotecaria no exige prueba formal adicional alguna sobre la conexión de las fincas, (5) porque el Registrador no condiciona la inscripción a la prueba de la conexión, (6) porque, con arreglo a la tesis del Registrador, no podrían formarse fincas discontinuas por segregación de otra discontinua, (7) porque la voluntad de los interesados es inequívoca,

(8) porque los interesados gozan de libertad para configurar las porciones segregadas como una finca o dos, (9) porque dicha operación viene siendo regularmente inscrita en los Registros de la Propiedad, (10) porque el precepto citado por el Registrador para fundamentar su decisión no se refiere a las segregaciones, sino a las agrupaciones, (11) porque la segregación practicada es conforme con los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario, y (12) porque la exigua argumentación del Registrador genera indefensión en el recurrente.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 8 y 18 de la Ley Hipotecaria, 44, 47 y 50 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de este Centro Directivo de 29 de noviembre de 1889, 24 de mayo de 1895, 10 de mayo de 1910, 3 de octubre de 1924, 23 de julio de 1925, 2 de enero de 1928, 29 de octubre de 1947 y 26 de septiembre de 1979.

1. En la escritura objeto del presente recurso se segregan de una finca matriz funcional, cual es un caserío vizcaíno, dos parcelas no colindantes entre sí, que formaban parte del mismo como pertenecidos, con objeto de constituir una única nueva finca independiente. El registrador suspende la inscripción por entender que, con arreglo a los preceptos hipotecarios, el resultado de la segregación deberían ser dos fincas independientes, debiendo ser practicada la segregación respecto de cada una de las parcelas que se separan de la matriz.

3. Ya desde antiguo la Dirección General, a la hora de fijar qué ha de entenderse registralmente por finca, a pesar de todas las especialidades que la legislación hipotecaria contempla, ha tomado como punto de partida la identificación entre el concepto físico y el tabular, entendiendo por tanto que una porción de terreno independiente delimitada por una línea poligonal cerrada es el supuesto normal de apertura del folio registral; por otra parte, ello es lo más conforme con la pretensión de la actual legislación de llegar a máximos niveles de concordancia entre la configuración registral de las fincas y su identificación catastral. En este sentido, es regla general que cada porción de terreno independiente que se separa de una finca matriz debe constituir una finca registral nueva (así, las resoluciones de 29 de noviembre de 1889 y 26 de septiembre de 1979, entre otras).

Ahora bien, tal concepto general se modaliza en los supuestos conocidos como "fincas funcionales", contemplados en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria y 44 de su Reglamento, en los que se permite la inscripción como una sola finca de porciones físicamente independientes, pero entre las que existe una relación de dependencia funcional u orgánica que justifica su tratamiento jurídico unitario. Y el propio Centro Directivo ha estimado que la constitución de la finca funcional exige la observancia de dos requisitos: la declaración de voluntad del interesado en orden a que se constituya la finca única y el establecimiento de cuál sea esa relación de dependencia que es la base del trato unitario, no siendo suficiente la mera decisión del

propietario (en este sentido, las resoluciones de 24 de mayo de 1895 y 29 de octubre de 1947).

4. El presente hilo argumental parece sustentar la calificación del Registrador, toda vez que en el título en que se formaliza la segregación no se establece relación de dependencia alguna entre las dos parcelas independientes cuya consideración como finca única se pretende. Pero los materiales de que el registrador debe servirse en su calificación vienen claramente definidos por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria: lo son tanto los documentos que se presentan a inscripción como los propios asientos del Registro. Y es lo cierto que el examen del historial registral de la finca matriz revela que los dos montes cuya segregación como finca única se pretende constituyeron, antes de su agregación al caserío matriz, una única finca registral, por lo que la relación de vinculación o dependencia entre ellos resulta del propio registro.

Resolución de fecha 16 de mayo de 2005

Hechos

I) Mediante acta, otorgaron acta de rectificación de superficie, por no superar el exceso de la cabida de la quinta parte de la superficie inscrita, declarando que la finca descrita tiene una superficie real de 1.009,69 metros cuadrados, siendo la superficie inscrita de 898,10 metros cuadrados. Se incorporan a la citada acta para su protocolización, certificado librado por la Arquitecto técnico, de la realidad de dicha superficie, junto con dos planos topográficos identificativos de la finca.

II) Presentada la indicada acta en el Registro de la Propiedad fue calificada de la siguiente forma:

Hechos: se ha presentado la precedente acta que se especifica como de notoriedad, pero que es de manifestaciones. En dicha acta se pretende inscribir un exceso de cabida atribuido al solar, finca registral número "A", la cual consta dividida horizontalmente en dos entidades independientes, registrales números "E" y "B", rectificándose en su consecuencia la superficie atribuida al terreno anejo destinado a jardín de la entidad número dos, finca registral "B", transcribiéndose al efecto un certificado expedido por la Arquitecta en unión de plano topográfico, y acompañándose además un certificado expedido por el Ingeniero Técnico en Topografía, junto con plano taquimétrico debidamente Visado por el Collegi d'Enginyers Tecnics en Topografía. Fundamentos de derecho: Regulándose en el artículo 298 RH los distintos medios para la inscripción de excesos de cabida, se establece en el mismo la posibilidad de hacer constar en el Registro aquellos que sean inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita con el informe o certificado de técnico competente en los términos previstos en el Art. 53 de la Ley 13/1996 de 30 de Diciembre, que permitan la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida sin necesidad de título traslativo. Añadiendo el mismo artículo 298 RH que en todos los casos será indispensable que el registrador no tenga dudas fundadas acerca de la identidad de la finca y

señalando como casos en que esa duda es fundada, entre otros, los de proceder la finca a que se refiere el exceso de cabida por segregación o agrupación en que se haya expresado con exactitud su superficie. Circunstancias todas ellas que se dan en el presente caso, por cuanto las fincas registrales "C" y "D", que por agrupación formaron la "A" del mismo término, se formaron en su día por segregación, siendo, como queda dicho, posteriormente agrupadas. Por otra parte del certificado de técnico competente que se acompaña no resulta tampoco que la finca que ha sido objeto de medición, que se identifica sólo por su calle y número de situación, sea concretamente la finca registral de que se trata, con sus linderos, por lo que tampoco queda con ese certificado despejada la fundada duda acerca de la identidad de la finca. A la vista de los anteriores Hechos y Fundamentos de derecho, el Registrador ha acordado no practicar la inscripción del exceso de cabida solicitado por albergarse dudas fundadas acerca de la identidad de la finca, conforme a los criterios del artículo 298 LH, habida cuenta de que la misma (finca registral "A") se formó en su día por agrupación de otras dos fincas (las registrales "C" y "D") que a su vez se habían anteriormente segregado, operaciones de segregación y agrupación en las que se expresó exactamente la superficie de todas ellas, según resulta de las inscripciones primeras de las fincas registrales números "C" y "D".

III) El interesado interpuso recurso gubernativo, exponiendo resumidamente: "Que si bien podemos compartir los criterios manifestados por el Registrador en cuanto a los datos objetivos obrantes en el Registro de la Propiedad, con respecto a la finca de referencia, es decir, una serie de medidas que en su día, remoto ya en el tiempo, fueron comprobadas sobre el terreno y que por tanto en su día podían, o debían adecuarse a las reales; la realidad a fecha de hoy dista mucho de lo que se puede comprobar por datos registrales. Y es que, la finca sobre la que se solicita la inscripción, sí fue objeto en su día de agrupación. Ahora bien cabe tener presente que dicha agrupación es un trámite para el que no fue necesario análisis ni dictamen técnico alguno, simplemente se procedió mediante la suma de las superficies y datos obrantes en el respectivo Registro de la Propiedad, sobre las fincas para crear la resultante. Se nos dice por parte del Registrador que las fincas agrupadas, a su vez procedían de fincas que en su día fueron segregadas, trámite este último por el que sí se precisa dictamen técnico en el que se indican fehacientemente por parte de los comparecientes las medidas de las fincas resultantes de dicha segregación. Sin embargo desde la fecha de estas segregaciones hasta la actualidad, y debido y derivado de la situación física de las fincas, que se hallan en un pronunciado pendiente, sobre un suelo geológico dinámico, que como es de ver, precisa muros de contención para cualquier construcción, es vulnerable a los movimientos de tierra que se pueden producir en las fincas con el paso del tiempo. En el presente caso, y dada la dilación de tiempo sufrida entre el momento presente (entiéndase por tal el de la fecha de realización del topográfico que junto con el correspondiente certificado del

técnico, acompaña el documento notarial) y el del último momento en que se procedió a medir sobre el terreno la superficie real de la finca (las fincas), existe una diferencia entre los datos obrantes en el Registro de la Propiedad y los que se desprenden de las reales medidas de superficie de la finca. Diferencia que se ha procedido a acreditar no sólo a través de la aportación del topográfico realizado, sino también mediante el certificado emitido bajo los conocimientos técnicos y responsabilidades del arquitecto/topógrafo, directo interventor en las mediciones efectuadas. Es por todo ello, que esta parte entiende que se debe proceder a la inscripción del exceso de cabida acreditado mediante los certificados que se acompañan a la escritura notarial, siendo los mismos suficientes para proceder a la misma, según lo dispuesto en el art. 298.3 del reglamento hipotecario, por darse el supuesto previsto de ser un exceso de cabida inferior a la quinta parte de la cabida inscrita".

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, 199 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento; Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1948, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 1 y 2 de junio y 19 de noviembre de 1998, 31 de mayo, 21 de octubre y 3 de noviembre de 1999, 2 de febrero y 8 de abril de 2000, 17 de junio y 5 de noviembre de 2002, 3 de febrero, 25 de abril, 17 de mayo y 12 de julio de 2003.

1. Se presenta en el Registro Acta de manifestaciones por la que el representante de una Sociedad declara la mayor cabida de una finca, sin que exceda de la quinta parte de la inscrita, incorporando informe expedido por Arquitecto junto con dos planos. El Registrador suspende la inscripción por albergar dudas fundadas acerca de la identidad de la finca, habida cuenta que la misma se formó en su día por agrupación de otras dos fincas que a su vez se habían anteriormente segregado, operaciones de agrupación y segregación en las que se expresó exactamente la superficie de todas ellas.

2. Como ha dicho reiteradamente esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en los vistos), la registración de un exceso de cabida "stricto sensu" sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día, por ser la realmente contenida en los linderos originales registrados, pero fuera de dicha hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que, según el Registro, corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será, previa justificación de su adquisición, la previa inmatriculación de esa superficie colindante.

Tratándose de registración de excesos de cabida de extensión inferior a la quinta parte de la inscrita (Cfr. Art. 298.3, párrafo 2.º del Reglamento Hipotecario) mediante informe de técnico competente, es requisito imprescindible la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida, como así lo exige el indicado precepto, siendo necesario que dicha identificación se haga con referencia a los linderos que resultan del Registro, permitiéndose su actualización (por ejemplo por cambio de los titulares colindantes), pero no su alteración, expresándose que lo que se pretende es rectificar la superficie de la finca que se contiene dentro de dichos linderos registrales (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1948).

3. En el presente expediente, según resulta de la certificación registral, y conforme se recoge en la nota de calificación, la finca cuyo exceso de cabida se pretende proviene de anteriores segregaciones en las que se delimitaban específicamente las superficies, con expresa indicación de los linderos y sus longitudes, expresando el recurrente que "desde la fecha de estas segregaciones hasta la actualidad, y debido y derivado de la situación física de las fincas, que se hallan en un pronunciado pendiente, sobre un suelo geológico dinámico, que como es de ver, precisa muros de contención para cualquier construcción, es vulnerable a los movimientos de tierra que se pueden producir en las fincas con el paso del tiempo".

Consecuentemente con lo expuesto en el anterior fundamento de derecho el recurso debe ser desestimado por cuanto, como determina el mismo artículo 298.3 párrafo 5.º del Reglamento Hipotecario, es indispensable que no tenga el Registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca, como tratarse de finca formada por segregación en la que se haya expresado con exactitud su superficie, careciendo la certificación técnica aportada de los requisitos mínimos que hagan desaparecer dichas dudas.

Resolución de fecha 19 de mayo de 2005

Hechos

II) Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad fue calificada con la siguiente nota:

"La Registradora que suscribe suspende la inscripción de la finca que como resto se describe en el expositivo segundo, por los siguientes hechos y sus correlativos fundamentos de derecho. 1) Se solicita la inscripción de una finca descrita en el expositivo segundo y que resulta ser el resto tras una segregación que se practica de una finca descrita en el expositivo primero, con el número 1, y que no consta previamente inscrita en el Registro de la Propiedad. Para la inscripción como finca independiente de tal finca descrita como resto será necesario inscribir previamente la finca matriz, inscribir la segregación y la venta del resto, pero no es posible inscribir el resto de la finca matriz, sin que previamente se hubiese inscrito tal finca matriz. Para la inscripción de la finca matriz, su segregación, determinación de resto que se vende será necesario que la escritura que se califica se complemente con un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente

es tenido por dueño de la finca, puesto que el título de adquisición de los vendedores fue simplemente manifestado, sin que se acredite mediante documento fehaciente. Asimismo deberá acompañarse una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca matriz, términos coincidentes con la descripción en la escritura, de la que resulte que la finca está catastrada a favor del adquirente o del transmitente".

III) Del escrito presentado por el recurrente en síntesis, alega: "Primera, se afirma que la finca matriz no está inscrita, afirmación que es falsa (ver documento número dos). Por lo que, sí se pueden inscribir, la transmisión del trozo comprado por mí y el trozo segregado. Con lo que el caso, sí cumple el artículo 47 del RH. Segunda, se dice que se necesita acta de notoriedad porque los transmitentes no demuestran ser dueños de la finca; nueva falsedad, porque se presentó la Escritura para que me la inscribieran; resultando que inscribieron una finca de las dos que compré en esa escritura y probablemente, debieron anotar la otra por el artículo 243 de la LH, en el asiento de la finca registral. También inscribieron la otra Escritura. Por lo que, sí se demostró que los transmitentes eran dueños de lo que me vendían. Pero es que, además, de forma resumida, los herederos ratifican tácitamente, su parte de contrato establecido en el documento adjunto número cinco, en el que hay reseñadas algunas obligaciones, quedando yo subrogado de forma tácita, por ser el comprador; se cumple lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil (consentimiento, objeta y causa). Por medio de este documento, se llega a la conclusión de que sí se cumple el artículo 20 de la LH a través de su párrafo quinto (en las cuatro primeras líneas del párrafo). Tercera, también se pide una certificación catastral, certificación que no es necesaria porque la Escritura se presentó en el Registro el día 3 de septiembre de 1993, quedando exenta de este requisito, de acuerdo con lo que se dispone en el punto segundo, letras a) y c), de la instrucción de 26 de marzo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre certificaciones catastrales descriptivas y gráficas a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral (BOE número 91, de 16 de abril de 1999)".

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; 20 de la Ley Hipotecaria, y 47 y 298 de su Reglamento, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 31 de enero de 2001, las Resoluciones de esta Dirección General de 19 de noviembre y 28 de diciembre de 2004 y la Instrucción de este Centro Directivo de 26 de marzo de 1999.

1. Plantea este recurso, como cuestión fundamental, la negativa, por parte de la Registradora de la Propiedad, a inmatricular el resto (previa segregación en la escritura calificada) de una finca rústica de mayor extensión que tampoco está inmatriculada en el Registro, extremo este último, que resulta del propio título calificado (una escritura pública otorgada en el

año 1992, que sí que posibilitó, en su día, la inmatriculación de otra de las fincas que en ella se transmitieron). La Registradora, tras lo que parece una nueva presentación del título en el año 2004, deniega la inmatriculación de dicho resto de finca matriz, alegando: que no es posible inscribir el resto de la finca matriz, sin que previamente se hubiese inscrito tal finca matriz; que para la inscripción de la finca matriz, su segregación, y determinación de resto que se vende, será necesario que la escritura que se califica se complemente con un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente es tenido por dueño de la finca, puesto que el título de adquisición de los vendedores fue simplemente manifestado, sin que se acredite mediante documento fehaciente; que deberá acompañarse una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca matriz, en términos coincidentes con la descripción en la escritura, de la que resulte que la finca está catastrada a favor del adquirente o del transmitente; por último, y en cuanto a la segregación, que deberá acompañarse licencia que autorice la misma, o declaración de innecesariedad.

2. Antes de resolver este recurso, es preciso realizar una serie de consideraciones previas:

A) Que, tal y como ya se indicó anteriormente (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Referido al caso que nos ocupa, esto viene a suponer la imposibilidad de tener en cuenta la serie de documentos que el requirente acompaña en su escrito de interposición del recurso (trece anexos), en tanto que la nota de calificación recaída se ha emitido respecto del título que físicamente se presentó en el Registro: la escritura de segregación y compraventa a que antes se ha hecho mención. Por la misma razón, tampoco habrán de tenerse en cuenta cualesquiera otras alegaciones del requirente que no vengan directamente referidas a combatir, con la consiguiente argumentación, la nota de calificación recurrida, sin perjuicio, eso sí, de que puedan ser planteadas por él, o examinadas por este Centro Directivo, en otras instancias.

B) Que, por consiguiente, la única situación fáctica que ha de ser tenida en cuenta para la resolución de este recurso es la que deriva del propio tenor del título sometido a calificación y de la nota emitida, resumiéndose así: a) El recurso lo motiva la pretensión de que se inscriba el resto de una finca matriz de naturaleza rústica una vez segregada una porción de la misma. b) Dicha finca matriz, según se manifiesta en la escritura, no consta inscrita en el Registro de la Propiedad.

Por contra, no es relevante para la resolución del recurso el hecho de que, en su día, otra de las fincas –también objeto de venta– fuera objeto de inmatriculación en el Registro conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, algo respecto de que no procede emitir juicio ni pronunciamiento alguno, dado el principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales

(cfr. artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria); como tampoco –y por la misma razón– procede especular sobre las causas por las que solamente dicha finca fuera en su momento objeto de operaciones registrales.

3. Y, entrando en el examen de las pretensiones del recurrente, hay que tener en cuenta:

A) Que, como tiene declarado este Centro Directivo, dado el principio de irretroactividad de las normas (cfr. artículo 2.3 del Código Civil), no cabe exigir que a un acto que consta fehacientemente (art. 1218 del mismo Código) se le apliquen exigencias lealmente (sic) impuestas por normas posteriores, como sucede, por ejemplo, con la exigencia de aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica. En efecto, tal y como dispuso este Centro Directivo en su Instrucción de 26 de marzo de 1999: "... c) Sólo los títulos autorizados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, estarán sujetos a la necesidad de acompañar certificación descriptiva y gráfica para los supuestos de inmatriculación, de fincas rústicas y urbanas, cualquiera que sea la fecha en que se presenten en el Registro, sin perjuicio de la conveniencia de su aportación en todo caso".

B) Que teniendo en cuenta que la segregación se ha practicado sobre una finca no inscrita, de cumplir dicha segregación aquellas otras exigencias que, al tiempo de otorgarse el título, pudieran venir impuestas por otros sectores del ordenamiento jurídico distintos de la propia legislación hipotecaria (por ejemplo, la legislación urbanística o agraria que fuere aplicable al caso), ningún inconveniente habría en que la inmatriculación recayera sobre lo que se llama resto de finca matriz, pues es la transmisión ulterior de dicho resto la que provocaría tal inmatriculación, abriendo folio a dicha finca por así solicitarlo el adquirente, dado que las inscripciones son generalmente voluntarias; una vez cumplidos –eso sí– aquellos otros requisitos que vengan imperativamente impuestos por la Legislación Hipotecaria para que tal inmatriculación pueda ser posible (arts. 205 de la Ley y 298 del Reglamento), los cuales, como más adelante se verá, no se dan en este caso. Por lo demás, resulta absolutamente inadecuada la cita, por parte de la Registradora, del artículo 259.3 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en tanto que, a tenor de lo dispuesto por la Disposición Final Única de dicho texto legal, éste entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (publicación que tuvo lugar el 30 de junio de ese mismo año), y la escritura fue otorgada con anterioridad.

C) No obstante, lo que sin duda alguna realmente impide la inmatriculación de tal finca, es la falta de acreditación del título del transmitente, dado que, el invocado, resulta de meras manifestaciones. Y es que el artículo 205 de la Ley Hipotecaria prevé que serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción, los títulos públicos otorgados por personas que acrediten, de modo fehaciente, haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, precepto, como es bien sabido, desarrollado en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, cuya redacción ha sufrido sensi-

bles variaciones a lo largo del tiempo. En efecto, en la fecha de otorgamiento de la escritura que motiva este recurso, la redacción de aquel –preconstitucional, dicho sea de paso– era distinta de la que rige en el momento en que la escritura es presentada al Registro y es calificada, habiendo sufrido también, en el ínterin, la reforma que en su redacción llevó a cabo el Real Decreto 1867/1998.

Así las cosas, anteriormente ya se hizo alusión a la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, con unos pronunciamientos –aparte de lo que más adelante se indicará– que también se proyectan sobre el artículo 298 del Reglamento, al que dedica las siguientes consideraciones: "Decimoctavo. Antes de comenzar el examen de la impugnación del artículo 298 del Reglamento Hipotecario reformado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, debemos recordar que la vigencia de algunos preceptos con anterioridad a la promulgación de esta disposición de carácter general no impide revisar todos aquellos incluidos en la reforma, aunque se limiten a reproducir el contenido de los precedentes, y, en, consecuencia, los párrafos quinto y sexto del artículo 298.1 del Reglamento Hipotecario son contrarios a lo dispuesto por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que no sólo exige que sea fehaciente la fecha del documento sino también que éste acredite fehacientemente haberse adquirido el derecho, y ello con independencia de que en la regulación reglamentaria anterior a la modificación ahora impugnada se admitiese a tal efecto el documento de fecha fehaciente anterior, ya que, como hemos repetido, la contradicción con la Ley no se purga por haberse dado también en el precepto reglamentario modificado".

Es decir, que por lo que se refiere al citado artículo 298, dicha Sentencia del Tribunal Supremo proyecta sus efectos –valga la expresión– hacia atrás, respecto de aquellos apartados de aquel que estima contrarios al artículo 205 de la Ley Hipotecaria (por la sencilla razón de vulnerar una disposición de rango superior); incluso si se trata de apartados vigentes antes de la reforma de 1998, y retocados en su redacción por ésta. De ello se deriva una consecuencia importante: la anulación no implica, necesariamente, la rehabilitación del texto reglamentario anterior a la reforma de 1998, pues como también indica dicha sentencia en otro de sus apartados con carácter general: "Noveno. Como ya declaramos en la aludida Sentencia de 22 de mayo de 2000 (recurso 518/98) al revisar la misma modificación del Reglamento Hipotecario, el objeto del proceso y la regla de la congruencia nos impide pronunciarnos acerca de la legalidad de los preceptos del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, pero su contenido merecerá idénticos reproches u objeciones si incidiera en los vicios o deficiencias observados en los nuevos, y sin que la preconstitucionalidad del Reglamento modificado justifique la conculcación del principio de reserva de Ley, pues no cabe perpetuar indefinidamente normas reglamentarias preconstitucionales, que infrinjan este principio, con el pretexto de que no producen innovaciones en el sistema".

La consecuencia que se sigue de lo expuesto es que, a día de hoy, de pretenderse la inmatriculación en el Registro en base a títulos otorgados con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo del año 2001 (a recordar, que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en la redacción vigente al otorgarse la escritura, incluso permitía inmatricular títulos anteriores en más de un año a la fecha la fecha de solicitud de la inscripción aun cuando el derecho respectivo no constara en ningún otro documento –algo, por cierto que se eliminó con la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998–; y que el reproche del Tribunal Supremo, al negar que meros documentos privados, con fecha cierta, pudieran ser considerados aptos para acreditar fehacientemente el derecho del transmitente, habrá de proyectarse aún con mayor intensidad ante la posibilidad de que meras manifestaciones pudieran ser justificativas del derecho del transmitente), habrá de estarse a la redacción del artículo 298 del Reglamento Hipotecario que finalmente ha subsistido tras el fallo del Alto Tribunal, ya que la anterior se encontraba en clara contradicción con una norma de rango legal de superior jerarquía normativa: el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. En el caso que nos ocupa, ello implica que, para resolver sobre la pretensión de inmatriculación deducida, no hay que tener en cuenta la redacción del artículo 298 del Reglamento Hipotecario que regía en el año 1992 (fecha de otorgamiento de la escritura) sino el texto actualmente en vigor, cuyas exigencias, en orden a la justificación del derecho del transmitente, habrá que cumplir.

Resolución de fecha 3 de enero de 2006

Hechos

I) En escritura, se protocolizan operaciones particionales declarándose exceso de cabida en una de las fincas a que se refiere la escritura; y reduciéndose la superficie de otra de las fincas.

II) Presentada copia de dicha escritura en el citado registro, fue objeto de la siguiente calificación: Presentada nuevamente, acompañado de acta de notoriedad y en la que acompaña certificación gráfica y descriptiva de la Gerencia de Catastro; y solicitado por el presentante únicamente la inscripción del exceso de superficie de la finca relacionada bajo el número 3 del cuaderno particional, y la inscripción de la finca de la que se forman las fincas relacionadas bajo los números 12 y 13 de descrita en dicho cuaderno particional, a favor de los adjudicatarios por mitad proindiviso; y previa calificación del Registrador que suscribe, se ha suspendido la inscripción de dichas fincas por los siguientes motivos: 1. En cuanto al exceso de superficie de la finca descrita bajo el número 3, por no acreditarse de conforme determina la Ley 13/1996, y artículo 298 del Reglamento Hipotecario. 2. En cuanto a la inscripción solicitada de la finca de la cual proceden las relacionadas bajo los números 12 y 13 del cuaderno particional, a favor de los adjudicatarios, por no justificarse la reducción de la superficie. (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 16 de junio de 2003).

III) Se interpuso recurso gubernativo frente a la calificación registral, con apoyo en los siguientes argumentos: Respecto de la primera finca, hay total coincidencia entre la certificación catastral y la descripción del título, porque coincide el número de polígono y parcela y figura como titular catastral el causante de la herencia. Respecto de la segunda finca, se solicita a la Dirección General de los Registros y del Notariado que se pronuncie sobre el modo de acreditar la reducción de la cabida.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 200 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, así como la Resolución de esta Dirección General de 16 de junio de 2003.

1. Se presenta en el registro escritura de protocolización de operaciones particionales. La Registradora no inscribe el exceso de cabida que se declara respecto de una finca por no justificarse de conformidad con la Ley 13/1996 ni con el artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Tampoco se inscribe la reducción de cabida de otra finca por no justificarse dicha reducción. Los interesados recurren.

2. En cuanto al primer defecto, ha de ser confirmado. Es cierto que se acompaña certificación catastral de la finca, pero no es posible apreciar la identidad entre la finca tal y como aparece en la escritura y como resulta de la certificación catastral, pues una y otra la sitúan en parajes de nombre distinto.

3. Respecto a la reducción de superficie de otra de las fincas, como ya dijo la Resolución de 16 de junio de 2003, es cierto que la legislación hipotecaria se preocupa sólo de los excesos de cabida, pero también lo es que la legislación más moderna, como la Ley 13/96, se refiere a la rectificación de cabida y no sólo al exceso. Y ello es así pues, como ha dicho la doctrina más autorizada, la disminución de la cabida debe también ser justificada por procedimientos análogos al exceso, pues, de no ser así, se corre el peligro de la desinmatriculación, pudiendo ser también la disminución medio para eludir las formas –y sus garantías–, en la transmisión de porciones a los colindantes, y, además, en ello puede haber riesgo para terceros (acreedores y legitimarios) y fraude a la legislación del suelo y a la fiscal.

Resolución de fecha 23 de marzo de 2006

Hechos

I) En escritura, se agruparon dos fincas declarándose exceso de cabida en la resultante.

II) Presentada en el citado Registro la escritura, fue objeto de la siguiente calificación: No estar suficientemente acreditado el exceso y existir dudas sobre la identidad de la finca.

III) El Notario interpuso recurso gubernativo frente a la calificación registral, con apoyo en los siguientes argumentos: I) Que el "no estar sufi-

cientemente acreditado el exceso de cabida" es un defecto impreciso que no indica el precepto legal que se infringe, siendo que la finca está catastralmente identificada con la superficie cuya constancia se pide; II) Que el Registrador no indica cuáles son sus dudas sobre la identidad de la finca, ni su fundamento, de modo que no se pueden rebatir ni disipar.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre; 199 de la Ley Hipotecaria, y 298 de su Reglamento, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 1 y 2 de junio y de 19 de diciembre de 1998, 31 de mayo, 21 de octubre y 3 de noviembre de 1999, 2 de febrero y 8 de abril de 2000, 17 de junio y 5 de noviembre de 2002, 3 de febrero, 17 de mayo, 12 de julio y 20 de noviembre de 2003:

1. Se presenta en el Registro escritura en la que se agrupan dos fincas y con tal motivo se pretende la inscripción de un exceso de cabida de la resultante –de 50.492 m^2 a 60.164 m^2– en base a certificado catastral descriptivo y gráfico. El Registrador no inscribe al no considerar suficientemente acreditado el exceso de cabida y existir dudas fundadas acerca de la identidad de la finca. El Notario recurre considerando que el exceso de cabida está acreditado con la certificación catastral y que no se fundamentan las dudas sobre la identidad. De la documentación aportada resulta que los números de parcela que constan en el Registro no coinciden con el número del certificado catastral, no coincidiendo tampoco los linderos que publica el Registro y los de dicho certificado.

2. Como ha dicho esta Dirección General la registración de un exceso de cabida "stricto sensu" sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día en cuanto era la contenida dentro de los correspondientes linderos; pero fuera de dicha hipótesis, la pretensión de modificar la cabida existente en el Registro no encubre sino el intento de incorporar al folio registral una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado, el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente, por lo que para la registración del exceso de cabida es preciso que no exista duda sobre la identidad de la finca.

3. En el presente supuesto, aunque normativamente está previsto que la inscripción del exceso de cabida pueda realizarse en base a certificación catastral descriptiva y gráfica, el artículo 53.8 de la Ley 13/1996, exceptúa de dicha inscripción el caso de que existan dudas sobre la identidad de la finca, insistiendo en ello el artículo 298 del Reglamento Hipotecario; esa

duda puede derivarse, en este caso, de la distinta numeración de parcelas y de la diferencia de linderos en el Registro y en el certificado catastral.

Resolución de fecha 29 de abril de 2006

Hechos

I) 1. En escritura, proceden a actualizar la descripción de una finca rústica de su propiedad, constatando una mayor superficie que la que aparece inscrita en el Registro de la Propiedad. En la escritura se hace constar que la finca se corresponde con dos parcelas catastrales diferentes, de las que se reseñan sus respectivas referencias catastrales, incorporando al título, certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de ambas fincas y un certificado expedido por dos Ingenieros Técnicos Agrícolas sobre medición de la superficie de la finca.

II) Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada negativamente, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos. 1.º Tras actualizar la descripción de la finca ésta queda con una superficie de dos hectáreas, sesenta y cinco áreas y sesenta y cuatro centiáreas resultando, como se dijo en la anterior nota de calificación de esta oficina puesta con fecha 17 de septiembre de 2005, un exceso de cabida de 7.111 metros cuadrados, muy superior a la quinta parte de la superficie inscrita, por lo que no se puede acreditar mediante certificado del técnico, certificado, que, por lo demás, tampoco describe la finca objeto del exceso de cabida con linderos por lo que no la identifica suficientemente. Además no coincidiendo el lindero Norte de la finca según el Catastro con el Registro, en cuanto al colindante; ni el Sur, que según el Registro lo hace con X; ni el Este, que según el Catastro lo hace con una carretera cuando según el Registro lo hace con una rambla; ni el Oeste, en cuanto al colindante; y, en definitiva, atendiendo a la entidad del exceso de cabida sobre la superficie ya inscrita, y a la circunstancia de que esta finca ya fue objeto de un exceso de cabida en el año 1975; se duda de la identidad de la finca, esto es, si se trata de un mero error de medición o por el contrario de incorporar al Registro superficie no inscrita o inscrita pero bajo número de finca diferente para lo que el exceso de cabida no es expediente hábil.

IV) El Notario autorizante interpuso recurso contra la calificación negativa; 2) El problema fundamental es dilucidar si el hecho de que respecto de una finca se haya hecho constar con anterioridad un exceso de cabida, es motivo que impide cualquier modificación de superficie de la misma basada en la certificación catastral descriptiva y gráfica. En el ámbito del Catastro Inmobiliario, el criterio inspirador ha sido la necesidad de coordinar la descripción de las fincas en Catastro, Escritura y Registro y esa razón motivó que se regulara la constatación de excesos de cabida (y la inmatriculación de fincas) sobre la base de la Certificación Catastral Descriptiva y Gráfica (Ley 13/1996 de 30 de diciembre y Ley de Catastro Inmobiliario del año 2002); 2) El Registrador manifiesta que no coinciden los linderos de la finca.

Por ello, si esta Dirección General sostiene que la duda del Registrador debe ser "fundada", no es admisible que el Registrador en el presente caso, diga que no coincide ningún lindero dudando de la identidad de la finca, ya que si los lindantes tienen que coincidir absolutamente en escritura y en Catastro, el exceso de cabida por Certificación Catastral quedará vacío de contenido, porque la gente hereda, transmite fincas... y la descripción catastral, al ser cartográfica, siempre será más perfecta que las que se hacían antes por manifestación de los interesados; 3) Finalmente hace constar que si las palabras finales del artículo 298.3 apartado cinco del Reglamento Hipotecario dicen "en la que se haya expresado con exactitud su superficie" deben hacer llegar o no a la misma conclusión de que cualquier exceso de cabida ya hecho constar en una finca, impide la constatación de otro posterior por dicha certificación, por necesaria y consecuente duda registral. El recurrente entiende que no, ya que si el exceso de cabida hecho constar anteriormente, se basó en una medición de técnico que determina exactamente la superficie, no deben admitirse nuevos excesos de cabida, pero si el exceso de cabida que se hizo constar en 1975 se basó sólo en manifestaciones de los interesados, la solución no debe ser la misma. Concluye que en definitiva lo que se trata de resolver es si para dudar el Registrador de la identidad de la finca basta una simple aplicación formalista de la Ley, o si por el contrario la duda como declara esta Dirección General, debe estar fundada, alegando como fundamentos de su pretensión, el artículo 9 de la Constitución Española, el artículo 3 del Código Civil, la Exposición de Motivos de la Ley del Catastro Inmobiliario de 23 de diciembre de 2002, el artículo 298.3 apartado cinco del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 8 de abril de 2000 y 16 de mayo de 2005.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 19 bis, 199, 200, 201, 203 y 326 de la Ley Hipotecaria, el artículo 53 de la Ley 13/1996, los artículos 298 y 306 del Reglamento Hipotecario, el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto y las Resoluciones de esta Dirección General de 12 de febrero, 1 y 2 de junio y 19 de noviembre de 1998, 3 de noviembre de 1999, 3 de febrero y 8 de abril de 2000, 17 de junio y 5 de noviembre de 2002, 3 de febrero, 17 de mayo, 12 de julio y 20 de noviembre de 2003, 6 de octubre de 2004, 3 de enero, 17 y 18 de febrero de 2005.

1. Se cuestiona en este recurso, la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura por la que se actualiza la descripción de una finca ya inscrita y se constata la existencia de un exceso de cabida.

De la escritura y el contenido del Registro, resultan una serie de circunstancias fácticas que deben tenerse en cuenta para la resolución de la cuestión planteada, como son:

a) La finca aparece inscrita con una superficie de una hectárea, noventa y cuatro áreas y cincuenta y tres centiáreas, en tanto que en la escritura

se actualiza su superficie hasta las dos hectáreas, sesenta y cinco áreas y sesenta y cuatro centiáreas, por lo que resulta declarada una mayor superficie de siete mil ciento once metros cuadrados.

b) Esa mayor superficie se acredita mediante la incorporación a la escritura de dos certificaciones catastrales descriptivas y gráficas correspondientes a otras tantas fincas (la más pequeña integrada como enclave dentro de la otra), que son las que según el otorgante conforman la finca total.

c) Asimismo se incorpora a la escritura un certificado emitido por dos Ingenieros Técnicos Agrícolas, el cual arroja para las dos fincas catastrales antes mencionadas, idéntica medición a la del catastro. Esta medición pericial no menciona los linderos de la finca medida, sino que se limita a expresar "después de recorrer los linderos según nos dice nuestro cliente".

h) En el año 1975 ya se hizo constar en el Registro de la Propiedad un exceso de cabida sobre la misma finca.

3. Como tiene reiteradamente declarado este Centro Directivo (vid. por todas la resolución de 19 de noviembre de 1998), la registración de excesos de cabida sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos registrados originariamente. Fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente (cfr. Resolución de 3 de noviembre de 1999).

4. Dadas las circunstancias concurrentes en este caso, como son: la cuantía del exceso cuya constatación registral se pretende (que excede del treinta y seis por ciento de la cabida inscrita); la existencia de cambio de algunos linderos, alguno de ellos fijo, como es la existencia de una carretera, donde antes figuraba una rambla, unido al hecho de que la misma finca ya había sido objeto hace años de la constatación de otro exceso de cabida (cfr. artículo 298 apartado 5 del artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario), hace que el Registrador albergue dudas respecto de la identidad de la finca.

Esa duda no ha de entenderse en el sentido de que ponga en cuestión que la finca adjudicada sea, al menos en parte, la misma que figura inscrita a nombre del otorgante, sino que la total cabida que ahora se justifica fuera la que tenía la finca en su día cuando la adquirió el mismo en virtud del título que motivó la inscripción a su nombre. Se impide así que entre en juego la exigencia del citado artículo 53, Ocho, de la Ley 13/1996 de que de la "descripción en la certificación y en el Registro pueda deducirse la identidad", o la que impone el artículo 298 del Reglamento Hipotecario

de que resulta la "perfecta identificación de la finca y su exceso de cabida".

Esas dudas sobre la identidad de la finca, que como tiene reiterado este Centro Directivo, no pueden dirimirse en sede de recurso, sino en vía jurisdiccional (véanse artículos 298 in fine y 306 del Reglamento Hipotecario), confirman la insuficiencia por sí sola de la certificación catastral acompañada para la inscripción del exceso de cabida, para lo cual deberá acudirse a los medios generales contemplados en la ley, como son el expediente de dominio, acta de notoriedad, o inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria (artículos 199 y 200 Ley Hipotecaria), sin que sean suficientes otros medios previstos reglamentariamente para meras rectificaciones de superficies.

Resolución de fecha 11 de mayo de 2006

Hechos

I) En la escritura se consignaba que la finca pertenecía a la vendedora por herencia, que no estaba inscrita y que carecía de datos catastrales, advirtiendo el Notario a los comparecientes que para la inmatriculación de la finca debería complementarse el título público de adquisición con un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente es tenido como dueño.

Por acta de notoriedad para inmatriculación de finca, se declara justificada la notoriedad pretendida y en consecuencia se declara como notorio que el transmitente es tenido como dueño de la finca descrita.

La escritura de compraventa fue complementada por otra otorgada únicamente por la compradora, por la que se modifican ciertos datos físicos de la finca, para acomodarlos a los que constan en el acta de notoriedad y en la certificación catastral, en concreto el número de policía de la calle de situación, la superficie del solar y la de la vivienda, uno de los linderos y se consigna la referencia catastral.

II) Presentadas en el Registro de la Propiedad la escritura de compraventa y el acta De notoriedad, fueron calificados por la Registradora de la Propiedad con nota del siguiente tenor literal: Calificado el precedente documento, se SUSPENDE, la inmatriculación de la participación indivisa de la finca objeto de compraventa ya que en éste Registro de la Propiedad figura inscrita otra finca con la misma referencia catastral que la que aparece reflejada en la certificación catastral descriptiva y gráfica que se incorpora al acta de notoriedad complementaria, no correspondiéndose además la titularidad registral de dicha finca inscrita con la de la transmitente en el documento presentado y en cuya acta de notoriedad complementaria se declara notorio que es tenida como dueña. Así pues, en caso de practicarse la inscripción podría producirse una doble inmatriculación, ya que se tienen dudas acerca de si se trata de la misma finca (artículos 205 de la Ley hipotecaria, 298 y 313 del Reglamento Hipotecario, artículo 45 Texto Refundido de la Ley del Catastro de 5 de marzo de 2004, 53.6 Ley de 30 de diciembre de 1996).

III) Se interpuso recurso contra la anterior calificación, con base en las siguientes alegaciones: a) Que en virtud de los datos obrantes en el acta de

notoriedad, la causa alegada para suspender la inmatriculación de la referida finca es incierta; b) Que concretamente en dicha acta se comprueban los siguientes extremos: que la finca cuya inmatriculación se solicita no se hallaba inscrita en el Registro de la Propiedad, que dicha finca se hallaba catastrada a nombre de la transmitente, que la descripción de la misma es coincidente con el título público adquisitivo que pretende complementar y que la certificación catastral descriptiva y gráfica de ambas fincas son coincidentes; c) Que por parte del Notario autorizante del acta de notoriedad se acompaña certificación del Colegio Notarial de Valladolid acreditativa de la inexistencia de una solicitud anterior referida a dicha finca, sin que asimismo nadie haya comparecido en la notaría una vez publicado el edicto en el Ayuntamiento; d) que causa extrañeza que por parte de la Registradora se manifieste que en el Registro figura inscrita otra finca con la misma referencia catastral, puesto que a lo largo del acta de notoriedad se manifiesta en varias ocasiones que la finca correspondiente a la referencia catastral cuya inscripción se pretende no se halla inscrita; e) Concluye solicitando se deje sin efecto la suspensión de la inscripción solicitada y la inmatriculación de la finca por los títulos presentados.

IV) La Registradora de la Propiedad remite las alegaciones presentadas en ese Registro por el Notario autorizante del acta, en los siguientes términos: a) La Registradora no fundamenta la nota de manera clara, puesto que en el primer párrafo sólo señala que no se puede practicar la inmatriculación, puesto que existe en dicho Registro otra finca con la misma referencia catastral, pero no señala precepto alguno que lleve a esa solución, manteniendo en el segundo párrafo que en caso de practicar la inmatriculación solicitada se podría producir una doble inmatriculación y se señala que se tiene dudas acerca de la identidad de la finca, pero no dice dónde se apoya esas dudas (linderos, situación, descripción, etc.), enumerando finalmente los artículos que basan su calificación que son el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, los artículos 298 Y 313 del Reglamento Hipotecario, el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Catastro y el artículo 53.6 de la Ley de 30 de diciembre de 1996; b) El momento oportuno para señalar ese defecto, la existencia de otra finca inscrita con la misma referencia catastral, debería haber sido el de petición de información registral, ya que al solicitarse se hizo constar tal referencia catastral, como resulta de la solicitud que acompaña y de la propia escritura, puesto que en la contestación del Registro se recoge la misma; c) que si se considera que la referencia catastral es elemento esencial de la descripción de la finca, debe comprobarse antes de dar la nota simple informativa solicitada que no hay otra finca con esa referencia, y si no se considera esencial, no puede impedir la inmatriculación, lo que no es lógico ni admisible es que se espere para apreciar un defecto a que el particular haya soportado unos gastos notariales y fiscales cuando se podía haber puesto de manifiesto con anterioridad a los mismos, además de que en casos como éste el Notario estaría siempre indefenso; d) que la existencia de otra finca inscrita con la misma referencia catastral podría

derivar de un error en otra inscripción; e) Acaba solicitando la estimación del recurso y la inmatriculación de la finca objeto del acta.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 7, 199, 205 y 222 de la Ley Hipotecaria; 300 y 306 del Reglamento Hipotecario; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de marzo de 1985; 4 de mayo de 1998; 24 de abril de 2000, 13 de enero y 10 de marzo de 2001, 11 de febrero de 2003 y 27 de enero, 11 de febrero y 23 de noviembre de 2004; y 29 de julio de 2005.

1. La causa de la calificación negativa radica en la alegación por la Registradora de la existencia de duda razonable de que la finca que se pretende inmatricular coincida, total o parcialmente, con otra finca ya inscrita.

2. El recurso no puede sostenerse, por no ser el procedimiento hábil en estos supuestos. Como tiene reiteradamente establecido este Centro Directivo (Vid. Resoluciones citadas en los "Vistos"), las dudas que al Registrador le surjan acerca de la identidad de la finca cuando se trata de inmatricularla es una concreta situación de hecho que no puede ser decidida mediante recurso gubernativo, sino que debe ser planteada por el interesado ante el Juez de Primera Instancia del partido, conforme a lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, y es a él a quien entonces incumbe resolver si es o no inscribible el documento presentado.

3. Cuestión distinta, pero que al igual que la anterior no puede ser enjuiciada en el ámbito de este recurso, es que la actuación previa de la Registradora al expedir la nota simple informativa solicitada por el Notario en la tramitación del acta de notoriedad, no detectando en ese momento la identidad de la referencia catastral –a pesar de habérsela facilitado el Notario en su petición y reflejada ella en la nota expedida–, hubiera sido la causa efectiva de unos daños y perjuicios sufridos por la recurrente, cuestión ésta de hipotética responsabilidad civil, que tienen su cauce adecuado en el correspondiente procedimiento judicial (cfr. artículo 222.5 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de fecha 12 de febrero de 2007

Hechos

I) Se presentó en el Registro de la Propiedad escritura pública de compraventa, solicitando la inscripción de la compraventa y la inmatriculación de la finca objeto de la misma. Este documento fue objeto de calificación negativa en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: "procede suspender su inscripción por el defecto de carácter subsanable, que seguidamente se dirá con su fundamentación jurídica. Fundamentos de derecho: La finca no es inmatriculable al encontrarse inscrita a favor de tercera persona ([un tal señor] Land). Procede reanudación de tracto sucesivo de la misma. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, pongo en su conocimiento la nota de calificación de la referida escritura".

II) Se interpuso recurso. El recurrente señaló que esta calificación adolece de una adecuada fundamentación jurídica, conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, y resulta insuficiente conforme al principio de seguridad jurídica, ya que en la misma el Registrador se limita a decir que la finca está inscrita a favor de un tercero, sin precisar el número de la finca registral con que se inscribió dicha parcela, su cabida, linderos o referencia catastral de la misma. Por todo ello, solicita a la Dirección General de los Registros y del Notariado la admisión del recurso interpuesto, revocando la nota de calificación del Registrador y ordenando la inscripción del título presentado con inmatriculación de la finca en cuestión.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 20, 38 y 199 de la Ley Hipotecaria, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de Octubre de 2005, 19 de diciembre de 1946 y 10 de febrero de 1956.

Solicitada inmatriculación de una finca en virtud de escritura pública de compraventa, el Registrador la deniega por considerar que la finca está inscrita a nombre de tercera persona y que lo que procede es la reanudación del tracto sucesivo.

2. Entrando ya en el fondo del recurso, se plantea el problema de si procede practicar la inscripción de una escritura de compraventa otorgada por persona distinta de quien consta como titular en el Registro. En este sentido conviene tener en cuenta el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que exige para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, que conste previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorga o a cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Este precepto recoge el principio de tracto sucesivo, uno de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario que exige que en el Registro figuren todas las transmisiones realizadas, sin ruptura de la cadena de transmisiones y cuya aplicación ha sido reiterada por este Centro Directivo en numerosas Resoluciones. Este principio está íntimamente relacionado con el Principio de legitimación recogido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y que supone una presunción iuris tantum de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como un reconocimiento de legitimación dispositiva a favor del titular registral, por lo que este principio lleva consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. Pues bien, en el supuesto del presente recurso ambos principios son vulnerados ya que la escritura de compraventa cuya inscripción se pretende aparece otorgada por persona distinta del actual titular registral, ya que la finca figura inscrita a favor de tercero.

3. Finalmente, en la escritura presentada se solicita al Registrador la inmatriculación de la finca objeto de la compraventa. El artículo 199 de la Ley Hipotecaria, regula los medios para proceder a la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna. De este precepto

resulta que la inmatriculación es el ingreso de una finca en el Registro mediante la apertura de folio a la misma. Por tanto un requisito necesario para proceder a la inmatriculación es que la finca no esté inscrita a favor de persona alguna, tal y como ha señalado esta Dirección General en numerosas Resoluciones como la de 19 de diciembre de 1946 o la de 10 de febrero de 1956. Sin embargo, en el supuesto del presente recurso, la finca que se pretende inmatricular ya figura inscrita a favor de tercera persona, por tanto es correcto el rechazo del Registrador a la práctica del asiento solicitado, evitando así un supuesto de doble inmatriculación. Es cierto que el Registrador no especifica los datos registrales de la finca ya inmatriculada que impide la inscripción del presente título; pero estos datos se pueden obtener a través del cauce más adecuado que es la solicitud de publicidad formal de la finca que figura inscrita a nombre de tercera persona, según el Registrador, de manera que una vez analizada podrá el recurrente discrepar o no con el criterio del Registrador y en su caso acudir al procedimiento judicial de identificación de la finca previsto en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario o cualquier otro que sea procedente.

Resolución de fecha 29 de junio de 2007

Hechos

I) Mediante escritura de compraventa, la compañía X, S. L. U., adquirió una parcela de tierra de viña y olivar, en la que se expresaba su referencia catastral y número de parcela y polígono. Dicha escritura fue presentada e inscrita en el Registro de la Propiedad, si bien no se hizo constar la referencia catastral. Solicitada expresamente esa constancia y acompañándose informe técnico del Ingeniero Técnico municipal del Ayuntamiento sobre identificación en la cartografía catastral municipal del inmueble, fue objeto de la siguiente nota de calificación: "Se suspende la incorporación de los datos de referencia catastral, polígono y parcela, por surgir dudas fundadas en cuanto a la identidad de los mismos y la realidad de la finca; artículos 41, 45 a) y 48.2 del RDL 1/2004, de 5 de marzo, entre otros. Conforme a los artículos indicados no ha de tener acceso al Registro de la Propiedad la constatación de tales rectificaciones siempre que existan dudas fundadas para el Registrador sobre la identidad de la finca y las modificaciones catastrales, dudas que están justificadas en el expediente dado que en el título aparecen además linderos que no constan en la documentación complementaria, resultando además distinta la cabida, por lo que no pueden ser identificadas con esta finca (...)".

II) Se interpone recurso contra la calificación, en base a los siguientes argumentos: 1.º En la calificación inicial de la compraventa se dice que no figura la referencia catastral de la finca, a pesar de que sí consta y además está protocolizado el certificado catastral telemático. La razón que se dio por el Registrador es que figuran distintas partidas en la descripción registral y en la catastral, por lo que se solicitó al Ayuntamiento un

certificado aclarando este extremo. 2.º Una vez expedido el certificado se aportó al Registro con la escritura; en este informe técnico se aclara que la el paraje que figura en la certificación catastral es también denominado con el nombre que consta en la descripción registral. 3.º La constancia registral de la referencia catastral ha sido nuevamente calificada negativamente basándose en que no coinciden los linderos y la cabida con la expresada en los documentos catastrales, cuando los linderos no son relevantes puesto que pueden haber cambiado; y en cuanto a la cabida que consta en el catastro no se puede considerar como válida puesto que en la mayoría de los casos la medición no es real, por lo que estas discrepancias suelen tener lugar. 4.º Que el propietario anterior ha venido pagando el correspondiente recibo del impuesto de bienes inmuebles con la referencia catastral referida.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 41 a 49 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del catastro inmobiliario.

1. Se debate en este recurso la inscribibilidad de la referencia catastral que figura en una escritura pública de compraventa y en un certificado complementario del Ayuntamiento donde radica la finca. La registradora suspende la constancia registral de dicha referencia catastral porque a su juicio existen dudas fundadas de la correspondencia de la finca a que se refiere la escritura con la de las certificaciones catastrales aportadas, por no coincidir la superficie y no expresarse en éstas los linderos de la finca.

2. Si se tiene en cuenta que la diferencia de superficie entre la finca registral y la que consta en el certificado catastral no excede del 10 % [artículo 45.b) del Texto Refundido]; que la referencia catastral es la correspondiente al recibo del impuesto de bienes inmuebles por la que venía satisfaciendo este impuesto el anterior propietario –vendedor en la escritura pública calificada–; que se ha actuado conforme a lo dispuesto por el artículo 49.1 del Texto Refundido de la Ley de Catastro inmobiliario para los supuestos de dudas de identidad de la finca, habiéndose acreditado por certificación al efecto que el paraje coincide con el descrito en la escritura (razón de la primera negativa a la constancia registral de la referencia catastral); y que los linderos expresados en el título y en el Registro no son linderos fijos que permitan sostener las dudas fundadas de falta de correspondencia entre finca registral y catastral; debe concluirse que procede la constatación registral de la referencia catastral al no estar fundadas a juicio de este Centro Directivo las dudas expresadas en la nota de calificación. El mero hecho de existir dudas por parte del registrador –máxime cuando estas dudas son disipadas en el recurso– no es suficiente para impedir el reflejo tabular de una referencia catastral suficientemente contrastada con la documentación catastral aportada.

Resolución de fecha 21 de septiembre de 2007

Hechos

I) Se presenta en el Registro una escritura de "alteración de finca, segregaciones y adjudicación de herencia" en la que entre otras fincas se inventaría una finca urbana situada en la Calle Queipo de Llano n.º 10 que ya consta inscrita con unos determinados linderos y una superficie de 144 m^2 y respecto a la cual, como modificación hipotecaria previa a una declaración de obra nueva, segregaciones y adjudicación hereditaria de las fincas resultantes, se declara tener en realidad una superficie de 242 m^2 y estar situada hoy en la Calle Avda. de Andalucía n.º 78. Se incorpora a la escritura certificación catastral de la finca situada en la Avda. Andalucía 78 con una superficie de 242 m^2, un certificado técnico a los efectos de acreditar la antigüedad de la construcción existente en la Avda de Andalucía n.º 78, en el que se atribuye al solar una superficie de 223,02 m^2 –según medición efectuada por el técnico en relación con los linderos marcados por la propiedad– y un Decreto de la Alcaldía en el que, con relación a una parcela de 223,02 m2 –respecto a la cual no se indican más datos de localización que el de estar situada en dicho término municipal–, se concede licencia para segregar dos casas quedando como resto otra casa con un terreno al fondo.

La escritura es objeto de una primera calificación en la que el Registrador interino al no considerar acreditado el exceso por los documentos incorporados exige para su inscripción acta notarial complementaria acreditativa de que los causantes son tenidos por dueños de conformidad con el artículo 298.2 del Reglamento Hipotecario. Presentada posteriormente dicha escritura en unión de un acta de notoriedad fue objeto de la siguiente calificación: El Registrador que suscribe, previa calificación del precedente documento (escritura de alteración de finca, segregaciones y adjudicaciones de herencia, junto con acta de notoriedad para acreditar un exceso de cabida, tras examinar los antecedentes del Registro, ha suspendido la práctica de las operaciones registrales solicitadas, con arreglo a los siguientes HECHOS: Se presenta escritura de alteración de finca, segregaciones y adjudicación de herencia, junto con acta de notoriedad para acreditar un exceso de cabida. 1. En la exposición de la escritura se dice que se trata de una finca urbana con superficie de ciento cuarenta y cuatro metros cuadrados (144 m^2), en realidad de doscientos cuarenta y dos metros cuadrados (242 m^2) y pretende acreditarse dicho exceso con acta de notoriedad. En dicha acta de notoriedad aparecen incorporados una certificación catastral descriptiva y gráfica, una certificación de arquitecto técnico y una licencia de segregación del Ayuntamiento. 2. En la exposición de la escritura se declara sobre dicha finca urbana una obra antigua. Se acredita con certificación de arquitecto técnico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1. En relación al acta de notoriedad por la que se pretende acreditar un exceso de cabida. a) Dada la disparidad en la documentación presentada existen dudas acerca de la identidad de la finca, pues no se sabe cuál es la cabida real de la misma. En la exposición

de la escritura se habla de una finca con una superficie de ciento cuarenta y cuatro metros cuadrados (144 m^2), si bien según reciente medición tiene una superficie de doscientos cuarenta y dos metros cuadrados (242 m^2). Así resulta confirmado por la certificación catastral incorporada, si bien de la certificación técnica y de la licencia de segregación, también incorporadas, se habla de una superficie de doscientos veintitrés coma dos metros cuadrados (223,02 m^2). Estas circunstancias hacen dudar de la identidad de la finca, conforme al artículo 298.3 párrafo último del Reglamento Hipotecario. b) Falta la notificación al colindante, así como la publicación de edictos. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria obliga al Registrador a calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las forma extrínseca de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Entre los extremos a que se extiende la calificación, se encuentran los trámites esenciales del procedimiento, pues así resulta del artículo 294 del Reglamento Hipotecario (en sede de actas de notoriedad para registrar excesos de cabida), que al hablar del título bastante para practicar las inscripciones y cancelaciones que procedan, exige que conste en la copia expedida por el Notario una relación suficiente de las diligencias contenidas en el acta de notoriedad. La notificación al colindante y la publicación de edictos son trámites esenciales calificables por el Registrador a fin de evitar un posible perjuicio a particulares, y es por ello que el artículo 203 apartados 4 y 5 de la Ley Hipotecaria y artículos 289 y siguientes del Reglamento Hipotecario establecen dichos trámites como obligaciones esenciales a cumplir por el Notario. 2. En relación a la declaración de obra antigua, no puede inscribirse al amparo de la certificación técnica por los siguientes motivos: a) Según escritura, la obra antigua tiene una superficie construida total de trescientos ochenta y cinco metros setenta decímetros cuadrados (385,70 m^2). Por su parte, la certificación técnica no hace ninguna referencia al total de metros construidos, sino solamente a la superficie del solar y a la antigüedad de la obra, conculcando así el artículo 52 a del RD 1093/1997, de 4 de julio, esto es, la necesidad de que la certificación técnica acreditativa de la obra antigua contenga una descripción coincidente con el título. A mayor abundamiento, de la certificación catastral incorporada resulta una superficie construida de trescientos ocho metros cuadrados (308 m^2). Y a todo ello cabe añadir que, según escritura, hay además un patio de luces de treinta y ocho metros, treinta y cinco decímetros cuadrados (38,35 m^2), y según licencia de segregación (pues a dicho patio no se hace referencia ni en la certificación catastral ni en la certificación técnica), se trata de una servidumbre de luces de diecinueve metros, treinta y siete decímetros cuadrados (19,37 m^2). b) No consta la superficie de parcela ocupada por la edificación, siendo este dato indispensable, pues el citado artículo 52 a del RD 1093/1997, de 4 de julio, al hablar de la necesidad de que la certificación técnica contenga una descripción coincidente con el título, resulta claro

que dicha descripción coincidente con el título exige una identificación y las menciones indispensables a que se refiere el artículo 45 de este RD, y entre ellas la superficie de parcela ocupada por la edificación.

II) El Notario recurre los dos primeros defectos alegando que coinciden la superficie del solar según la escritura y el certificado catastral gráfico y descriptivo, no alterándose la realidad de la finca, por lo que la duda sobre su identidad no es justificada. En cuanto a la falta de notificación al colindante (pues tres linderos son fijos), en la presente acta notarial no es necesaria pues es el acta referida en el artículo 298.2.º del Reglamento Hipotecario, que se remite, en cuanto a la tramitación al 209 del Reglamento Notarial, el cual no obliga ni a publicar edictos ni a notificar al colindante (cfr. resolución de 6 de julio de 2005).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 201 a 203 de la Ley Hipotecaria, 294 y 298 del Reglamento Hipotecario, 209 y 209 bis del Reglamento Notarial, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 22 de julio de 1998, 9 de octubre de 2000 y 8 de octubre de 2005.

1. Se presenta en el Registro una escritura de "alteración de finca, segregaciones y adjudicación de herencia" en la que entre otras fincas se inventaría una finca urbana situada en la Calle Queipo de Llano n.º 10 del que ya consta inscrita con unos determinados linderos y una superficie de 144 m^2 y respecto a la cual, como modificación hipotecaria previa a una declaración de obra nueva, segregaciones y adjudicación hereditaria de las fincas resultantes, se declara tener en realidad una superficie de 242 m^2 y estar situada hoy en la Calle Avda. de Andalucía n.º 78. Se incorpora a la escritura certificación catastral de la finca situada en la Avda. Andalucía 78 con una superficie de 242 m^2, un certificado técnico a los efectos de acreditar la antigüedad de la construcción existente en la Avda de Andalucía n.º 78, en el que se atribuye al solar una superficie de 223,02 m^2 –según medición efectuada por el técnico en relación con los linderos marcados por la propiedad– y un Decreto de la Alcaldía en el que, con relación a una parcela de 223,02 m^2 –respecto a la cual no se indican más datos de localización que el de estar situada en dicho término municipal–, se concede licencia para segregar dos casas quedando como resto otra casa con un terreno al fondo.

La escritura es objeto de una primera calificación en la que el Registrador interino al no considerar acreditado el exceso por los documentos incorporados exige para su inscripción acta notarial complementaria acreditativa de que los causantes son tenidos por dueños de conformidad con el artículo 298.2 del Reglamento Hipotecario. Presentada posteriormente dicha escritura en unión de un acta de notoriedad fue objeto de una nueva calificación por el Registrador titular que es la que da lugar a la interposición del recurso según resulta de los hechos precedentes.

2. En cuanto al primero de los defectos es necesario hacer constar que el artículo 298.3 párrafo primero y segundo del Reglamento Hipotecario

exige no solo la perfecta identificación de la finca sino también de su exceso de cabida. Solo cumpliéndose con esta doble exigencia podrá conseguirse conforme al párrafo último de ese n.º 3 que el Registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca. En el presente caso, en el acta de notoriedad en el expositivo de la misma previo al requerimiento, se describe la finca por manifestación de los interesados con la superficie catastral que figura en el título que complementa, pero efectuado el requerimiento para que previas las pruebas necesarias se compruebe y declare la notoriedad de tal exceso, únicamente se incorporan como pruebas ofrecidas por los interesados el informe técnico y la licencia de segregación que ya figuraban incorporadas al título y de las que resulta una superficie inferior, concluyéndose por el Notario que en base a la prueba practicada estima justificada la notoriedad pretendida. A la vista pues de estas circunstancias ha de afirmarse que no consta con la claridad debida la perfecta identificación del exceso de cabida pretendido dado que si bien en la descripción de la misma se deduce la pretensión de inscripción de un determinado exceso de cabida, de la prueba practicada y en base al cual se formula el juicio de notoriedad se deduce otra distinta. Y ello con independencia de las dudas que pudieran existir respecto a la identificación de la finca resultante de la diferente localización de la misma en los diferentes documentos.

3. En cuanto al segundo de los defectos es necesario comenzar por señalar que el artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario regula los diferentes medios de hacer constar los excesos de cabida, sujetos cada uno de ellos a sus propios requisitos y efectos. Dejando a un lado la posibilidad de su inscripción por certificación catastral, certificación o informe técnico o expediente de dominio, interesa destacar a los efectos de este recurso que el citado apartado ofrece dos posibilidades de hacer constar el exceso de cabida en base a un acta notarial: a) como inmatriculación con relación a una finca ya inscrita de un exceso de cabida reflejado en su título público de adquisición, siempre que no conste ya inscrito a favor de persona alguna y que se acredite la previa adquisición de la finca por el transmitente con la mayor cabida resultante bien mediante documento fehaciente o por acta de notoriedad –artículo 298.3 en relación con el n.º 1– b) como inscripción con relación a una finca ya inscrita de un exceso de cabida acreditado mediante acta de presencia y notoriedad regulada en el artículo 53 de la Ley de 30 de Diciembre de 1996.

Pues bien, en el primer caso el acta de notoriedad tiene por objeto la acreditación de la previa adquisición de la finca con esa superficie por el transmitente y la misma ha de regularse por lo establecido en el artículo 209 del Reglamento Notarial, artículo que en la redacción vigente al tiempo de la autorización del acta no exige ni publicación de edicto ni citación a los colindantes, sin perjuicio de que en base a la libertad del notario para practicar las pruebas que estime oportuno pudieran haberse realizado. En cambio en el segundo caso el n.º 10 del artículo 53 de la expresada Ley determina que además de incorporar los documentos que en dicho precepto

se citan, dicha acta se ajustaría en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de su regla 8.ª, entre cuyos trámites está la notificación a los colindantes y la publicación de edictos.

De la calificación registral efectuada en primer lugar se deduce que lo exigido por el Registrador fue el acompañamiento del acta necesaria para la inmatriculación del exceso de cabida –primer caso– pero presentada el acta es calificada como un acta de notoriedad para la inscripción de un exceso de cabida –segundo caso– defectuosa por no constar la notificación a los colindantes y la publicación de edicto. El Notario tramita el acta en base a la primera calificación y tiene razón cuando afirma que si la misma está sujeta al artículo 209 del Reglamento Notarial no es exigible ni la publicación de edictos ni la notificación a los colindantes que se exigen en la segunda calificación, pero con independencia de esta segunda calificación y de que con arreglo a la misma el acta presentada no reúna los requisitos exigidos legalmente, calificada dicha acta es lo cierto que del juicio de notoriedad que en la misma se contiene, no resulta tampoco acreditada la previa adquisición de la finca con aquella superficie por parte de los causantes tal como exige el artículo 298.1 del Reglamento Hipotecario.

4. En cuanto al defecto relativo a la inscripción de la obra nueva por antigüedad, y sin perjuicio de lo que resulte tras la subsanación del primero, procede confirmar la nota del Registrador por cuanto ni de la descripción resultante del título ni de la contenida en la certificación técnica acreditativa de su antigüedad, complementaria de aquel, resultan todos los datos descriptivos mínimos exigidos por el art. 45 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio.

Resolución de fecha 3 de octubre de 2007

Hechos

I) Mediante escritura declaran ser dueños de una casa, de superficie 36 m.², compuesta de dos pisos con corral y cuadra. Manifiestan haber realizado una ampliación de obra, tras la cual la edificación tiene una superficie construida total de 220 m^2, distribuidos en tres plantas: la planta baja ocupa una superficie construida de 96 m^2, 15 de ellos destinados a garaje y el resto a vivienda; la planta primera ocupa una superficie construida de 96 m^2 y se destina a vivienda; la planta segunda, destinada a almacén, ocupa una superficie de 28 m^2.

Se incorporan a la escritura los siguientes documentos: a) Certificación catastral descriptiva y gráfica, en la que constan los siguientes datos: titular: X; año de construcción: 1996; superficie construcción: 220 m^2; superficie suelo: 113 m^2; relación de elementos de construcción: aparcamiento en planta 00 de 15 m^2, vivienda en planta 00 de 81 m², vivienda en planta 01 de 96 m^2, y almacén en planta 02 de 28 m^2. b) Certificación expedida por el Secretario-Interventor del Ayuntamiento, en la que se hace constar que la construcción descrita en la certificación catastral antes reseñada se estima que terminó en 1996, y que respecto de ella no existe incoado expediente reglamentario por infracción urbanística.

II) Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, se suspendió la inscripción según la calificación negativa de fecha 27 de enero de 2007 que a continuación se transcribe en lo pertinente:

"... Exceso de cabida de carácter inmatriculador.

Hechos:

El exceso de cabida que se pretende inscribir, superior al ciento por ciento de la superficie que consta en el Registro, implica una inmatriculación que requiere acreditar mediante expediente de dominio, documento fehaciente (título previo traslativo) o acta de notoriedad, complementaria, que dicha mayor cabida era ya propiedad de los actuales transmitentes.

Fundamentos de derecho:

Artículo 298, párrafo primero del Reglamento Hipotecario, en relación con el apartado primero del mismo artículo, y los artículos 201 y 205 de la Ley Hipotecaria".

III) El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso contra dicha calificación negativa, en que hizo las siguientes alegaciones:

Primero. La regulación del artículo 298 del Reglamento Hipotecario no deja de ser confusa en la redacción dada en 1998, sobre todo teniendo en cuenta que algunos de sus párrafos fueron declarados nulos de pleno derecho por Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001. Si se compara el número 3 del artículo 298 citado del antiguo texto con el actual se comprueba lo que ha pretendido el legislador con la reforma: antiguamente bastaba un título de transmisión, que el transmitente tuviese un documento fehaciente con una antigüedad superior a un año a la fecha de la inscripción y que tuviera catastrada o amillarada la finca a su nombre; mientras que el actual artículo en el párrafo 2° del número 3 exige una certificación catastral en los términos previstos en el artículo 53 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida sin necesidad de título traslativo. Además, los artículos 170 y 171 del Reglamento Notarial establecen que tratándose de bienes inmuebles se debe incorporar la certificación catastral descriptiva y gráfica, y obliga al Notario rectificar la descripción de los inmuebles para su constancia registral. Que la idea del legislador con la Ley 13/1996, y la recogida en la reforma del Reglamento Notarial en la redacción de los artículos 170 y 171, así como la del Tribunal Supremo al dictar la sentencia de 31 de enero de 2001 en lo que se refiere a este precepto, es dejar claro que el Registro de la Propiedad y el Catastro deben coincidir sólo si no surgen defectos graves bien del Catastro, bien del Registro. Del Catastro queda claro que el único defecto es que no se pueda identificar la finca y su cabida, y del Registro las que surjan de las inscripciones anteriores.

Segundo. Examen de la certificación catastral aportada. Se encuentra el inmueble en núcleo de población consolidado. Además se aporta una certificación del Secretario del Ayuntamiento en la que se recoge que la terminación de la obra se estima en el año 1996 (lo mismo que dice la certificación

catastral), y se añade que no existe incoado expediente reglamentario por infracción urbanística, y que la tercera planta (que parece que es lo único que preocupa al Ayuntamiento) se ajusta al artículo 3.2.6.b) del PGOU de Algodonales. Si se observa el número que tenía la finca en la parte gráfica de la Certificación Catastral se ve que era 119A, y en la parte del certificado se habla de 121, con lo cual queda enlazado el antiguo número 119 con el actual 121. Tanto en el certificado del Secretario del Ayuntamiento como en la certificación catastral, no queda duda del propietario (el transmitente que declara la obra nueva, que es el que rectifica la descripción) ni tampoco sobre cuál es la descripción de la finca (que además tiene más de 10 años de antigüedad), y se añade que no existe expediente por infracción urbanística y que hay un Planeamiento Urbanístico, con todos sus requisitos legales, incluidos los de publicidad, y que la vivienda lo cumple.

Tercero. Examen de la nota de calificación. No se plantea dudas sobre la identidad de la finca, sólo se plantea que hay un exceso de superficie en más de un cien por cien, por lo que exige requisitos "especiales"; es decir sólo aplica unos párrafos del artículo 298 del Reglamento Hipotecario en su número 3 y excluye otros, como si no existieran. En primer lugar, nunca se ha hablado de un exceso de cabida, sino de una corrección de la cabida para constar en el Registro la realidad. Por lo que atañe a la nota del Registrador: cuando el Reglamento Hipotecario habla de porcentajes lo hace para exonerar de exigencias si no se superan determinados límites (quinta parte o vigésima parte de la cabida inscrita); en ningún sitio lo hace para aumentar requisitos. ¿Por qué no un 70 por 100 más o un 300 por 100 más? Poner un porcentaje no señalado por la Ley es arbitrario. Es más razonable que la finca tenga 113 metros cuadrados que 36 metros cuadrados (no se está hablando de una finca de 1000 metros cuadrados de solar). Se trata, además, de la 7.ª inscripción, y en el registro no consta la referencia catastral, que induce a pensar que en ningún título anterior se ha hecho constar la misma, ni se ha aportado certificación catastral que haya permitido contrastar datos al registrador. Respecto del artículo 298 número 3.° del Reglamento Hipotecario: ¿por qué el Registrador aplica el párrafo 1° o el párrafo 3.° y se salta el párrafo 2.°, como si no existiera? Son supuestos independientes, con sus propios requisitos, y se pueden utilizar indistintamente. En el supuesto concreto de que se trata la persona que realiza la rectificación de la cabida es el vendedor y no necesita título traslativo, sino una certificación catastral descriptiva y gráfica. Luego, una vez rectificada la superficie, vende la finca, como es lógico, ya que la finca estaba con la descripción recogida antes de la venta.

En el presente supuesto no hay duda de la identidad de la finca, que nadie alega, y se tiene que aplicar lo que dispone el artículo 53-ocho de la Ley 13/1996. Este precepto coincide con el párrafo segundo del número 3 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. A mayor abundamiento, los actuales artículos 170 y 171 del Reglamento Notarial obligarían hoy a hacer lo mismo con carácter inequívocamente forzoso, si es que no lo era

antes con la Ley 13/1996, y el registrador, si no hay un impedimento que surja del Registro, lo tiene que inscribir. Esta es la doctrina que ha venido sosteniendo esta Dirección General en sus resoluciones recientes (a modo de ejemplo las de 27/07/2005, 1/7/2006, 29/04/2006). Si no hay duda de la identidad de la finca, que no la hay ni se aduce; si en el Registro no existe ni constancia previa de referencia catastral, que haya supuesto alguna coordinación con el Catastro que le permitiese haber examinado una realidad distinta a la hoy recogida; y si de la certificación catastral descriptiva y gráfica y de la certificación del Secretario del Ayuntamiento, ambas aportadas, se deduce la antigüedad de la construcción y de la situación sin reclamación alguna; cabe concluir que la descripción de la finca en la escritura es la que realmente debe tener la finca y no la recogida en la inscripción del Registro.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 199 y 200 de la Ley Hipotecaria; 298.3 del Reglamento Hipotecario y 53.Ocho de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; y las Resoluciones de esta Dirección General de 19 de noviembre de 1998, 31 de mayo de 1999, 2 de febrero de 2000, 3 de enero de 2005, 17 y 18 de febrero, 16 de mayo, 24 de junio y 8 de octubre de 2005 y 23 de marzo, 29 de abril y 1 de julio de 2006.

1. Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de inscribir un exceso de cabida de 77 m^2 sobre finca que consta inscrita con una superficie de 36 m^2, exceso que se refleja en una escritura de declaración de obra nueva y compraventa, a la que se incorpora certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca.

2. Como tiene reiteradamente señalado este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los "Vistos"), la registración de un exceso de cabida "stricto sensu" sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que sea indudable que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral; esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos ya registrados. Fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente.

Por lo dicho, la duda acerca de la naturaleza del exceso, a diferencia de lo que alega el recurrente, no ha de entenderse en el sentido de que se ponga en cuestión que la finca sobre la que se declara el exceso sea, al menos en parte, la misma que figura inscrita a nombre del declaran-

te; sino que la duda radica en determinar si la total cabida que ahora se justifica que tiene es la que tenía en el momento en que la adquirió dicho declarante en virtud del título que motivó la inscripción a su nombre. Se impide así que entre en juego la exigencia del artículo 53.Ocho, de la Ley 13/1996 de que de la "descripción en la certificación y en el Registro pueda deducirse la identidad", o la que impone el artículo 298 del Reglamento Hipotecario de que resulte la "perfecta identificación de la finca y su exceso de cabida".

Y tal duda está totalmente fundada en el caso que se debate, dada la notable disparidad existente entre la cabida inscrita y la que ahora se pretende registrar, sin que se justifique la adquisición de tal exceso por el transmitente; justificación que (en línea con lo anteriormente indicado acerca de la naturaleza inmatriculadora de la operación pretendida) habrá de hacerse no por los medios previstos para meras rectificaciones de superficie, sino por alguno de los otros procedimientos previstos por el legislador, y que ofrecen mayores garantías, como son el expediente de dominio, el acta de notoriedad, o la inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria (artículos 199 y 200 Ley Hipotecaria). Y sin que a estos efectos sea de ninguna ayuda la certificación municipal incorporada a la escritura; en primer lugar, porque dicho medio no está legalmente previsto para la registración de los excesos de cabida, y, en segundo lugar, porque dicha certificación se centra en la edificación existente sobre la finca, extremo acerca de cuya inscripción el registrador no ha puesto impedimento alguno.

Resolución de fecha 22 de noviembre de 2007

Hechos

I) Se presenta en el registro para su inmatriculación escritura de donación de una finca urbana. Como título previo a favor de la transmitente se presenta otra escritura de donación. En ambas escrituras se declara una superficie de la finca de setenta y dos metros cuadrados. Igualmente, para su inscripción se presenta una escritura de declaración de obra nueva en la que se declara una superficie de ciento treinta metros cuadrados.

A los anteriores documentos se acompaña una tercera descripción basada en certificaciones catastrales, en donde se describen dos fincas distintas de ochenta y siete y cuarenta y tres metros cuadrados respectivamente.

II) La Registradora, con fecha 16 de febrero de 2006, suspende la inscripción en méritos de la siguiente nota de calificación: Calificado el documento arriba indicado, no puede practicarse la inscripción solicitada por observarse los siguientes defectos: Hechos. Con fecha 1 de febrero de 2007 se presenta una primera copia del documento relacionado, junto con acta de Notoriedad complementaria, por la que se dona la nuda propiedad de una finca, reservándose el usufructo. Fundamentos de Derecho: No puede practicarse la inmatriculación de la indicada finca, por faltar una descripción de la misma como una unidad, perfectamente deslindada geográficamente

y totalmente coincidente con la descripción que resulta del documento fehaciente o acta de notoriedad complementaria y de la certificación catastral descriptiva y gráfica que, en todo caso, debe incorporarse o acompañarse, en base al principio de especialidad y al artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 53.7 de la Ley 30/1996, de 30 de diciembre; 298.1 del Reglamento Hipotecario, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 17 de febrero y 10 de agosto de 2005.

1. Se pretende inmatricular una finca que se describe de tres formas distintas: dos en sendas escrituras públicas, y la tercera basada en certificaciones catastrales, en las que aparece como dos fincas distintas. La registradora suspende la inscripción por los defectos transcritos en los hechos.

2. Tal y como se presenta la documentación, la calificación ha de ser mantenida, pues no cabe formular descripciones diferentes que producirían una enorme confusión en el Registro. Y, efectivamente, ha de acompañarse la certificación catastral en términos coincidentes con la descripción que se pretende inscribir.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, todo ello sin perjuicio de que acompañándose la certificación omitida y explicándose la razón de las diferencias de descripción en forma análoga a como se hace en el recurso –alegaciones que en este momento procedimental no pueden ser tenidas en cuenta por imperativo del artículo 326.1 de la Ley Hipotecaria– y exponiéndose la descripción definitiva de la finca, pueda la misma ser inmatriculada.

Resolución de fecha 12 de mayo de 2008

Hechos

I) Mediante escritura se vende una finca rústica no inmatriculada. Dicha escritura fue presentada a inscripción en el Registro de la Propiedad y fue calificada con la siguiente nota: "Mediante la precedente escritura se pretende la inmatriculación de una finca". "Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 199.b) y 205 de la Ley, la inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna se practicará mediante el título público de su adquisición, en los siguientes casos: 1°. Siempre que el transmitente o causante acredite la previa adquisición de la finca que se pretende inscribir mediante documento fehaciente. En su defecto, cuando se complemente el título público adquisitivo con un acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente o causante es tenido por dueño. En ambos casos el título público de adquisición habrá de expresar necesariamente la referencia catastral de la finca o fincas que se traten de inmatricular, y se incorporará o acompañará al mismo certificación catastral descriptiva y gráfica, de tales fincas, en términos totalmente coincidentes con la descripción de éstas en dicho título de las que resulte además que la finca está catastrada a favor

de transmitente o del adquirente". Artículo 53.7 de la Ley de 13/96 de 30 de diciembre: "... No se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título". Artículo 51.2.b) de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre: "Se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos: Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al diez por ciento...". Instrucción de 26 de marzo de 1999 de la DGRN: "Que los datos de situación, denominación y superficie, coinciden con los del título..., entendiéndose que coincide la superficie, aunque las diferencias no sean superiores al 10 por 100, siempre que además no existan dudas de la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos". No siendo coincidente y superior al diez por ciento la diferencia de superficie entre la superficie catastral y la que figura en el título, y figurando la finca catastrada a nombre de persona distinta del transmitente y adquirente, o de persona de la que traigan causa, en virtud de dichos hechos y fundamentos de derecho, se suspende la inscripción solicitada.

II) Contra esta calificación se interpuso recurso, considerando que la finca reúne los requisitos necesarios para su inmatriculación, pues fue adquirida por los ahora transmitentes en virtud de escritura de aportación a gananciales, no ha sido inscrita a favor de persona distinta y se acompaña certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con la descripción contenida en el título. Reconoce no obstante que hay un error en la certificación aportada en cuanto a la superficie de la finca, ya que figura la cifra de 1.299 metros cuadrados, que no coincide con la superficie real que es de 1.450 metros cuadrados, pero está justificado por certificación de técnico competente que se acompaña a la escritura que se pretende inmatricular.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 201 y 205 de la Ley Hipotecaria; 272 y siguientes y 298 del Reglamento Hipotecario; artículos 51.2.b) y 53 de Ley 30/1996, de 30 de diciembre; el artículo 44.3 y la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario; y las Resoluciones de 26 de abril y 26 de junio de 2003; 5 de enero de 2005; 27 de julio de 2005; 21 de mayo de 2007, y 4 de diciembre de 2007.

1. En este expediente se ha de determinar si es o no conforme a Derecho la calificación registral por la que suspende la inmatriculación de una finca rústica porque, según expresa en dicha calificación, lo impide la falta de coincidencia entre la superficie de la finca transmitida en la escritura pública y la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada, que tienen diferencias en más de un diez por ciento. El recurrente reconoce esa diferencia, pero considera que está acreditada la mayor

superficie con el informe del técnico competente que se acompaña a la escritura que se pretende inmatricular.

2. El recurso no puede ser estimado. Los artículos 53, apartado Siete, de la Ley 30/1996, de 30 de diciembre, y 298 del Reglamento Hipotecario exigen en toda inmatriculación que se aporte, junto al título inmatriculador, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta; coincidencia que no se da en el presente caso.

3. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. Resolución 4 de diciembre de 2007) desde la Ley 13/1996 no cabe inmatriculación de finca alguna en el Registro, si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título. Lo corrobora el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, exigiendo que la certificación catastral descriptiva y gráfica de tales fincas en términos totalmente coincidentes con la descripción de éstas en el título, así como que la finca esté catastrada a nombre del transmitente o adquirente. La dicción legal –total coincidencia– no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral. Ni siquiera cabe interpretar que se da esa coincidencia cuando, tratándose de diferencias de superficie, ésta no exceda del 10%, ya que los artículos 41 a 49 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, se refieren a un supuesto distinto que es la constatación registral de la referencia catastral, y no a la inmatriculación de la finca, por lo que no cabe su aplicación por analogía.

4. Cuando se trata de inmatriculación por título público, que está tan facilitada por nuestra legislación, es preciso extremar las precauciones para evitar que la documentación que acredita la adquisición por el transmitente haya sido elaborada al solo efecto de conseguir tal inmatriculación y se produzcan dobles inmatriculaciones, por lo que la exigencia de identidad plena de la descripción entre el título público y la certificación catastral no admite excepciones. Y en el supuesto de hecho de esta resolución, el propio recurrente admite la divergencia existente.

5. En cuanto a la pretendida acreditación de la superficie real por certificado de técnico competente, lo primero que habrá que hacer es reflejarlo en el Catastro, para posteriormente lograr la coincidencia con la descripción contenida en la escritura.

Resolución de fecha 25 de agosto de 2008

Hechos

I) Mediante escritura, se amplía una obra nueva sobre la Vivienda. Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad, fue objeto de la nota de calificación por la que se suspendió su inscripción en base a los siguientes: "Fundamentos de derecho: En el presente caso, la descripción de la obra que se hace en el título no es coincidente con la reflejada en la

Certificación Catastral, tal y como establece el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, del Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística".

II) Contra esta nota, interpone recurso en base, en síntesis, a los siguientes argumentos: que el registrador está calificando lo que ya figura inscrito en el Registro, lo cual está bajo la salvaguarda de los tribunales; lo que es objeto de declaración en la escritura calificada es una planta de sótano, cuya descripción, superficie y antigüedad se declaran en términos absolutamente coincidentes entre lo consignado en título calificado y lo que resulta de la certificación catastral incorporada. En el Registro de la Propiedad figura inscrita una vivienda de una sola planta, con una superficie de 140 metros cuadrados, con una pérgola de 6,88 metros cuadrados y patio tendedero de 10 metros cuadrados. En la escritura calificada dichos hechos previamente inscritos no se modifican. La presunción de exactitud y validez del contenido del Registro y la salvaguarda judicial de sus asientos impiden al registrador revisar la calificación de lo inscrito (Resolución de 30 de julio de 1992). Por tanto, so pretexto de que ahora accede una planta sótano no puede de nuevo entrar a calificar si está correctamente inscrita la planta baja previamente inscrita con una superficie de 140 metros cuadrados y ello aunque el certificado catastral incorporado a la escritura resulte una superficie distinta, por cuanto sólo el titular registral o en su caso la autoridad judicial están legitimados para rectificar dicha inscripción. En definitiva, la declaración de planta sótano con 131 metros cuadrados se ajusta estrictamente a lo que resulta del certificado catastral telemático descriptivo y gráfico incorporado a la escritura calificada.

Fundamentos de derecho

Vistos el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística.

1. Al no haberse recurrido el segundo párrafo del Fundamento de Derecho segundo de la nota de calificación, queda circunscrito este recurso a decidir si es inscribible en el Registro de la Propiedad la ampliación de una obra nueva, en cuanto a una planta sótano destinada a aparcamiento de 131 metros cuadrados, justificada por una certificación catastral descriptiva y gráfica que coincide con la ampliación de obra descrita en el título y cuya inscripción se pretende, pero que no es totalmente coincidente en cuanto a la superficie total de la finca tal como figura inscrita en el Registro de la Propiedad.

2. Se trata por tanto de una vivienda que registralmente tiene 140 metros cuadrados totales construidos (más 6,88 metros cuadrados de pérgola y 10 metros cuadrados de patio tendedero), a la que se quiere incorporar la declaración de una ampliación de obra nueva de una planta sótano de 131 metros cuadrados. Para acreditar la finalización de la obra y que han prescrito las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, se

acompaña certificación catastral acreditativa de que el inmueble, con la superficie total de 285 metros cuadrados, fue construido en 1999. Esos 285 metros cuadrados son suma de los 131 correspondientes a la vivienda, 23 metros cuadrados correspondientes al porche y de los 131 metros cuadrados del sótano aparcamiento que ahora se pretende inscribir por vez primera. La descripción de la finca resultante, según el título, quedaría con una superficie total construida de 271 metros cuadrados, incluyendo el aparcamiento, más 6,88 metros cuadrados de pérgola y 10 metros cuadrados de patio tendedero que no se modifican.

3. En la resolución de este recurso deben distinguirse dos cuestiones distintas: la ampliación de la obra nueva (planta sótano destinada a aparcamiento) y la descripción de la vivienda resultante, cuya inscripción también se pretende.

4. Respecto de la primera cuestión, deberán respetarse las superficies inscritas en el Registro, dado la presunción de exactitud de los asientos registrales (artículo 38 LH) y la salvaguarda judicial de los mismos (artículo 1 LH). En definitiva, sólo se debe analizar si la ampliación de la obra se ajusta o no a la certificación catastral, a los efectos de entenderse o no cumplido el requisito del artículo 52 a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Y en este aspecto debe darse la razón al recurrente, pues la identidad es completa, coincidiendo los 131 metros cuadrados de planta sótano tanto en el título como en la certificación catastral. En este sentido, el propio registrador admite la coincidencia entre la descripción en el título de la ampliación de obra que se pretende inscribir, con la descripción de la misma en la certificación catastral y gráfica que se testimonia en la escritura. Es este el único extremo que debería tener en cuenta, si fuera lo único que pretendiera inscribir.

5. Ahora bien, en el título calificado no sólo hay una ampliación de declaración de obra nueva, sino una nueva descripción de la totalidad del inmueble, resultante de aquélla ampliación, y aquí tampoco hay contradicción que impida la inscripción, entre la certificación descriptiva y gráfica y el título calificado. En la escritura se pretende que la superficie total registral de la vivienda pase de 140 metros construidos a 271 metros cuadrados, exceso que equivale a la suma con los nuevos 131 metros cuadrados inscritos destinados a sótano y que en la escritura se describen como parte de la vivienda. Y aunque en la certificación catastral figuran un total de 285 metros cuadrados suma de las diversos componentes de inmueble, es muy similar a la suma de los mismos tal como se pretende reflejar en el Registro, que sumando los 271 de vivienda a los 16,88 de pérgola y patio (porches) dan 287,88 metros cuadrados. Es cierto que no es una total coincidencia, pero no estamos ante supuestos (como las inmatriculaciones) en que haya una exigencia legal de coincidencia total, sino que lo que las normas complementarias al Reglamento Hipotecario exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de

legalidad urbanística; y que no haya duda de la identidad de la finca entre el título y el documento justificativo de aquéllos extremos, cuestiones todas que han quedado acreditadas sobradamente.

Resolución de fecha 13 de octubre de 2008

Hechos

I) Mediante acta de notoriedad, se declaró probada la notoriedad del hecho de que la finca objeto del expediente tenía una superficie de 11.661 metros cuadrados, figurando inscrita en el Registro de la Propiedad con una superficie de 9.146 metros cuadrados, solicitándose la inscripción del exceso.

IV) Contra la anterior nota de calificación, se interpone recurso contra la denegación de la inscripción de esta, en base entre otros a los siguientes argumentos: no se pretende una alteración de la realidad física en su día inmatriculada, puesto que lo que se inmatriculó no fue la realidad física, sino una descripción no coincidente con la realidad; el proyecto de reparcelación no reflejó fielmente la realidad de parte de las fincas de resultado en él incluidas, fincas que como la que es objeto del expediente, preexistían a la reparcelación y no fueron alteradas por ésta; la aparente precisión de los datos originales descriptivos lo evidencia el propio título reparcelatorio que da lugar al contenido del Registro de la Propiedad, del que resulta, sumados los metros que constituyen el lindero sur de las parcelas 51 y 52 del Polígono se obtiene la distancia de 125 metros, lo que se corresponde con una de las líneas quebradas del lindero Norte de la parcela 53, pero faltan 16 metros que constituyen también el lindero Norte de esta parcela 53 con la parcela 52 y que en la descripción de esta última no aparece por el lindero Sur; con relación al lindero sur, la parcela 54 del polígono tiene como único lindero por el norte una línea de 32,93 metros con la parcela 53 que motiva la presente; falta pues la línea recta de 21,39 metros que en la descripción de la parcela 53 constituye parte del lindero sur de esta parcela con la número 54, pero que en la descripción de esta no aparece; tras analizar el historial de la finca y su procedencia, considera el recurrente que hay muchos errores en el proyecto de reparcelación, que proceden en esencia del hecho de que con carácter previo o simultáneo al proceso de transformación del suelo rústico, se habían concedido licencias y se habían construido edificaciones de suelo industrial, lo que provoca que esas parcelas y edificaciones existentes tengan difícil incardinación en la cuadratura del proyecto de reparcelación, que para evitar complicaciones se redacta de forma que poco tiene que ver con la realidad. Sería imposible la adecuación del Registro con la realidad si la adecuación pasara hoy en día por tramitar la corrección de un proyecto de reparcelación aprobado hace casi cuarenta años.

Fundamentos de Derecho

Visto el artículo 57 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre y el artículo 298 del Reglamento Hipotecario; así como las Resoluciones de este Cen-

tro Directivo de 2 de febrero de 2000; 10 de mayo de 2002; y 27 de enero de 2004.

1. Se debate en este recurso la inscribibilidad de un exceso de cabida en virtud de acta notarial de notoriedad, respecto de una finca inscrita que procede por reparcelación y cuyos datos descriptivos, a juicio del registrador, son suficientemente precisos para evidenciar que se está amparando la invasión de una superficie colindante, que debería tratarse registralmente como previa inmatriculación de la superficie adicional. A juicio del recurrente el exceso de cabida se debe a que en los títulos reparcelatorios originarios, hubo errores descriptivos.

2. Ninguna duda cabe que el acta de notoriedad es instrumento jurídico adecuado para hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas ya inscritas (artículo 200 Ley Hipotecaria). Pero como señala el artículo 298 del Reglamento Hipotecario en su apartado 3 párrafo tercero, en tal caso debe observarse la legislación sobre referencia catastral. En este sentido, el apartado 10 del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, exige que la modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca, podrá efectuarse en virtud de acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro, e informe de técnico competente sobre su medición, superficie y linderos.

3. Con relación a estas actas, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (véase entre otras la Resolución de 2 de febrero de 2000), la siguiente: a) Que la registración de un exceso de cabida stricto sensu sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados (cfr. Resolución de 19 de noviembre de 1998). b) Que fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente, c) Que por la registración de exceso de cabida es preciso que no existan dudas sobre la identidad de la finca, y esta duda es más que justificada cuando, como en el caso presente, la finca inscrita procede por segregación y posterior reparcelación (cfr. artículo 298 RH según el cual para todo supuesto de inscripción de excesos de cabida, es indispensable que no tenga el registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca, tales como aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya

expresado con exactitud su superficie); d) También debe considerarse la desproporción entre la cabida inscrita y la que ahora se pretende reflejar; por todo lo cual ha de concluirse en la imposibilidad de acceder ahora a la registración de la cabida pretendida al margen de los medios previstos al efecto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de fecha 22 de enero de 2009

Hechos

I) Mediante auto del Juzgado de Primera Instancia, en expediente de dominio para hacer constar la mayor cabida de una finca inscrita, se ordenó la rectificación de la inscripción registral de la finca en cuanto a su extensión superficial, para hacer constar su mayor cabida.

II) Presentada copia autorizada de dicha acta en el Registro de la Propiedad de fue objeto de la siguiente nota de calificación: "Se suspende la inscripción de la escritura referida conforme a los siguientes: Hechos. II. La registral es un local comercial, con una superficie inscrita de 89,40 metros cuadrados, que pasó a formar dicha finca registral independiente en virtud de la declaración de obra nueva y división horizontal efectuadas en la finca matriz. III. El expediente de dominio presentado ordena la rectificación de la inscripción registral en lo relativo a la extensión superficial de la citada finca registral, haciendo constar que la misma no es la que figura en el Registro, sino que la extensión correcta es de veintiún metros cuadrados con cuarenta y un decímetros cuadrados. IV. Se aporta una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos no coincidentes ni con la superficie con la que consta inscrita esa finca en el Registro, ni con la superficie cuya extensión ordena el expediente de dominio presentado. Fundamentos de derecho. Artículo 18 y 99 de la Ley Hipotecaria en cuanto a facultades de calificación; artículos 5 y 16 de la Ley 49/1960, de 21 de julio de 1960, Propiedad Horizontal: «Artículo 5». Artículo 396 del Código Civil. Artículo 298 del Reglamento Hipotecario. La cuestión de fondo a considerar es que no cabe inscribir la mayor cabida de la referida finca justificada en el expediente de dominio, puesto que aquella forma parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siendo necesaria una modificación del título constitutivo de dicho régimen sujeto a las exigencias legales que para dicha modificación se exigen. La forma de rectificar registralmente su superficie es una escritura pública de rectificación del título constitutivo otorgada con el consentimiento de los titulares de las restantes fincas formadas por división horizontal y con autorización de la junta de propietarios de la comunidad en que se integran todas ellas conforme a los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960. La inscripción de un exceso de cabida sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su

día por ser la comprendida dentro de los linderos originalmente registrados y fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a una determinada finca no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría junto a la original finca registral una superficie adicional colindante. En el supuesto que ha dado lugar a la presente calificación, el exceso de cabida cuya inscripción se pretende corresponde a un local comercial de un edificio en régimen de propiedad horizontal, sin que del título resultase si la cabida que se le asignaba comprendía parte de alguno de los locales colindantes o de alguno de los elementos comunes del edificio, y sin que en el expediente conste cuál es la superficie asignada a los restantes locales colindantes o al elemento común modificado formados por tal división. Conforme al artículo 298 del Reglamento «... podrán inscribirse los excesos de cabida acreditados mediante certificación catastral o, cuando fueren inferiores a la quinta parte de la cabida inscrito, con el certificado o informe de técnico competente en los términos previstos en el artículo 53 de la Ley 30 de diciembre de 1996, que permitan la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida, sin necesidad de título traslativo. La certificación catastral descriptiva y gráfica que acompaña al expediente de dominio ahora objeto de calificación, no permite ni la identificación de la superficie de la finca objeto de expediente expresa una superficie menor que la que consta inscrita en el Registro, ni la identificación de la nueva superficie ordenada en el expediente de dominio presentado. Calificación. Se suspende la inscripción por los siguientes defectos subsanables: es necesario para proceder a la rectificación registral de la superficie de dicha finca mediante una escritura pública de rectificación del título constitutivo otorgada con el consentimiento de los titulares de las restantes fincas formadas por división horizontal y con autorización de la junta de propietarios de la comunidad en que se integran todas ellas conforme a los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, acompañada de una certificación catastral descriptiva y gráfica, que permitan la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida, sin necesidad de título traslativo".

III) Contra la anterior nota de calificación se interpone recurso, en base entre otros a los siguientes argumentos: Que en el procedimiento ha intervenido el ministerio fiscal, habiéndose citado personalmente a los locales colindantes así como a la comunidad de propietarios de que forma parte el local objeto de expediente; que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria no es de aplicación pues se refiere a las escrituras públicas pero no a las resoluciones judiciales firmes; que no es la escritura de rectificación del título constitutivo el único modo de inscribir un exceso de cabida, sino que también lo es el expediente de dominio en el que se han cumplido todas las garantías legales exigidas, entre las que se encuentran las citaciones a colindantes, así como la comunidad de propietarios; que las dudas respecto de la identidad de las fincas no puede oponerse como hace el registrador frente a la afirmación del juez de que está acreditada la mayor cabida, cuestión cuyo juicio

depende exclusivamente del juez según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 2005 y 10 de mayo de 2002.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 100 y 298 de su Reglamento; y las Resoluciones de este centro directivo de 19 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 2 de marzo de 2001, 5 de noviembre de 2004 y 7 de octubre de 2008.

1. Se plantea en este recurso la posibilidad de acreditar un exceso de cabida de un local de un edificio en régimen de propiedad horizontal por medio de un expediente de dominio, o si sólo puede hacerse en virtud de escritura pública de rectificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. El registrador, en su nota de calificación, considera que solo es posible en virtud de una escritura pública de rectificación del título constitutivo otorgada con el consentimiento de los titulares de las restantes fincas formadas por división horizontal y con autorización de la junta de propietarios de la comunidad en que se integran todas ellas conforme a los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y que se acompañe certificación catastral descriptiva y gráfica que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida. El recurrente entiende que el expediente de dominio es título suficiente al efecto y nada alega respecto de lo segundo.

3. Entrando en el fondo de la cuestión debatida, ya fue abordada por las Resoluciones de 2 de marzo de 2001 y 7 de octubre de 2008. En dichas resoluciones se afirmó que la forma negocial de constitución del régimen de propiedad horizontal, y por tanto de individualización de sus elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, es la escritura pública constitutiva del dicho régimen. Otras vías excepcionales serían el laudo arbitral o la vía judicial a través del ejercicio de una acción declarativa de rectificación del Registro, ex artículo 40, letra d), de la Ley Hipotecaria. Por tanto, al ser la configuración de las fincas que pueden ser objeto de propiedad separada en un edificio que se somete al régimen de propiedad horizontal en principio voluntaria, siempre que se respeten las exigencias legales de idoneidad para ello y no comprendan elementos necesarios para el adecuado uso y disfrute del edificio (cfr. artículo 396 del Código Civil), es el título constitutivo de dicho régimen el que ha de proceder a ella, describiendo cada una de ellas, con determinación de su extensión, linderos, planta en que se hallaren y anejos, aparte de asignárseles un número correlativo y la cuota de participación que le corresponda (cfr. artículo 5.° de la Ley de Propiedad Horizontal).

4. Sin embargo, estas Resoluciones no excluyeron la posibilidad de rectificación de errores de datos descriptivos, de manera que identificado pues un elemento privativo a través de esos datos descriptivos pudiera ocurrir que la superficie que se le haya asignado no se corresponda con la comprendida dentro de los linderos a través de los que se individualiza y de ser así, nin-

gún obstáculo habría para rectificar tal error a través de un expediente de dominio, sin que ello suponga una modificación de aquel título constitutivo, sino la rectificación de un error padecido en el mismo equiparable a la que supone para cualquier otro título inscrito la inscripción de un exceso de cabida justificado de la finca a que se refería. Distinto sería el supuesto cuando los linderos que individualizan los elementos privativos son, como suele ocurrir en los edificios que se dividen en régimen de propiedad horizontal, elementos arquitectónicos –muros, tabiques–, en que cabe la posibilidad de que la diferencia entre la superficie que en el título constitutivo se les ha asignado y la que se pretende posteriormente registrar no se deba a un error en aquel título sino a una alteración posterior de aquellos elementos que la delimitan y que hasta cierto punto es frecuente cuando la división horizontal tiene lugar simultáneamente a la declaración de obra nueva en construcción, en ocasiones en su fase más inicial, y luego se introducen modificaciones que no tienen reflejo registral al tiempo de declarar la finalización de la obra o ésta ni tan siquiera llega a producirse, o bien por incorporación a una finca de parte de otra colindante. En tal caso ya no se tratará de un supuesto de inscripción de exceso de cabida como rectificación de la que realmente corresponde a una finca, sino el ya señalado de asignación a su folio registral de una colindante que según el título de constitución del régimen no le correspondía, lo que no cabe por vía del expediente de dominio al implicar modificación de dicho título. Serán por tanto las circunstancias de cada caso las que determinen la admisibilidad del expediente de dominio como instrumento hábil para inscribir excesos de cabida.

5. Pues bien, limitado como esté el recurso a las cuestiones directamente planteadas en la nota de calificación que se recurre, no cabe en el presente caso aceptar el argumento de dicha nota cuando entiende que no es admisible en ningún caso el expediente de dominio para inscribir el exceso de cabida de una finca en régimen de propiedad horizontal, pues como ya dijera la Resolución de 2 de marzo de 2001, tal posibilidad no siempre ha de tenerse por excluida. Máxime en el presente caso donde ha habido notificación en la tramitación del expediente de dominio a la comunidad de propietarios afectada, a diferencia de lo que ocurría en el caso de aquélla otra resolución donde la notificación se realizaba sólo a la comunidad de propietarios colindante. Por tanto no puede en este aspecto confirmarse la nota de calificación.

6. Cuestión distinta, hasta ahora no planteada en las resoluciones citadas en los vistos, es si es necesario acompañar certificación catastral descriptiva y gráfica al testimonio del auto aprobatorio del expediente de dominio declarativo de la mayor cabida. Debe tenerse en cuenta para resolver esta cuestión que desde la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, su artículo 53.7 prohíbe inmatricular ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en

dicho título. Dicha certificación catastral se considera además suficiente para practicar en exceso de cabida siempre que, entre la descripción de la finca en esta certificación y la que conste en el Registro, pueda deducirse la identidad de la finca (artículo 53.8 de la citada Ley). Igualmente el artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario en su primer párrfo dispone que podrán inmatricularse los excesos de cabida de las fincas ya inscritas, que resulten de títulos públicos de adquisición, siempre que se acredite en la forma prevista en el apartado 1 la previa adquisición de la finca por el transmitente con la mayor cabida resultante, se exprese la referencia catastral y se incorpore o acompañe certificación catastral, descriptiva y gráfica, que permita la perfecta identificación de lafi nca y de su exceso de cabida y de la que resulte que la finca se encuentra catastrada a favor del titular inscrito o del adquiriente. Es cierto que con relación a los expecidnetes de dominio, el Reglamento Hipotecario tan sólo preceptúa que también podrán inscribirse los excesos de cabida en virtud de expediente de dominio conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria y en este Reglamento, o en virtud del acta de presencia y notoriedad regulada en la legislación citada anteriormente sobre referencia catastral, pero sin exigir expresamente la certificación catastral descriptiva y gráfica. Pero la superior jerarquía normativa de la Ley 13/1996 y la propia consideración por el Reglamento de los excesos de cabida superiores a la quinta parte de la cabida inscrita como supuestos análogos a la inmatriculación (al considerarlos sólo como restificación de superficie cuando son inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita), en los que sí es exigida expresamente la certificación catastral, debe concluirse la necesidad de su aportación en aquéllos supuestos –como ocurre en el caso de este expediente– en el que el exceso de cabida que se pretende exceda de la quinta parte de la cabida inscrita.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en cuanto al primero de los defectos de la nota, y desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación en cuanto al segundo de los defectos, esto es, en cuanto a la necesidad de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica, que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida.

Resolución de fecha 17 de febrero de 2009

Hechos

I) Se presenta en el Registro una escritura de partición de herencia. Respecto de la finca objeto del recurso, que figura inscrita en el Registro con expresión de su referencia catastral pero sin expresión de su superficie, en una rectificación de la escritura hecha mediante diligencia, se incorpora la certificación catastral descriptiva y gráfica y se hace constar que la finca tiene una superficie construida de doscientos noventa y siete metros cuadrados describiéndose los linderos en forma idéntica a los que figuran en el Registro. Es de hacer notar que en la certificación catastral que figura como

documento unido se hace constar que la superficie construida es de 297 m cuadrados y la superficie del solar es de 66 m cuadrados.

II) El Registrador suspende la inscripción extendiendo la siguiente nota de calificación:

"... Calificación. Se suspende la inscripción del presente documento en tanto no se aclare la superficie construida y la composición de la casa, ya que del certificado catastral protocolizado resulta que la superficie del suelo es de 66 m cuadrados y que la casa se compone de planta baja con una superficie de 66 m cuadrados y una planta alta de superficie 231 m cuadrados.

Por analogía con el artículo 45 del Real Decreto 1093/97 de 4 Jul. por el que se aprueban las normas complementarias al reglamento hipotecario para la inscripción en el Registro de la propiedad de los actos de naturaleza urbanística, podría aclararse mediante certificación expedida por técnico competente".

III) La recurrente impugna la calificación del Registrador alegando: que ya se debió calificar este problema cuando se inscribió la referencia catastral, la cual supone que el registro está publicando no solo tal referencia, sino todo el conjunto de datos del Catastro; que los efectos de la inscripción en el Registro no alcanza a los datos físicos de la finca; y que las dudas se debieron plantear cuando se inscribió la referencia antedicha.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51.4.º de su Reglamento, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 Sep., 398 del mismo Reglamento; el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 Mar., por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro, así como la Instrucción de esta Dirección General de 25 Jul. 2000.

1. No es cierto como dice la recurrente que la inscripción de la superficie de una finca en el registro es un dato físico carente de efectos. Si así fuera, la inscripción de la superficie de las fincas podría realizarse sin más mediante la declaración de los interesados, sin que se necesitaran requisitos especiales para la inscripción de aumentos o disminuciones de cabida.

2. La deseable coordinación entre los datos de Catastro y Registro no implica el ingreso en éste, de forma indiscriminada, de los datos de aquél. En el presente supuesto existe una contradicción en los datos aportados que es imprescindible aclarar: no es posible que la superficie construida, de 297 m se sitúe en solo dos plantas, siendo la superficie del solar de 66 m cuadrados.

3. Tampoco es atendible la argumentación de la recurrente en el sentido que ya calificó estos datos el Registrador cuando inscribió la referencia catastral, ya que, como indica el calificador, tal inscripción se realizó en virtud de documentos que no recogían la superficie del solar, de conformidad con el artículo 41.1 d) de la ley del Catastro.

4. Por todo ello, no cabe sino confirmar la calificación del Registrador que lo único que solicita es aclaración sobre este punto, y sin entrar ahora si el medio de subsanación que indica es procedente o no.

Resolución de fecha 20 de febrero de 2009

Hechos

I) Presentada escritura en el Registro, fue calificada con la nota siguiente:

"... 4. Se aprecia igualmente un error material en la suma de la porción segregada de 51 m² a la superficie que figura inscrita de 80 m² lo que arroja un total al agruparlas de 131 (y no 130) m² lo que se estima fácilmente subsanable. Ahora bien, plantea más dudas la referencia a la nueva superficie catastral de 98 m² con que figura la finca colindante a la que se agrupa y a la que sumados los 51 m² sí da los 149 m². Cuestión ésta del posible exceso de cabida del que no se solicita en ningún momento su inscripción y no se expresa tampoco que corresponda a la superficie real. Si lo tomamos en consideración a la hora de acrecentar las dudas fundadas sobre la identidad de la finca colindante, es decir la de calle DIRECCION 001 núm. NUM 002 que en catastro figura con 219 m² y en Registro como dos registrales NUM 002 y NUM 002 bis y con una suma total de 251 m² como así se refleja en el documento privado de permuta".

II) Los recurrentes anteriormente expresados impugnaron la calificación registral alegando: que no existen errores materiales que no puedan ser subsanados por el contexto del documento, y que no puede haber dudas sobre la identificación de una finca, pues la misma está perfectamente identificada.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 19 bis, 323 y 326 de la Ley Hipotecaria.

1. No es fácil dilucidar en la calificación qué defectos se achacan al documento presentado. En definitiva, en la nota de calificación se dice lo siguiente: a) que la calificación debe hacerse teniendo en cuenta los documentos presentados en el asiento de presentación siguiente; b) que no se expresa que con la escritura se cumple con la elevación a escritura pública de que se trata en el asiento siguiente; y c) que existe una discordancia de superficie de un metro cuadrado que acrecienta las dudas de la Registradora sobre la finca colindante.

2. En cuanto al apartado a) anterior, debe ser rechazado. Aunque la inscripción que ahora se solicita sea presupuesto de la que se solicita en el asiento de presentación siguiente, el hecho de que no concuerde con circunstancias que en este último se establecen no pueden fundar la negativa a la inscripción ahora solicitada, que debe hacerse con abstracción de si ello permitirá o no despachar el asiento posterior. Por la misma razón ha de rechazarse el obstáculo que se describe en el apartado b).

3. Respecto al pretendido defecto señalado en el apartado c) anterior, las dudas sobre la identidad de una finca pueden ser un obstáculo para la inscripción de ciertas inmatriculaciones o excesos de cabida, pero no para la inscripción posterior de una finca ya inscrita y mucho menos cuando la duda se atribuye a una finca colindante.

Resolución de fecha 17 de marzo de 2009

Hechos

I) Figura en el Registro la inscripción de un exceso de cabida de una finca. Con posterioridad figura inscrita una hipoteca sobre la misma y después la práctica de varias segregaciones.

Se presenta testimonio de sentencia que, ante el allanamiento de las demandadas, se declara la nulidad de la inscripción del exceso, así como la rectificación de los asientos registrales. Se acompaña el oportuno mandamiento.

II) La Registradora suspende la cancelación solicitada, extendiendo la siguiente nota de calificación:

"… Examinado el precedente documento y el historial registral de la finca, el mismo ha sido calificado negativamente en los siguientes términos: Segundo.– En el mismo se ha observado el siguiente defecto: 1.º– No ha sido parte en el procedimiento la Entidad acreedora, titular de un derecho real de hipoteca sobre la finca, cuyo derecho se vería afectado por la rectificación".

III) El antedicho recurrente impugna la nota de calificación alegando: que la hipoteca no grava esta finca (en contra de lo que resulta de la inscripción de la misma); que la rectificación sólo afecta a uno de los linderos de la finca, describiendo la línea que, en su opinión, separa la finca originaria del exceso inscrito; y que las inmatriculaciones no surten efectos contra terceros hasta transcurridos dos años.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 34, 40 y 200 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 12 y 15 de enero de 2005, 23 de marzo de 2006, 2 de julio de 2007 y 16 de diciembre de 2008.

1. No puede confundirse la inscripción de un exceso de cabida con la inmatriculación, pues, como ha dicho esta Dirección General (vid. resoluciones de 12 y 15 de enero de 2005 y 16 de diciembre de 2008) la registración de un exceso de cabida "stricto sensu" sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día en cuanto era la contenida dentro de los correspondientes linderos. Por ello, ni la inscripción de un exceso de cabida es una inmatriculación, ni su nulidad supone la cancelación de una porción de la finca inmatriculada; si era esto lo que se pretendía, se debió formular la demanda de manera distinta.

Resolución de fecha 8 de junio de 2009

Hechos

I) En virtud de expediente de dominio para la inmatriculación de una finca seguido ante el Juzgado de Primera Instancia se ordenó la inscripción de dominio por terceras partes indivisas a nombre de los promotores del expediente.

II) Presentado en el Registro de la Propiedad fue objeto de la siguiente nota de calificación: "Examinados los antecedentes registrales, el Registrador que suscribe ha resuelto no practicar el asiento solicitado por haberse observado lo siguiente: 2.º Dudas sobre la identidad de la finca, pudiendo coincidir con la registral NUM 001 de la sección 2.ª (artículo 51 y 98 RH)".

III) Contra la anterior nota de calificación, don x interpone recurso, en base entre otros a los siguientes argumentos: en cuanto al segundo defecto, que en su día presentó instancia ante el Registro para promover expediente de dominio para inmatricular la finca y el registrador certificó que la finca a la que se refiere la instancia no aparece inscrita ni anotada a favor de persona alguna en la demarcación de ese Registro, por lo que no cabe duda de que la finca estaba bien identificada. En base a esa certificación se promovió el expediente de dominio, por lo que ahora no puede decirse que existan dudas de la identidad. Que se ha gastado un dineral y tiempo en ese procedimiento, por lo que ha habido un error y posible responsabilidad del registrador.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 198, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria; artículos 298 y 313 del Reglamento Hipotecario; y las resoluciones de esta Dirección General de 7 Mar. 1994, 21 y 22 Nov. 1995, 24 Abr. y 7 Nov. 2000 y 13 Ene. y 10 Mar. 2001 y 11 Feb. 2003.

3. El segundo defecto relativo a las dudas sobre la identidad de la finca tampoco puede ser sostenido. Es cierto que, como regla general, la inmatriculación exige que el registrador no tenga dudas fundadas de la identidad de la finca, para así evitar dobles inmatriculaciones, que siempre son una quiebra dentro de un sistema registral eficiente, tal como ha sido sostenido por este Centro directivo en numerosas ocasiones. Esto es así especialmente cuando la inmatriculación se produce mediante doble título público traslativo o título público complementado con acta de notoriedad (cfr. artículo 298 del Reglamento Hipotecario en relación con el 199 letra b de la Ley Hipotecaria), y también si tiene lugar por certificación administrativa unilateral (artículo 206 Ley Hipotecaria). En estos casos, ante la solicitud de inmatriculación de una finca, si el Registrador tiene dudas por coincidir en todo o parte con otra inscrita, el cauce procedimental oportuno consiste en acudir al Juez de Primera Instancia del partido, a quien, conforme a lo establecido por el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, incumbe resolver si es o no inscribible el documento presentado.

Pero en el contexto de un procedimiento judicial de expediente de dominio para la inmatriculación de fincas, si el registrador tiene dudas de

que pueda coincidir la finca cuya inmatriculación se promueve con otra u otras ya inscritas, debe manifestarlo al expedir la certificación prevista en el procedimiento. En efecto, el momento en que el Registrador debe manifestar las posibles dudas no es en la presentación del mandamiento ordenando practicar la inscripción del auto aprobatorio del expediente de dominio, sino mucho antes, al expedir la certificación que como trámite previo exige el artículo 201.2 de la Ley Hipotecaria. Tales dudas servirán al juez para tomar su decisión, sin que se pueda suspender o denegar el auto ordenando la inmatriculación por ese motivo, en la medida que prevalecerá la decisión que adopte el juez competente en la tramitación del procedimiento, conocedor de las posibles dudas del registrador al respecto. Debe mantenerse esta conclusión especialmente dentro de un procedimiento en que se ofrecen numerosas garantías para que pueda haber oposición por parte de quien se considerase perjudicado, basadas fundamentalmente en el llamamiento a cuantos pudieran tener derechos sobre la finca. En concreto se dará traslado del escrito promoviendo el expediente de dominio al Ministerio Fiscal y el juzgado citará a aquellos que, según la certificación del Registro, tengan algún derecho real sobre la finca, a aquel de quien procedan los bienes o a sus causahabientes, si fueren conocidos, y al que tenga catastrada o amillarada la finca a su favor, y convocará a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos.

4. En el caso que nos ocupa el registrador certificó en el expediente judicial que la finca, tal y como se encontraba descrita en la solicitud, no figuraba inscrita ni anotada a favor de persona alguna o entidad determinada. Por lo que no puede ahora extemporáneamente alegar la no coincidencia o manifestar dudas de la identidad de la finca.

Resolución de fecha 15 de julio de 2009

Hechos

I. Se presenta en el Registro instancia privada suscrita por el recurrente solicitando se haga constar en una finca de la que es copropietario la referencia catastral. Se acompañan dos fotocopias de dos certificaciones catastrales.

II. El Registrador deniega la constancia registral solicitada, en méritos de la siguiente nota de calificación:

En la precedente instancia don X "solicita del Señor Registrador de la Propiedad, que proceda a efectuar la anotación de las referencias catastrales que se aportan en la inscripción de la finca registral número NUM 001 y subsidiariamente y para el supuesto de que el señor Registrador entienda que dicha certificación catastral no se corresponda con la identidad de la finca registral solicita del señor Registrador de la Propiedad que, o bien efectúe requerimiento al resto de titulares regístrales al objeto de aportar la referida referencia catastral por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 41 de la Ley del Catastro Inmobiliario, con el fin de cumplir con la

obligación legalmente impuesta de incluir dicha referencia junto al resto de datos identificativos de la finca, o proceda de oficio a obtener la certificación catastral en función de lo dispuesto en el artículo 41.2 de la citada Ley del Catastro Inmobiliario".

Se adjuntan con la instancia fotocopias de una serie de documentos, numerados del uno al seis, ambos inclusive, entre las cuales se encuentran fotocopias de dos certificaciones catastrales de bienes inmuebles rústicos relativas a las parcelas NUM 002 y NUM 003 del polígono NUM 004 en partida de Devadillo, con una superficie cada una de ellas de 2.182 m y 231 respectivamente, en total 2.413 m cuadrados.

Según la inscripción segunda de la citada finca la misma se describe como "Urbana, zona verde destinada a jardín c/ DIRECCION 001, sin número de policía urbana, de 2.908 m cuadrados, lindante tomando como frente la calle DIRECCION 001: frente dicha calle; derecha y fondo jardín DIRECCION 002; izquierda zona peatonal".

Del Diario de Operaciones de este Registro resulta que bajo el asiento de presentación NUM 005 del Diario NUM 006 se presentó en este Registro por don X instancia de fecha 26 noviembre 2008 por la que se solicitaba la "corrección de los lindes actuales de la finca NUM 001 al objeto de hacer corresponder la realidad registral con la realidad jurídica extrarregistral", la cual y entre otros defectos fue calificada negativamente por existir dudas fundadas sobre la identidad de la finca que impiden la constancia registral solicitada.

Fundamentos de Derecho

Para acreditar la referencia catastral de la finca se aportan fotocopias de dos certificaciones catastrales de bienes inmuebles rústicos relativas a las parcelas NUM 002 y NUM 003 del polígono NUM 004 en partida de Devadillo, con una superficie cada una de ellas de 2.182 m y 231 respectivamente, en total 2.413 m cuadrados, fotocopias que no se pueden considerar como documento público expedido con las formas y solemnidades previstas por las leves, requisitos que no cumplen las meras fotocopias, que no son sino reproducciones fotográficas, como indica la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 mayo 2003 y de conformidad con el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 1/2004 de 5 Mar., que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario: "1. La referencia catastral de los inmuebles se hará constar en los expedientes y resoluciones administrativas, en los instrumentos públicos y en el Registro de la Propiedad por lo que resulte del documento que el obligado exhiba o aporte, que deberá ser uno de los siguientes, siempre que en éste conste de forma indubitada dicha referencia: a) Certificación catastral electrónica obtenida por los procedimientos telemáticos que se aprueben por resolución de la Dirección General del Catastro, b) Certificado u otro documento expedido por el Gerente o Subgerente del Catastro".

Todo ello en base al llamado principio de legalidad, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral, el cual, por la especial trascendencia

de efectos derivados de los asientos del Registro –que gozan, "erga omnes", de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional– artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Registrador, y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones.

Y, también, de conformidad con los artículos 1216 del Código y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 mayo 1998, 8 enero 2002 y 9 mayo 2003 que en su Fundamento de Derecho 2 establece que "La negativa del Registrador debe ser confirmada. Es principio básico de nuestro derecho hipotecario que sólo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro...".

Dado que la situación, superficie y linderos de la finca según consta en el Registro no se corresponde con los respectivos datos descriptivos de los documentos catastrales aportados, que la suma de las superficies de las certificaciones catastrales varía en más de un diez por ciento y que con anterioridad fue calificada negativamente por existir dudas fundadas sobre la identidad de la finca la instancia de fecha 26 Nov. 2008 por la que se solicitaba la corrección de los lindes actuales, no puede apreciarse la identidad entre las parcelas catastrales y la finca registral y como el documento no reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca, no precede el reflejo registral de las referencias catastrales invocadas. Todo ello de conformidad con:

El artículo 53. Constancia registral de la referencia catastral, de la Ley 13/1996, de 30 diciembre, declarado en vigor por el Real Decreto Legislativo 1/2004 de 5 marzo: "Dos. Cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título no se corresponda con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado, o cuando éste no refleje dichos datos o lo haga en términos que no permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título, sólo podrá reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca. En todo caso, habrán de publicarse los edictos prevenidos en dichos artículos, en los que se exprese que a la finca registral que se describe se le atribuye la referencia catastral reseñada en el documento. La consignación registral de la referencia catastral no producirá efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo".

El artículo 53. Constancia registral de la referencia catastral, de la Ley 13/1996 de 30 diciembre declarado en vigor por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 marzo: "Cinco. En todo caso, el titular registral podrá solicitar la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación

específica conforme a las siguientes reglas: 1.ª Si aporta certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, situación y superficie, que los que figuran en el Registro se hará constar la referencia catastral por nota al margen del asiento y al pie del título. Lo mismo procederá si, coincidiendo la descripción y situación, la diferencia de superficie es inferior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro, o cuando habiendo diferencia en el nombre o número de la calle, se justifica debidamente la identidad. 2.ª Fuera de los casos previstos en la regla anterior, la consignación registral de la referencia catastral sólo podrá efectuarse mediante cualquiera de los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas".

El artículo 45, correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

Y el artículo 48 "Constancia registral de la referencia catastral" del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 marzo, que aprueba El Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

Igualmente hay que manifestar que corresponde a los Registradores solicitar la certificación al Catastro sólo en los casos de que, no obstante haber identidad en los términos expresados en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 marzo, pueda no coincidir la referencia catastral que resulte de los documentos aportados con la correspondiente al inmueble objeto del hecho lo que, como antes se ha expresado, no ocurre en este supuesto al no haber dicha correspondencia, sin que competa a este Registrador efectuar requerimiento alguno a los cotitulares del inmueble. Todo ello de conformidad con el artículo 49.

Acuerdo, en esta fecha, denegar el reflejo registral de las referencias catastrales invocadas. Contra la expresada calificación puede (...)

III) El recurrente anteriormente expresado impugnó la calificación alegando: que los datos que se aportan del Catastro no son erróneos, lo que ocurre es que la descripción de la finca en el Registro es errónea, siendo correctos los datos catastrales; que, de conformidad con la Resolución de 26 noviembre 2008 el Registrador debe inscribir si las dudas se disipan en el recurso; que esta es la forma de concordar la finca con la núm. NUM 007, con la que linda, pues en ésta se dice que linda por el oeste con Oscar; que se pretende inscribir una superficie menor por el paso de un camino público que separó la finca original en dos parcelas; y que el Registrador puede solicitar los correspondientes datos catastrales o citar a los dueños de los predios colindantes.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3 de la ley Hipotecaria, 41, 45, 48 y 49 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro, 53 de la Ley 19/1996, de 30 diciembre y las Resoluciones de esta Dirección General de 9 mayo 2003, 29 noviembre 2004, 13 septiembre 2005, 29 junio y 4 diciembre 2007 y 26 noviembre 2008.

1. Los dos temas que se plantean en el presente recurso son: el primero, si cabe hacer constar en el Registro la referencia catastral presentando fotocopias de las certificaciones del Catastro, y segundo, cuándo ha de entenderse que no existe identidad entre la descripción del Catastro y la del Registro.

2. En cuanto al primero de los problemas, es decir, si cabe acreditar la referencia catastral aportando fotocopias de las certificaciones catastrales, como ha dicho este Centro Directivo (vid. Resolución de 9 mayo 2003), es principio básico de nuestro derecho hipotecario que sólo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro, por lo que tratándose, como en el presente caso, de documentos administrativos, el documento ha de ser la copia auténtica (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria), certificación o testimonio correspondiente expedido por quien se halle facultado para ello con las formas y solemnidades previstas en las leyes, extremos que no se dan en este caso, ya que la documentación aportada que podría provocar un asiento son meras fotocopias, es decir reproducciones xerográficas de un documento. Por lo que se refiere a la legislación catastral, el artículo 41 del Texto Refundido dice que el documento que se debe aportar al Registro es, o bien certificación catastral electrónica obtenida por los procedimientos telemáticos aprobados por la Dirección General del Catastro, o bien por certificado u otro documento expedido por el Gerente o Subgerente de dicho organismo.

3. En cuanto a la no identificación de la finca, han de tenerse en cuenta las siguientes razones aducidas por el Registrador en la nota de calificación:

a) La finca figura como urbana en el Registro, mientras que las fotocopias de lo que se dice son certificaciones catastrales describen dos fincas rústicas.

b) Que ni la situación, ni la superficie (donde existe una discrepancia superior al 10 por 100), ni los linderos de la finca según el Registro coinciden con los correspondientes datos catastrales, por lo que, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 13/1996, sólo podrán acceder al Registro por medio de una inmatriculación.

c) Que la solicitud por el Registrador de los datos catastrales procede sólo cuando, existiendo identidad en los términos expresados en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, no se corresponda la referencia catastral que resulte de los documentos aportados con la que corresponde al inmueble según el acto o negocio jurídico documentado.

d) Que no compete al Registrador realizar requerimiento alguno a los titulares de los predios colindantes.

Resolución de fecha 3 de septiembre de 2009

Hechos

I) Mediante escritura se vende una finca rústica no inmatriculada.

II) Dicha escritura se presenta nuevamente a inscripción en el Registro de la Propiedad, entre otros documentos, con certificación emitida por el

Secretario del Ayuntamiento del informe emitido por el Alcalde y fue calificada con la siguiente nota: "Tal y como se expresa en las anteriores notas de calificación, el artículo 53.7 de la Ley 13/96 de 30 de diciembre exige para inmatricular: «No se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de éste en dicho título». Aportada la certificación catastral solicitada para acreditar la identidad de las parcelas 267 y 270 del Polígono 24 con la actual parcela 395 del polígono 14, la Gerencia Territorial del Catastro dijo que no podía constatar tal identidad. Actualmente no se acompaña dicha certificación al título. Posteriormente se presenta certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento con el Visto Bueno del Alcalde de dicha villa, afirmando tal identidad. De la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada a la escritura y dado que no es completa porque no hay descripción de linderos, y consultado vía telemática el Catastro, en cuanto a la referencia catastral que se supone tiene actualmente la finca, resulta un cambio de linderos fijos, pues según el título el lindero Oeste es un arroyo y el lindero Este un particular y de la certificación catastral gráfica, resulta que el lindero Oeste es un camino al igual que parte del lindero Este, lo cual hace que existan dudas sobre la identidad de la finca descrita en el título y la consignada en Catastro. No está suficientemente acreditado el cambio de linderos lo que requiere otras comprobaciones que podría hacerse en expediente de dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario".

III) Contra esta calificación se interpuso recurso, considerando que se dan todos y cada uno de los requisitos legalmente establecidos en Derecho para la inscripción registral de la finca de su propiedad; que la denegación de la "inmatriculación" argumentada no tiene aquí sentido alguno, en la medida en que no estamos ante un supuesto de inmatriculación y, por tanto, la aplicación de preceptos relativos a la misma (inmatriculación) tales como el artículo 53.7 de la Ley 13/96 de 30 de Diciembre no encuentran base jurídica en el caso que nos ocupa. En base a Derecho, y en aplicación del ya mencionado artículo 205 LH, consideraba que la Registradora en lugar de denegar, tal y como ha hecho, debería haber expedido los correspondientes edictos con vista de los documentos presentados, para que se publiquen en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca practicando asimismo el correspondiente asiento registral.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 201 y 205 de la Ley Hipotecaria; 272 y siguientes y 298 del Reglamento Hipotecario; artículos 51.2.b) y 53 de Ley 30/1996, de 30 de diciembre; el artículo 44.3 y la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario; y las Resoluciones de 26 de abril y 26 de junio de 2003; 5 de enero de 2005; 27 de julio de 2005; 21 de mayo de 2007, y 4 de diciembre de 2007; y 12 de mayo de 2008.

1. En el presente recurso se ha de determinar si es o no conforme a Derecho la calificación registral por la que se suspende la inmatriculación de una finca rústica porque, según se expresa en dicha calificación, no coincide la descripción que de la finca se hace en el título inmatriculador con la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada, singularmente por lo que respecta a sus linderos. La recurrente no formula alegación ninguna en relación con tal discrepancia descriptiva, limitándose a afirmar que no procede la aplicación de las normas invocadas por la registradora, propias de las inmatriculaciones, pues entiende que no estamos en presencia de un supuesto legal de inmatriculación.

2. El recurso no puede ser estimado. En cuanto a si nos encontramos o no ante un supuesto de inmatriculación, resulta patente el error en que incurre la recurrente al considerar que en los supuestos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que invoca como cobertura normativa a su pretensión, el título resulta "inscribible sin necesidad de previa inscripción, esto es, sin necesidad de inmatriculación", obviando la realidad de que en nuestro sistema hipotecario la inmatriculación de las fincas tiene lugar mediante una primera inscripción del dominio de la finca, a través de cualquiera de los procedimientos previstos en el Título VI de la Ley Hipotecaria (cfr. artículo 7 Ley Hipotecaria), supuesto de inmatriculación en que se excepciona la exigencia común derivada del principio de tracto sucesivo de la previa inscripción del derecho (cfr. artículos 20 y 205 Ley Hipotecaria).

Clarificado este extremo en el sentido indicado, resulta pertinente y aún obligado, como ha hecho la registradora, aplicar al caso los preceptos reguladores de las inmatriculaciones. Y entre ellos, a los efectos del presente recurso, se han de destacar los artículos 53, apartado siete, de la Ley 30/1996, de 30 de diciembre, y 298 del Reglamento Hipotecario que exigen en toda inmatriculación la aportación, junto con el título inmatriculador, de una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en el título inscribible, coincidencia que no se da en el presente caso. En efecto, según el título presentado la finca linda al Este con un particular (identificado por su nombre y apellidos) y al Oeste con Arroyo; por el contrario, según se deduce de la certificación catastral incorporada a la escritura, la finca a que la misma se refiere linda por el Oeste y parcialmente por el Este con un camino.

3. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. Resolución 4 de diciembre de 2007) desde la Ley 13/1996 no cabe inmatriculación de finca alguna en el Registro si no se aporta, junto al título inmatriculador, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título. Lo corrobora el artículo 298 del Reglamento Hipotecario reiterando la exigencia de la plena coincidencia descriptiva entre la certificación catastral de las fincas que se pretenden inmatricular y la descripción que de tales fincas se han de contener en el título inmatriculador. La dicción legal –total coincidencia– no puede dejar margen de duda en su interpretación.

4. Cuando se trata de inmatriculación por título público (cfr. artículo 205 Ley Hipotecaria), que está tan facilitada por nuestra legislación, es preciso extremar las precauciones para evitar que se produzcan dobles inmatriculaciones, por lo que la exigencia de identidad plena de la descripción entre el título público y la certificación catastral no admite excepciones, y menos aún en casos como el presente en que la falta de coincidencia se proyecta sobre un dato de tanto relieve a los efectos de identificación de la finca como es el de sus linderos (cfr. artículo 9 n.º 1 Ley Hipotecaria).

Resolución de fecha 12 de septiembre de 2009

Hechos

I) Se presenta en el Registro escritura por la que el adquirente de un solar que figura inscrito en el registro como finca rústica declara sobre el mismo una obra nueva en construcción y constituye la misma en propiedad horizontal.

II) El Registrador suspende la inscripción en méritos de la nota de calificación que dice así:

"4.º La finca matriz no puede ser inscrita con la superficie que consta en el título –1.032,02 metros cuadrados– por falta de previa inscripción a favor de la entidad otorgante con dicha superficie, no siendo inscribible el defecto de superficie resultante por no acreditarse el mismo por alguno de los medios previstos en el artículo 298.3.º del Reglamento Hipotecario, por lo que se duda de la correcta identificación de la finca y de su nueva superficie. Además, según el propio título, la menor superficie que consta en la escritura ha sido objeto de cesión, que debe formalizarse en documento público, previa la oportuna segregación, con la debida licencia municipal de parcelación –artículos 1261, 1280 y 1538 del Código Civil, 47 y siguientes del Reglamento Hipotecario, 259 de la Ley del Suelo, 64, 91 y 165.1 de la Ley 2/1998, de 4 de junio de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, 89, 90 y 91 del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre de 2004".

III) El Notario autorizante impugna la calificación (salvo el primer defecto) alegando: en cuanto al quinto defecto, que la disminución de la cabida está justificada documentalmente pues la nueva superficie consta en el certificado municipal incorporado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, 44 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto legislativo 1/2004, de 28 de diciembre; 53.8 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 22 de febrero y 16 de junio de 2003; 3 de enero de 2006, y 16 de abril de 2008.

5. Respecto al defecto consistente en la no acreditación de la disminución de la cabida, debe ser confirmado. Este Centro Directivo ha declarado

(vid. Resoluciones citadas en el "Vistos") que tales disminuciones deben ser justificadas, pues, de lo contrario, se podría producir una "desinscripción" seguida de una inmatriculación, y, en este sentido, el artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, en la regulación que hace de la constancia registral de la reforma catastral, se refiere no ya a la inscripción del exceso de cabida, sino a la rectificación de dicha cabida. En el presente caso, además, la disminución es una consecuencia de lo que revela el apartado anterior, y es la existencia de operaciones sobre la finca que no han tenido acceso al Registro, por lo que el cambio de superficie no ha sido acreditado.

Resolución de fecha 15 de septiembre de 2009

Hechos

I) Mediante escritura, el declarante expone:

1.º Que es dueño de un solar de sesenta y cuatro metros cuadrados (que se describe), y que es la finca registral número "002", adquirida por herencia.

2.º Que, en su día, fue dueño de la finca registral número "001" (que le pertenecía a dicho señor por la misma herencia antes referida), con la siguiente descripción:

"Predio número uno. Vivienda del lado izquierdo en la planta baja de una casa que cuenta además en parte con dos pisos altos, cuya vivienda consta de pasillo, cocina, comedor, dos dormitorios y cuarto de baño, siendo su casi totalidad una accesoria de la planta baja de la que forma parte; tiene una superficie útil de cuarenta y cinco metros noventa y cinco decímetros cuadrados; linda al frente con camino, por la izquierda con la finca la Llana, por la derecha otra vivienda de la misma casa y por la espalda patio del edificio de cuatro y medio metros de fondo...

Se le atribuye una cuota de participación de 25 por 100 en el total valor del inmueble, que servirá de módulo para determinar su participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad.

El propietario de esta vivienda, que es en su casi totalidad una planta baja accesoria al edificio principal, tendrá a su cargo la conservación y reparación de su tejado y paredes exteriores, sin contribuir a los gastos similares de la edificación principal, pudiendo elevar o construyendo sobre esta accesoria, hasta la altura que tenga por conveniente, incluso aprovechando la pared izquierda del edificio principal como medianera".

3.º Que la finca registral número "001", anteriormente descrita, es actualmente propiedad de don X.

4.º Que don Y, siendo dueño de dicha vivienda, y siendo titular registral del derecho de sobreedificación sobre la misma, construyó en el año 1965, en el solar –finca registral "002"– y sobre la vivienda referida –finca "001"– "una casa en propiedad separada de la que se encuentra en la finca «001»", conforme al artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, sin que ésta formara parte de la propiedad horizontal de la que forma parte la finca "001", y sin ser necesario el consentimiento de la comunidad de propietarios.

De este modo se declara que sobre el referido solar, desde el año 1965 existe construido un edificio destinado a uso residencial compuesto de planta baja y piso alto. Y se añade que esta vivienda tiene "una superficie aproximada de ciento cuarenta y dos metros cuadrados, distribuida de la siguiente manera: Planta baja, con una superficie aproximada de cincuenta metros cuadrados, destinada a vivienda de unos treinta y nueve metros y a aparcamiento, de unos once metros cuadrados. Planta primera, destinada a vivienda, con una superficie aproximada de noventa y dos metros cuadrados, distribuida en varias dependencias, comunicada con la planta baja con una escalera. Consta además de un patio, en la parte posterior, de aproximadamente catorce metros cuadrados".

A efectos del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, se incorpora certificación catastral, de la que según expresa en la misma escritura, se deduce que la construcción de la edificación data del año 1965 y su descripción resulta coincidente con la misma escritura. Respecto de dicha certificación se añade por los otorgantes que la referencia catastral que en ella figura en realidad comprende dos construcciones, coincidentes con la finca "001" (en cuanto a cincuenta y cinco metros cuadrados de superficie construida) y con la nueva construcción declarada (en cuanto a la restante superficie).

En dicha escritura prestan su consentimiento don X, como titulares actuales de la finca "001", confirmando que cuando compraron dicha finca de hecho existía la construcción objeto de la presente declaración de obra nueva.

II) Copia autorizada de la referida escritura de declaración de obra nueva fue presentada en el mencionado Registro de la Propiedad, y fue objeto de la calificación negativa que a continuación se transcribe en lo pertinente:

"... Calificado el precedente documento, la Registradora que suscribe ha resuelto denegar la inscripción solicitada, en base a los siguientes,

Hechos

1.º Obra inscrito en este Registro, bajo el n.º «001», el predio número uno de la división horizontal del edificio inscrito bajo el número «003». Según la inscripción de la división horizontal y la inscripción 1.ª de dicho predio, «su propietario podrá elevar construyendo sobre esta accesoria hasta la altura que tenga por conveniente, incluso aprovechando la pared izquierda del edificio principal como medianera».

2.º El edificio del que forma parte la finca «001» está inscrito bajo el número «003», y la obra nueva fue declarada por su antiguo propietario, e inscrita en virtud de escritura, haciéndose constar que es una casa compuesta de planta baja y dos altas, con dos viviendas en planta baja y una vivienda cada una de las plantas altas, en total cuatro, que ocupa una superficie de 112,62 m², existiendo un patio trasero de 27,50 m², por lo que la total superficie de la finca es de 140,12 m². Se vendió la finca y se cons-

tituyó el régimen de Propiedad Horizontal describiendo el predio n.º uno como vivienda de planta baja, y estableciendo el derecho del propietario de dicho predio a sobreelevarlo en los términos que se han hecho constar en el punto primero.

4.º Dicho don Y es, asimismo, propietario de la finca registral «002», que es, según el Registro, un solar de sesenta y cuatro metros cuadrados que linda por el oeste con «vivienda de Y».

5.º En la escritura que se califica, comparecen los actuales propietarios del citado predio n.º uno junto con don Y, en su calidad de dueño de la finca registral «002», así como de vendedor del predio n° uno, y se declara que en el año 1965, y por tanto con anterioridad a la venta consignada en el «hecho 3.º», don Y, sobre la finca «002» así como sobre el tantas veces citado predio n.º uno, registral «001», «construyó, en base a la titularidad del derecho de edificación una casa sobre otra, pero con el carácter de propiedad separada que prevé el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, y sobre otra finca propia, una casa... para que fuese un predio distinto a aquel sobre la casa que se construía en parte, y sin formar parte de la propiedad horizontal de la que forma parte la finca «001», y sin ser necesaria el consentimiento de dicha comunidad de propietarios, por ser único titular del derecho de sobreedificación, por el Título que consta en el Registro en la fecha que con carácter fehaciente nos indica el Catastro, esto es, del año 1965». Así resulta literalmente del expositivo II de la escritura.

6.º A continuación, se procede a declarar la obra nueva como realizada sobre la finca registral «002», describiéndose «por efecto de tal edificación» como edificación de planta baja de 50 m² y planta primera de 92 m², con un patio en la parte posterior de 14 m². La superficie en suelo de dicha finca es de 64 m². En consecuencia se declara la existencia de un edificio que en su planta alta, en 42 m² se apoya en otro edificio colindante.

7.º Se incorpora a la escritura certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca catastral «004», de la que se dice que «su descripción resulta coincidente con la del presente título» y de la que resulta como fecha de la edificación la del año 1965. Dicha finca catastral tiene una superficie en suelo de 130 m², con una superficie construida, en planta baja de 105 m² y en planta alta de 92 m², de donde parece deducirse que la finca catastral se corresponde con la finca registral «002», más la registral «001» (predio n° uno), más parte del patio trasero del edificio del que esta última forma parte, en la zona colindante con tal predio número uno, ya que la finca registral «002» mide 64 m² y la «001» mide 45,95 m², lo que hace un total de 109,95 m², restando, por tanto, 20,09 m², que según el croquis catastral se corresponde con una zona a patio. En consecuencia, no puede considerarse que la finca catastral se corresponda con la obra nueva declarada.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 396 del Código Civil, 1, 3, 5, 7, 8, 12, 17 y 23 de la Ley de Propiedad Horizontal, 16 del Reglamento Hipotecario, 46 y 52 del

Real Decreto 1093/1997, 1.404 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 30/1981 de 7 de julio, 45 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 2000 y de 20 de julio de 1998.

1.º El derecho a sobreelevar la finca registral «001» forma parte de la misma como anejo, siendo por tanto titularidad de quien, en cada momento, sea el propietario de la misma, de modo que la obra realizada en base a tal derecho supondría una ampliación del espacio físico que la conforma, pasando a estar el inmueble constituido por dos plantas unidas física y jurídicamente.

Nada se opone a que por el propietario anterior y por el actual de la finca se reconozca que las obras de sobreelevación fueron ejecutadas por el primero, pero eso no da lugar a la adquisición por él de la propiedad de lo sobreelevado, ya que legalmente la nueva planta no es un objeto distinto del predio número uno, sino parte integrante del mismo.

Para poder independizar la nueva planta sería preciso proceder a su segregación con distribución de la cuota de participación, lo que requiere el cumplimiento de dos requisitos:

1. Que la porción segregada y el resto, en su caso, sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común del edificio o a la vía pública, como exige el artículo 1 de la Ley de Propiedad Horizontal.

2. Y que, dado que los estatutos no autorizan a los propietarios a llevar a cabo modificaciones hipotecarias en los predios independientes, se obtenga la aprobación de la junta de propietarios, a la que corresponde la fijación de las nuevas cuotas de participación, con los requisitos exigidos para las modificaciones estatutarias, como dispone el artículo 8 del mismo texto legal.

También cabría la posibilidad de desvincular del predio n.º uno el derecho a sobreelevar, con la autorización de la junta de propietarios en los términos exigidos para las modificaciones estatutarias por la Ley de Propiedad Horizontal, fijándose un plazo para su ejercicio y estableciéndose las nuevas cuotas que habrían de corresponder a cada predio o las normas para su establecimiento, como exige el artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

2.º Lo que no es posible, en ningún caso, es que por el promotor de la obra nueva se declare ésta como ejecutada sobre la finca de su propiedad y extendiéndose y apoyándose sobre el edificio colindante, con total independencia de la división horizontal, a modo de engalaberno, como se pretende a tenor del contenido del transcrito expositivo II de la escritura. Únicamente cabría, una vez declarada la obra nueva de la nueva planta de la división horizontal, independizada en los términos expuestos y atribuido su dominio, por cualquier medio admitido en Derecho, al propietario de la finca colindante, que por éste, tras declarar la obra nueva sobre esta última finca, se agrupase el nuevo predio con la finca colindante, con la preceptiva autorización de la junta de propietarios de la división horizontal, lo que no

supondría que aquél deje de formar parte de la propiedad horizontal, sino que la finca resultante de la agrupación estaría integrada por dos partes jurídicamente diferenciadas, que son el elemento de la propiedad horizontal y la finca con la que se agrupa.

5.º Por lo que a la atribución de la referencia catastral se refiere, dado lo expuesto en el «hecho 7.º», no cabe apreciar la correspondencia de aquélla con la identidad de la finca en los términos exigidos por el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario...".

III) El Notario interpuso recurso contra la referida calificación, en el que alega lo siguiente:

3.º En tercer lugar, en cuanto a la discordancia de la descripción de la obra nueva con la certificación del Catastro y la cabida de la finca, es cierto, que existe una diferencia de cabida de las fincas referidas, por lo que se podría discutir sobre excesos de cabida, y entonces habrá que ver por qué cantidad o porcentaje. Sin embargo, en cuanto a la descripción de la obra nueva y las fincas parece conveniente para identificar una u otra finca no estar solamente a la cabida sino a otros datos que la describan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario; por ejemplo, existe en toda finca unos linderos, preceptivos en toda descripción de la finca; en este caso parece inequívoco, según esos linderos, que se trata de las fincas referidas, unido a otros hechos de la descripción del catastro, como por ejemplo, la cabida de la finca "001" es de 45 metros cuadrados, pero es la superficie útil, la que necesariamente es inferior a la superficie construida que es a la que se refiere el catastro, lo que podría bien ser 55 metros cuadrados, como dice el catastro; si a 130 se le restan 55 ya quedan 75 metros cuadrados, y de ahí a 64 metros cuadrados parece que se trata de unas diferencias mínimas, aunque porcentualmente superen una vigésima parte. Además debe añadirse que no es el documento una única declaración de obra nueva, sino que en ella aparece unos de los vecinos que identifica el bien relacionando ambas fincas, manifestándose precisamente que el Certificado catastral tiene un error al incluir en una referencia catastral dos viviendas separadas en la realidad. Lo cual a su vez concuerda con el hecho de que en el Registro de la Propiedad ambas fincas han sido en un momento del mismo propietario, concordando con las declaraciones de los Sres. otorgantes. Es decir, todo ello, parece indicar que claramente la edificación y las fincas son aquellas referidas sin lugar a dudas, de modo que la construcción tiene unos ciento cinco metros cuadrados, dentro de dos fincas cuya suma asciende a ciento nueve metros cuadrados cuando menos; por todo ello, el problema puede derivar de un posible exceso de cabida, el cual puede ser adaptado a la realidad por otros medios, entre ellos por la simple apreciación del Sr. Registrador, junto con una rectificación en escritura pública, un acta de notoriedad u otro medio, respecto de lo cual ha de señalarse, aunque no era lo previsto en la escritura, que el mismo colindante con la finca "002" está admitiendo el exceso de cabida, por lo que el principal interesado en contradecir dicho exceso de cabida está compareciendo.

No obstante, a efectos de aclarar, el problema relativo a las diferencias en los metros cuadrados, hay que tener en cuenta, además de lo dicho hasta ahora, sobre la superficie útil de la finca "001", y otras circunstancias, lo reseñado en la disposición tercera de la escritura donde se manifiesta por los Sres. comparecientes los problemas observados en el catastro, y que están en trámites de arreglarse.

4.º El verdadero e interesante problema de esta escritura es el relativo a la validez del engalaberno; o lo que es lo mismo, si es posible alterar los principios generales de la propiedad en un sentido vertical, permitiéndose en una determinada altura una propiedad de un titular distinto de aquel que lo es del suelo, mediante una construcción contigua en un régimen distinto del de propiedad horizontal.

En principio parece que el principio romano de dominio conlleva la titularidad por parte del dueño, desde el cielo hasta el infierno, en el decir romano; pero además la figura parece que atentaría contra el principio de accesión, y el concepto de objeto de derecho, pues no cabe considerar como unidades jurídicas absolutamente independientes lo que no son sino partes inseparables de un todo. Sin embargo, es posible, hoy en día, pensar de otro modo; en base a los siguientes argumentos:

a) Actualmente en nuestro ordenamiento jurídico y con base en el artículo 348 del Código Civil, parece generalmente admitida la concepción del derecho de propiedad como un derecho de núcleo del que emanan varias facultades, admitiendo por tanto la disgregación de diversas facultades de él, como puede ser el derecho de disposición, y también en esta línea el derecho de vuelo sobre un edificio puede corresponder al propietario de uno de los elementos privativos exclusivamente sin necesidad de corresponder a los demás titulares de la Propiedad Horizontal; y de conformidad con el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, el resultado de la ejecución de la sobreedificación quedaría en propiedad separada de la finca titular de dicho derecho y de las demás fincas de la propiedad horizontal. Pudiéndose dentro de este marco de la existencia de una propiedad volumétrica que parece aceptada por la doctrina de la Dirección General en Resolución de 5 de abril de 2002, y con mayor claridad la actual legislación del suelo.

b) En la única definición legal de finca, esto es, el artículo 17 de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008, resulta que la idea de finca no tiene que ir necesariamente unida al concepto tradicional de finca como algo unido al suelo, sino que permite la existencia, y que por tanto, pueda "situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo", por lo que la extensión volumétrica del derecho de propiedad no es obstáculo para que en una determinada altura, se rompan los principios tradicionales del derecho de propiedad y accesión, lo cual confirma el mismo artículo en su párrafo cuarto al aceptar la separación de la rasante, el vuelo y el subsuelo en dominio privado y público. Esta admisión legal en estos términos no parece ser fundamentado esencialmente en el carácter privado o público de dicho dominio, y por otro lado, el caso previsto no excluye la posibilidad de la disgregación del

dominio en estos términos sobre una finca plenamente privada; es decir, más parece que sea una regulación de un caso concreto, ya previsto en el más general que permitiría la definición de finca en los amplios términos del párrafo primero del artículo antes indicado, aceptando la situación del artículo 17.4 sobre predios particulares plenamente.

c) Actualmente parece claramente admisible que existan dos edificios unidos con la misma cubierta, la misma fachada y los mismos cimientos existiendo una propiedad separada y distinta entre las fincas, existiendo por tanto una simple medianería en diversos elementos, pero existiendo fincas separadas sin existir una propiedad horizontal, criterio este seguido por la misma Dirección General en resolución de 23 de octubre de 1988. Y lo que aún es más corriente es que dos edificios distintos apoyen sus vigas sobre una pared medianera, lo que si se admite la propiedad volumétrica no hay diferencia entre la situación prevista ya de antiguo en el Código Civil, y que la medianería sea en el sentido horizontal, esto es, que sean comunes el techo de una finca y la cubierta de otra, sin necesidad de constituir una propiedad horizontal.

d) En relación con el principio de accesión del artículo 358 del Código Civil, habría que considerar la trascendencia del mismo, en cuanto a las excepciones admisibles al mismo y la posibilidad de aplicar el principio autonomía de la voluntad. El que la accesión sea una regla general, no es obstáculo para la admisión de excepciones como es la accesión inversa, donde se altera el principio general en base a unos requisitos, que parecen cumplirse en este caso, como es que el titular de la finca que realiza la construcción no incluya toda la totalidad de la finca invadida, que la construcción sea de valor muy superior a la zona invadida, y la buena fe, que si bien bastaría su presunción general por el ordenamiento jurídico, parece que se ve confirmado por el hecho de que era titular de la finca sobre la que se construyó con derecho a elevar dicha finca, y que el dueño actual de la finca sobre la que se construye también lo ha consentido; y a todo esto ha de añadirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que el art. 358 no es norma de carácter imperativo según sentencia de 14 de marzo de 1983, por lo que bajo el principio de la autonomía de la voluntad podían los Estatutos de la propiedad horizontal prever una alteración a la regla general de la accesión; y en este sentido, se deduce una voluntad de los Sres. comparecientes, no de incorporar un nuevo elemento privativo, sino de constituir una finca independiente, al margen de las necesarias relaciones de vecindad por la existencia de una sería de partes comunes, como sería el techo-suelo entre las dos casas, y que bien podría regularse según las reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico.

e) La completitud de nuestro ordenamiento jurídico. El hecho de que un caso concreto no se contemple expresamente en el texto de una norma no admite considerar la existencia de una laguna jurídica en nuestro ordenamiento jurídico; es decir, habría que completar nuestro ordenamiento por medio de la aplicación analógica de las normas, la equidad y la inter-

pretación de las normas (artículos 3 y 4 del Código Civil), por lo que no se puede decir que no se puede inscribir una situación que existe desde hace muchos años en la realidad extrarregistral por considerar que no está incluido en la literalidad de alguna norma, de modo que se puede encorsetar la realidad física a unos principios decimonónicos, cartesianos y racionalistas que nunca serán completos, pese a que lo pretendan. Es decir, el que la Ley Hipotecaria no prevea una solución a los problemas planteados, al menos, de modo expreso, no puede impedir que una realidad existente quede fuera del Registro de la Propiedad –sic–, ya que esto mismo iría contra la pretensión de plenitud y exactitud del Registro de la Propiedad, permitiendo que dicha finca pudiese ser objeto de tráfico sin ningún problema, siempre que el adquirente pueda pagar el precio sin necesidad de pedir prestado dinero al banco con garantías hipotecarias; no obstante, se puede alegar que la propia ley del suelo en el artículo 17.1 antes citado, prevé la existencia de una finca al margen del carácter de rasante, vuelo o subsuelo, por lo que la finca registral deberá adquirir igualmente un carácter volumétrico, que será lo que dé lugar a la apertura de un folio registral, donde aparezca descrito el inmueble y su relación con la finca contigua. En cuanto a la configuración jurídica posible apuntada por la Sra. Registradora en el Fundamento número 2.º de la calificación, esto es, "la finca resultante de la agrupación estaría integrada por dos partes jurídicamente diferenciadas, que son el elemento de la propiedad horizontal y la finca que se agrupa", podría parecer una solución claramente cartesiana y racionalista, encorsetando dentro de un estricto marco formalista una realidad que en cualquier caso, pretende ser una y única casa, departamento o piso, y no empezar con largas redacciones de partes interrelacionadas, que en el fondo harían más difícil la comprensión por parte de las personas que se sirven del Registro de la Propiedad; pero además chocaría en este caso directamente con la definición de elemento privativo que existe tanto en el Código Civil, como en la Ley de Propiedad Horizontal ya que el elemento agrupado a la finca ajena a la Propiedad Horizontal no tendría salida propia a un elemento común de la Propiedad Horizontal y por tanto no puede considerarse como un elemento privativo de dicha propiedad horizontal, y de este modo, esta solución sería expresamente contra la propia legislación vigente expresa.

f) En apoyo de todo lo dicho anteriormente puede alegarse que dichos criterios de admisión o bien de "una medianería horizontal", o incluso de hablar expresamente de una propiedad especial y separada distinta de la figura de la propiedad horizontal, se encuentra en diversas sentencias del Tribunal Supremo entre las que cabe destacar: la sentencia de 28 de abril de 1972, en que se admite un medianería horizontal, la de 9 de julio de 1988 y la de 19 de febrero de 1996. Todo ello lleva a la conclusión de que se podría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico la creación de una propiedad tridimensional, adecuando las viejas estructuras jurídicas a las no tan nuevas realidades como es este caso. Admitiendo en este caso la existencia

de una finca independiente, materialización de un derecho de sobreedificación, que da al ejecutante un derecho en propiedad separada y exclusiva, que no tiene por qué verse integrada en la Propiedad Horizontal de la finca invadida.

IV) La Registradora de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escritos de 25 y 31 de marzo de 2009, que causó entrada el día 13 de abril del mismo año. Mediante diligencia para mejor proveer, de 24 de junio de 2009, este Centro Directivo solicitó información sobre la inscripción del derecho de sobreelevación y sobre la inscripción de la escritura calificada que según el escrito del recurrente se había practicado. Y mediante escrito que causó entrada en este Centro, la Registradora remitió la información solicitada con entrada en esta Dirección General el 9 de julio de 2009; en este escrito la Registradora manifiesta que la escritura cuya calificación ha sido impugnada no fue objeto de inscripción.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 y 1404 del Código Civil –el último, en su redacción anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio–; 1, 3, 5, 7, 8, 12, 17, 23 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal; 9 y 98 de la Ley Hipotecaria; 16 y 51 del Reglamento Hipotecario; 46 y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; 45 del Texto Refundido del la Ley del Catastro Inmobiliario; Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1943, 25 mayo 1950, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001 y 14 de abril de 2005; y las Resoluciones de esta Dirección General de 30 de junio de 1982, 6 de noviembre de 1996, 20 de julio de 1998, 24 de marzo de 2000, 18 de noviembre y 13 de junio de 2002, 13 de septiembre de 2003 y 25 de agosto de 2008.

1. En el supuesto del presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

1.º Se pretende la inscripción de la escritura de declaración de una obra nueva consistente en un edificio construido sobre un solar (en cuanto a la edificación de dos plantas –baja y primera– de cincuenta metros cuadrados cada una) y sobre una vivienda colindante, integrante esta última de un edificio en propiedad horizontal, de modo que la planta primera de dicha construcción que se declara se apoya en esta vivienda colindante en una superficie de cuarenta y dos metros cuadrados, con las siguientes circunstancias:

a) Se expresa en dicha escritura que el declarante de la obra nueva (cuyo estado civil es de casado) es dueño de un solar de sesenta y cuatro metros cuadrados –finca registral número "002"–, adquirido por herencia mediante escritura otorgada el 15 de enero de 1971.

Se añade que, en su día, fue dueño de determinada finca colindante (una vivienda situada en la planta baja de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal), la finca registral número "001" –que le pertenecía

a dicho señor por la misma herencia antes referida–, El propietario de esta vivienda, que es en su casi totalidad una planta baja accesoria al edificio principal, tendrá a su cargo la conservación y reparación de su tejado y paredes exteriores, sin contribuir a los gastos similares de la edificación principal, pudiendo elevar o construyendo sobre esta accesoria, hasta la altura que tenga por conveniente, incluso aprovechando la pared izquierda del edificio principal como medianera".

b) El declarante manifiesta que, siendo dueño de dicha vivienda, y siendo titular registral del derecho de sobreedificación sobre la misma, construyó en el año 1965, en el solar –finca registral "002"– y sobre la vivienda referida –finca "001"–, "una casa en propiedad separada de la que se encuentra en la finca «001»", conforme al artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, sin que ésta formara parte de la propiedad horizontal en la que se integra la finca "001", y sin ser necesario el consentimiento de la comunidad de propietarios por ser el único titular del referido derecho de sobreedificación según consta en el Registro de la Propiedad.

De este modo se declara que sobre el referido solar, desde el año 1965 existe construido un edificio destinado a uso residencial compuesto de planta baja y piso alto. Y se añade que esta vivienda tiene "una superficie aproximada de ciento cuarenta y dos metros cuadrados, distribuida de la siguiente manera: Planta baja, con una superficie aproximada de cincuenta metros cuadrados, destinada a vivienda de unos treinta y nueve metros y a aparcamiento, de unos once metros cuadrados. Planta primera, destinada a vivienda, con una superficie aproximada de noventa y dos metros cuadrados, distribuida en varias dependencias, comunicada con la planta baja con una escalera. Consta además de un patio, en la parte posterior, de aproximadamente catorce metros cuadrados".

A efectos del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de Julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, se incorpora certificación catastral, de la que –según se expresa en la misma escritura– se deduce que la construcción de la edificación data del año 1965 y su descripción resulta coincidente con la misma escritura. Respecto de dicha certificación se añade por los otorgantes que la referencia catastral que en ella figura en realidad comprende dos construcciones, coincidentes con la finca "001" (en cuanto a cincuenta y cinco metros cuadrados de superficie construida) y con la nueva construcción declarada (en cuanto a la restante superficie).

c) En dicha escritura prestan su consentimiento los cónyuges que compraron al declarante la finca "001", quienes, como titulares actuales de la propiedad de ésta, confirman que cuando la compraron ya existía la construcción objeto de la presente declaración de obra nueva.

2.º La Registradora de la Propiedad deniega la inscripción de dicha escritura mediante una calificación en la que, aparte otros defectos relativos a la falta de acreditación suficiente de la fecha de construcción de la obra

nueva (tanto a efectos de la justificación del cumplimiento de la normativa urbanística, como en relación con la determinación del carácter privativo o ganancial de la finca sobre la que se construyó) y a la atribución de la pertinente referencia catastral, alega la existencia de dos obstáculos fundamentales:

a) El derecho a sobreelevar la finca registral "001" forma parte de la misma como anejo, de modo que la obra realizada con base en tal derecho supone una ampliación del espacio físico que la conforma, pasando a estar el inmueble constituido por dos plantas unidas física y jurídicamente, de suerte que legalmente la nueva planta no es un objeto distinto de aquella finca, sino parte integrante de la misma. Por ello, para poder independizar la nueva planta sería preciso proceder a su segregación –siempre que se trate de elementos que sean susceptibles de aprovechamiento independiente–, para lo que es necesario que se obtenga la aprobación de la junta de propietarios, a la que corresponde la fijación de las nuevas cuotas de participación, dado que los estatutos no autorizan a los propietarios a llevar a cabo modificaciones hipotecarias en los predios independientes. Y a ello debe añadirse la posibilidad de desvincular de dicha finca el derecho a sobreelevar, con la autorización de la junta de propietarios en los términos exigidos para las modificaciones estatutarias por la Ley de Propiedad Horizontal, fijándose un plazo para su ejercicio y estableciéndose las nuevas cuotas que habrían de corresponder a cada predio o las normas para su establecimiento, como exige el artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

b) No es admisible que por el promotor de la obra nueva se declare ésta como ejecutada sobre la finca de su propiedad y extendiéndose y apoyándose sobre el edificio colindante, con total independencia de la división horizontal, a modo de engalaberno, como se pretende a tenor del contenido de la escritura calificada. Y añade que únicamente "cabría, una vez declarada la obra nueva de la nueva planta de la división horizontal, independizada en los términos expuestos y atribuido su dominio, por cualquier medio admitido en Derecho, al propietario de la finca colindante, que por éste, tras declarar la obra nueva sobre esta última finca, se agrupase el nuevo predio con la finca colindante, con la preceptiva autorización de la junta de propietarios de la división horizontal, lo que no supondría que aquél deje de formar parte de la propiedad horizontal, sino que la finca resultante de la agrupación estaría integrada por dos partes jurídicamente diferenciadas, que son el elemento de la propiedad horizontal y la finca con la que se agrupa".

2. Para resolver la cuestión esencial que se plantea en este expediente, debe decidirse en primer lugar si se ajusta a Derecho la pretensión del declarante de la obra nueva según la cual, siendo propietario del solar y titular del derecho de sobreedificación respecto una vivienda colindante, integrante de un edificio en propiedad horizontal, puede realizar y hacer suya la construcción, sin que ésta forme parte de dicha propiedad horizontal y sin que sea necesario el consentimiento de la comunidad de propietarios de ésta.

A tal efecto, debe entenderse que la mera facultad de elevar dicha vivienda colindante o construir sobre la misma "hasta la altura que tenga por conveniente", según consta en el asiento registral referido, no tiene determinación suficiente para ser considerada como un verdadero derecho real de los configurados en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario. Según la doctrina de esta Dirección General, tras una falta de determinación como la del presente caso (no especificación del número de plantas por construir y del plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción, duración, imprecisión de los criterios de fijación de las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes de la propiedad horizontal, etc.), lo que subyace no es un derecho real de sobreedificación sino "la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y por un tiempo ilimitado o, al menos, indeterminado), de una facultad dominical que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la de materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística; se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales de la misma), lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real, ni, por tanto, ser susceptible de inscripción conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria, pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige nuestro ordenamiento jurídico (vide artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de la propiedad (dada su significación económico-política y su trascendencia «erga omnes») que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vide artículos 513, 526, 546, 1.068 y 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad" (cfr., por todas, las Resoluciones de 6 de noviembre de 1996 y 18 de noviembre de 2002).

Por ello, la constancia registral de esa genérica facultad de elevar plantas de la vivienda referida o construir sobre la misma no puede tener más valor que el de una simple mención de un derecho sin naturaleza real, que resulta contraria a las exigencias del denominado principio de especialidad, que impone la determinación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (cfr. artículos 9 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento). Consecuentemente, resulta aplicable el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, según el cual la construcción de nuevas plantas y cualquier alteración de estructura o fábrica del edificio en propiedad horizontal que afecte al título constitutivo requiere acuerdo del resto de los propietarios que fije la naturaleza de la modificación, las alteraciones

que se originen en la descripción de la finca y la variación de las cuotas (cfr., por todas, las Resoluciones de 13 de junio de 2002 y 13 de septiembre de 2003).

Por otra parte, aun cuando se tratara del caso en que, mediante la configuración jurídica adecuada, se atribuyera al titular de dicha facultad la posibilidad de construir haciendo suya la edificación de nuevas plantas como elemento privativo de la propiedad horizontal (lo que, como se ha expresado, no ha ocurrido en el presente supuesto, en el que ni siquiera se determina si lo construido sería una ampliación de un mismo elemento privativo –dicha vivienda– o se trataría de un elemento adicional también privativo), todavía faltaría el título jurídico hábil para que –como se pretende según la escritura calificada– dicha sobreedificación quedara excluida del régimen de propiedad horizontal en el que se integra la vivienda sobre la que se ha construido.

Por lo que se refiere a esta última cuestión, la Registradora –en el fundamento de Derecho 2.º de su calificación– rechaza la posibilidad de que la nueva planta quede excluida de la propiedad horizontal y admite únicamente que –con el correspondiente consentimiento de la comunidad de propietarios– se agrupe con la finca colindante, de suerte que "la finca resultante de la agrupación estaría integrada por dos partes jurídicamente diferenciadas, que son el elemento de la propiedad horizontal –la parte que constituye la sobreedificación– y la finca con la que se agrupa".

En relación con tal extremo, debe admitirse que es un hecho –a veces motivado por razones históricas de configuración urbanística de determinadas ciudades, o por las simples condiciones del terreno– la existencia del fenómeno constructivo relativo a la superposición de inmuebles, de modo que la edificación de uno de ellos se realiza, en parte, sobre el vuelo de otro, dando lugar a situaciones de inmisión de algunas habitaciones u otros elementos del inmueble en distinto edificio (pudiendo éste hallarse configurado en régimen de propiedad horizontal, como ocurre en el presente caso). Estas situaciones, que según los casos reciben denominaciones como las de "casas superpuestas", "casas a caballo", "casas empotradas", o la más técnica de "engalabernos", pueden configurarse jurídicamente por distintas vías, atendiendo a las diferentes circunstancias del caso concreto. Y aunque, en principio, el régimen de propiedad horizontal sobre todo el conjunto puede ser el más adecuado, por ser el aplicable directamente cuando concurran los presupuestos del mismo o por su aplicación analógica a los complejos inmobiliarios privados (cfr. artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal), lo cierto es que no pueden descartarse otras soluciones distinta a la referida por la Registradora en la calificación impugnada, como puede ser la de la medianería horizontal, según ha admitido el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 24 de mayo de 1943, 28 de abril de 1972, 28 de diciembre de 2001 y 14 de abril de 2005), o la de comunidad sui generis sobre cada una de las casas colindantes (a la que se refieren la citada Sentencia de 28 de diciembre de 2001 y la Resolución de esta Dirección General de 20 de julio de 1998). Por

lo demás, en el presente caso y por las razones que han quedado expuestas, debe confirmarse la calificación en cuanto expresa que resulta necesario el acuerdo aprobatorio adoptado por la Junta de Propietarios de la comunidad (cfr. artículos 5, 12 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal).

3. Resuelta la cuestión nuclear del presente recurso, deben abordarse los demás defectos expresados en la calificación impugnada:

a) Por lo que se refiere a la justificación del cumplimiento de la normativa urbanística conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, mediante la certificación catastral descriptiva incorporada a la escritura calificada, es cierto que existen algunas discordancias puestas de relieve por la Registradora –ciertamente de poca importancia por lo que se refiere a la superficie edificada–. Pero es igualmente cierto que, como ha entendido esta Dirección General en Resolución de 25 de agosto de 2008, no se trata de supuestos (como las inmatriculaciones) en que haya una exigencia legal de coincidencia total, sino que lo que las normas complementarias al Reglamento Hipotecario exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística; y que no haya duda de la identidad de la finca entre la expresada en el título y en el documento justificativo de aquéllos extremos, circunstancias que han de reputarse suficientemente acreditadas, a pesar de las escasas diferencias de superficie referidas en la calificación, toda vez que éstas no comportan dudas sobre esa identidad de la finca ni que haya contradicción, entre la certificación descriptiva y gráfica y el título calificado, que impida la inscripción.

c) Por último, a la vista de las circunstancias fácticas y consideraciones jurídicas ya expuestas, debe rechazarse la constancia registral de la atribución de la pertinente referencia catastral a la finca resultante de la declaración de obra nueva objeto de la calificación impugnada, toda vez que no aparece suficientemente individualizada en los términos exigidos por la Ley del Catastro.

Resolución de fecha 13 de octubre de 2009

Hechos

I) Una finca aparece descrita en el Registro en la forma siguiente: en la inscripción 1.ª (reinscripción como consecuencia de expediente de reconstrucción de Registro destruido) se la describe así: "Tierra secano viña de moscatel, de tres hanegadas y media, equivalentes a veintinueve áreas, ocho centiáreas; lindante: Por poniente, con tierras de la herencia de don ET; por Mediodía, con otras de la misma herencia, y por levante y norte, con las de VT". En la inscripción 2.ª, de fecha 3 de junio de 2005, y con motivo de la herencia del titular de la inscripción anterior, la finca se inscribió con la siguiente descripción: "Zona verde destinada a jardín, calle MB, sin número de policía urbana, antes tierra secano viña de moscatel, partida del Pla, hoy lindante, tomando como frente la calle MB: frente, dicha calle; derecha y fondo, jardín; izquierda, zona peatonal, antes camino".

El anteriormente expresado recurrente presentó en el Registro de la Propiedad una instancia –después ratificada ante el Registrador–, en la que, después de afirmar que los datos anteriores son erróneos, solicita se inscriba la descripción correcta de la finca, que es la siguiente: "Rústica en suelo urbanizable, con una superficie, según certificación catastral descriptiva y gráfica de dos mil cuatrocientos trece metros cuadrados, parcelas 81 y 278, cuyos lindes actuales son: por el norte, con Barranco, por oeste con parcela 84 propiedad de F., SL y Camino, por el sur, parcela 82, propiedad de CLS y por este con parcela 80 propiedad de CGA y Camino del Pla". Se presentan también adhesiones en documentos privados sin firmas legitimadas ni ratificadas ante el Registrador de los demás condueños, excepto uno. Como documentos complementarios presenta certificaciones catastrales de la finca coincidentes con la última descripción que se hace de la misma, y en las que aparece comp. Finca rústica.

II) El Registrador deniega la inscripción de la rectificación solicitada extendiendo nota de calificación.

III) El interesado recurre alegando: que la menor superficie es consecuencia del paso de un camino; que el hecho de que la descripción que figura en el Registro no coincida con la catastral se debe a que aquélla es errónea, y que procede la rectificación pues, por aplicación de la doctrina sentada por la Resolución de 29 de junio de 2007, no pueden sostenerse dudas sobre la coincidencia entre la finca catastral y la registral.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 39, 40, 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, 33, 51 y 314 a 331 de su Reglamento, 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 29 de junio de 2007 y 13 de julio de 2009.

4. En cuanto a la menor superficie de la finca, la alegación que hace el recurrente de que es consecuencia de un camino, sería atendible si pudiera acreditarse que la finca inscrita es la misma que la que ahora se describe, y se cumplieran los requisitos del artículo 53 de la Ley 13/1996.

5. Pero el problema es que la descripción que ahora se quiere hacer ingresar en el Registro es tan diversa de la que actualmente existe que no sólo no se acredita que sea la misma finca, sino que todos los indicios pueden llevar a la conclusión de que son fincas totalmente distintas, y ello por las siguientes razones:

a) Actualmente figura inscrita una zona verde destinada a jardín, es decir, con escaso valor desde el punto de vista urbanístico, y situada en una zona con linderos fijos y totalmente urbana (está situada en una calle y linda con dicha calle, con un jardín y con una zona peatonal). Ahora se describe "una finca rústica en suelo urbanizable", no pareciendo lógico que una finca que era urbana se convierta en rústica.

b) Comparando la descripción que figura en el Registro con la que ahora se hace resulta una suma de incongruencias: lo que en el Registro es el

jardín (lindero fondo según el Registro y norte según la instancia) es ahora el barranco de Fontanelles; en el lindero derecha según el Registro y este según la instancia, antes era el mismo jardín y ahora es la parcela 80, y el lindero frente según el Registro y sur en la instancia era antes la calle M. B. y ahora es la parcela 82.

En consecuencia, puede ser que la descripción que ahora se pretende registrar sea totalmente coincidente con el Catastro, pero no sólo no se acredita que sea la misma finca inscrita, sino que todas las deducciones lógicas llevan a la conclusión que la finca catastral nada tiene que ver con las finca n.º "001" del Registro.

Resolución de fecha 3 de noviembre de 2009

Hechos

I) Se presenta en el Registro escritura por la que, con motivo de una declaración de obra nueva en construcción, se declara que la finca, que figura inscrita con una superficie de 1425 metros cuadrados, tiene una superficie real, según certificación expedida por el arquitecto director de la obra, de 1590 metros cuadrados, solicitándose la inscripción del exceso.

II) La Registradora suspende la inscripción extendiendo la siguiente nota de calificación:

"Calificada la precedente copia de escritura pública conforme a los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria y 143 del Reglamento Notarial, y concordantes de su Reglamento, y teniendo presentes los antecedentes y fundamentos expuestos a continuación:

A) Antecedentes de hecho:

Tercero. En dicho documento se manifiesta un exceso de cabida sobre la finca de 105 metros cuadrados.

B) Fundamentos de derecho:

Cuarto. No puede practicarse la inscripción del referido exceso de cabida dado que no se cumplen los requisitos que establecen los artículos 199 y siguientes de la Ley Hipotecaria, 298 de su Reglamento y 53.10 de la Ley 13 de 30 de diciembre de 1996.

III) El Notario interpuso recurso solamente contra la negativa a la inscripción del exceso de cabida alegando: que el exceso es solo del 7,07 por ciento de la cabida inscrita y se justifica mediante certificación del arquitecto acompañando plano topográfico, por lo que es aplicable el artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario que permite la inscripción del exceso de cabida, sin necesidad de título traslativo cuando el exceso fuere inferior a la quinta parte de la cabida inscrita, con el certificado o informe del técnico competente; que el informe del técnico describe e identifica completamente la finca con su descripción registral, fija sus linderos registrales sin cambiarlos y expresa claramente que no hay ninguna inmatriculación encubierta sino que la cabida real obedece a una medición basada en un plano topográfico que se incorpora a la escritura".

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 200 y siguientes de la Ley Hipotecaria, 298 de su reglamento y 53.10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 17 de junio de 2002 y 8 de octubre de 2005.

1. El único problema que plantea el presente recurso radica en dilucidar si, declarado un exceso de cabida que supone añadir un 7,07 por ciento a la superficie de una finca y, acreditado el exceso mediante un informe técnico que identifica la finca con los mismos linderos inscritos y expresa que la cabida real obedece a una medición basada en un plano topográfico que se incorpora, puede negarse la inscripción alegando únicamente que no se cumplen los requisitos que establecen los artículos 199 y siguientes de la Ley Hipotecaria, 298 de su Reglamento y 53.10 de la Ley 13/1996.

2. Es constante la doctrina de este Centro Directivo en el sentido de que con las distintas vías previstas para la registración de los excesos de cabida, el legislador abre caminos para que se proceda a concordar el Registro con la realidad jurídica extrarregistral rectificando la superficie de la finca que erróneamente figura en su descripción. Por ello, ha de resultar acreditado que no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción de la finca, es decir, que la superficie que resulta de la nueva descripción es la que realmente se contiene en los linderos originariamente registrados. Y es también constante la afirmación de que si lo que se pretende es incluir en el folio de una finca una superficie colindante adicional, el camino adecuado es proceder a una previa inmatriculación de tal superficie colindante, por alguna de las vías que la legislación hipotecaria prevé, para luego agregarla o agruparla a la finca registral preexistente.

3. El defecto, tal y como ha sido expresado, no puede mantenerse, pues el exceso es inferior a la quinta parte de la cabida inscrita, se acredita con informe técnico y se identifica perfectamente la finca con los linderos que figuran inscritos, expresando claramente que no existe ninguna inmatriculación encubierta, siendo la cabida real la que se solicita inscribir, y resultando la misma de la existente entre los linderos tal y como ya se encuentran en el Registro, por lo que se cumplen los requisitos exigidos en los artículos 199 y siguientes de la Ley Hipotecaria, 298 de su Reglamento y 53.10 de la Ley 13/1996.

ANEXO 2

CIRCULAR 07.04/06, DE 9 DE JUNIO, SOBRE CRITERIOS DE ASIGNACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA REFERENCIA CATASTRAL DE LOS BIENES INMUEBLES

SECRETARÍA DE ESTADO DE HACIENDA Y PRESUPUESTOS
SECRETARÍA GENERAL DE HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DEL CATASTRO

El texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (TRLCI) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, establece la obligación de que la referencia catastral, como identificador único de los bienes inmuebles, conste en todos los documentos con trascendencia real.

Por su parte el Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, que lo desarrolla (en adelante RLCI), consagra el principio de conservación de la referencia catastral, por lo que no podrá modificarse sin causa regulada que lo justifique.

Otro criterio fijado por el RLCI es la prohibición de reutilizar referencias catastrales que hubiesen correspondido con anterioridad a otros bienes inmuebles. Se especifica asimismo en el citado texto reglamentario que la variación en la clase de los bienes inmuebles no determinará por sí mismo el cambio de la referencia catastral, y se regulan los supuestos de agrupación, agregación, división y segregación, así como la asignación de referencia catastral en las inscripciones de bienes inmuebles en régimen de propiedad horizontal.

Por último el RLCI posibilita la asignación de referencias catastrales provisionales, a petición del notario que autorice la escritura pública correspondiente.

La presente Circular recoge y precisa, en su caso, las normas anteriores así como distintos supuestos que pueden presentarse en su aplicación.

En virtud de cuanto antecede se dictan las siguientes instrucciones:

INSTRUCCIÓN PRIMERA. CRITERIOS GENERALES

La referencia catastral, como identificador único de los bienes inmuebles, estará integrada por veinte caracteres de tipo alfanumérico. Los catorce primeros identificarán la parcela catastral; los cuatro siguientes, los distintos bienes inmuebles en ella contenidos, y los dos últimos estarán destinados a caracteres de control.

La asignación y modificación de referencias catastrales se realizará conforme a los criterios establecidos en esta Circular.

Como regla general no se modificarán las referencias catastrales de los bienes inmuebles, incluso en los casos en que varíe su clase o cuando tengan asignadas referencias no conformes a norma.

En ningún caso se podrá asignar a un inmueble una referencia catastral que hubiera correspondido a otro con anterioridad.

En aquellos casos no recogidos expresamente en esta Circular se empleará la analogía para establecer las reglas a seguir a efectos de asignación de referencias catastrales.

INSTRUCCIÓN SEGUNDA. REGLAS DE ASIGNACIÓN DE NUEVAS REFERENCIAS CATASTRALES URBANAS Y RÚSTICAS

La estructura de las referencias catastrales urbana y rústica se configura conforme a lo siguiente:

Estructura de la referencia catastral urbana	***N.º Caracteres***
Identificación de la manzana en que se encuentra la parcela e identificación de ésta mediante número secuencial dentro de la manzana.	*7*
Identificación de la hoja cartográfica en que se ubica el centroide de la manzana.	*7*
Número secuencial del bien inmueble dentro de la parcela	*4*
Caracteres de control	*2*

Estructura de la referencia catastral rústica	***N.º Caracteres***
Código de Delegación del MEH (DGC)	*2*
Código de municipio (DGC)	*3*
Código de sector	*1*
Código de polígono catastral	*3*
Número de parcela catastral	*5*
Número secuencial del bien inmueble dentro de la parcela	*4*
Caracteres de control	*2*

INSTRUCCIÓN TERCERA. MANTENIMIENTO CATASTRAL

a) Nuevas construcciones en régimen de propiedad horizontal y división de propiedades verticales ya existentes

Se asignará una nueva referencia a cada inmueble resultante de la división horizontal y desaparecerá la que correspondió al inmueble sobre el que se hubiera realizado la nueva construcción o se haya efectuado la división.

En la práctica, se mantendrán las catorce primeras posiciones de la referencia catastral, las cuatro siguientes se asignarán de forma secuencial y se calcularán los correspondientes caracteres de control.

Ejemplo:

RC del solar: 2132101 NG1623S **0001 XY**

RC de la finca una vez edificada y dividida:

RC Primer B.I.: 2132101 NG1623S **0002 HU**

RC Segundo B.I.: 2132101 NG1623S **0003 BG**

Dado que la aplicación informática contendrá un campo específico para reflejar el número de orden que tenga asignado el inmueble en la escritura de división horizontal, no se podrá cambiar la identificación de la parcela catastral con el fin de incluir dicho número dentro de la referencia catastral.

Igual criterio se aplicará en el caso de trasteros y plazas de aparcamiento en pro indiviso adscritos al uso y disfrute exclusivo y permanente de un titular mediante documento público en el que se incluya su descripción pormenorizada, en los términos previstos en el artículo 21 del RLCI.

a.1) Referencias catastrales provisionales

Según establece el artículo 18.4 del RLCI podrá asignarse una referencia catastral provisional, a petición del notario que autorice la escritura pública correspondiente, a los inmuebles pendientes de su consolidación material o jurídica, en los supuestos de obra nueva en construcción o división en propiedad horizontal.

Dicha referencia catastral, que tendrá la estructura definida en la INSTRUCCIÓN SEGUNDA, nace con vocación de definitiva y se asignará de forma automática a través de la OVC, previa solicitud por parte del notario correspondiente, mediante el envío por el mismo medio de la estructura de locales y bienes inmuebles contenidos en la escritura pública. Dicha solicitud provocará el correspondiente apunte en la base de datos catastral, evitándose de esta forma la utilización por parte de la Gerencia de las referencias catastrales asignadas.

b) Nuevas construcciones en régimen de propiedad vertical o ampliación de las ya existentes

En estos casos se mantendrá la referencia catastral que tenía el inmueble cuando estaba sin edificar.

En los municipios en los que se inscriba una nueva construcción no indispensable para la explotación agraria en una parcela rústica y no se haya realizado un procedimiento de valoración colectiva de carácter general (PVCCG) con posterioridad al 1 de enero de 2006, la referencia catastral a asignar al bien inmueble integrado por la nueva construcción y el suelo ocupado (antiguo diseminado) estará constituida por las catorce primeras posiciones de la referencia catastral del bien inmueble rústico en que esté enclavado; las cuatro siguientes posiciones se asignarán de forma secuencial y se calcularán los correspondientes caracteres de control.

Ejemplo:

RC del BIR: 08016A0 1100042 **0000 XY**

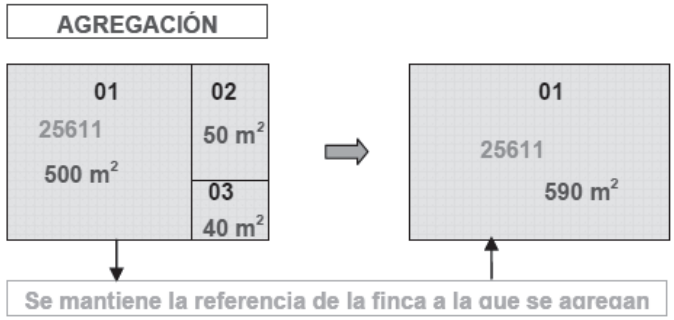
RC del BIU: 08016A0 1100042 **0001 RS**

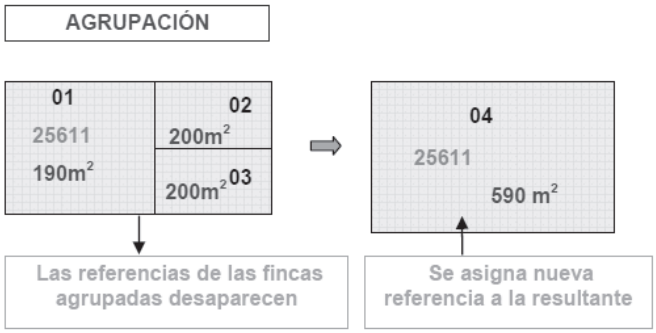
c) Agregación y agrupación de inmuebles

En el primer caso, se mantendrá la referencia de la finca sobre la que se practica la agregación; en el segundo, la referencia de las fincas agrupadas desaparecerá y se asignará una nueva a la resultante.

Para la calificación como agregación o agrupación se atenderá a lo especificado en la escritura, contrato o documento en el que se formalice la operación. En el caso de no constar esta circunstancia, se considerará agregación de una o varias fincas o de una o varias partes que se segreguen, a otra existente, cuando esta última tenga una extensión que represente, por lo menos, el quíntuplo de la suma de las que se agreguen, en consonancia con lo establecido en el artículo 48 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

Ejemplos:



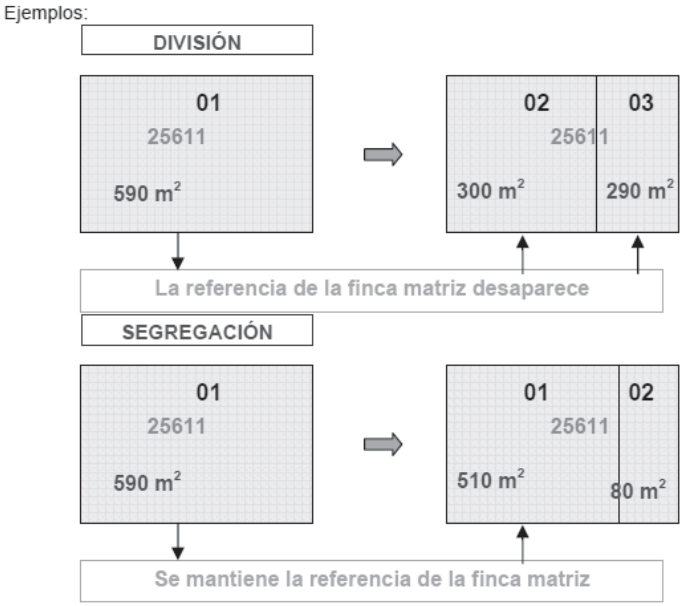


d) Segregación y división de inmuebles

En el primer supuesto, se mantendrá la referencia de la finca de la que se segrega una parte y se asignará una nueva a cada una de las fincas segregadas; en el segundo, la referencia de la finca matriz desaparecerá y se asignará una nueva a cada una de las resultantes.

Como en el caso anterior, para la calificación de segregación o división se atenderá a lo especificado en la escritura, contrato o documento en el que se formalice la operación. En el caso de no constar esta circunstancia, se considerará que existe segregación cuando la superficie segregada sea me-

nor del 20% de la superficie de la finca matriz, por analogía con el criterio fijado para el caso de agregación y agrupación de inmuebles.



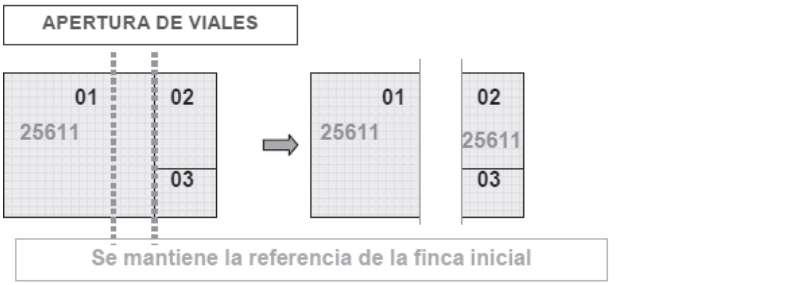
e) Reparcelaciones en suelo urbanizable sin desarrollar

Se asignarán nuevas referencias a las fincas resultantes del desarrollo del planeamiento, conforme a los criterios de la INSTRUCCIÓN SEGUNDA, por lo que desaparecerán las correspondientes a las fincas iniciales.

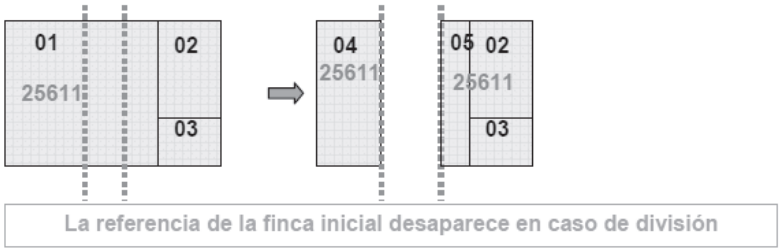
f) Expropiaciones, aperturas de viales, nuevas infraestructuras

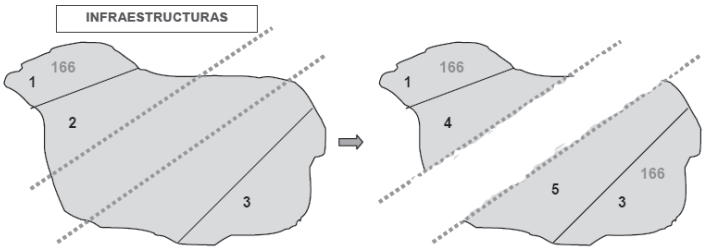
Respecto de las fincas alteradas se aplicarán los criterios contenidos en el apartado d) para considerar la existencia de una segregación o división, por lo que procederá, en este sentido, mantener o modificar la referencia catastral. El resto de parcelas no alteradas incluidas en la manzana o polígono no modificarán su referencia catastral aún cuando dicha manzana o polígono hayan sido divididos.

Ejemplos:


APERTURA DE VIALES
01
25611
02
03
01
25611
02
25611
03
Se mantiene la referencia de la finca inicial

01
25611
02
03
01
25611
05
02
25611
03
La referencia de la finca inicial se mantiene en caso de segregación


01
25611
02
03
04
25611
05
02
25611
03
La referencia de la finca inicial desaparece en caso de división


INFRAESTRUCTURAS
166
1
2
3
166
1
4
166
5
3

g) Recintos de dominio público en suelo rústico

g.1) Recintos de dominio público en suelo rústico

La referencia catastral de estos recintos de dominio público en suelo rústico, que dejarán de denominarse "descuentos", tendrá la misma estructura que actualmente tienen los bienes inmuebles rústicos, y se les asignará un número de parcela comprendido entre 09001 y 09999.

En caso de tener que segregar partes de un bien de dominio público, se respetará siempre la referencia catastral del principal.

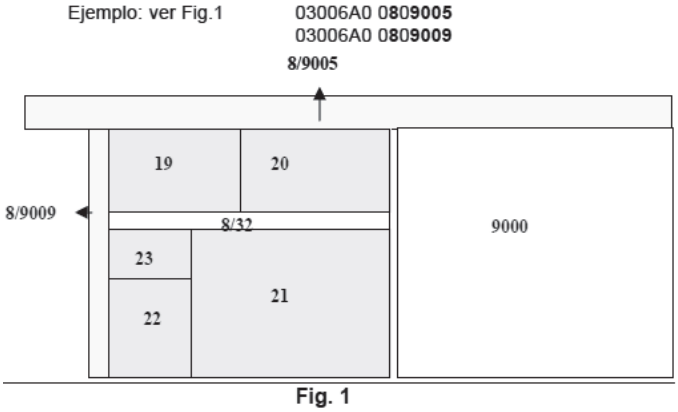


Fig. 1

g.2) Ajustes topográficos

Es preciso diferenciar los recintos de dominio público de los corrientemente conocidos como "descuentos topográficos", denominación que se evitará en adelante, sustituyéndola por la de ajustes topográficos. Como tales se entenderán aquellas parcelas ficticias que se añaden en la cartografía catastral para que el suelo rústico rellene todo el municipio, debido a limitaciones del sistema. Estas parcelas se mantendrán en la cartografía y se les asignará el número de parcela **09000**, pero serán eliminadas de la base de datos SIGECA.

Ejemplo: ver Fig.1

03006A0 0**8**0**9000**

h) Recintos en suelo rústico que no son de dominio público pero que hasta ahora aparecían con referencia de "Descuento"

A estos recintos (servidumbres de paso, caminos de servicio, caminos de acceso a parcelas, pantanos de riego privados, etc.) se les asignará una referencia catastral convencional correspondiente a bienes inmuebles de clase rústica. En ningún caso se les asignará un número de parcela de los destinados a los bienes de dominio público.

Ejemplo: ver Fig.1

03006A0 0**8**000**32**

INSTRUCCIÓN CUARTA. CAMBIOS DE CLASE O VARIACIÓN DE LA NATURALEZA DE SUELO

a) Bien inmueble de clase rústica que pasa a ser de clase urbana

a.1) En su totalidad

a.1.1) Parcela sin edificar: Se mantiene la referencia catastral que tenía asignada como bien inmueble rústico.

a.1.2) Parcela edificada: Se constituye un único bien inmueble integrado por suelo y construcción que mantiene la referencia catastral que tenía asignada la parcela rústica guardándose la referencia catastral del antiguo diseminado como dirección no estructurada.

a.1.3) Recintos de dominio público en suelo rústico: Se mantienen las referencias catastrales hasta que se produzca su desarrollo urbanístico, en su caso.

a.2) Parcialmente

a.2.1) Parcela sin edificar: Se mantiene la referencia catastral del bien inmueble rústico, y se asigna una nueva referencia para el bien inmueble urbano compuesta del siguiente modo: en las catorce primeras posiciones se mantienen las de la referencia catastral rústica; las cuatro siguientes posiciones se asignarán de forma secuencial y se calcularán los correspondientes caracteres de control como resultado de la aplicación del algoritmo correspondiente.

Ejemplo:

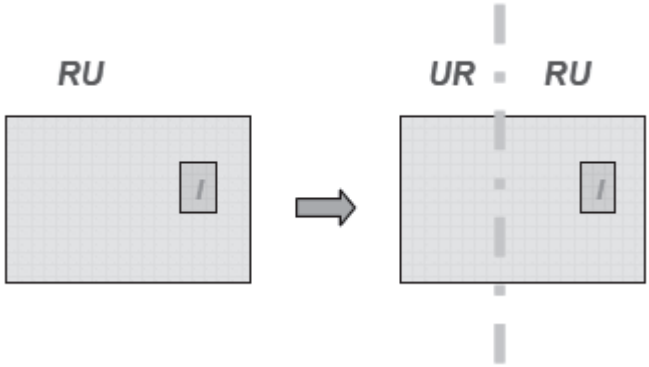
RC origen del BIR: 08016A0 1100042 **0000XY**

RC de la parte BIR resultante: 08016A0 1100042 **0000XY**
RC de la parte BIU resultante: 08016A0 1100042 **0001RS**

a.2.2) Parcela edificada: Si la construcción está situada en suelo urbano se actuará como en el apartado a.2.1), grabándose la referencia catastral del antiguo diseminado como dirección no estructurada.

Si la construcción está situada en suelo rústico y no se ha realizado un PVCCG con posterioridad al 1 de enero de 2006, se asignará conforme al criterio del apartado a.2.1) una nueva referencia catastral al nuevo bien inmueble urbano. En este caso la parte rústica y el diseminado mantendrán las referencias que tuvieran asignadas.

De haberse realizado dicho PVCCG se asignará al bien inmueble rústico constituido al agrupar el antiguo diseminado con la parcela rústica la referencia catastral de ésta. En este caso la referencia catastral del diseminado se guardará como dirección no estructurada.



Ejemplo:
RC origen:

BIR	08016A0 1100042 0000XY	
BIU (diseminado)	0014001 00WJ91C 0001FR	

RC resultantes:
1.º Municipios sin PVCCG posterior a 1-1-2006.

BIR	08016A0 1100042 0000XY	(S)
BIU	08016A0 1100042 0001ZK	(S)
BIU (diseminado)	0014001 00WJ91C 0001 FR	(C+S ocupado)

2.º Municipios con PVCCG posterior a 1-1-2006.

BIR	08016A0 1100042 0000XY	(S+C, bien único)
BIU	08016A0 1100042 0001ZK	

a.2.3) Recintos de dominio público en suelo rústico: En el caso de que dichos bienes pasen a ser suelo de naturaleza urbana parcialmente, incluso resultando diferentes recintos discontinuos, se mantendrán las catorce primeras posiciones de su referencia actual; las cuatro siguientes posiciones se asignarán de forma secuencial y las dos últimas se integrarán con los dígitos que resulten del algoritmo de control.

Ejemplo:
RC BI que permanece en suelo rústico se mantiene: 03006A0 0309008 0000 JK
RC BIU. 03006A0 030**9008** 0001 TF

b) Bien inmueble de clase urbana que pasa a ser de clase rústica

b.1) En su totalidad

b.1.1) Parcela sin edificar: Se mantiene la referencia catastral que tenía asignada como bien inmueble urbano.

b.1.2) Parcela edificada: En los municipios en los que se lleve a cabo un PVCCG con posterioridad al 1 de enero de 2006, se mantendrá la referencia catastral que tenía asignada como bien inmueble urbano, constituyendo la construcción y el suelo un único bien inmueble de clase rústica.

En el resto de municipios se mantendrá la referencia catastral urbana para la construcción y suelo ocupado por la misma, generándose un nuevo bien inmueble de clase rústica para el suelo no ocupado, cuya referencia mantendrá las catorce primeras posiciones de la referencia urbana; las cuatro siguientes serán 0000 y serán seguidos de los correspondientes caracteres de control nuevamente calculados.

Ejemplo:

RC como BIU: 2132101 NG1623S 0001XY

Al cambiar su clase a rústica, resultan (transitoriamente) dos bienes inmuebles:

Un BIU (S + C) 2132101 NG1623S 0001XY

Un BIR (S) 2132101 NG1623S 0000ZD

b.2) Parcialmente

b.2.1) Parcela sin edificar: Se mantiene la referencia para la parte que sigue siendo de clase urbana. La parte que pasa a rústica mantendrá las catorce primeras posiciones de la referencia urbana, las cuatro siguientes serán 0000 y los dos últimos corresponderán a los dígitos de control nuevamente calculados.

Ejemplo:

RC como BIU: 2132101 NG1623S 0001XY

Parte cambia su clase a rústica resultando dos bienes inmuebles, uno rústico y otro urbano.

RC BI urbano: 2132101 NG1623S 0001XY

RC BI rústico: 2132101 NG1623S **0000ZD**

b.2.2) Parcela edificada: Si la parte de la parcela que pasa a ser de clase rústica tiene una construcción y se trata de un municipio en el que se ha realizado un PVCCG con posterioridad al 1 de enero de 2006 se genera un nuevo bien inmueble rústico integrado por suelo y construcción, cuya referencia catastral mantiene las catorce primeras posiciones de la referencia urbana, las cuatro siguientes serán 0000 y las dos finales serán los correspondientes caracteres de control.

En caso de no haberse realizado dicho PVCCG se generan dos bienes inmuebles, uno rústico constituido por el suelo de naturaleza rústica no ocupado y otro urbano constituido por la parte que queda en suelo urbano y la construcción y el suelo ocupado por la misma, situado en suelo rústico. Estas dos últimas partes constituirán un único bien inmueble urbano que mantendrá su referencia anterior. La referencia catastral para el bien rústico se determinará manteniendo las catorce primeras posiciones de la antigua referencia urbana que irán seguidas de 0000 y de los correspondientes caracteres de control.

Ejemplo:

RC BIU: 2132101 NG1623S 0001XY

Parte pasa a suelo rústico resultando dos nuevos bienes inmuebles, uno rústico y otro urbano.

RC BI urbano (S+C) (urb+diseminado): 2132101 NG1623S **0001RJ**

RC BI rústico (S): 2132101 NG1623S **0000ZD**

b.3) Construcción no indispensable para la explotación agraria (diseminado) en un municipio con PVCCG a realizar con posterioridad a 1 de enero de 2006

Cuando se haga el PVCCG, la construcción, el suelo ocupado por ella y el no ocupado pasan a ser un único bien inmueble rústico que mantiene la referencia de la parcela rústica actual. En este caso la referencia catastral del diseminado se guardará como dirección no estructurada.

En caso de que la construcción ocupe toda la parcela, al no coexistir dos referencias distintas, no se modificará la existente.

c) Parcelas actualmente divididas entre rústica y urbana

En el caso de pasar totalmente a una u otra clase asumirán la referencia catastral que les corresponda como tal o se asignará una nueva, según sean de aplicación, por analogía, los conceptos de agregación o agrupación, respectivamente.

INSTRUCCIÓN QUINTA. TRATAMIENTO DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 6.2 del TRLCI considera como bienes inmuebles el ámbito espacial de un derecho de superficie y el de una concesión administrativa. Por tanto se asignará una referencia catastral a cada uno de ellos.

Si se constituyen sobre la totalidad del suelo de un inmueble preexistente se mantendrá la referencia catastral que tuviera asignada. Si se constituyen sobre parte del suelo, se le asignará nueva referencia a la superficie sobre la que se constituye el derecho, que mantendrá las catorce primeras posiciones de la referencia original; las cuatro siguientes posiciones se asignarán de forma secuencial y se calcularán de acuerdo con ello los nuevos caracteres de control. En este caso de ocupación parcial el bien inmueble original mantendrá su referencia catastral.

Quedan excluidos de esta INSTRUCCIÓN los bienes inmuebles de características especiales.

INSTRUCCIÓN SEXTA. BIENES INMUEBLES DE CARACTERÍSTICAS ESPECIALES

Los bienes inmuebles de características especiales (BICE) constituyen un único bien inmueble tras la aprobación del TRLCI. Es posible, no obstante, que en la actualidad se encuentren divididos en varias referencias catastrales. Por ello se define un nuevo criterio de asignación de referencias catastrales para BICE. Dicho criterio, que asigna una única referencia catastral a cada BICE, se aplicará tras la aprobación de una Ponencia Especial de Valores.

La codificación de las catorce primeras posiciones de estas nuevas referencias será la siguiente:

Posiciones	Codificación	
1-2	Código de BICE según la siguiente relación:	
	Centrales térmicas:	1E
	Centrales regasificadoras	1G
	Refinerías de petróleo:	1R
	Centrales nucleares:	1N
	Producción hidroeléctrica:	1H
	Presas grupo B	2P
	Autopistas de peaje	: 3A
	Carreteras de peaje:	3C
	Túneles de peaje:	3T
	Aeropuertos:	4A
	Puertos comerciales:	4P
3-4	Código de delegación de la provincia en la que el BICE tenga mayor superficie o longitud.	
5-7.	Código de municipio en el que el BICE tenga mayor superficie o longitud	
8	Ámbito espacial del BICE (E: Estatal, A: Autonómico, P: Provincial, M: Municipal)	
9-10	Número de municipios ocupados por el BICE.	
11-14	Abreviatura de denominación de BICE.	

Ejemplos:

- Central térmica en Villaseca de la Sagra (197) en Toledo (45). 1E45197 M01ACEC
- Central regasificadora en Barcelona (900) en Barcelona (08). 1G08900 M01GASI
- Refinería de petróleo en Puertollano (71) en Ciudad Real (13). 1R13071 M01EMPE
- Central nuclear de Almonacid de Zorita (27) en Guadalajara (19). 1N19027 M01ZORI
- Presa de Iznájar que se extiende sobre 5 municipios de las provincias de Málaga, Córdoba y Granada, teniendo la mayor superficie en el municipio de Iznájar (37) de Córdoba (14). 2P14037 A05IZNA
- Autopista AP-68 Bilbao-Zaragoza que transcurre por 37 municipios de las CCAA de La Rioja, Aragón y Castilla León, teniendo su mayor longitud en el municipio de Haro (71) en La Rioja (26). 3A26071 E37AP68
- Túnel de peaje de Vallvidrera en Barcelona que transcurre por 2 municipios de la provincia de Barcelona, teniendo su mayor longitud en el municipio de Barcelona (900). 3T08900 P02TVAL
- Aeropuerto de El Prat de Llobregat (169) en Barcelona (08), que se extiende por lo términos municipales de El Prat, Viladecans y S. Boi de Llobregat. 4A08169 P03PRAT
- Puerto comercial de Barcelona (900) en Barcelona (08) que se extiende por lo términos municipales de Barcelona y El Prat de Llobregat. 4P08900 P02PUER

INSTRUCCIÓN SÉPTIMA. APLICACIONES INFORMÁTICAS

Por la Subdirección General de Estudios y Sistemas de Información se procederá a adaptar las aplicaciones informáticas SIGECA Y SIGCA de modo que realicen el cálculo automático de las referencias catastrales conforme a los criterios establecidos por esta circular. También se habilitarán en la OVC las aplicaciones informáticas necesarias para la asignación de referencias catastrales provisionales a solicitud de los notarios.

En el caso de construcciones en régimen de propiedad horizontal se añadirá un campo en la aplicación SIGECA donde pueda consignarse el número de orden del piso o local asignado en la escritura.

INSTRUCCIÓN OCTAVA. INSTRUCCIÓN TRANSITORIA

En los casos en que resulte estrictamente necesario, se respetarán cualesquiera normas de asignación de referencia catastral distintas a las aquí expuestas establecidas en los Pliegos de Prescripciones Técnicas de los contratos que se encuentren en ejecución a la entrada en vigor de esta Circular.

INSTRUCCIÓN NOVENA. DEROGACIÓN DE INSTRUCCIONES VIGENTES

Quedan derogadas las Instrucciones 10.01/95, de 29 de junio y 12.04/97, de 16 de mayo, así como la instrucción primera de las Instrucciones 08.04/99, de 3 de febrero y 12.01/96 de 10 de abril.

Madrid, a 9 de junio de 2006.
EL DIRECTOR GENERAL

ANEXO 3

Comisión o Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Prevención y Corrección del Fraude, constituida a iniciativa de la Dirección General de Catastro y Cooperación Tributaria e integrada por la propia Dirección General de dicho Centro, la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registradores de la Propiedad y Notarios

CONSTANCIA DOCUMENTAL DE LA REFERENCIA CATASTRAL

Como consecuencia de los trabajos realizados por la Comisión o Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Prevención y Corrección del Fraude y a iniciativa de la Dirección General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, se creó una Comisión de estudio integrada por la propia Dirección General de dicho Centro, la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registradores de la Propiedad y Notarios, para poner en práctica el Programa de Actuación 4.31.02, cuya fotocopia se acompaña.

A dicha Comisión acudió por parte del Notariado Antonio Fernández-Golfín Aparicio, Delegado de la Junta para asuntos económicos, Valerio Pérez de Madrid y Palá, Notario de Madrid, y Julián Manteca Alonso-Cortés, Notario de Valladolid.

Después de diversas reuniones se llegó a un texto, casi unánimemente concordado, que ha sido incorporado al Proyecto de Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos y que se adjunta a este escrito.

Como criterios básicos del Proyecto hay que destacar:

1.º Se establece con carácter general la obligación de los interesados de facilitar la Referencia Catastral, previéndose una multa en caso de no hacerlo.

2.º Se prevé la incorporación de tal Referencia a expedientes administrativos y documentos notariales (De momento no se ha desarrollado su constatación en documentos judiciales).

3.º La constatación de la Referencia Catastral en los documentos notariales exigirá por parte del Notario una labor de calificación (coincidencia con la finca transmitida). Se prevé un sistema de comunicación vía fax con las gerencias del Centro de Gestión Catastral.

4.º No cabe complementar la escritura en el trámite de inscripción con la aportación, como documento complementario, al Registro de la Propiedad, del documento acreditativo de la RC.

5.º Se prevé, no obstante, que una vez inscrito el documento pueda el titular registral, como operación específica, obtener la constancia en el Registro de la Propiedad de aquella Referencia.

6.º La constancia de la Referencia Catastral tiene, hoy por hoy, eficacia instrumental, sin perjuicio de las consecuencias civiles que puedan

derivarse del acuerdo contractual sobre la descripción del inmueble y su correspondencia con la Referencia Catastral.

7.º Se prevé, como novedad, un acta notarial para corregir o rectificar diferencias de superficie de las fincas.

8.º Se prevé, de momento, su aplicación solo a inmuebles de naturaleza urbana, aplazando su aplicación a inmuebles de naturaleza rústica.

Como resumen y aunque constituya una nueva obligación para los Notarios, significa un importante avance en la actuación del Notario en el control de identidad de las fincas transmitidas.

CAPÍTULO IV
Otras normas tributarias
Sección Primera. De la Referencia Catastral.

Artículo --.- Constancia documental de la Referencia Catastral.

1. La Referencia Catastral de los bienes inmuebles a los que se refieren los artículos 62 y 63 de la Ley 39/1.988, Reguladora de las Haciendas Locales, deberá figurar en las escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de transcendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y los contratos de arrendamiento de los mismos, así como en los documentos en los que se pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles.

Quedan excluidos de la obligación a que se refiere el párrafo anterior los documentos en que conste la cancelación de derechos reales de garantía.

La Referencia Catastral de los bienes inmuebles se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos previstos en la presente Ley.

2. A los efectos del apartado 1 anterior, los requirentes u otorgantes del acto o negocio están obligados a acreditar al Notario la Referencia Catastral de los inmuebles de que se trate, con anterioridad a la autorización del documento. De no mediar la intervención de Notario, las partes o interesados consignarán por sí la citada Referencia en los documentos que otorguen o expidan.

Asimismo, los titulares de derechos reales o con transcendencia real sobre bienes inmuebles deben acreditar la Referencia Catastral de los mismos ante la Autoridad judicial o administrativa competente para instruir o resolver un procedimiento que afecte a los bienes inmuebles incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley.

En los supuestos previstos en el artículo --- de esta Ley, están obligados a aportar la Referencia Catastral de los bienes inmuebles quienes soliciten del Registrador de la Propiedad la práctica de un asiento registral.

Si fueren varios los obligados a aportar la Referencia Catastral, cumplida la obligación por uno, se entenderá cumplida por todos los obligados que pudieran concurrir con aquél.

3. La Referencia Catastral del inmueble se hará constar en los instrumentos públicos y en los expedientes y resoluciones administrativas por lo

que resulte del documento que el obligado exhiba o aporte, que deberá ser uno de los siguientes:

a) Último recibo o justificante de pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
b) En defecto del anterior, certificado u otro documento expedido por el Gerente del Catastro, o escritura pública o información registral, siempre que en dichos documentos resulte de forma indubitada la Referencia Catastral.

La competencia para expedir el certificado a que se refiere la letra b) anterior podrá ser delegada en órganos de la propia o distinta Administración.
4. En el Registro de la propiedad la Referencia Catastral se hará constar por lo que resulta de los documentos expresados en el presente artículo.
En todo caso, se podrá reflejar registralmente la identificación catastral de las fincas como operación específica, de acuerdo con lo previsto en esta Ley.
Asimismo, si la Referencia Catastral inscrita sufriera modificación que no comporte alteración de las características físicas de la finca, bastará para su constancia la comunicación expedida al efecto por el Catastro.

Artículo --.- Documentos Notariales.
1. Los Notarios deberán solicitar a los otorgantes o requirentes de documentos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que aporten la documentación relativa a la Referencia Catastral a que se refiere el artículo anterior, en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo -- de esta Ley, y transcribirán en el documento que autoricen dicha Referencia Catastral, reseñando el justificante aportado y haciendo constar, además, si a su juicio la Referencia Catastral se corresponde o no con la identidad de la finca.
2. Se entiende que hay identidad en los siguientes casos:

a) Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constare esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad.
b) Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al diez por ciento y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiere habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que al Notario le constaren.

3. Cuando el Notario considere que la Referencia Catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado, no obstante haber identidad en los términos antes expresados, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del acto o negocio jurídico documentado, lo

comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud. No obstante, el Notario, caso de urgencia alegada por los otorgantes, podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la Referencia Catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda sobre la correspondencia de la Referencia Catastral con el inmueble. Autorizado el documento, el Notario se abstendrá de hacer constar la Referencia remitida por el Catastro sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes.

4. El incumplimiento de la obligación de aportar la Referencia Catastral no impedirá que los Notarios autoricen el documento ni afectará a la eficacia del mismo, ni a la del acto o negocio que contenga, pero en este caso, y sin perjuicio de otras sanciones que procedan, los Notarios deberán:

a) Advertir a los interesados de forma expresa y escrita en el propio documento, que incurren en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo - de esta Ley.

b) Comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar, de forma separada, en la relación a que se refiere el artículo -- de esta Ley.

5. En los casos de modificaciones de fincas será suficiente la aportación de la Referencia Catastral de las fincas de origen, junto con plano o proyecto, si fuere necesario para la operación de que se trate, que refleje las modificaciones realizadas.

El Notario remitirá copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto, si se lo presentare el interesado, al Catastro, para que por éste se expida la nueva Referencia Catastral. El Catastro notificará la nueva Referencia Catastral, además de al titular de la finca afectada, al Notario autorizante del documento, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca.

En estos casos el Notario, a instancia de los interesados, transcribirá la nota o diligencia de la matriz en la copia ya expedida que se le presente.

Artículo --.- Procedimientos administrativos.

1. El órgano competente para instruir un procedimiento administrativo que afecte a los bienes inmuebles incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, requerirá a los titulares de derechos reales o de transcendencia real sobre los mismos para que aporten la documentación relativa a la Referencia Catastral, a que se refiere el artículo 1, apercibiéndoles de que, en caso de no hacerlo en el plazo de 10 días, incumplirá la obligación a que se refiere dicho artículo. En la Resolución que ponga fin al procedimiento se hará constar la Referencia Catastral, así como el justificante en su caso aportado, haciendo constar si la Referencia Catastral se corresponde con la identidad de la finca, en los términos establecidos en el artículo —, apartado 2.

2. Si el obligado no aportare la documentación solicitada o si el órgano competente no la tuviere por cierta, éste solicitará al Catastro certificación o documento informativo que le será remitida en el plazo máximo de cinco días hábiles por cualquier medio que permita su constancia. Dicha Certificación se incorporará al expediente, previa audiencia de los interesados, aunque éste estuviere ya resuelto.

3. La no aportación de la referencia catastral no suspenderá la tramitación del procedimiento ni impedirá la resolución del mismo, sin perjuicio de lo que posteriormente se establece para el caso de que la resolución fuera inscribible en el Registro de la propiedad.

4. Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo especialmente regulado para supuestos concretos en los que se exija la aportación de determinada documentación catastral como requisito para continuar el procedimiento.

Artículo --. Efectos.

1. El incumplimiento de la obligación establecida en el artículo — de esta Ley se considera infracción tributaria simple y se sancionará con multa de pesetas.

La competencia para instruir el procedimiento sancionador e imponer la sanción corresponde al órgano que tenga encomendada la gestión del catastro.

2. El cumplimiento de la obligación establecida en el artículo — de esta Ley eximirá al interesado de la obligación de presentar la declaración exigida por el artículo 77 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, siempre que el acto o negocio suponga exclusivamente la transmisión del dominio de bienes inmuebles.

Artículo --. Comunicaciones

1. Los Notarios y Registradores de la propiedad remitirán a la Dirección General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, en la forma que reglamentariamente se determine, y dentro de los 20 primeros días de cada trimestre, información relativa a los documentos por ellos autorizados o inscritos en el trimestre anterior, comprendidos dentro del ámbito de esta Ley, de los que se deriven alteraciones Catastrales de cualquier orden, en los que se hará constar en forma suficiente si se ha cumplido o no la obligación establecida en el artículo --.

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio del deber general de colaboración establecido en la Ley General Tributaria.

2. Las comunicaciones a que se refiere el apartado anterior darán lugar a los cambios de titularidad catastral que procedan, cualquiera que sea el titular anterior, y sin perjuicio de las facultades inspectoras y de otro orden que a la citada Dirección General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria correspondan.

3. El órgano que tenga encomendada la gestión del Catastro remitirá en el plazo más breve posible, a la Administración Tributaria Estatal y a la

Administración Autonómica del territorio en el que radiquen los bienes inmuebles, copia de la información suministrada, en virtud del apartado 1 de este artículo, sobre personas que hayan incumplido la obligación establecida en el artículo -- de esta Ley.

4. Por Orden conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y Justicia e Interior se regulará el procedimiento y forma de dar cumplimiento a la obligación de comunicación establecida en el artículo 6.

Artículo —. Aplicación a las Comunidades Autónomas.

Sin perjuicio del régimen especial de las Diputaciones Forales del País Vasco y Navarra, esta sección será de aplicación a todas las Administraciones Públicas, como norma dictada al amparo del artículo 149.1.8.ª,14.ª y 18.ª de la Constitución.

Artículo --. Interesados

Los interesados en los procedimientos a los que se refiere esta sección, estarán legitimados para solicitar del Catastro la referencia catastral de las fincas afectadas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Referencia Catastral.

La aplicación de lo establecido en la Sección 1 del Capítulo IV del Título I de esta ley, a los bienes inmuebles rústicos comenzará a exigirse el día 1 de enero de 1997.

Hasta la fecha indicada, la referencia que en el artículo 1 y demás de esta Ley se hace a los bienes inmuebles, se entenderá realizada exclusivamente a los bienes inmuebles urbanos enumerados en el artículo 62 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Segunda. Referencia Catastral.

Se autoriza al Ministerio de Economía y Hacienda para que adapte los modelos de declaración o autoliquidación de los impuestos que se refieran o afecten a bienes inmuebles a lo establecido en la Sección 1 del Capítulo IV del Título 1 de esta Ley.

Tercera. Desarrollo reglamentario

Se faculta al Gobierno para dictar cuantas Disposiciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de la presente Ley.

Artículo --. Constancia registral de la Referencia Catastral.

1. En los asientos que deban practicarse en el Registro de la Propiedad el Registrador hará constar la referencia catastral en el cuerpo del asiento que practique, conforme a lo establecido en el art. 51 del Reglamento Hipotecario, así como en las demás partes de su archivo cuando así lo exija la legislación vigente, siempre que de los asientos y demás antecedentes del Registro no resulte obstáculo para ello.

Si de los asientos y demás antecedentes del Registro resultare que la

identificación catastral de la finca estuviere ya asignada a otra, y salvo los supuestos de modificación de fincas a que se refiere el artículo --.5, el Registrador lo hará constar así y remitirá nota de ambas al Catastro a fin de determinar cuál es la correcta.

A efectos de calificar la identidad de la finca con la Referencia Catastral se estará a lo dispuesto en el artículo --, apartado 2.

2. Cuando en el título notarial conste la duda del Notario autorizante sobre la correspondencia de la Referencia Catastral con el inmueble objeto del acto o negocio jurídico documentado, el Registrador procederá como si no se hubiese consignado la Referencia, a no ser que del título presentado y de los asientos registrales considere que la Referencia es la adecuada, en cuyo caso la hará constar en el cuerpo del asiento que practique. Si no se hiciese constar la Referencia en el asiento, el titular registral podrá proceder conforme a lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo.

En el caso de los demás títulos, cuando el Registrador considere que la Referencia Catastral, que resulte de los documentos aportados por el interesado, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del asiento que se pretende, deberá comunicarlo al Catastro, solicitando certificación o documento informativo del inmueble, que le será remitido en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud. Cuando le sea remitido el certificado o documento informativo, previa calificación favorable, hará constar la Referencia en el asiento, o si éste ya se hubiera practicado, por nota al margen del mismo, consignándolo, también por nota, al pie del título.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5 de este artículo, la no constancia de la Referencia Catastral en los documentos inscribibles o la no aportación de los documentos acreditativos de la referencia catastral no impedirá la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad conforme a la legislación hipotecaria.

Cuando en el título presentado no constare la Referencia Catastral, el Registrador procederá en la forma siguiente:

a) Si el título fuere notarial y hubiese sido expedido después de la entrada en vigor de esta Ley, se limitará a hacer contar el incumplimiento de lo establecido en el artículo 1, tanto en el asiento que practique como por nota al pie del título.

b) En todos los demás casos, el Registrador deberá advertir de forma expresa y escrita al interesado o a su representante de la obligación de aportar los documentos a que se refiere el artículo —.4 dentro del plazo de despacho del documento, y que en caso de no hacerlo incurre en incumplimiento de la obligación establecida en esta Ley. Una vez transcurrido dicho plazo sin haberse cumplido dicha obligación dejará constancia del incumplimiento por nota al margen del asiento y al pie del título inscrito.

Asimismo, en estos casos, el Registrador deberá comunicar al Catastro, la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar, de forma separada, en la relación a que se refiere el artículo -- de esta Ley.

4. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a las anotaciones que deban practicarse en cumplimiento y ejecución de una resolución judicial.

5. En todo caso el titular registral podrá solicitar la constancia de la identificación catastral posterior de las fincas inscritas, como operación específica, conforme a las siguientes reglas:

Primera. Deberá aportar, junto con el título que causó el asiento, alguno de los documentos a que se refiere el artículo --.3 y si resultase que los datos descriptivos o identificadores de la finca contenidos en el documento aportado coinciden con los datos que figuran en el título que dio lugar al asiento o con los registrales, se hará constar así por nota al margen del asiento y al pie del título.

Segunda. En caso de que no exista dicha coincidencia deberá presentarse nueva Certificación con los datos Catastrales rectificados o proceder a la rectificación, subsanación o aclaración del título que causó el asiento.

En ambos casos, el Registrador deberá comunicar al Catastro la relación de fincas objeto de identificación catastral posterior.

6. En los casos de títulos que pretendan, conforme a la legislación hipotecaria, la inmatriculación de fincas, la rectificación de su superficie, o la de sus linderos cuando éstos sean fijos o cuando aun no siéndolo sean de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca, será preciso que el título incorpore o se complemente con Certificación Catastral descriptiva y gráfica de la finca.

En su defecto, el Registrador suspenderá la inscripción, pudiendo extender anotación preventiva de suspensión con arreglo a la legislación hipotecaria.

A falta de la Certificación Catastral, en títulos inscribibles que impliquen rectificación de la superficie registral conforme al artículo 298.50.D del Reglamento Hipotecario, se incorporará Certificación o informe sobre su medición y superficie expedido por técnico competente. Si, no obstante, el Registrador de la Propiedad abrigare dudas sobre la identidad de la finca o la procedencia de la rectificación, se procederá en la forma prevista en el apartado 8 de este artículo.

7. Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística y agraria.

8. Con carácter especial, en los casos de modificación de superficie, rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca, bastará para dicha rectificación acta notarial de presencia que incorpore plano de situación a la misma escala que el que obre en el Catastro e informe de técnico competente sobre su medición, superficie y linderos.

Si hubiera posibles terceros a quienes la rectificación pudiera perjudicar, bastará acta de presencia y notoriedad, que incorpore plano de situación a la misma escala que el que obre en el Catastro e informe de técnico competente sobre su medición, superficie y linderos, que deberá notificarse a los titulares de otros derechos sobre la finca, así como a los de las fincas colindantes según Catastro y Registro de la Propiedad, y en los domicilios que resulte de los mismos, sin que haya oposición formulada dentro del plazo de 60 días naturales desde la notificación. Si la hubiere, se cerrará el acta, sin efecto, pudiendo los interesados acudir a la vía judicial. El acta se tramitará por las disposiciones de la legislación notarial y su copia será directamente inscribible en el Registro de la Propiedad.

9. La constancia de la Referencia Catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tendrá por objeto facilitar el cumplimiento de los fines de esta Ley y posibilitar el trasvase de información entre el Registro y el Catastro.

Los errores en la Referencia Catastral no afectarán a la validez de la inscripción.

ANEXO 4

LEY 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

SECCIÓN 4.ª, DE LA REFERENCIA CATASTRAL

Artículo 50. Constancia documental de la referencia catastral

Uno. La referencia catastral de los bienes inmuebles a los que se refieren los artículos 62 y 63 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, deberá figurar en las escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de transcendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y los contratos de arrendamiento de los mismos, así como en los documentos en los que se pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles.

Quedan excluidos de la obligación a que se refiere el párrafo anterior los documentos en que conste la cancelación de derechos reales de garantía.

La referencia catastral de los bienes inmuebles se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos previstos en la presente Ley.

Dos. A los efectos del apartado uno anterior, los requirentes u otorgantes del acto o negocio están obligados a acreditar al Notario la referencia catastral de los inmuebles de que se trate, con anterioridad a la autorización del documento. De no mediar la intervención de Notario, las partes o interesados consignarán por sí la citada referencia en los documentos que otorguen o expidan.

Asimismo, los titulares de derechos reales o con transcendencia real sobre bienes inmuebles deben acreditar la referencia catastral de los mismos ante la Autoridad judicial o administrativa competente para instruir o resolver un procedimiento que afecte a los bienes inmuebles incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley.

En los supuestos previstos en el artículo 53 de esta Ley, están obligados a aportar la referencia catastral de los bienes inmuebles quienes soliciten del Registrador de la Propiedad la práctica de un asiento registral.

Si fueren varios los obligados a aportar la referencia catastral, cumplida la obligación por uno, se entenderá cumplida por todos los obligados que pudieran concurrir con aquél.

Tres. La referencia catastral del inmueble se hará constar en los instrumentos públicos y en los expedientes y resoluciones administrativas por lo que resulte del documento que el obligado exhiba o aporte, que deberá ser uno de los siguientes:

a) Último recibo justificando el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles siempre que en este documento figure de forma indubitada la referencia catastral.

b) En defecto del anterior, certificado u otro documento expedido por el Gerente del Catastro, o escritura pública o información registral, siem-

pre que en dichos documentos resulte de forma indubitada la referencia catastral.

La competencia para expedir el certificado a que se refiere la letra b) anterior podrá ser delegada en órganos de la propia o distinta Administración.

Cuatro. En el Registro de la Propiedad la Referencia Catastral se hará constar por lo que resulte de los documentos expresados en el presente artículo.

En todo caso, se podrá reflejar registralmente la identificación catastral de las fincas como operación específica, de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

Asimismo, si la referencia catastral inscrita sufriera modificación que no comporte alteración de las características físicas de la finca, bastará para su constancia la comunicación expedida al efecto por el Catastro.

Artículo 51. Documentos notariales

Uno. Los Notarios deberán solicitar a los otorgantes o requirentes de documentos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que aporten la documentación relativa a la referencia catastral a que se refiere el artículo anterior, en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley.

Transcribirán en el documento que autoricen dicha referencia catastral, e incorporación a la matriz, para su traslado en las copias, el documento catastral aportado.

Dos. Se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos:

a) Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constare esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad.

b) Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por 100 y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiere habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que al Notario le constaren.

Tres. Cuando el Notario considere que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado, no obstante haber identidad en los términos antes expresados, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del acto o negocio jurídico documentado, lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud. No obstante, el Notario, caso de urgencia alegada por los otorgantes, podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la

referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble. Autorizado el documento, el Notario se abstendrá de hacer constar la referencia remitida por el Catastro sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes.

Cuatro. El incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral no impedirá que los Notarios autoricen el documento ni afectará a la eficacia del mismo, ni a la del acto o negocio que contenga, pero en este caso, y sin perjuicio de otras sanciones que procedan, los Notarios deberán:

a) Advertir a los interesados de forma expresa y escrita en el propio documento, que incurren en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley.

b) Comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar, de forma separada, en la relación a que se refiere el artículo 55 de esta Ley.

Cinco. En los casos de modificaciones de fincas será suficiente la aportación de la referencia catastral de las fincas de origen, junto con el plano o proyecto, si fuere necesario para la operación de que se trate, que refleje las modificaciones realizadas.

El Notario remitirá copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto, si se lo presentare el interesado, al Catastro, para que por éste se expida la nueva referencia catastral. El Catastro notificará la nueva referencia catastral, además de al titular de la finca afectada, al Notario autorizante del documento, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca.

En estos casos el Notario, a instancia de los interesados, transcribirá la nota o diligencia de la matriz en la copia ya expedida que se le presente.

Artículo 52. Procedimientos administrativos

Uno. El órgano competente para instruir un procedimiento administrativo que afecte a los bienes inmuebles incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, requerirá a los titulares de derechos reales o de transcendencia real sobre los mismos para que aporten la documentación relativa a la referencia catastral a que se refiere el artículo 38, y les apercibirá de que, en caso de no hacerlo en el plazo de diez días, incumplirán la obligación a que se refiere dicho artículo. En la resolución que ponga fin al procedimiento se hará constar la referencia catastral, así como el justificante en su caso, aportado, haciendo constar si la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca, en los términos establecidos en el artículo 51, apartado dos.

Dos. Si el obligado no aportare la documentación solicitada o si el órgano competente no la tuviere por cierta, éste solicitará al Catastro certificación

o documento informativo que le será remitida en el plazo máximo de cinco días hábiles por cualquier medio que permita su constancia. Dicha certificación se incorporará al expediente, previa audiencia de los interesados, aunque éste estuviere ya resuelto.

Tres. La no aportación de la referencia catastral no suspenderá la tramitación del procedimiento ni impedirá la resolución del mismo, sin perjuicio de lo que posteriormente se establece para el caso de que la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad.

Cuatro. Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo especialmente regulado para supuestos concretos en los que se exija la aportación de determinada documentación catastral como requisito para continuar el procedimiento.

Cinco. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los actos administrativos por los que se adopten o cancelen medidas tendentes a asegurar el cobro de deudas de derecho público.

Tampoco será preciso hacer constar la referencia catastral en los procedimientos que tengan por objeto los aplazamientos o fraccionamientos de pago regulados en el Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990, ni en los procedimientos de comprobación, investigación y liquidación tributaria cuando dicha referencia sea ya conocida por la Administración tributaria.

Artículo 53. Constancia registral de la referencia catastral

Uno. El Registrador, una vez calificada la documentación presentada, recogerá en el asiento como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en el documento inscribible, si concurriese cualesquiera de los supuestos previstos en el artículo 51, apartado dos.

En cualquier caso, cuando el Registrador considere que la referencia catastral, que resulte de los documentos aportados por el interesado, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del asiento que se pretende, deberá comunicarlo al Catastro, mediante la solicitud de certificación o documento informativo de dicho inmueble, que le será remitido en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. Cuando le sea remitido el certificado o documento informativo, previa calificación favorable, hará constar la referencia en el asiento, o si éste ya se hubiera practicado, por nota al margen del mismo, consignándolo, en su caso, también por nota, al pie del título.

Dos. Cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título no se corresponda con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado, o cuando éste no refleje dichos datos o lo haga en términos que no permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título, sólo podrá reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne

los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca. En todo caso, habrán de publicarse los edictos prevenidos en dichos artículos, en los que se exprese que a la finca registral que se describe se le atribuye la referencia catastral reseñada en el documento. La consignación registral de la referencia catastral no producirá efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo.

Tres. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado cinco de este artículo, la no constancia de la referencia catastral en los documentos inscribibles o la no aportación de los documentos acreditativos de la referencia catastral, no impedirá la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad, conforme a la legislación hipotecaria.

Cuando en el título presentado no constare la referencia catastral, el Registrador deberá advertir de forma expresa y escrita al interesado o al presentante de la obligación de aportar los documentos a los que se refiere el artículo 50, apartado cuatro, dentro del plazo de despacho del documento, y que, en caso de no hacerlo, incurre en el incumplimiento de la obligación establecida en esta Ley. Una vez transcurrido dicho plazo sin haberse cumplido dicha obligación dejará constancia del incumplimiento por nota al margen del asiento y al pie del título inscrito.

Asimismo, en estos casos, el Registrador deberá comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar, de forma separada, en la relación a la que se refiere el artículo 55 de esta Ley.

Cuatro. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a las anotaciones que deban practicarse en cumplimiento y ejecución de una resolución judicial o una resolución administrativa dictada en procedimiento de apremio.

Cinco. En todo caso, el titular registral podrá solicitar la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica conforme a las siguientes reglas:

1.ª Si aporta certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, situación y superficie, que los que figuran en el Registro se hará constar la referencia catastral por nota al margen del asiento y al pie del título. Lo mismo procederá si, coincidiendo la descripción y situación, la diferencia de superficie es inferior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro, o cuando habiendo diferencia en el nombre o número de la calle, se justifica debidamente la identidad.

2.ª Fuera de los casos previstos en la regla anterior, la consignación registral de la referencia catastral sólo podrá efectuarse mediante cualquiera de los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas.

En ambos casos, el Registrador deberá comunicar al Catastro la relación de fincas objeto de identificación catastral posterior.

Seis. En ningún caso se hará constar en el folio abierto a una finca inmatriculada una referencia catastral que ya venga atribuida a otra finca inscrita si no media el consentimiento del titular registral de ésta o la oportuna sentencia firme dictada en procedimiento declarativo entablada en él.

Siete. En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título.

Ocho. La rectificación de la cabida de una finca registral, o la alteración de sus linderos cuando éstos sean fijos o de tal naturaleza que existan dudas de la identidad de la finca, podrá realizarse con base en una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, siempre que, entre la descripción de la finca en esta certificación y la que conste en el Registro, pueda deducirse la identidad de la finca.

En otro caso, el Registrador no practicará la inscripción, pudiendo extender anotación preventiva de suspensión con arreglo a la legislación hipotecaria.

Los excesos de cabida inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, cuando no pueda aplicarse lo previsto en el párrafo anterior, se harán constar mediante certificado o informe sobre su superficie expedido por técnico competente y siempre que el Registrador no abrigare dudas sobre la identidad de la finca.

Nueve. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación urbanística y agraria.

Diez. La modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca podrá efectuarse en virtud de acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro, e informe de técnico competente sobre su medición, superficie y linderos. Dicha acta se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de lo previsto en su regla 8.ª

Once. La constancia de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tendrá por objeto el cumplimiento de los fines de esta Ley y posibilitar el trasvase de la información entre el Registro y el Catastro.

Los errores en la referencia catastral no afectarán a la validez de la inscripción.

Artículo 54. Efectos

El incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley se considera infracción tributaria simple y se sancionará con multa de 1.000 a 150.000 pesetas, de conformidad con lo establecido en la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963.

La competencia para instruir el procedimiento sancionador e imponer la sanción corresponde a los órganos que tengan encomendada la gestión del Catastro.

Artículo 55. Comunicaciones

Uno. Los Notarios y Registradores de la Propiedad remitirán a la Gerencia Territorial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de la provincia en que radique el inmueble, en la forma que reglamentariamente se determine, y dentro de los veinte primeros días de cada trimestre, información relativa a los documentos por ellos autorizados o inscritos en el trimestre anterior, comprendidos dentro del ámbito de esta Ley, de los que se deriven alteraciones catastrales de cualquier orden, en los que se hará constar en forma suficiente si se ha cumplido o no la obligación establecida en el artículo 50.

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio del deber general de colaboración establecido en la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963.

Dos. El órgano que tenga encomendada la gestión del Catastro remitirá, en el plazo más breve posible, a la Administración Tributaria estatal y a la Administración autonómica del territorio en el que radiquen los bienes inmuebles, copia de la información suministrada, en virtud del apartado uno de este artículo, sobre personas que hayan incumplido la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley.

Tres. Por Orden conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y Justicia se regulará el procedimiento y forma de dar cumplimiento a la obligación de comunicación establecida en este artículo.

Artículo 56. Interesados

Los interesados en los procedimientos a los que se refiere esta Sección estarán legitimados para solicitar del Catastro la referencia catastral de las fincas afectadas.

Acreditada dicha solicitud, los interesados quedarán exonerados de cualquier responsabilidad derivada del artículo 47 de esta Ley.

Artículo 57. Aplicación a las Comunidades Autónomas

Sin perjuicio del régimen especial de los territorios históricos del País Vasco y Navarra, esta Sección y la disposición transitoria octava de esta Ley serán de aplicación a todas las Administraciones públicas, como norma dictada al amparo del artículo 149.1.8.ª y 14.ª de la Constitución.

SECCIÓN 4.ª, DE LA REFERENCIA CATASTRAL (1)

Artículo 53. Constancia registral de la referencia catastral

Dos. Cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título no se corresponda con los respectivos datos descriptivos del do-

(1) La Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, ha derogado los artículos 50 a 55 de la Ley 13/1996, de 27 de diciembre, excepto los apartados Dos, Cinco, Seis, Siete, Ocho, Nueve y Diez del artículo 53, que se transcriben a continuación. El resto del contenido de los preceptos derogados ha sido objeto de refundición en los artículos 36 y 38 a 49 del mencionado texto refundido.

cumento catastral aportado, o cuando éste no refleje dichos datos o lo haga en términos que no permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título, solo podrá reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca. En todo caso, habrán de publicarse los edictos prevenidos en dichos artículos, en los que se exprese que a la finca registral que se describe se le atribuye la referencia catastral reseñada en el documento. La consignación registral de la referencia catastral no producirá efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo.

Cinco. En todo caso, el titular registral podrá solicitar la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica conforme a las siguientes reglas:

1ª. Si aporta certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, situación y superficie, que los que figuran en el Registro se hará constar la referencia catastral por nota al margen del asiento y al pie del título. Lo mismo procederá si, coincidiendo la descripción y situación, la diferencia de superficie es inferior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro, o cuando habiendo diferencia en el nombre o número de la calle, se justifica debidamente la identidad.

2ª. Fuera de los casos previstos en la regla anterior, la consignación registral de la referencia catastral sólo podrá efectuarse mediante cualquiera de los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas.

En ambos casos, el Registrador deberá comunicar al Catastro la relación de fincas objeto de identificación catastral posterior.

Seis. En ningún caso se hará constar en el folio abierto a una finca inmatriculada una referencia catastral que ya venga atribuida a otra finca inscrita si no media el consentimiento del titular registral de ésta o la oportuna sentencia firme dictada en procedimiento declarativo entablada en él.

Siete. En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título.

Ocho. La rectificación de la cabida de una finca registral, o la alteración de sus linderos cuando éstos sean fijos o de tal naturaleza que existan dudas de la identidad de la finca, podrá realizarse con base en una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, siempre que, entre la descripción de la finca en esta certificación y la que conste en el Registro, pueda deducirse la identidad de la finca.

En otro caso, el Registrador no practicará la inscripción, pudiendo extender anotación preventiva de suspensión con arreglo a la legislación hipotecaria.

Los excesos de cabida inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, cuando no pueda aplicarse lo previsto en el párrafo anterior, se harán constar mediante certificado o informe sobre su superficie expedido por técnico competente y siempre que el Registrador no abrigare dudas sobre la identidad de la finca.

Nueve. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación urbanística y agraria.

Diez. La modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca podrá efectuarse en virtud de acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro, e informe técnico competente sobre su medición, superficie y linderos. Dicha acta se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de lo previsto en su regla 8.ª.

ANEXO 5

Instrucción de 2 de marzo de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad

Una de las necesidades tradicionalmente sentida en el ámbito del Registro de la Propiedad ha sido poder identificar las fincas objeto del tráfico jurídico mediante un soporte cartográfico que permita su precisa delimitación territorial, robusteciendo la seguridad jurídica de las transmisiones inmobiliarias.

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 51, apartado 4.º, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, permite completar la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.b) del mismo Reglamento o mediante su definición topográfica. También se aceptan como medios identificadores determinados planos expedidos conforme a su normativa específica. Esta reforma reglamentaria siguió el camino iniciado por la Resolución de esta Dirección General de 31 de agosto de 1987, que ya señalaba la necesidad de disponer en los Registros de la Propiedad, como complemento identificador de las fincas, de una base gráfica a escala unificada en la que el Registrador, por sí o mediante indicación del titular registral, pueda situar las fincas objeto de los asientos.

En la actualidad existe ya la posibilidad de contar en los Registros de la Propiedad con las instalaciones informáticas necesarias para la utilización adecuada de las bases gráficas de las fincas debidamente digitalizadas, por lo que se estima necesario establecer las reglas a las que han de atenerse los Registradores de la Propiedad para la correcta identificación gráfica de las fincas registrales.

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 51, apartado 4; 398.b) y 398.c) del Reglamento Hipotecario, se ha iniciado por esta Dirección General el plan de actuación para la implantación progresiva de las bases gráficas, para lo que se ha suscrito con fecha 11 de noviembre de 1999 un Convenio de cooperación para la realización de cartografía informatizada e intercambio de información gráfica entre la Dirección General del Catastro, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, como uno de los pasos destinados a suministrar a cada uno de los Registradores de la Propiedad las bases gráficas de las fincas inscritas.

El artículo 398.d) del Reglamento Hipotecario encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España la adquisición y elaboración de los programas informáticos que, con carácter uniforme, van a ser objeto de aplicación en los Registros de la Propiedad para el tratamiento de las bases gráficas de las fincas. Corresponde a este Centro Directivo, según el mismo artículo, la aprobación de los citados programas, a cuyo

efecto se dicta la presente Instrucción, como forma también de delimitación de las líneas generales a las que debe acogerse el mismo.

La base gráfica identificará exclusivamente las fincas en sentido estricto, entendiendo como tales las superficies de suelo delimitadas poligonalmente cuya propiedad pertenece a una sola persona o a varias pro indiviso, con total independencia de si se trata de fincas rústicas o urbanas, si están edificadas o no, o incluso de si obedecen a cualquiera de las categorías que contemplan los artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 44 de su Reglamento, por lo que, en principio, no serán susceptibles de identificación gráfica aquellas fincas registrales que tienen una consistencia inmaterial como el agua, las concesiones administrativas o el aprovechamiento urbanístico, aunque sí lo serán las fincas sobre las que las mismas recaen.

Una vez elaborada y definida por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España la base gráfica rústica o urbana correspondiente a un municipio, que será el ámbito mínimo de aplicación, y apta para su tratamiento y consulta por medios informáticos, será puesta a disposición del Registrador o Registradores de la Propiedad a cuyo distrito hipotecario pertenezca el municipio, en unión del programa informático que permita su debida utilización, quedando obligado el Registrador destinatario a disponer a su costa los medios técnicos y humanos necesarios para el óptimo funcionamiento de los datos y programas suministrados.

Con arreglo al contenido del Convenio celebrado con la Dirección General del Catastro, la incorporación de bases gráficas, como medio complementario de identificación de las fincas registrales, se inicia en una primera fase en los Registros de la Propiedad radicantes en las provincias de Jaén, Ciudad Real, Badajoz y Castellón, y aquellos que, por sus circunstancias especiales, determine la Comisión Mixta creada al efecto, que tendrán la cualidad de "pilotos", para que, con la experiencia y resultados obtenidos en los mismos, pueda definirse por el propio Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con carácter uniforme para todo el territorio nacional, cuáles son los procedimientos más adecuados para el tratamiento de la información gráfica de las fincas, y que servirán para llevar a cabo la segunda y definitiva fase de implantación de bases gráficas en todos los Registros de la Propiedad.

Vistos los artículos 50 a 57 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas y del Orden Social, sobre constancia catastral de las referencias catastrales; la Orden del Ministerio de la Presidencia de 23 de junio de 1999, por la que se regula el procedimiento para dar cumplimiento a la obligación de suministro de información a la Dirección General del Catastro por los Notarios y Registradores; los artículos 398.b), 398.c) y 398.d) del Reglamento Hipotecario; la Instrucción de 26 de marzo de 1999, sobre certificaciones catastrales descriptivas y gráficas a los efectos

de constancia documental y registral de la referencia catastral; el Convenio de cooperación para la realización de cartografía informatizada e intercambio de información gráfica entre la Dirección General del Catastro, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, de 11 de noviembre de 1999, y la Resolución de 31 de agosto de 1987.

Esta Dirección General, en uso de las facultades que tiene conferidas, acuerda lo siguiente:

Primero. Identificación de la finca por la referencia catastral

1. La referencia catastral será el elemento principal para la localización e identificación gráfica de las fincas.

2. Se considerará identificada una finca cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 51 de la Ley 13/1996, de 31 de diciembre.

3. Se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos:

a) Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constare esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad.

b) Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por 100, siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos.

4. Si hubiere habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que al Notario le constaren y diera fe de ello.

Segundo. Identificación gráfica de la finca

Una vez que el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España ponga a disposición del Registrador de la Propiedad la aplicación cartográfica correspondiente a uno o varios municipios de su distrito hipotecario, aquél deberá proceder, bajo su responsabilidad, a la identificación gráfica de las fincas registrales siempre que a su juicio exista plena identidad entre la descripción de la finca que resulte del Registro y lo que resulta de la gráfica de la misma obtenida por su referencia catastral, en los siguientes casos:

a) Al practicar cualquier asiento con relación a la finca.

b) En todos los supuestos de inmatriculación de fincas.

c) Cuando la identificación de la representación gráfica de la finca registral se manifieste por los propios otorgantes de un negocio jurídico que produzca efectos en el Registro de la Propiedad.

d) En todos los supuestos contemplados por los apartados a) a f) de la regla cuarta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

e) Como acto específico, mediante instancia por duplicado dirigida al Registrador de la Propiedad por el titular registral, o acta notarial, a la que se acompañe, en ambos casos, la representación gráfica de la finca sobre el plano parcelario catastral o el propio del Registro, de forma que permita su incorporación a la base cartográfica.

Tercero. Procedimientos para la adecuación de la descripción gráfica

1. En todos los supuestos señalados con anterioridad será necesario que del propio Registro o de la cartografía no resulten datos que desvirtúen u ofrezcan dudas sobre la verdadera identificación gráfica de las fincas, en cuyo caso, o cuando los interesados no estén conformes con la gráfica asignada podrá acudirse a los siguientes procedimientos:

a) Deslinde voluntario a través de instancia dirigida al Registrador de la Propiedad o en virtud de acta notarial de deslinde, en las cuales todas las partes afectadas por la delimitación de una finca, titular y colindantes, muestren su conformidad a la representación gráfica de la misma sobre el plano parcelario catastral o el propio del Registro.

b) En caso de que los titulares de las fincas y los de las colindantes no se pusieran de acuerdo sobre la delimitación de las mismas, podrán ventilar sus diferencias mediante el procedimiento judicial de deslinde, cuyo resultado se hará constar en el Registro cuando a la resolución judicial se acompañe la representación gráfica del mismo sobre el plano parcelario catastral o el propio del Registro.

c) En los supuestos en que no sea posible la identificación cartográfica de una finca, al no haber coincidencia con la representación gráfica de la misma, podrá procederse al otorgamiento documental correspondiente, pero recogiéndose en éste la manifestación de los otorgantes sobre la falta de identificación de la finca.

2. La falta de identificación gráfica de las fincas registrales no será, en ningún caso por sí sola, defecto que impida la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Cuarto. Constancia registral de la identificación gráfica de la finca

1. Identificada positivamente una finca se dejará constancia oportuna en el documento en que se realice, se incorporará a la base cartográfica del Registro como una entidad geográfica propia y autónoma, y se hará constar dicha circunstancia en el folio registral de la misma por nota al margen de la última inscripción de dominio.

2. En actuaciones judiciales o administrativas de deslinde o reorganización de la propiedad rústica o urbana, la identificación de las fincas y su incorporación a la base cartográfica podrá realizarse directamente con apoyo en la planimetría oficial realizada en dichas actuaciones.

Quinto. Publicidad formal

1. En todos aquellos municipios en los que exista incorporada al Registro de la Propiedad la base gráfica de las fincas, se adjuntará a las notas simples informativas o certificaciones que se expidan, la representación gráfica correspondiente a la zona donde se encuentre situada la finca de que se trate.

2. Cuando dicha zona no pueda determinarse por los datos descriptivos de la finca, deberá ser identificada por el propio solicitante de la información. La representación gráfica así obtenida será el soporte necesario para que los interesados en cualquier negocio jurídico sobre la finca representada puedan realizar las manifestaciones que correspondan sobre la identificación de la misma, debiendo el Notario autorizante recoger dichas manifestaciones en el contenido de la escritura que autorice.

3. Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable tanto a las solicitudes de información realizadas por los Notarios, en los supuestos que contempla la letra a) del artículo 354 del Reglamento Hipotecario, como a las realizadas por las autoridades judiciales o administrativas y los particulares.

Sexto. Modificaciones en las bases gráficas

El mantenimiento actualizado de las gráficas correspondientes a las fincas inscritas, en el supuesto de que se modifique su configuración física, se realizará por el propio Registrador de la Propiedad partiendo de la cartografía a escala a que se refiere el artículo anterior.

El procedimiento a seguir será el siguiente:

1. Definición por los propios interesados sobre dicho plano de las modificaciones que se deriven del negocio jurídico (agrupación o agregación y segregación o división).

2. Incorporación del documento gráfico al título correspondiente que ha de producir efectos en el Registro de la Propiedad.

3. Como la modificación (división o agrupación) se ha realizado partiendo del modelo gráfico que de las propias fincas afectadas figura en el Registro de la Propiedad, no presenta ningún inconveniente para éste la incorporación de las modificaciones operadas y que han sido objeto de los pertinentes asientos registrales.

4. Durante el período de tiempo en que las fincas resultantes de la modificación carezcan de referencia catastral, se les asignará provisionalmente como referencia, y a efectos exclusivamente de la base gráfica registral, el número de finca que a cada una corresponda en el Registro de la Propiedad.

EL REGISTRO DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EN LA EDAD MEDIA

Juan Alfredo Obarrio Moreno
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Valencia

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. REQUISITOS

2. EL REGISTRO: PROCEDIMIENTO Y EFECTOS

3. EL VALOR PROBATORIO –LA FE REGISTRAL– DE LOS DOCUMENTOS Y DE LAS COPIAS REGISTRADAS POR EL NOTARIO

4. EL REGISTRO DOCUMENTAL

INTRODUCCIÓN (1)

De entre los innumerables temas que el Derecho nos ofrece a todos aquellos que deseamos adentrarnos en el ámbito de la tradición romanística, muy probablemente sea el estudio del documento público, y el de los *documenta* en general (2), uno de los más con-

(1) El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación: *Parlamento y ciudades en la Corona de Aragón en la encrucijada del Antiguo Régimen.* Ministerio de Ciencia e Innovación. Ref. DER 2009-09193.

(2) Con relación al Notariado en el Derecho romano, puede verse –entre la numerosa bibliografía– el reciente y esclarecedor artículo de FERNÁN-

trovertidos y, hasta décadas muy recientes, de los más descuidados por los historiadores del Derecho español (3).

En este sentido, buscando enriquecer el enfoque general que la historiografía ha realizado sobre el Notariado, nuestro estudio pretende verificar el valor exacto del documento notarial en el ámbito de la *scientia iuris* bajo-medieval (4), un período donde se hallan claramente perfilados los rasgos esenciales de la institución.

1. REQUISITOS

Entre las principales obligaciones del Notariado se hallaba el deber de guardar el secreto profesional (5), el de residencia o vecindad (6) y, fundamentalmente, la obligación de la escrituración pública: el deber de protocolización.

> PARTIDAS: *Tenudos son los escrivanos publicos de las ciudades, e delas villas de guardar e fazer todas estas cosas que aqui mostramos primeramente que deven auer un libro por registro en que escriva las notas de todas las cartas …*(7)*.*

DEZ DE BUJÁN, A.: "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana". *Revista Jurídica*. Universidad Autónoma de Madrid, núm. 12, 2005 –cito por separata–, donde analiza con rigor la fuerza probatoria de los documentos y la *fides publica*.

(3) Cfr. TRENCH, J.: "Bibliografía del Notariado en Español (Siglo XX)". En *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*. Vol. IV. Barcelona, 1974, pp. 193-237.

(4) Véase, en este sentido, la afirmación de UBALDIS, B. DE: *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis 1616. *Ad* D. 1,1,1, núm. 2, "quien sostiene que quien quiera conocer los consecuentes, debe, primeramente, conocer los antecedentes": *qui vult scire consecuentes, debet primo scire antecedentes, qui vult scire principiata*.

(5) FURS 9,19,35: *Notarii presentes et futuri nullo tempore, loco, causa vel occasione ea que notant vel scribunt vel coram eis in secreto donentur, cogantur nobis vel curie vel alicui alii manifestare, nisi causa prohibendi testimonium et iniungatur eis prestito iuramento*; PARTIDAS 3,19,2; COSTUMS DE TORTOSA 9,9,8.

(6) FURS 9,19,25: *Scriptores, cum decesserint vel a civitate causa inhabitandi alibi se transtulerint, dimitant librum sive memoriale et cartas clausas alicui notario habitatori civitatis, qui loco notarii absentis valeat conficere instrumenta et notulas redigere in formam publicam*.

(7) PARTIDAS 3,19,9; 3,217. Asimismo, en FUERO REAL 1,8,3: *Los*

La importancia de este último requisito en la praxis del Reino de Valencia se advierte de la lectura que del mismo realiza la doctrina foral, al cual BAS Y GALCERÁN llega a dedicar una rúbrica en su *Teatro de la Jurisprudencia* (8), lo que permite obtener, ante la escasez de fuentes legales, una visión enriquecedora –aunque no uniforme– de las directrices y de la regulación de algunos aspectos concretos de la misma.

El inconveniente del casuismo que reposa en la obra de los juristas valencianos les lleva, de nuevo, a incidir únicamente en aquellas cuestiones que, a su juicio, pudieran tener una oscura interpretación o unas lagunas jurídicas visibles, lo que no parece deslegitimar el intento por desarrollar y exponer los aspectos que la misma aborda, aunque no se pueda exponer un tratamiento tan exhaustivo como el tema, sin duda, merece.

Partiendo de los supuestos y de los requisitos que se exigían para el buen registro de los documentos, la doctrina foral realiza una doble clasificación a tenor del origen del documento: foral o foráneo.

1.1. LOS DOCUMENTOS DEL REINO

[1] En primer término, se señala cómo, después de haber sido examinados los documentos, se exigía que se pudiera certificar que tanto la firma como las subscripciones eran de un notario público, con poder y autoridad para recibir similares manuscritos, porque, de lo contrario, *nequit ad registrationem deveniri* (9).

---

escribanos públicos tengan las notas primeras de las cartas que ficieren, quier de los juicios, quier de las vendidas, quier de otro pleito cualquier si carta ende fuere fecha, porque si la carta fuere perdida o viniere sobre ella alguna dubda, pueda seer provada por la nota onde fue sacada, ...

(8) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, *De registratione instrumentorum, quae solet fieri, in libris Curiae Justitiae Civilis Valentiae, et illius utilitate*.

(9) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, número 80: *Secundo, quod inspici praecipue debet, ut deveniri possit ad instrumentorum registrationem, est, an probatum extet, quod signa, et subscriptiones instrumentorum, sint notarii publici, habentis potestatem, et authoritatem recipiendi similia instrumenta, quia non constito de his, nequit ad registrationem deveniri.*

Este rigorismo procedimental se atenuaba cuando el *notarius rogatus* era habitante de la Ciudad de Valencia –*et non ignotus in hac Civitate*–, al cual únicamente le bastaba reconocer su firma y la subscripción del *instrumentum*, su declaración de que el documento había sido recepcionado personalmente y que dos testigos ratificaran su signo y subscripción como notario de Valencia. Si fuera, por el contrario, un notario real que vivía en alguna villa, lugar o ciudad del Reino, se ampliaba el número de requisitos, al exigirse que dos testigos reconocieran su signo, la subscripción de su escritura y la legalidad del notario, así como la declaración de que este recibía públicamente documentos a los que daba plena fe y crédito. La razón había que buscarla, a juicio de la doctrina valenciana, en la necesidad de que, ante los *documenta* de un notario desconocido, se debían verificar dos circunstancias: la primera, la legalidad y la posesión notarial, y la segunda, el reconocimiento de la escritura, de la letra y del signo (10) –*primo legalitas, et possessio notariatus, secundo recognitio manus, et signi* (11):

> MATHEU Y SANZ: *… qui relatione facta Judici de cunctis ad fidem, et legalitatem spectantibus, ubi dubium emergit, adhibita causae cognitione summaria, testes examinat, ex quorum depositionibus comprobetur subsignantem vel legalizantes publicos Tabelliones esse earum partium,*

(10) UBALDIS, B. DE: *In IIII et IV Codicis Librum Comentaria, Rubrica De fide instrumentorum, Lex* 20, *Comparationes*, núm. 24: *Tabellionibus ignotis non est credendum.*

(11) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 80: *Si notarius rogatus, fuerit Valentiae Notarius, et non ignotus in hac Civitate, sufficiet quod ipse recognoscat signum, et subscriptionem instrumenti, et quod attestetur a se receptum, vel quod duo testes deponant de signo, et subscriptione notarii Valentini; si vero fuerit Notarius Regalis commorans in aliqua Villa, Loco, aut Civitate Regni, tunc necesse erit, quod duo testes deponant de signo, et subscriptionis litera, et de legalitate notarii, dicentes notarium illum publice instrumenta recipere, quibus creditur, et plena fides datur, nam ut credatur instrumento notarii incogniti, debent verificari duo, primo legalitas, et possessio notariatus, secundo recognitio manus, et signi.* PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 2, núm. 49: *In contrariam tamen sententiam, videlicet, quod sit necessaria dicta recognitio, seu comprobatio de duobus, primo de legalitate, et possessione Notarii in Notariatu secundo de recognitione manus, et signi quando Notarius est incognito.*

vel tales ibidem reputari, quipus legitime praemissis registrari instrumenta jubentur (12).

[2] En segundo término, la doctrina de la Corona de Aragón, y, en particular, la valenciana, advierte que, en consonancia con el principio de legalidad, estaba presente en el Reino el principio de fe pública o de autenticidad. Así, se entiende como un hecho incuestionable que el documento notarial, rubricado personalmente por el propio *tabellio*, ostentaba una clara presunción de veracidad y de autenticidad en el cargo de fedatario público, por lo que, quien cuestionaba la legitimación del escribano público se veía en la obligación de probarla (13):

MOLINO: *Notarius praesumitur esse, ille, qui testificatus fuit instrumentum, si notarius erat de regno, quia non est verisimile, quod quis in instrumento dicat se notarium, si non esset, ex quo est de regno. Secus, si est extra regnum… Et si negatur, scripturam esse notarii cui, incumbat probatio… quia probatur per communem reputationem, quod erat notarius: et quod publice fungebatur officio tabellionatus* (14).

(12) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 4, núm. 29. Cf. PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum* Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 2, núm. 48: *Haec eadem oppositio fieri solet contra instrumenta producta quae afferentur de longinquis partibus in quibus pars aduersus quam producuntur, a Notario publico esse confecta negat, in qua specie magna versatur contentio inter Doctores in examinanda quaestione illa, utrum instrumentis de longinquis Regionibus allatis, absque comprobatione, et recognitione fides fit adhibenda, etiamsi qualitas Notariatus negetur, et partem negatiuam videlicet necessariam, non esse comprobationem neruose defendunt.*

(13) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, número 81: *Instrumentum receptum in Regno a Regni Notario habet praesumptionem pro se, quod illud lustrans fuerit publicus Notarius, et dicenti non fuiste Notarius incumbit onus probandi… Nunc libet advertere pro decisione quaestionis in praxi frequentissimae, quod si instrumentum inveniatur signatum a notario, et negetur notarium fuisse, qui illud signavit, tunc videndum est, an instrumentum receptum in Regno reperiatur, et a notario regnicola signatum, et hoc in casu instrumentum habet pro se praesumptionem de jure, vere fuisse notarium publicum, per quem lustratur signatum, …*

(14) MOLINO, M.: *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum: una pluribus cum determinationibus Aragonum practicis atque cutelis eisdem fideliter annexis.* Cesaraugustae, 1513. *Verbo Notarius*. En análogo sentido, fo. 232: *Notario si mandetur periudicem, quod tradat ali-*

Presunción que precluía cuando el notario no era del Reino, el cual, al ser "aforado", solía recibir documentos que provenían de otros reinos peninsulares. Ante este supuesto, y con una finalidad tuitiva, se exigía que el propio *notarius* acreditase su condición de fedatario público, su calidad de notario –*Instrumentum extra Regnum receptum non habet istam praesumptionem, sed allegans fuisse Notarium publicum, qui illud recepit tenetur probare* (15):

[3] Con relación al registro de los documentos antiguos en los no se podían hallar testigos que pudieran certificar la veracidad del signo, de la subscripción, de la legalidad o de la posesión notarial, no por ello se negaba su inscripción, si no que se procedía a "examinar el cuerpo del documento" por dos testigos expertos en la materia, quienes debían dictaminar sobre la veracidad de los mismos (16). A este criterio corroboró la doctrina del *mos italicus* tardío y la

---

quas scripturas et quod veniat personaliter ad faciendum relationem, si notarius respondet in instrumento dictae litterae, quod nullas tenet scripturas, sufficit sibi dicta responsio, nec tenetur notarius venire. PORTOLÉS, J.: *Tertia pars Scholia siue adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum*. Cesaraugustae, 1590. V. *Notario*, núm. 19: *Sed prior opinio, quod numquam Notarius necessario probandus est, nisi quando pars contraria expresse opponit, quod recipiens Notarius non est, verior, et receptior est*, ... ; núm. 20: *Secunda conclusio sit, quando pars adversa escipit, et dicit, quod ille qui instrumentum dicitur testificasse, Notarius non est, qui illud instrumentum producit probare tenetur, illum Notarium esse*, ...; SESSÈ, J. DE: *Decisionum*, Tomo 2, *Decisio* 132, número 1; *Decissio* 83, núm. 30: *... et an notarius praesumatur alienigena, qui extra Regnum fecit instrumentum, et illud exhibetur in Regno, non probata qualitate notari, ..., nam si sit alienigena non praesumitur notarius in Regno nisi probetur, secus si sit regnicola... Maxime si opponatur quod non est notarius nam etiam tunc de iure probanda est qualitas notariatus*; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*, Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 2, número 53: *Tertio quando persona Tabellionis esset nota, tunc enim alia recognitione, siue comprobatione, non indiget instrumemtum ab ipso leuatum, et in longiquis partibus productum.*

(15) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 82: *Si autem notarius non esset regnicola, sed forensis, et extra Regnum instrumentum reperiatur attestatum, facta notariatus negatione, ut instrumento credatur, debebit probari a producente qualitas notariatus.*

(16) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 83: *Si instrumenta fuerint antiqua, et non reperiantur testes, qui de signo, et subscriptione, legalitate, et quasi possesione notariatus deponere possit, tunc inspici debet instrumenti corpus, et si reperiatur in forma pro-*

propia jurisprudencia de la Real Audiencia de Valencia, para la cual la antigüedad del documento, máxime si era superior a cien años, daba fe por sí misma, por lo que no se exigían pruebas plenas, sino que bastaban los indicios, las meras presunciones u otras pruebas menores (17):

> *Senatus sententia publicata per Ioannem Daza, die 24 Decembris 1638, inter Franciscum Ioannem Aliaga, et Ioannem de Navas.*
>
> *… et quod similibus instrumentis antiquis, propter antiquitatem solam detur fides, praesertim si excedant metas centum annorum ... et declaravit instrumentum in antiquis authenticum, et legale praesumi* (18).

banti, debent duo testes in materia instrumentorum dicere, instrumentorum illud antiquum in forma probanti reperiri, quo facto poterit registrari, quia in antiquis propter difficultatem probationis, sufficiunt leviores probationes, nec praecise desiderantur plene, …

(17) COVARRUBIAS LEYVA, D.: *Practicarum quaestionum*, Cap. 21, número 6: *quibus accedit ea ratio, qua constat, in antiquis propter difficultatem probationis sufficere leviores probaciones, …, antiquitas equidem potest coadjuvare eam probationem, ….*; MOLINA, L. DE: *De primogeniorum Hispanorum*. Lib. 3, Cap. 13, núm. 49: *Quod procedit, ac verum est, etiamsi tempore, quo instrumentum exemplatum fuit, nullus adversarius certus esset, qui citari posset: nam adhuc exemplatio non potest fieri, nisi praecedat citatio per edictum solemne.*; PAZ, C.: *De tenuta,* Cap. 26, núm. 17: *Tertia limitatio est, ex temporis diuturnitate: nam quamvis omnia solemnia deficiant, exemplo creditur antiquo, cum ex antiquitate praesumatur solemne et authenticum... quo casu etiam si solemnitas esset extrinseca, ex temporis antiquitate esset praesumenda*; GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium*, Cap. 268, núm. 3, CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL: *Quotidianatum Controversiarum*. Lib. 2, Cap. 16, núm. 56 : *Et imprimis constituo, deposita olim variis in locis, maxime in publicis, in aede sacra fieri solita, item et penes Nummularios, qui in foro erant idque ut res depositae tutius essent conseruatae;* núm. 57: *Deinde, Nummularios, et Argentarios, publicas olim reputatas fuisse personas, publicumque officium, aut ministerium quodammodo obtinere, atque exercere, dici solitum;* núm. 58: *Et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationem diligenter conficiant: Mensas etiam in foro cum aerario habuisse;* núm. 59: *Et apud eos emptiones, venditiones, permutationes, et alios contractus fieri, item et instrumenta; ut hodie apud Tabelliones fiunt.*

(18) ARV. Sentencia de la Real Audiencia. Signatura 874. Caj. 341.

1.2. LOS DOCUMENTOS EXTERNOS AL REINO

[1] Este conjunto de solemnidades se ampliaba cuando los documentos venían de otros reinos, a los que, en palabras de BAS Y GALCERÁN, "se debe aplicar una mayor inspección… porque estos documentos, y cualquier otros que se reciben en el Reino, hacen fe en los reinos exteriores, pero aquí no es suficiente, porque, aunque han sido subscritos y firmados por un notario rogado, aquí se requiere que dos o tres notarios del mismo reino autentifiquen, con sus signos y subscripciones, aquellos documentos, así como su escritura y su firma siempre ofrecerán plena fe" (19):

> *Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 7 Decembris 1614, inter Franciscum Piquer, et Gregorium Tornamira.*
>
> *Instrumenta exteri, ut probent in nostro Regno, debent venire subscripta, et signata, non solum a notario receptore, sed a duobus, aut tribus notariis* (20)*.*

En análogo sentido se manifestará la jurisprudencia de la Real Audiencia de Valencia, en sentencia publicada por ALREUS, el 7 de marzo de 1673, entre Melchor BENAVIDES, padre y legítimo administrador de su hija, y el Señor de Cortes, referente al Noble Senador Don Pedro MONTSERRAT, al declarar que una vez ha sido firmado el documento por tres notarios, este alcanza pleno valor probatorio, al entenderse que siempre recae menor sospecha de fraude cuando hay varias firmas, que cuando hay solo una (21):

---

(19) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 85: *In Regni exteri instrumentis major debet adhiberi inspectio, ut registrentur (non enim in Regno probant instrumenta extera, nisi prius registrentur, ut judicavit Senatus sententia publicata per Alreus, die 10 Decembris 1614 inter Franciscum Piquer, et Gregorium Tornamira) quia haec instrumenta, et quaelibet, quae in Regno recipiuntur, ut in exteris Regnis fidem faciant, non sufficit, quod subscripta, et signata sint a notario rogatis, sed requiritur, quod alii duo, aut tres notarii eiusdem Regni, signis, et subscriptionibus suis authenticenti illa, attestantes notarium illum instrumenti receptorem legalem, et fidelem esse, suisque scripturis, et signis plenam semper adhibitam fuisse fidem, ….*

(20) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 673. Caja 346.

(21) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 86: *Et quod extero instrumento a tribus notariis signato, plena debeat adhiberi fides, ...*

Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 7 Martii 1673, inter Marchionem de Benavites, patrem et legitimum administratorem suae filiae, et Dominum de Cortes, referente Nobili Senatore Don Petro Monserrat, R. C. D.

… et quod extero instrumento a tribus notariis signato, plena debeat adhiberi fides, … Semper enim cadit minor suspitio fraudis in pluribus signis, quam in uno. ...(22).

[2] A su vez, a los documentos foráneos, además de los testimonios y de la fe de dos o tres notarios receptores, se les exigía que llevaran consigo –*ut probent*– las cartas testimoniales de la legalidad de los notarios receptores, subscritas por el juez del lugar en el que tenía el domicilio el *notarius*, y que estuviesen protegidas con el sello de su Curia, lo que permitía que nadie pudiera oponerse al tenor de la *scriptura –nequit aliquid opponi contra instrumentum* (23).

De la existencia de estos requisitos hallamos pleno reflejo en una sentencia publicada por Daza, el día 26 de agosto de 1621, entre el Procurador Patrimonial de sus Reales Majestades y otros (24).

Senatus sententia publicata per Ioannem Daza, die 26 Augusti 1621, inter Procuratorem Patrimonialem Regiae Majestatis, et alios.

… quod exteris instrumentis venientibus, cum literas legalitatis notarii, debeat adhiberi plena fides… (25).

A su vez, la doctrina desgrana una rica casuística según fuera la procedencia del documento:

(22) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 673. Caja 346.

(23) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 86: *Debent etiam instrumenta extera, ultra testimonium, et fidem duorum, vel trium notariorum, portare secum, post signa, et subscriptionies notarii rogati, et aliorum, literas testimoniales legalitatis notarii receptoris, ab ordinario judice loci domicilii notarii subscriptas, et suae Curiae sigillo munitas, quibus extantibus, nequit aliquid opponi contra instrumentum.*

(24) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 86: *In nostra Curia judicis ordinarii hujusmodi literae testimoniales legalitatis, non subscribuntur a Justitia, neque illius Assessoribus, sed solum ab Scriba dantur, et Curiae sigillo muniuntur, ut satis notum est. Et quod exteris instrumentis venientibus, cum literis legalitatis notarii, debeat adhiberi plena fides, judicavit…*.

(25) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 673. Caja 346.

[3] Así, si estos procedían del Reino de Castilla, se cotejaba si venían con el sello del Supremo Consejo de Aragón, o, en su defecto, con otro *sigillum* de alguna Curia conocida en la Corte Civil. En estos supuestos, y aun no constando prueba testifical, se procedía a su registro.

[4] Si el documento se había redactado en Granada, Sevilla, Cerdeña o en otro Reino, donde las letras testimoniales y los sellos no eran "notoriamente" conocidos por la Corte Civil, se procedía a la prueba testifical, en la que los deponentes debían jurar conocer la legitimidad del notario, de su sello y subscripción, lo que facilitaba, sin mayor dilación, el registro del documento.

[5] Si, por el contrario, el documento provenía del Reino de Francia o de otros reinos aun más remotos, y estaba redactado en un idioma desconocido, se requería probar que la letra del apellido del notario era la suya, así como la legalidad de su cargo; para lo cual se procedía a una sumaria información testifical y a la oportuna declaración judicial, lo que permitía, si esta era satisfactoria, su posterior registro y su redacción a lengua castellana (26).

[6] Finalmente, la propia doctrina advierte cómo era práctica habitual, en las distintas Curias del Reino, repudiar por falsedad los documentos del Reino de Castilla (27) o de Francia cuando estos *scripta in marcha papiro non sigillata* (28):

> RECOPILACIÓN 4,25,45
> *Por loqual ordenamos y mandamos, que de aqui adelante no se pue-*

(26) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 87.

(27) PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum,* Tít. 1, *Resolutio*. 3, Cap. 2, núm. 60: *... etiam adiungi debet requisitum, videlicet quod similia instrumenta sint conscripta in papyro sigillata unicuique conuenienti, ... ubi accuratissime recensentur signa, quae instrumentis adiici debent, alias nullius erunt roboris, neque momenti.*

(28) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 88: *Non sine mysterio in libello supradicto dixi, instrumentum Regni Franciae venire in marcha papyri sigillata, quia aliter instrumentum authenticum non esset, quia in Regnis Castellae, et Franciae, ubi instrumenta conscribi non possunt, nisi in papyro sigillata, non sunt fidelia instrumenta, si in marcha papyri non sigillata inveniantur, et hac de causa non debent registrari, quia semper de falso suspecta sunt. ... et an lex ista chartae sigillate sit contra immunitatem Ecclesiasticam, …*

da hazer, ni escribir ninguna Escritura, ni Instrumento publico, ni otros despachos, que por menor iran declarados en una cedula nuestra, si no fuere en papel sellado con quatro sellos, que para este efecto hemos mandado disponer, con la diversidad, forma, y calidades que se contienen en dicha cedula, sin que por esto sea visto derogar las demas solemnidades, que de derecho se requieren en los dichos instrumentos, para su validacion, porque nuestra voluntad es añadir esta nueva solennidad de sello por forma substancial, para que sin ella no puedan tener efecto, ni valor alguno: y desde aora las irritamos y anulamos, paraque en ningun tiempo hagan fee, ni puedan presentarse, ni admitirse en juizio, ni fuera del, …

Una vez hubiera concluido la declaración jurada de los dos testigos ante el escriba de la *Curia* Civil, en la que daban fe de la veracidad del signo y la subscripción del documento del notario receptor –*notarii legalis et cogniti*–, el juez, mediante provisión, procedía a ordenar su registro (29):

MATHEU Y SANZ: *Neque his obstare potest foro 8 in fine de edendo, quo jure cautum est, quo copiae instrumenti non credatur, nisi facta sit de praecepto Judicis per publicum Tabellionem; ex quo inferri valet quod nisi praecedat Judicis jussio, copia instrumenti non probat* (30).

(29) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 84: *Constito per relationem duorum testium, verbaliter, et medio juramento dicentium in posse Scribae Curiae Civilis, quod signum, et subscriptio notarii receptoris instrumenti registrandi, est notarii legalis, et cogniti, qui in notariatus quasi possesione reperitur, fit a judice ordinario provisio (quae regulariter non inventa dubietate a dicto Scriba, solet continuari absque Assesorum notitia) qua jubetur instrumentum registrari, ex quo per testium depositiones constat, esse legale, et authenticum, subscriptum, et signatum a notario publico, qui notariatum exercet, et his per actis registratur instrumentum ad calcem ipsius provisionis continuatae in libro registri ... et non inepte interponuit judicis authoritas in hac registratione, nam sine illa nunquam haberet sufficientem firmitatem, et validitatem.*

(30) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 10, Tít. 4, núm. 24. PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum,* Tít. 1, *Resolutio*. 3, Cap. 3, núm. 120: *... adiungi potest quando exemplum traductum inuenitur iudicis auctoritate, et parte citata... citationem et mandatum iudicis requiri, simul adeo, ut unum sine altero nihil proficiat*; SESSÈ, J. DE: *Decisiones*, *Decisio* 201, núm. 27; GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium*, Cap. 268, núm. 2; Cap. 577, núm. 24; PAZ, C.: *De tenuta*, Cap. 26, número 16: *Secunda limitatio est, quando exemplar iudicis auctoritate, et parte citata, transcriptum est*.

2. EL REGISTRO: PROCEDIMIENTO Y EFECTOS

Una vez analizados los distintos requisitos que debían tener los instrumentos del reino y los foráneos, la doctrina analiza los diferentes tipos de documentos registrables, así como su procedimiento y efectos.

2.1. EL REGISTRO DE LOS DOCUMENTOS QUIROGRAFARIOS Y DE LAS ESCRITURAS PRIVADAS

En el ámbito del Derecho común era práctica habitual que los documentos quirografarios y las escrituras privadas se registrasen en los libros de la *Curia* Civil, registro al que se accedía previo juramento verbal de dos testigos, los cuales daban fe de que los mencionados instrumentos habían sido escritos personalmente por la persona que los rubricaba. Verificadas las deposiciones testificales, se procedía a su registro, y, posteriormente, si fuera necesario, se extraían copias certificadas del mismo (31).

No obstante, la doctrina foral, a tenor de una amplia tradición recogida en el *Corpus Iuris* (32), vio esta praxis un tanto inútil, al entender que la escritura privada, por sí misma, no alcanzaba el valor

(31) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, número 89: *Solent etiam registrari in libris Curiae Civilis chyrographa, et scripturae privatae, et ut registrentur practicatur, quod duo testes deponunt cum juramento de nota manu scribentis, aut subscribentis scripturas praedictas, et constito per testium depositiones verbaliter factas, quod chyrographa scripta, aut subscripta fuerint ab aliqua persona, provideri solet, quod registrentur, et sit registratio, et si oportuerit a registro extrahuntur copiae authenticae.*

(32) C. 4,19,5: *Instrumenta domestica, seu privata testatio seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adiuventur, ad probationem sola non sufficiunt*; C. 4,19,6*: Rationes defuncti, quae in bonis eius inveniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est. Eiusdem iuris est, et si in ultima voluntate defunctus certam pecuniae quantitatem aut etiam res certas sibi deberi significaverit*; C. 4,19,7: *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem praebere posse oportet*; C. 7,18,11, Authent.: *... Si tamen quisquam aut deponens aut mutuans aut alias contrahens contentus sit sola scriptura eius, cum quo contrahit, sciat, scripturam non sufficere ad probationem*.

de prueba plena *–quia scriptura privata ex se, nihil probat* (33). En este sentido, se admitió el criterio jurisprudencial (34) que sostenía que todo documento privado, para que pudiera alcanzar plena validez jurídica debía venir precedido por el reconocimiento explícito de su autor –por confesión– o mediante prueba testifical –previa cita del subscriptor– *... et ut aliquid probet, necesse est, quod aut ab scribente recognoscatur, aut testibus comprobetur* (35):

Alcanzado este reconocimiento público, se procedía a su registro –"y la copia tomada del registro hace fe"– cuando se había probado que se cumplían los requisitos establecidos por la ley (36):

(33) BUTRIO, A. DE: *Super Secunda Secundi Decretalium Commentarii*. Tomus 4. Venetiis, 1578. Reed. Torino, 1967. *De fide instrumentorum Rubrica*, Cap. 2, núm. 1: *Scripta privato instrumento non creditur*; BARBOSA, A.: *Collectanea Doctorum*, Tom. 1, Tít. 22, *De fide instrumentorum*, Cap. 2, número 2: *... quod privata scriptura nullam fidem, aut praesumptionem facit, ...*

(34) Cfr. BARBOSA, A.: *Collectanea Doctorum*, Tom. 1, Tít. 22, *De fide instrumentorum*, Cap. 2, núm. 4: *Primo limita in privata scriptura recognita a parte, quia tunc habet vim confessionis, et cum illa proceditur executive, ...;* núm. 5: *Unde apud Hispanos privatae scripturae recognitae a partibus operantur effectum, ut per eas possit procedi per assignationem decem dierum, sicut per scripturas publicas, ...*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D.: *Variarum*, Cap. 11, núm. 4: *Eam vero Madritia constitutione jus hoc executionis summariae concessum est privatis scripturis ac chirographis, modo eadem privata scriptura agnita sit coram judice ab ipso reo, siquidem producta apud judicem scriptura privata, statim ipsi reo praecipitur, utintra breve tempus ad judicem accedat, eam recogniturus ante litis contestationem, ...*

(35) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 90: *Quae praxis inanis mihi semper visa fuit, et judicavi registrationem chyrographorum modo supradicto factam ad nihil deservire posse, quia scriptura privata ex se, nihil probat... et ut aliquid probet, necesse est, quod aut ab scribente recognoscatur, aut testibus comprobetur, ... et tam ad effectum recognitionis, per subscribentis confessionem faciendae, quam ad effectum comprobationis per testes, debet citari subscribens; aut qui praetenditur obligatus, ut illi praejudicium inferat recognitio, aut comprobatio, …*

(36) PAZ, C.: *De tenuta,* Cap. 26, núm. 64 *et seq*.; PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum,* Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 3, núm. 122: *Unde infertur, quod instrumenta sic exemplata praeiudicium generare possunt solum his qui exemplationi interfuerunt, et eorum successoribus, aut haeredibus, aliis vero minime, nec quoad eos fidem faciunt, cum res inter alios acta non noceat, neque obliget, neque faciat ius inter alios.* BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 91: *Si ergo ante chyro-*

COVARRUBIAS DE LEYVA: *Primum igitur unica sit de chirographo in hunc modum concepta conclusio: Privata scriptura, quae chirographum est, fidem plenam facit, si probetur, eam ab eo contra quem producitur, scriptum aut subscriptam parti fuisse* (37).

Por el contrario, una vez anotado el documento quirografario sin el reconocimiento de la subscripción, ni de la citación de las partes, el registro efectuado carecía de validez, porque, aunque se tomara una copia del mismo, esta no probaba la veracidad del documento, ni que hubiera sido escrito o subscrito por cualquier mano, porque, a tenor de la doctrina foral, en estas debían estar siempre verificadas y citadas las partes interesadas antes de su presentación registral, lo que garantizaba que no se pudiera lesionar sus intereses jurídicos: *At, registrato chyrographo absque recognitione subscriptionis factae, cum citatione partis, ad quid deservire potest registratio? Nam etsi a regestro sumatur copia, haec non probabit chyrographi veritatem, neque manu alicuius scriptum, aut subscriptum, quia haec semper verificari debent, ostenso ipso registro chyrographi, et citata parte, ut possit damnum adferre interessatae* (38).

2.2. LAS CARTAS DE LOS PRÍNCIPES, LAS BULAS APOSTÓLICAS, LAS SENTENCIAS U OTROS DOCUMENTOS

De igual forma, en los libros de la Curia Civil se registraban los escritos de los príncipes, las bulas o los diplomas pontificios, las car-

---

graphi registrationem fieret recognitio, aut subscriptio testibus probaretur parte citata, utiliter fieret registratio, quia scriptura privata recognita, aut cum citatione partis comprobata, publice equiparatur scripturae… Et sicuti publica scriptura privata, et fidem faceret copia a registro sumpta, respectu illius, aut illorum, cum quorum citatione probata fuerit subscriptio, aut recognitio facta. BARBOSA, A.: *Collectanea Doctorum*, Tom. 1, Tít. 22, *De fide instrumentorum*, Cap. 2, núm. 5: *Unde apud Hispanos privatae scripturae recognitae a partibus operantur effectum, ut per eas possit procedi per assignationem decem dierum, sicut per scripturas publicas*.

(37) COVARRUBIAS DE LEYBA, D.: *Practicarum quaestionum*, Cap. 23, núm. 2: *Probatur vero, privatam scripturam ab eo, contra quem producitur, scriptam fuisse, vel subscriptam per ejus propriam confessionem et recognitionem*; PARTIDAS 3,18,119.

(38) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 91. Cfr. BARBOSA, A.: *Collectanea Doctorum*, Tom. 1, Tít. 22, *De fide instrumentorum*, Cap. 2, núm. 5.

tas emanadas en los reinos extranjeros, así como cualquier documento, provisión o sentencia de la que se desease tener constancia, alcanzando especial relevancia registral los juicios en los que se determinaba y se verificaba la cuantía de las tutelas compartidas, así como el conjunto de sentencias judiciales –ya fueran de los jueces ordinarios o delegados– o arbitrales (39), porque, para su ejecución (40), se requería que las mismas hubieran sido previamente registradas: *Et in praxi nostra non exequntur nisi prius registrentur in Curia Justitiae in Civilibus, aut in Curia ordinarii judicis, ubi petitur earum executio* (41).

Explícitas son las palabras de BAS Y GALCERÁN, quien, como "experto en nuestra Curia de Justicia Civil", había realizado "estos registros con sumo cuidado y con legítima inquisición". Así, nos informa que, "en su tiempo, estas cosas eran maravillosamente explicadas gracias a la pericia de Miguel Crespo, maestro de actos de esta Curia, ahora, sin duda, es maravilloso por causa de la gran pericia de Luis AÑÓN y Jerónimo SANCHÍS, notarios, quienes, tanto en los ya mencionados registros, como en los negocios del foro de la citada Curia, siempre proceden claramente, como bien lo hemos notado": *Et sane expertus sum in Curia nostra Justitiae Civilis, summa cura, et legitima inquisitione praeuente, has fieri registrationes, propter magnam peritiam scribarum, …, ... suo in tempore haec mirabiliter*

(39) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 93: *Sententiae arbitrorum non exequuntur per judicem ordinarium, nisi prius registrentur.*

(40) D. 42,1,15,pr.: *A divo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, ut iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi, qui eos dederunt*. Cf. FURS 7,4,5: *Curia mandet executioni testamenta et sentencias et dicta arbitrorum et pactiones et transactiones sive amiccabiles compositiones factas inter quoslibet*.

(41) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 92: *Registrantur in libris praedictae Curiae Civilis, principis rescripta, diplomata Pontificia, literae e Regnis exteris emanatae, et quaelibet instrumenta, provisiones, aut sententiae, quae desiderantur haberi salvae, et specialiter, judicium calculatorum ad dispungenda compota tutelae, et curae, et sententiae judicum delegatorum registrantur, nam hujusmodi sententiae debent exequi per judicem ordinarium*. MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Tít. 1, núm. 1: *Publice interest quod iuris sui distributio, inter litigatores per sententia facta, effectum fortiatur; quem non obtineret nisi sua Judicibus, rebusque judicatis constaret auctoritas, ….*

expediri, propter peritiam Michaelis Crespo in hac Curia actorum magistri, nunc mirabilius sine dubio fit, propter magnam peritiam, et experientiam Ludovici Añon, et Hieronymi Sanchis notariorum, qui tam in supradictis registrationibus, quam in negotiis forensibus praedictae Curiae, oculatissime semper procedunt, ut satis notum habemus (42).

3. EL VALOR PROBATORIO –LA FE REGISTRAL– DE LOS DOCUMENTOS Y DE LAS COPIAS REGISTRADAS POR EL NOTARIO

Una vez se hubieran cumplimentado los requisitos legales, ya fuera en el ámbito judicial como extrajudicial, los documentos alcanzaban plena fe (43), por lo que las copias elevadas del registro no carecían de una menor autoridad que si fuesen elevadas al protocolo de un notario de Valencia (44):

Más en particular, la doctrina incidirá en que si el original de un documento se perdiera, no sería necesario buscarlo a lo largo del Reino o en el lugar donde fue recibido, porque, una vez registrado, *succedit loco matrices et prothocoli* (45):

(42) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núms. 93-94.

(43) BARBOSA, A.: *Collectanea Doctorum*, Tom. 1, Tít. 22, *De fide instrumentorum*, Cap. 2, núm. 12: *Quinto limita in privata scriptura reperta in archivio publico, ..., scripturae autem extractae ex archivio Episcopali, dicuntur extractae ex archivio publico, et plene probant, ..., ubi fuit dictum eandem fidem dandam scripturis extractis ex archivio Cassinensi, quia archivium illius Monasterii Cassinensis publicum est, et publicae confert utilitati, ac publice custoditur, quo casu scripturae ab illo extractae probant, ..., et non solum probant inter personas illius territorio subjectas, ..., sed etiam extra territorium archivii, cum habeat et custodiat scripturas pertinentes ad totum fere orbem*; SESSÈ, J. DE: *Decisiones, Decisio* 21, núm. 6.

(44) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm 95: *Ex his registrationibus, magna resultat utilitas, quia instrumentis, modo supradicto registratis, tam in judicio, quam extra judicium plena fides adhibeatur, et copiis intrumentorum a registro levatis, non minor datur authoritas, quam si levatae fuissent a prothocolis tabellionum Valentiae*.

(45) SCACCIA, S.: *Tractatus de iudiciis caussarum*, Lib. 2, Cap. 11, número 740: *Ut non habeat locum in exemplum, seu sumpto ex expeditione emanata hic in Curia a Papa, seu per viam Datariae, sive per viam cance-*

BAS Y GALCERÁN: *Et si originale instumentum fuerit deperditum, non erit necesse illud quaerere in Regnis longinquis, aut loco, ubi receptum fuit, sed poterunt unum, vel plura exemplaria, ex archivo publico, et registrationum libro levari, cum tunc regestrum, succedat loco matricis, sive prothocoli, remanentis penes tabellionem receptorem, multoties in longinquis partibus degentem* (46).

El valor probatorio del instrumento elevado a registro público se constata cuando se sostiene que este posee idéntica fuerza probatoria que el inscrito en un protocolo notarial, incluso aunque se hubiera perdido o extraviado –*Instrumentum a regestro levatum, eodem modo probat, ac levatum a prothocolo* (47):

Baldus DE UBALDIS: *Instrumentum si est registratum, et postea originale deperditum, standum erit registrato* (48).

---

llariae, seu alia via, ut puta in transumpto ex aliqua dispensatione, facultate, legitimatione, aut alio privilegio: quia nunquam requiritur aliqua citatio partis, aut auctoritas iudicis, et ita semper seruatur sine ulla controuersia, número 741: *et ratio est, quia omnium priuilegiorum, seu expeditionum, emanatarum a Curia, remanet copia in registri*, núm. 742: *... quae registra praesertim bullarum, licet sint copia, originalium, tamen loquendo de registris bullatum, retinem vim, et naturam originalium, seu prothocolli ut scribit.*

(46) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 96; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núms. 32-33: *Secundus est, quod si deperdium fuerit exemplar, ab Archivo aliud desumi potest, cui pariter fides plena tribuitur, ... nam tunc regestrum Archivi publici succedit loco matricis, sive protocolli originalis, remanentis penes Tabellionem in partibus longinquis, … et hoc jure utimur, tam in judicio quam extra judicium*.

(47) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 97: *Et sicut instrumentum a prothocolo extractum fidem facit, ita instrumentum a regestro levatum, etiam si prothocolum non appareat, aut deperditum fuerit, …* ; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Capítulo 9, Tít. 4, núm. 32: *Secundus est, quod si deperdium fuerit exemplar, ab Archivo aliud desumi potest, cui pariter fides plena tribuitur, ... nam tunc regestrum Archivi publici succedit loco matricis, sive protocolli originalis, remanentis penes Tabellionem in partibus longinquis, …*

(48) UBALDIS, B. DE: *In VII. VIII. IX. X. et XII Codicis Libros Commentaria*. Venetiis, 1615. *De re juidicata Rubrica*, 7,52, 16, *Gesta*, núm. 18: *Quaero, quod si instrumentum est productum in iudicio, et registratum, sed postea principale, sive originale est perditum. Respondeo cum ex officio Notarius registrat, talis scriptura dicitur authentica, et ideo dicunt, quod re-*

No obstante, como reconocerá la propia doctrina foral, "esto no quita para que estos documentos registrados puedan ser impugnados si hay alguna sospecha contra ellos –*vetusta charta cum recenti scriptura* (49)–, porque, por el registro, no se suprime esta facultad" –*Sed hoc non tollit, quod haec instrumenta registrata possint impugnari, si aliqua suspitio contra illa resultet, quia per registrationem, non aufertur haec facultas* (50):

c. 6,X,2,22.

Secundo, quia quum charta vetustissima videretur, recentior apparebat scriptura, tanquam non illo tempore facta fuisset. … Rursus cum cera sigilli ab interiori parte vetustissima esset, cera, quae posita erat ab exteriori parte, quasi ad conservationem sigilli, recens erat et mollis. Quod quum diligenter investigatum fuiste, certo certius est compertum, quod sub vetusto sigillo charta fuerat perforata, et per glutinum novae cerae, quae posita fuerat exterius, quasi ad conservationem sigilli vitiose fuit ipsi chartae subiunctum.

MATHEU Y SANZ: *licet per hoc non excludatur facultas impugnandi haec instrumenta registrata, si aliqua suspicio reperiatur* (51).

---

curratur ad registrum. VALENZUELA VELAZQUEZ, I. B.: *Consilia sive responsa iuris,* Lugduni, 1671. *Consilium* 105, núm. 19: ... *instrumento registrato etiam originali perdito esse standum*; núm. *20: quod in istis antiquissimis non expedit probare, quod Notarius fuerit Notarius, quia ex ipso actu antiquo oritur pro eo fauorabilis praesumtio*.

(49) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars* 1, *Observatio* 23, núm. 22.

(50) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 98.

(51) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 30: *Ex qua praxi binus effectus utilissimus resultat. Primus quod instrumentis modo praemisso registratis fides adhibeatur, tam in judicio, quam extra, non secus ac si fuissent testificata per Tabellionem urbis, vel Regni Valentiae; quia cunctis notum est examen quod intercedit, ut registrata in ea Curia adhibeatur: licet per hoc non excludatur facultas impugnandi haec instrumenta registrata, si aliqua suspicio reperiatur, ...*; núm. 31: *Ea nimirum rationem, quia ex eo quod instrumentum reperiatur in Archivo publico, supponendum est similem scripturam habere solent, non autem quod natura, vel speciei illius mutetur, et conservatur in uberiorem; neque quod defectus visibiles, ex ipsius visceribus pullulantes, sanati censeantur, ...* CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes*, Pars 1, Observatio 23, núm. 21; núm. 38: *Restat igitur ex his suspicio de falso instrumento, etiam propter acta noviter producta eisque fidem non esse adhibendam*. Cfra. SCACCIA, S.:*Tractatus*

Ahondando en esta línea argumental, la doctrina foral sostendrá que la fuerza probatoria de los documentos registrados en la Curia Civil se hallaba en los archivos públicos (52), quienes daban plena fe de los instrumentos recepcionados y registrados, por lo que "en efecto, siempre se presume que el documento que se encuentra en el archivo público es fiel y auténtico, y ofrece fe; antes bien, si se encuentra fuera del archivo, no merece fe", por lo que, siguiendo el sentir de la doctrina del *mos italicus* tardío (53), se entiende que es

---

de iudiciis caussarum, Lib. 2, Cap. 11, núm. 778: *Ut non habeat locum in scripturis, quae habuerunt initium ab habentibus interesse, quia tunc non posset sumi ab illis probatio, quamuis essent repositae in publico archiuio*; núm. 780: *... quando scriptura reperta in archiuio, esset exemplum, ut puta, si ipsa scriptura dicat, illud esse exemplum; quia tunc non probat, quamuis sit sumpta ex publico archiuio*; núm. 786: *ut habeat locum solum in istis requisitis, denontatibus tempus, secus in aliis requisitis substantialibus probationis, ut puta, quia scriptura, reperta in archiuio, sit cancellata, ut sit abrasa, seu aliter suspecta, vel si scripta manu unius priuati, quia tunc non probaret, quamuis esset reperta in archiuio... dicens, quod illa scriptura reperta in archiuio, non faciebat fidem, quia non erat scriptura publica, sed priuata, ex quo in fine instrumenti dicebatur: Ego Franciscus Candatellus; et tamen non dicit, rogatus, et quia non erat additum signum Notarii*.

(52) La necesidad de que el Archivo sea público y no privado lo hallamos en PUTEUS, J.: *Decisiones d. Iacobi Putei Iurisconsulti...* Lugduni, 1583. *Decisio* 186, núm. 2: *Proposui dubium, an instrumentum probationis ex Archivo de Monasterio de Petris Albis sit in forma probanti? Et Domini dixerunt, quod non, quia Archivum erat privatum, et non publicum, cum esset Archivum ipsius Monasterii, et eorum qui praetendebant habere interesse in causa, et ideo iura ein eo recondita ex solo Archivo authoritatem habere non debent, et cetera*, FARINACIUS, F.: *Decisione, Pars* 2, *Decisio 161*, núm. 3: *Non obstat dictum instrumentum, non esse in forma probanti, tanquam absque signo Notarii rogati; nam illud exemplum, non fuit ab eodem Notario rogato, sed ab Archivista Sermonetae in quo Archivo servabatur, huius Notarii, iam defuncti Protocolum, et sic ad instrumenti validitatem sufficit illud extractum fuisse ab Archivista, qui proprium in eo signum apposuit, ...*

(53) GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium*, Cap. 582, núm. 1: *Nam quamvis pretendatur illa esse reperta in archiuio, tamen hoc non sufficit, nisi etiam tales scripturae habeant testimonium authenticum, quod videlicet officialis praefectus archiuio attestetur esse scripturas archiui, non autem repertas in archiuio, cum possibile sit illas fuiste positas per priuatum*; SCACCIA, S.: *Tractatus de iudiciis caussarum,* Lib. 2, Cap. 11, núm. 576: *quod faciat mentionem de notula, seu original scriptura, a se facta, et quod instrumentum cum ea diligenter collationauerit, et concordare reperierit*; PAREJA

suficiente con la sola subscripción del archivero para que el documento archivado ofrezca plena fe (54):

> MATHEU Y SANZ: *Idem dicendum erit, si copia desumatur a publico Archivo: quia plenam fidem obtinet, ... qui accurate ponunt qualitates, quas habere debet copia desumpta ex Archivo publico, ut ei credatur: ... instrumenta namque desumpta ab Archivo publico, sola subscriptione Archiotae ubique probare constat, …*(55).

Finalmente, la fidelidad del documento registrado era tal que llevará a la doctrina estatutaria y, en particular, a la valenciana a sostener que si bien la impugnación parcial de un manuscrito afecta a

---

QUESADA, G.: *Praxis edendi sive tractatus de universa instrumentorum editione, tam a praelatis, quam iudicibus Ecclesiasticis, et saecularibus, litigatoribusque in iudicio praestanda,* Ludguni, 1668. Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 3, núm. 27: *… quando copia, siue trassumptum huiusmodi reperitur in Archiuo publico alicuius loci, siue communitatis, quoniam tunc huic instrumento fidem esse adhibendam observarunt;* núm. 29: *Primo enim requiritur, quod Archiuum fit publicum, et publica authoritate confirmatum.*

(54) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, número 99: *Quare tantam mereantur authoritatem, haec registra Curiae Civilis, non est difficile scire, nam cum in hac Curia reperiatur archivum publicum cum archiota, et omnibus aliis qualitatibus archivi publici, et libri registrationum, in archivo custodiantur, instrumentis ab archivo publico extractis plena debet adhiberi fides, praemaxime quando in libris archivi non describuntur, nisi adhibita omni diligentia, et studio, probataque illorum legalitate…;* PAREJA QUESADA, G.: *Praxis edendi sive tractatus de universa instrumentorum editione,* Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 3, núm. 38: *Archiota enim, siue Archiui custos deputatus, habet ex officio authoritatem extrahendi, et publicandi instrumenta in Archiuo reperta, perinde, ac si esset successor illius Notarii, qui de instrumentis fuit rogatus.*

(55) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 27. Asimismo en núm. 28: *Ex quibus dici posset originem duxisse praxim in Civitate Valentiae ab antiquissimo tempore observatam, registrandi nempe instrumenta antiquiora, vel extra Regnum confecta in Archivo Curiae Civilis, in qua reperiuntur libri, in quibus similia instrumenta registrari assuescunt, per ipsius Archivi Praepositu, sive Archiotam, ..., per nos nuncupatum Archiver, qui quidem accurate examinat litteras, subscriptiones, subsignationes, litteras testimoniales Judicum exterarum partium, sigilla et caetera, ...* CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes*, *Observatio*, 23, núm. 20: *Alterum medium haurit ex eo, quod in loco, et archivio publico fuerint reperta instrumenta: quod nec sufficiens est, nisi alia concurrant, ut suspecta videri non possint; quia licet interdum archivium publicum det robur scripturae non authenticae*.

todo el conjunto, esta únicamente prosperaba cuando se acreditaba mediante pruebas plenas, y no por meras presunciones o los indicios (56):

> CRESPÍ DE VALDAURA: *Quia ut instrumentum in parte supectum, fiat in totum suspectum, necessarium est, ut pars fiat suspecta plana et concludenti probatione, non praesumptiva* (57).

4. EL REGISTRO DOCUMENTAL

A la pregunta dónde deben registrarse los documentos, la doctrina foral esclarece la prolija praxis procedimental del Reino de Valencia.

[1] Con carácter general, se afirma que todo documento podía registrarse en las Curias Civiles de las ciudades y villas del reino, en las Curias de las Bailías Generales del Reino, en las Bailías de los lugares, de las ciudades y de las villas reales y en la Curia de la Gobernación (58).

[2] Con carácter particular, se reconocía que los documentos referentes al Real Patrimonio o al Fisco debían registrarse en el Archivo de la Bailía, en el cual se encontraban registrados los ori-

(56) FARINACIUS, P.: *Opera Omnia*. Francofurti et Norimbrigae, 1616-1693. *Quaestione* 152, núm. 11 *et* 34: *Immo nec etiam quando agitur de tollendo fidem instrumento, ex eo, quod aliqua ex parte sit falsum, praesumptiva probatio sufficit, sed de falsitate debet plene, et concludenter apparere… quod quando ex falsitate commisa in una parte alicujus scripturae, infertur ad falsitatem totius scripturae, tunc falsitas deducta ex solis praesumptionibus non sufficit ad facien cum hac illationem, prout dixi in prima distinctione*.

(57) CRESPÍ DE VALDAURA, C.: *Observationes*, *Observatio*, 23, núm. 15.

(58) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 101: *Sed an hujusmodi instrumentorum registrationes sicuti in Curia Justitiae Civilis fiunt, possint etiam fieri in caeteris Curiis Justitiarum Civitatum, et Villarum Regni, et in Curiis Bayuliae Generalis Regni, et Bayulorum Localium, Civitatum, et Villarum Regni, et in Curia Gubernationis, non erit otiosum videre, et ego distinguendum judicio, an instrumenta spectantia ad negotia alicujus Curiae desiderentur registrari, et in hoc casu, certum est, posse registrari, et custodiri instrumenta in eadem Curia, ad quam spectat negotium, et custodiri in archivo illius Curiae, fidemque facient copiae levatae a regestris praedictarum Curiarum*.

ginales de todos los privilegios y contratos reales, expidiéndose en el mismo todas las copias, las cuales alcanzaban pleno valor probatorio (59):

> *Senatus sententia lata et publicata per Ludovicum Boer, die 13 Julii 1673, ad favores Monasterii*.
>
> *… et sic decisum in hoc Supremo, in causa Monasterio Vallis-dignae, Monachorum Sistertiencium, cum Capitulo Almae Sedis Valentinae, Super Tertiis decimarum oppidi de Almusafes, in qua disceptabatur de viribus venditionis per Serenissimum Regem Aragonum factae, et ex comprobatione facta in Archivo Bajuliae…* (60).

[3] Con relación a "los negocios" propios de cada Curia, como podían ser las ofertas de bienes muebles, subastas, depósitos, alzamientos, devoluciones, etc., las actas de los mismos debían registrarse en la Real Audiencia o, en su defecto, en cualquier Curia o tribunal del Reino de Valencia –*et plenam facient fide* (61).

---

(59) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 101: *Qua propter, si tracteur de re spectante, ad Regium Patrimonium, vel Fiscum, quia in archivo Bayuliae reperiuntur originalia regestra, omnium Regiorum privilegiorum, et contractuum, poterunt levari a dicto archivo, copiae horum privilegiorum, et contractuum instrumentorum, et his copiis plena erit adhibenda fides, …* MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 36: *An autem idem dicendum sit respectu Archivi Curiarum Gobernationis, et Bajuliae generalis? In rebus spectantibus ad easdem Curias, sive gestis in eis, dubitari non valet; verbi gratia si tractetur de respectante ad Regium Patrimonium, vel Fiscum; quia in Archivo Bajuliae reperiuntur originalia regestra, omnium Regiorum privilegiorum, atque contractuum, et sic plena fides adhibenda erit copiis ab eo Archivo levatis, quod cautum est in foro 103 Curiae Anni 156*.

(60) ARV. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 473. Signatura 324.

(61) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, número 38: *Sed de negotiis privatorum, quae in eisdem Curiis non geruntur, contrarium verius est, nam de eis in istis Curiis non tractatur, neque qui de illis Archivis curare solent, habent puritiam aliorum negotiorum: qui enim de Archivo Curiae Gubernationis curabat, tempore quo munus Assessoris obtinebam, prorsus imperitus erat in negotiis ipsius Curiae, et aliarum.*; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 102: *Idem erit dicendum de rebus spectantibus ad Curiam gerentis vices generalis Gubernatoris, ut si de visitationibus Villarum Regiarum, aut aliis trateur, nam poterunt levari copiae instrumentorum ad haec dictae Curiae custoditis, et plenam facient fidem,… Et in omnibus aliis Curiis Justitiarum, et Bayulorum, ubi debent*

[4] Si lo que se deseaba era el registro de documentos referentes a negocios privados, *solum debent registrari in Curia Civili*, por lo que, si se procedía al registro en cualquier otra Curia, el registro no era válido, y el documento carecería de autenticidad, por no tener las personas que cuidaban de otros archivos la pericia, el examen y la fidelidad del archivero de la *Curia* de Justicia Civil, motivos que determinaba que se reitere que el registro no debía efectuarse en otra *Curia*, por ser la *Curia* Civil el único lugar donde alcanzaban plena veracidad las copias de los documentos (62).

[5] Finalmente, la literatura jurídica valenciana menciona cómo el registro se realizaba mediante una sumaria información testifical, sin previa citación de las partes (63). Criterio que únicamente se veía

---

haberi libri, in quibus omnia negotia in Curiis actitata registrentur,... Idem erit dicendum, nam ab earum archivis, poterunt levari copiae instrumentorum, et earum rerum, quae actitata fuere, et eis fides adhibetur,… Eodem modo ex libris regestri Regiae Audientiae, ubi continuantur Regiae literae a Senatu expeditae, et alia multa, qui quidem libri per Scribas Regestri reguntur,... Poterunt etiam levari copiae Regiarum literarum, et executorialium, et cujuslibet documenti registrari, quibus dabitur, prout datur plena fides cum signo, et subscriptione scribae Regestri, … Cf. GRATIANUS, S.: *Disceptationum forensium*, Cap. 582, núm. 2: *Immo etiam debet constare de tempore repositionis huiusmodi scripturam in archiuio ad euitandum suspicionem, quod potuerint esse dimissae tempore litis pendentis;* PAREJA QUESADA, G.: *De universa instrumentorum*., Tít. 1, *Resolutio* 3, Cap. 3, núm. 37: *Et quod plus est exemplare, et traducere instrumenta in Archivo reperta, quibus fides adhibetur dummodo habeant subscriptionem Archiuistae*.

(62) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 103: *Si vero desiderentur registrari instrumenta ad negotia privatorum spectantia, de quibus non agitur particulariter in aliqua Curia, non debent registrari, nisi in Curia Civili, et si in alia Curia registrentur, et a registro leventur non erunt authentica, nam cum personae curantes de aliis archivis, non habeant peritiam illam in his, quam archiotae Curiae Justiciae Civilis, neque in Curia aliqua, aut archivo examinentur instrumenta, examine illo, et fidelitate, quam in Curia Civili Valentiae, haec registratio non debet alibi fieri, quam in Curia Civili, neque poterunt ab alio regestro levati copiae instrumentorum, ut fidem faciant, et eis omnino credatur*; MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 38.

(63) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 2, núm. 29: *... qui relatione facta Judici de cunctis ad fidem, et legalitatem spectantibus, ubi dubium emergit, adhibita causae cognitione summaria, testes examinat, ex quorum depositionibus comprobetur subsignantem vel legalizantes publicos Tabelliones esse earum partium, vel tales ibidem*

limitado cuando alguien deseaba que el documento no se registrara si no mediaba la previa citación de las partes, en cuyo supuesto se le permitía realizar una instancia preventiva, en la que solicitaba que el registro del *documentum* no se debía hacer sin la previa citación de las partes interesadas, lo que permitía cambiar la naturaleza del negocio jurídico: de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa (64).

Libellus praeventionalis, ut non registretur instrumentum, nisi cum partis citationis:

F. T. suplicant com millor pot, diu, que à sa noticia novament ha pervengut, que à instancia de F. T. es voldria passar à registrar en los llibres registres de la Cort de Justicia en les causes Civils de la present Ciutat, T. actes, rebuts en T. Regne, en virtut dels quals voldria passar lo dit F. T. à demanarli al suplicant diferents cantitats, è com los sobredits actes no vinguen en forma probant, ni ab aquelles calitats, que consemblants actes dehuen venir, ans be sien sospitosos; y per esta causa als drets del suplicant convinga, no es done loch à que es registren, sens iniuncciò del suplicant, y averiguant ab este medi, si estàn fe facients.

Per tant, et alias omni meliori modo, et cetera, Suplica sia manat al dit F. T. no passe à fer registrar los sobredits actes, sino es obtenint provisiò ab iniuncciò del suplicant pera haberlos de registrar, y al Escrivà de la Cort de dit Justicia, que sub nullitatis decreto, no passe à registrar los actes sobredits, que no sia precehint cogniciò de causa, y recahent provisiò de dit Justicia, ab iniuncciò del suplicant, pera que es registren; y que la present es mane evocar a esta Real Audiencia, y cometre à hu dels Nobles eo Magnifichs D. D. R. C. Quia eam, et cetera. Et licet, et cetera.

Evocata Altissimmus, et cetera.

Jesus, M. Die I Octobris 1687.

Intimetur.

F.T.(65)

---

reputari, quibus legitime praemissi registrari instrumenta jubentur; BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 104: *Et ut nihil praetermitamus, esto registrationes in nostra praxi fiant nulla parte citata, sed sola testium summaria informatione adhibida, …*

(64) GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, número 105: *Si aliquis desiderat, ut instrumentum non registretur, nisi cum illius citatione, potest instantiam praeventionalem facere, petendo, quod instrumenti registratio, non aliter fiat, quam illo citato, quo facto debebit fieri registratio parte citata, nam illud, quod voluntariae jurisdictionis erat, per instantiam praeventionalem factam, transfertur in negotium jurisdictionis contentiosae*.

(65) GALCERÁN, N.: *Theatrum Iurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 2, núm. 107.

LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON EL CUMPLIMIENTO

Concepción Rodríguez Marín
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Granada

SUMARIO

I. CUESTIONES PREVIAS

II. LA INTENCIÓN DEL CODIFICADOR DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL
   1. La unificación europea en la contratación
   2. La Propuesta en el marco del vigente Código Civil

III. ESTRUCTURA Y CONFIGURACIÓN DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN EN SEDE DE CUMPLIMIENTO. FORMAS ESENCIALES DE CUMPLIMIENTO

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN LA PROPUESTA Y EN EL CÓDIGO CIVIL

V. CONSIDERACIONES FINALES

I. CUESTIONES PREVIAS

La materia de las Obligaciones y Contratos, regulada en nuestro actual y vigente Código Civil (en adelante, CC) –Títulos I y II del Libro IV, arts. 1088 a 1314–, apenas ha sufrido cambios desde su promulgación (1). De acuerdo con el principio, recogido en el artículo 3-1.º del CC, de que las normas han de ser adaptadas a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse, hemos de reconocer que la aspiración universal de lograr un Derecho privado unitario que atienda fundamentalmente a las demandas transfronterizas, exige un replanteamiento del contenido y principios que informan las Obligaciones y los Contratos, distante ya del previsto en las Bases 19 y 20 de la Ley de 1888 (2).Y así lo ha comprendido nuestro legislador en materia tan delicada, por señalar un ejemplo, como es la situación de insolvencia, unificando normas civiles y mercantiles, superando los conceptos diferenciados de *concurso*, para insolven-

(1) Donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales que fueron promulgados y en vigor desde 1889. Sería exagerado, señala la propia Exposición de Motivos de la Propuesta, hablar de la necesidad de una perentoria reforma, pues los conflictos que en esta materia se han podido plantear han sido y están siendo solucionados por la vía jurisprudencial y doctrinal, aunque señala que la conveniencia es indiscutible. Comisión General de Codificación, "Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", Sección de Derecho civil. *Boletín de Información.* Año LXII. Enero 2009. Ministerio de Justicia. Gobierno de España, Apartado I. P. 9.

(2) Dichas Bases establecen como principios generales a tener en cuenta en materia de obligaciones y contratos las reglas del caso concreto, el concepto histórico de la mancomunidad en función de la divisibilidad o indivisibilidad del objeto, los efectos del vínculo como elemento esencial de la obligación en las distintas clases de obligaciones, la simplificación de los modos de extinción, la prueba de las obligaciones en armonización con la Ley de Enjuiciamiento Civil, respetando legislaciones especiales vigentes, e incluso la exigencia de constancia por escrito para la ejecución en juicio del cumplimiento (Base 19). En relación con los contratos en la Base 20 se señalan a los mismos como meros títulos de adquirir conforme a la voluntad coincidente de las partes, excepto en los casos de especiales solemnidades formales, el consentimiento, la capacidad para celebrarlos, así como la aplicación a los mismos de los principios de las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden.

tes civiles o no comerciantes, y de *suspensión de pagos* y *quiebra*, para insolventes comerciantes, tratando solo una situación única de insolvencia o de concurso, siguiendo la expresión clásica de los tratadistas del siglo XVII que, sin dejar el vocabulario procesal europeo, no olvidaron acudir a normas de Derecho Internacional (3) y por supuesto a la inspiración facilitada por la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) (4).

No debemos olvidar que paralela a la Propuesta del Código Civil, el Ministerio de Justicia también ha publicado otra Propuesta de reforma del Código de Comercio (5), también referida al régimen de las obligaciones contractuales, junto con otra Propuesta, en este caso de la Sección de Derecho civil, referida a la compraventa civil, de 2005. Cada una de las Propuestas aludidas persiguen actualizar el Código de Comercio de 1885 y el Civil de 1889. La civil y la mercantil constituyen un paso cualitativo importante en el proceso legislativo español para la modernización de las obligaciones contractuales (6), en el caso de que se llevase a cabo.

En cualquier caso, no podemos, en un proceso de modernización y reforma del Código Civil de los Contratos, estar ajenos a la Propuesta

(3) Por ejemplo, el Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, donde se establecen normas comunes en cuanto al Tribunal competente para incoar el procedimiento de insolvencia al Derecho aplicable y el reconocimiento de las resoluciones en caso de que un deudor –tanto si se trata de una sociedad o de un comercio como de un particular– se encuentre en situación de insolvencia. Su objetivo es impedir que el deudor desplace sus haberes o el procedimiento inicial de un país a otro con el fin de mejorar su situación desde el punto de vista jurídico.

(4) Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, acometida, entre otros motivos, por la insuficiencia de las leyes nacionales y la disparidad de las mismas.

(5) Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio. Parte General sobre Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia.* Sección Derecho Mercantil. Año LX, 1 de febrero de 2006, número 2006.

(6) FENOY PICÓN, N.: **La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento.** ADC. T. LXIII. 2010. Fas. 1.º, p. 51.

de reforma del Código de Comercio en materia contractual, siendo un deber de la comunidad científica la discusión de ambos proyectos.

La masificación y formulación estandarizada de los contratos, en la que se idean modelos pro-forma de los negocios (7) que predisponen a la adhesión y no al genio creador de la autonomía de la voluntad, presiden la demanda de una globalización y las llamadas operaciones transfronterizas propias de un Derecho mercantil universal, que encuentra su génesis en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), y adoptada en Viena en 1980 a través de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (8) (en adelante, CISG).

Dicho texto permite un mayor grado de evolución y aproximación en los distintos ordenamientos jurídicos, incluidos los de origen anglosajón o de *Common Law,* y ha impulsado a países como Alemania a promulgar una Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones en 2001, propiciando un posterior y ya considerado unificado Código Civil (BGB 2002) (9), dando lugar, tal y como se expresa la Exposición de Motivos de la Propuesta de Modernización del Código Civil, a una reforma o modernización de nuestro Código Civil, con una doble intención: por un lado, que la suerte de las obligaciones y de los contratos debe concordar con un mejor y mayor desarrollo económico, y por otro, que el Derecho español debe aproximarse a los ordenamientos europeos, potenciando, de esta manera, las llamadas operaciones transfronterizas.

(7) *Vid.* Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifican algunos artículos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En ella se opta no solo por la adaptación a la normativa comunitaria, sino también por la mejor y mayor celeridad en la constitución y funcionamiento sobre todo de las pequeñas y medianas empresas, simplificándose las condiciones para la creación y el funcionamiento de las empresas.

(8) Convención de 1980, vigente en España desde 1991 e inspirada en el Derecho anglosajón.

(9) También Holanda (Código Civil de 1992) y Portugal (Código Civil de 1966) optan por la incorporación en sus textos de las reglas unificadoras o de aproximación europea, en materia de obligaciones y contratos, en consonancia con los textos armonizadores y con Códigos como el BGB.

II. LA INTENCIÓN DEL CODIFICADOR DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

El análisis de los distintos preceptos del Anteproyecto de Modernización que nos ocupa, exige desde luego que se tengan en cuenta el desarrollo económico presente y las disposiciones de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que, junto con cuestiones no por ello menos importantes, han sido las bases que han ocupado y preocupado a los codificadores de la Propuesta (10), que, como tal, es blanco de luces y sombras, dudas, temores y críticas de todo tipo, pero que sin lugar a dudas la alaban y enriquecen (11) en sus postulados y alternativas.

El texto proyectado se nos presenta como un instrumento cohesionador, unificador y garante de las obligaciones y contratos, en la medida que contiene, y de eso no tenemos dudas, reglas más que aptas para gobernar las relaciones entre ciudadanos, entre los particulares, en tanto que abarca los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil, artículos 1088 a 1235 y 1236 a 1314, respectivamente. En total 226 artículos que alteran de modo sobresaliente la Parte General de las Obligaciones y Contratos tal y como está estructurada en el articulado del vigente CC.

Propuesta de *lege ferenda* y de *soft law* o Derecho de no obligado cumplimiento, ya que es un punto de partida, no solo para cualquier estudioso del Derecho, sino para el propio aplicador del mismo. Son muy variados y distintos los textos que conforman este Derecho blando o *soft law* que ayudan e invitan a la aproximación a la armonización, en definitiva a la tan perseguida unificación del Derecho de

(10) En concreto a todos los prestigiosos e ilustres juristas que componen la Sección Primera, o de lo Civil, de la Comisión General de Codificación.

(11) DURÁN RIVACOBA, R. Resalta la calidad y relieve de la Propuesta, largamente meditada y emprendida a lo largo de mucho tiempo y esfuerzo, y que debemos los estudiosos agradecer, sobre todo porque no constituye una tarea definida por el interés crematístico, sino también por el social y jurídico. **"Apunte sobre la Propuesta de Reforma del Derecho de Obligaciones y Contratos".** En *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma.* Coordinado por José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier GARDEAZÁBAL DEL RÍO y Pedro José GARRIDO CHAMORRO. Consejo General del Notariado. Civitas, 2010, p. 222.

las Obligaciones y Contratos, y que desde luego han sido fuente de inspiración para los redactores de la Propuesta.

Destacar entre ellos: **Los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales** (en adelante, PU). **Los Principios Europeos de Derecho de Contratos,** elaborados por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL). **El Código Europeo de Contratos presentado por el Grupo de Pavía en 2001** (en adelante, AvCEC). También **Los Principios de Derecho contractual comunitario** *"Acquis principles"* (en adelante, P. *Aquis*), extraídos del acervo comunitario (12), los cuales, al tratar materias de Derecho contractual europeo y ser de obligada trasposición a los ordenamientos nacionales, han influido en las legislaciones nacionales más allá de lo que era estrictamente impuesto por la Unión Europea. Y por último, **El Marco Común de Referencia**, con fecha 2009 (en adelante, DCFR), elaborado con la pretensión de ser una de las claves para la unificación europea del Derecho privado, así como fuente de inspiración para la enseñanza del Derecho en Europa y por supuesto para el legislador (13), ya que aborda de forma integral el régimen jurídico del cumplimiento, ya que regula tanto el lugar del pago, como la fecha, el pago anticipado, el orden de pago en las obligaciones alternativas, el pago por medio de tercero, las distintas

(12) Desde que en 1985 se dictaran las primeras Directivas, el Derecho comunitario de contratos se ha visto incrementado, y aunque se circunscriben mayormente en el ámbito de la protección del consumidor (Directiva 1999/44/CEE, sobre determinados aspectos de la venta de bienes de consumo y sus garantías. Directiva 1990/314/CEE, sobre los Viajes Combinados, entre otras), también afectan evidentemente al ámbito de la empresa, por ejemplo, podemos destacar las Directivas sobre morosidad 2000/35/CEE en los pagos, comercio electrónico y transferencias mercantiles.

(13) Los PECL, considerados también como el método *ius comparatista,* fueron la base sobre la que se estructura el DCFR, ya que en ellos se plasman las tan importantes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, lo cual sin duda favorece que el Derecho privado deje de ser un instrumento dirigido al mercado, para integrar valores propios de los códigos civiles de los Estados miembros, sin dejar de lado, del cual también se nutre el acervo comunitario existente y presente en los P. *Acquis*. ARROYO I AMAYUELAS, E.: **La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario**. *Derecho Privado Europeo. Estado actual y perspectivas de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007). Civitas, 2008, p. 80.

formas de pago en función sobre todo del tipo de moneda utilizada, también la imputación de pagos, las soluciones a la negativa al cobro, todos los costes derivados del cumplimiento, dejando en último lugar la eficacia extintiva del pago (14).

1. LA UNIFICACIÓN EUROPEA EN LA CONTRATACIÓN

La idea armonizadora como fin último o principal de la unificación en materia de contratación, persigue el intentar no solo la aproximación adecuada a nivel sustantivo o material, sino también procesal, facilitando la cooperación judicial y evitando en lo posible los conflictos de normas entre los distintos Estados de corte continental y anglosajón.

Esa pretendida unificación (15) persigue, entre otras muchas finalidades, conseguir reglas más que aptas para gobernar las relaciones entre ciudadanos, entre particulares, y que incluso estas, en el uso del principio de la autonomía de la voluntad, planteen la posibilidad de que libremente puedan utilizarlas o invocarlas las partes implicadas en la relación, tanto y no solo en el contexto de las relaciones transnacionales, sino también en las nacionales (16),

(14) NANCLARES VALLE, J.: "Libro III. Obligaciones y derechos". Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español. Coordinador: VALPUESTA GASTAMINZA, E. Bosch, 2011, p. 168.

(15) Creemos más adecuadas las expresiones **aproximación y/o armonización**, en tanto en cuanto conseguir una **unificación** en el sentido gramatical de la palabra es tarea difícil o prácticamente imposible. La diversidad y variedad de ordenamientos implicados invitan a la aproximación y/o armonización, respetándose las reglas propias de cada ordenamiento jurídico.

(16) DÍEZ-PICAZO, L.: señala la presencia en los últimos meses, incluso años, en algunas sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo (STS), de los PECL, para decidir algunas cuestiones o para reflexionar sobre ellas. Tales invocaciones, para lo cual nos ilustra con dos STS de 30 de octubre de 2008 y 17 de diciembre de 2009, referidas a supuestos de incumplimiento, justifican que se acuda a tales Principios e incluso a la Convención de Viena de 1980, en cumplimiento del mandato de la interpretación con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica.

Aclara a este respecto que los PECL no son un conjunto normativo y que no puede hacerse valer como tal, y que aun gozando de gran prestigio, el citarlos como argumentos, probablemente no obtiene otra finalidad que compartir ese prestigio. Por todo ello, no podemos, ni debemos, ex-

en tanto en cuanto podemos a día de hoy considerarla una *oferta adicional* que resuelva conforme a mejor Derecho o conforme al ya denominado *soft law* o Derecho blando de no obligado cumplimiento, con la finalidad de obtener una mejor y mayor garantía de los intereses implicados a nivel nacional y por supuesto más allá de nuestras fronteras.

Pensemos en un particular español que vende un producto a un ciudadano alemán, francés o italiano. En principio las partes pueden servirse de las reglas del Derecho Internacional privado para exigirse cada uno el cumplimiento que les incumbe, lo que implica ir al Derecho español, alemán, francés o italiano, o pueden llegar a un acuerdo sobre qué Derecho aplicar. Pues bien, esa *oferta adicional* a la que antes nos hemos referido les brinda aun la posibilidad de dejar de aplicar cualquier Derecho nacional sin perspectiva europeísta, como es el caso de la regulación actual y en vigor del CC, y optar por regir sus relaciones por un Derecho común europeo, por un Derecho contractual europeo (17). Esa es la finalidad de la Propuesta de reforma, ajustarse a lo hasta ahora elaborado a nivel europeo a través de los llamados textos armonizadores, y así establecer unas reglas acordes, no solo con las directrices del Derecho comparado y de tales textos, sino también de los principios extraídos de la obligada trasposición y posterior aplicación de las Directivas (18).

---

traer de la costumbre que va adquiriendo nuestro Tribunal de citar PECL, para buscar consecuencias distintas. **Tribunal Supremo y Principios Europeos**, en *Noticias de la Unión Europea. Estudios y notas* (Derecho privado europeo). Junio 2010, pp. 79 y 85.

(17) SCHULZE, Reiner: **El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo**. *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales* (Actas del Congreso internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007). Dykinson, 2009, pp. 59 y 60.

(18) No podemos olvidar que desde los años 80 la Unión Europea, a través de las Directivas ha incrementado las normas de Derecho privado destinadas a la armonización de muchos aspectos del mismo, sobre todo en el campo de la protección del consumidor, en principio con propuestas de mínimos en dicha materia y de carácter puntual, hasta llegar a proponer una Directiva, 2008/0196 (COD), de máximos, sobre Protección de los derechos de los consumidores. Propuesta que por su amplio ámbito de aplicación ha sido sustituida recientemente por otra [Propuesta de Directiva 2010/1379 (COD)], en donde se produce un amplio recorte en lo que

Cuestiones tanto de índole económica como jurídica justifican tal unificación (19), la diversidad jurídica en el campo civil puede suponer una circunstancia y un riesgo capaz de falsear el principio del libre mercado, así como de dudas acerca del Derecho extranjero aplicable. Todo ello invita a la idea de la unificación, no por ello ausente de problemas de toda índole (20), esto es, competenciales, políticos, jurídicos.

2. LA PROPUESTA EN EL MARCO DEL VIGENTE CÓDIGO CIVIL

Es importante tener en cuenta y señalar la repercusión que la Propuesta, si alguna vez ve la luz como tal modificación del Libro IV de las Obligaciones y Contratos, puede tener en el seno no solo del propio Libro IV como en el conjunto del Código Civil. Quizás sea de desear el llevar a cabo en primer lugar una armonización, reordenación y reestructuración a nivel interno para posteriormente acometer la reforma proyectada y así evitar la circunstancia de que se produzcan no solo reiteraciones (21), sino que se podría caer en

---

al tratamiento y regulación de los derechos de los consumidores se refiere. Ello facilitará no solo la trasposición del texto comunitario, sino que también creemos puede mejorar y ampliar la protección de los intereses económicos, sobre todo, de los consumidores y usuarios amparados por la regulación de la propuesta, ahora limitada a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y a la facultad de desistimiento del consumidor.

(19) SÁNCHEZ LORENZO, S.: **¿Hay que olvidar la idea de un Código Civil Europeo?** *Derecho Privado Europeo… Op. cit.,* pp. 379 y ss.

(20) Decía MONTESQUIEU que "Las leyes deben de ser de tal modo apropiadas al pueblo para el cual han sido hechas, que las de una nación sólo por un extraordinario azar pueden convenir a otra". Tal afirmación nos sitúa ante la siguiente pregunta: ¿No estaremos ante un problema, ante una pretensión insoluble? El propio MONTESQUIEU nos responde a tal pregunta: "Los legisladores, no deben legislar conforme a su fantasía, sino de conformidad con la naturaleza de las cosas".

(21) DURÁN RIVACOBA, R.: observa en el artículo 1911 del vigente Código Civil en relación con el 1089 de la Propuesta una repetición, en tanto en cuanto el 1911 se mantiene en todos sus términos, mientras que el 1089 proyectado redunda sobre lo mismo sin haberse suprimido el primero. *Op. cit.,* p. 233. Y lo mismo ocurre en relación con la identidad, integridad e indivisibilidad del pago.

una suerte de isla dentro del Código Civil, con dificultades de interrelación y, por qué no decirlo, de comprensión.

Abogar porque sea la jurisprudencia y también la doctrina la que establezca y señale las pautas de interpretación y adaptación de las reglas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no solo a nivel interno, sino también hacia el exterior (22), puede ser una solución a corto plazo o medio mientras esta Propuesta y otras proyectadas en el seno del Código Civil se materializan.

Ahora bien, creemos que la Propuesta debe ser aplaudida y bienvenida en el seno de todo conocedor e incluso aplicador del Derecho, así como de toda la comunidad científica, en tanto en cuanto es un punto de referencia único (23) para el avance, la reforma y la modernización del Derecho de las obligaciones contractuales.

III. ESTRUCTURA Y CONFIGURACIÓN DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN EN SEDE DE CUMPLIMIENTO. FORMAS ESENCIALES DE CUMPLIMIENTO

Aunque tanto el Derecho comunitario como el Derecho europeo se centran principalmente en el contrato, su formación, contenido, así como en las cláusulas no negociadas individualmente, no podemos dejar de lado una de las partes más dinámicas del contrato, como es el cumplimiento. A él nos referiremos en los siguientes apartados, tratando de conjugar el tratamiento del mismo en la Propuesta objeto de este estudio, en nuestro vigente Código Civil, en

(22) Recordar a este respecto la conocida cuestión prejudicial que todo juez español puede plantear ante el Tribunal de Justicia de la UE, para que se le dé respuesta o solución a una determinada controversia sobre el Derecho comunitario. El Tribunal resuelve con carácter vinculante para el juez español, por lo que se puede considerar como un instrumento en manos del aplicador del Derecho para la pretendida armonización y evitar que jueces de otros países de la UE actúen conforme a soluciones dispares, creando de este modo una clara inseguridad jurídica.

(23) FENOY PICÓN, N.: se muestra partidaria de la reforma hasta el punto de ver en ella la forma de lograr el convencimiento de una mayoría suficiente de juristas y políticos, aun cuando la oportunidad de la misma dependa de los agentes políticos. *Op. cit.,* p. 130.

otros cuerpos codificados de corte europeísta, en la medida que han sido tenidos en cuenta por los propios redactores de la Propuesta, así como en los ya mencionados textos armonizadores o de Derecho uniforme.

Las normas sobre cumplimiento son generalmente de naturaleza dispositiva, y solo por la falta de acuerdo entre las partes habrá que estar a las normas que lo regulen, ayudando a integrar e interpretar el contrato (24).

Las principales coordenadas del cumplimiento en el Derecho contractual europeo fueron establecidas ya por los PECL, en donde se contiene un capítulo específico para el cumplimiento (25), si bien su regulación es claramente fragmentaria en tanto se centra en aspectos básicos pero no únicos del mismo, como son el lugar, momento, cumplimiento anticipado, cumplimiento simultáneo, en las obligaciones alternativas, el cumplimiento por tercero, la forma de pago, así como los gastos (26). También el Texto de Pavía, conocido por Código Europeo de los Contratos (27), trata el cumplimiento quizás de forma más ordenada y completa, habiéndose inspirado el codificador de la Propuesta en muchas cuestiones y puntualizaciones en él señaladas como básicas para la perfecta ejecución del contrato. También los P. *Aquis* se refieren a aspectos puntuales del cumplimiento (28), incorporando tal y como es su función reglas propias del acervo comunitario, así como el propio DCFR (29), que, siguiendo la estela marcada por los PECL, se ocupa del cumplimiento (*performance)* en los aspectos más puntuales.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter eminentemente práctico de esta modalidad contractual, se observa que casi todos los

(24) ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: **"Cumplimiento e Incumplimiento. Responsabilidad Contractual"**. En *Lección 9.ª del Programa de Derecho Patrimonial Europeo.* Impartida en la Facultad de Derecho. Curso 2009/2010.

(25) Artículos 7:101 a 7:112.

(26) Una obra de referencia para el estudio y comprensión de los PECL es la monografía ***Los Principios del Derecho Europeo de Contratos.*** DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M., Civitas, 2002.

(27) Artículos 75 a 88. En este texto se opta por la expresión *"Ejecución del contrato y ejecución de ciertas obligaciones contractuales"* para referirse al cumplimiento.

(28) Artículos 7:101, 7:102, 7:103, 7:104, 7:202.

(29) 2.101, 2.106, 2.107, 2.110, 2.113.

ordenamientos europeos contengan reglas semejantes en terminología, finalidades y técnicas de regulación (30). De esta forma se presenta y así se queda estructurada en la Propuesta, como una de las materias menos polémicas y más armonizadoras, entre otras muchas razones, por la ausencia de grandes discrepancias entre las distintas familias jurídicas.

Así las cosas, la configuración y estructura del cumplimiento conforman unas particularidades y novedades a resaltar y a tener en cuenta como novedosas, y que a continuación pasamos a analizar, en tanto, tal y como se hacer ver en la Exposición de Motivos, lo que se persigue es retocar y mejorar las normas del cumplimiento y sus subrogados, introduciendo y siguiendo las líneas de los principios imperantes en esta materia, que no son sino los de Justicia contractual, Buena fe, Cooperación, *Favor creditoris,* Autorresponsabilidad y Confianza. Debiendo tales principios presidir las relaciones contractuales dentro y fuera de nuestras fronteras, no ser meros fines en sí mismos, sino medios para alcanzar fines superiores.

El Capítulo V de la Propuesta (arts. 1153 a 1175) presenta una estructura semejante en la línea de los Códigos latinos o modelo romano-germánico, sin olvidar, como ya hemos apuntado, el *Common Law*, quedando el capítulo nominado como **Del cumplimiento de las obligaciones** y no de los contratos, pretensión esta última que en alguna ocasión ha sido acariciada con la idea de aglutinar no solo la relación obligatoria, sino el contrato en sí mismo.

Ahora bien, quisiera destacar que el capítulo del cumplimiento queda configurado en la Propuesta con una sistemática y planteamientos muy particulares, en tanto en cuanto creemos que en el pensamiento del codificador se ha querido plasmar una regulación especial y única por una doble razón o con una doble intención:

1.ª Porque incorpora en su articulado, y en la Exposición de Motivos así se hace ver, la idea armonizadora, de aproximación, abogando por soluciones del Derecho uniforme, intentando conjugar lo que hay ya armonizado con lo que no, lo continental con lo anglosajón. En definitiva, ponerle el sello o la marca europea.

(30) FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: **"Cumplimiento y Extinción del Contrato"**. *Derecho Privado Europeo.* Coordinador: CÁMARA LAPUENTE, S. Capítulo 9, pp. 501 y 502. Colex, 2003.

2.ª Y también porque no está al margen ni ignorante a los planteamientos jurisprudenciales, legales y doctrinales de nuestro propio Derecho (31).

Por lo que podemos decir que es un texto, sobre todo en lo que al cumplimiento se refiere, que conjuga la europeización y/o armonización del Derecho de las obligaciones con una necesaria mejora y adaptación a nivel interno, acercándola no solo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, sino también a la del propio cuerpo legal en el que se encuentra inmersa, armando su propia estructura, respetando criterios legales, no solo del propio Código Civil, sino de leyes especiales vigentes, que de alguna forma demandaban o debían tener reflejo en el Código Civil en sede de Teoría General de las Obligaciones y Contratos, así como de los tan variados y numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, tampoco ignorados en la Propuesta que nos ocupa.

En cuanto a las formas esenciales de cumplimiento que como tal entiende la Propuesta, decir que el Capítulo V del Libro IV, al plasmar en su articulado el pago o cumplimiento y la consignación, ha podido considerarlas como las genuinas formas de cumplimiento, dedicando seguidamente el Capítulo VI a otras formas de extinción de la relación obligatoria (32). Podemos pensar que lo que el vigente Código distribuye en Secciones a partir del general, confuso y también calificado como incompleto artículo 1156 del vigente Código Civil, la Propuesta lo simplifica o altera distribuyéndolo en

(31) De nuestro especial y tampoco Derecho uniforme a nivel interno. Acometer una Propuesta de este tipo, aun cuando está claramente enmarcada en la regla 8.ª, apartado 1.º, del artículo 149 de la Constitución Española, no debemos olvidar los territorios con Derecho propio en donde a veces se legisla, yendo más allá de lo que es la permitida *"… conservación, modificación, desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan…",* proclamada en el mismo artículo. Todo ello acompañado por las competencias propias de las diecisiete Comunidades Autónomas que dibujan el mapa de España.

(32) Por ejemplo, la compensación (arts. 1176 a 1187), como otra forma de extinción y a la vez de liberación a través de la modificación u otras formas, y no del cumplimiento en sentido estricto, junto a capítulos también aparte referidos a la cesión de créditos (1214), asunción de deuda (1222 a 1225), delegación (1226), cesión de la posición contractual (1227), novación (1228 a 1230), remisión (1231 y 1232) y confusión (1233 a 1235).

Capítulos, queriendo, pensamos, dar a entender y/o dejar claro que el cumplimiento en sentido estricto es el recogido en el Capítulo V y lo demás considerarlas como otras modalidades de extinción de la relación obligatoria por causas distintas y diferentes al cumplimiento, tal y como este debe ser concebido.

Tal distribución nos sitúa y distingue claramente lo que es un verdadero y normal cumplimiento, esto es, la satisfacción tanto del interés propuesto por las partes como del tan importante y básico interés del acreedor a través del pago y la consignación, de otras modalidades, que aun cuando pueden liberar al deudor, no consiguen lo que inicialmente les llevó a crear el vínculo contractual, circunstancia esta que sí se obtiene con el pago y la consignación.

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN LA PROPUESTA Y EN EL CÓDIGO CIVIL

Establecidas las líneas generales por las que discurre esta Propuesta de Modernización del Libro de las Obligaciones y Contratos, así como su estructura y configuración especiales en lo que al cumplimiento se refiere, vamos a realizar un análisis comparativo y lo más exhaustivo posible del articulado recogido en el Capítulo V, Título I, del Libro IV de la Propuesta, artículos 1153 a 1175, y que de alguna forma se corresponden, como iremos poniendo de manifiesto, con el articulado de nuestro Código Civil, en concreto, con algún que otro desplazamiento al que haré referencia, del 1157 a 1181.

ARTÍCULO 1153 DE LA PROPUESTA (33)

Conviene recordar que toda obligación tiene por objeto una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (véanse arts. 1088 de la Propuesta y 1088 CC). La prestación se entiende cumplida **"cuando se hubiera realizado enteramente"** (art. 1153 Proyectado). Este cumplimiento íntegro de la prestación queda más

(33) *Vid.* "Propuesta de Modernización del Código Civil…". *Op. cit.,* pp. 26 y ss.

claro en el texto recientemente codificado que en el CC vigente, que habla de *"entregar la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía"* (art. 1157 CC), lo que nos obliga a interpretar que en las obligaciones de no hacer el contenido de la prestación exige el respeto íntegro del deber de abstención. La nueva expresión *"cuando se hubiera realizado enteramente"* es suficientemente elocuente para abarcar toda hipótesis de cumplimiento.

ARTÍCULO 1154 DE LA PROPUESTA

No olvidemos que la causa de toda obligación, en las relaciones bilaterales, es la realización de una prestación que compensa la prestación o servicio del otro obligado (contrato oneroso), el servicio o beneficio que se remunera (contrato remuneratorio), o la pura beneficencia o liberalidad (contrato gratuito). Es solo para los contratos onerosos para los que tiene sentido la afirmación: **"El deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba una prestación diferente aun cuando fuere de valor igual o mayor que la debida"** (art. 1154 Propuesta). El CC, en el artículo 1166, se expresa en términos más amplios, aclarando que en las obligaciones de hacer *"tampoco… podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor",* pudiendo aconsejar al futuro intérprete de apoyo histórico para suplir esta laguna en el texto proyectado.

El nuevo artículo sería aplicable, desde luego, a los contratos en parte gratuitos y en parte onerosos y a los puramente gratuitos, pues la doctrina de la causa, si esta es lícita (arts. 1238 y 1296 del Anteproyecto) (34), se extiende a todo negocio jurídico. No existe en la Propuesta un precepto tan claro como el artículo 1274 del CC que distinga entre contratos onerosos, remuneratorios y gratuitos o de pura beneficencia, pero de su articulado en sede de contratos se desprende el reconocimiento de la gratuidad.

El artículo 1286 proyectado, al hablar de la representación en los contratos exige la concesión de facultades expresas para realizar "negocios gratuitos", o a propósito de la remisión con ánimo de liberalidad el artículo 1231 de la Propuesta aplica las reglas de las

(34) *Vid.* "Propuesta de Modernización del Código Civil…". *Op. cit.,* pp. 41 y ss.

donaciones. Lástima no se resuelva ahora la controvertida naturaleza jurídica de la donación acerca de si es un acto o un contrato, quizá porque la ubicación de la misma está en el Libro III del CC, ajeno a la reforma, que es propiamente el Libro IV, debiendo contentarnos hasta el momento con el artículo 609 del CC y considerar a la donación como un modo de adquirir la propiedad.

El nuevo artículo 1154 obliga, desde luego, en aquellos supuestos en que se contempla la declaración unilateral de voluntad como fuente de la obligación en los casos previstos por la ley, como dice a este propósito el artículo 1092 de la Propuesta (35), o para los casos de promesa, mediante anuncio público, regulada en los artículos 1093 y 1094 de la Propuesta (36).

ARTÍCULO 1155 DE LA PROPUESTA

Regula la posibilidad de cumplimiento por un tercero, unificando la doctrina contenida en los artículos 1158, 1159, 1161 del CC y, en cierto modo también se podría vislumbrar la estructura relativa al cobro de lo indebido del artículo 1897 también del CC.

Aunque el pago por un tercero no procede si por ley, naturaleza de la obligación o contenido del contrato, es inadmisible, la norma proyectada tampoco lo admite cuando se den estos dos condicionantes:

Primero, que el tercero no tenga derecho a subrogarse en la posición del acreedor. En este caso es libre el acreedor de aceptar o no el pago, suponiendo el redactor de la Propuesta un alto nivel deontológico en el llamado a recibir el pago.

Segundo, que el deudor manifieste su oposición. Ambos condicionantes, entendemos, son acumulativos, poniendo el segundo de ellos en evidencia que el *favor debitoris* sigue latiendo en la conciencia del redactor, pese a su propósito, expresado en la Exposición de Motivos, de dejarlo marginado. La complejidad del pago por tercero obliga a tener en cuenta el siguiente precepto.

(35) Véase, por ejemplo, la oferta de seguros contemplada en la Ley de Contratos de Seguros. Ley 50/1980, de 8 de octubre, en su artículo 6. O la constitución unilateral de hipoteca en el artículo 141 de la LH.

(36) En el apartado V de la Exposición de Motivos de la Propuesta se hace hincapié en la idea de incorporar la regulación de la promesa unilateral y de la promesa pública de recompensa entre las fuentes de las obligaciones.

ARTÍCULO 1156 DE LA PROPUESTA

Trata de recoger este precepto toda la doctrina del pago con subrogación, contenida en los artículos 1209 a 1213 del CC, concluimos que la subrogación no puede presumirse, hay que establecerla de forma consensuada o con claridad. La subrogación comprende no solo la cesión del crédito, sino también todas sus garantías y privilegios, como nos dicen actualmente los artículos 1212 y 1528 CC, si bien en el nuevo texto esta cesión de las garantías y privilegios debe ser convenida con el acreedor, dándole así mayor presencia al principio *favor creditoris* que el codificador quiere reforzar en la Propuesta.

Las hipótesis de pago parcial y de no ser necesario el consentimiento del acreedor cuando para pagar la deuda se hayan recibido fondos de un tercero, si así consta en escritura pública y en la carta de pago se hace constar la procedencia de la cantidad pagada contenida en los artículos 1211 y 1212 del CC, es respetada en lo sustancial por el nuevo precepto. Solo recordar que cuando se habla de escritura pública no es idóneo otro documento público diferente, aunque las pólizas también sean objeto de control notarial.

ARTÍCULO 1157 DE LA PROPUESTA

Su contenido es más detallado que el del artículo 1162 del CC, estableciéndose que el pago debe hacerse al acreedor, a su representante (37) o a la persona indicada por el acreedor (indicación que entendemos debe estar señalada en el nacimiento de la obligación, o con posterioridad, con notificación al deudor), o legalmente autorizada para recibirlo. Estos son los supuestos de representación legal o forzosa derivada de situaciones procesales de insolvencia definitiva u otra causa.

El párrafo 2.º de este artículo recoge el efecto liberatorio del pago hecho a quien no está legitimado para recibirlo, probado se convierte en utilidad para el acreedor o si éste lo ratifica expresa o

(37) Representante que puede ser voluntario, expreso, tácito o de hecho, como el factor mercantil que la propia Propuesta recoge en los artículos 1284 y 1286.

tácitamente. Su contenido puede deducirse actualmente de los artículos 1162 y 1163 del CC.

ARTÍCULO 1158 DE LA PROPUESTA

Trata esta norma del pago de buena fe a quien no sea el verdadero acreedor. Su texto es más preciso que el párrafo 1.º del artículo 1164 CC. La expresión que utiliza de pago "**a quien aparezca como titular del crédito"** es más amplia que la del artículo 1164 CC, que habla de la "*posesión del crédito*", más ceñida a la idea de la tenencia material del crédito.

Por otro lado, el artículo 1164 CC da a entender que existe una liberación automática del deudor. La Propuesta, con un sentido procesal más adecuado, defiende que el pago así hecho solo "**faculta al deudor para hacer valer su liberación**", y si la hace valer, el que recibe el pago queda obligado frente al acreedor según las normas del cobro de lo indebido y que nuestro CC recoge en los artículos 1895 a 1901.

ARTÍCULO 1159 DE LA PROPUESTA

Utiliza este precepto la expresión **el pago hecho a un incapaz**, distante de la delicadeza que emplea el Derecho de familia, el de sucesiones y toda la política social y administrativa de protección del discapacitado, para señalar a personas en situación de capacidad disminuida o anulada. Por otro lado, no todo incapaz lo es para el cumplimiento de las obligaciones. Hay personas cuyo grado de discapacidad física o psíquica, no las inhabilita para el desarrollo de las relaciones civiles o comerciales normales. Hubiera sido preferible hablar de personas cuyo estado de incapacidad haya sido declarado judicialmente o mantener el contenido del artículo 1163 CC, que habla de "*El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes".*

El párrafo 2.º analiza el pago hecho por un deudor incapaz, concediéndole una acción de repetición si hubiera sido perjudicial para él. El artículo 1160 de nuestro CC exige una especial capacidad para pagar en las obligaciones de dar (tener la libre disponibilidad de la cosa y capacidad para enajenarla). Ahora bien, si lo que se debe es dinero u otra cosa fungible, no se puede repetir contra el acreedor que la haya gastado o consumido de buena fe.

En el texto proyectado la acción de repetición es en todo caso de perjuicio para el deudor, sin distinguir entre la fungibilidad o no de la prestación, ni valorar la buena o mala fe del acreedor en gastarla o consumirla. Por supuesto, si es incapaz, será su representante legal, o el que le preste su asistencia, o el propio deudor, recobrada su capacidad, o sus herederos de acuerdo con el artículo 1297 de la Propuesta (38).

Esta alusión a la figura del **asistente** es de elogiar, pues está pensando en supuestos de ciertas discapacidades que solo necesitan de apoyos puntuales, sin necesidad de una declaración definitiva de incapacidad. La figura del asistente está recogida en el CC francés, italiano y alemán, además de en el Código de Familia catalán, de 29 de julio de 2010, y responde a una demanda de la Convención de Naciones Unidas de Protección de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.

ARTÍCULO 1160 DE LA PROPUESTA

El contenido de este precepto es reflejo de lo que ya dice el artículo 1165 del CC, pero corrigiendo sus deficiencias, tales como que **el deudor que realiza el pago**, pese a ser notificado o habérsele ordenado que no pague al acreedor, pues su deuda está retenida, **podrá repetir desde luego lo pagado al acreedor**. Y aquella otra que tiene en cuenta que la orden de retención no es sólo la judicial, sino también la administrativa, robusteciendo la potestad de aquellos entes de la Administración orientada a la satisfacción de sus créditos.

No dice el precepto cuál es el fin de la acción de repetición, que no debe ser el recobro de lo pagado pura y llanamente, sino ponerlo a disposición de la autoridad judicial o administrativa, que ordena la retención, y que resolverá lo procedente en el procedimiento entablado.

ARTÍCULO 1161 DE LA PROPUESTA

El título constitutivo de la obligación puede autorizar su cumplimiento compeliendo al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. El párrafo 1.º del artículo 1169

(38) *Vid.* "Propuesta de Modernización del Código Civil…". *Op. cit.,* p. 61.

del CC contempla esta posibilidad, si bien la Propuesta sustituye la palabra "*contrato"* por la de "**título**", más acorde con la doctrina de la fuente de las obligaciones que no solo nacen del contrato, sino de otras figuras (39).

El párrafo 2.º del artículo 1169 del CC, consideramos que lleno de equidad y lógica, no es recogido en el texto proyectado, empeorando la condición del acreedor de deuda en parte líquida y en parte ilíquida, tal vez por respeto al superior principio de que la prestación debe cumplirse íntegramente, tal y como exige el artículo 1153 de la Propuesta.

En cualquier caso, sí creemos que la voluntad del acreedor debe ser soberana y en este supuesto dar viabilidad a un pago parcial que evite una lesión patrimonial mayor. *Al menos, algo se recupera, el resto se recuperará o no*. Este es el sentido de los beneficios de quita o reducción en los procedimientos concursales o de insolvencia que han permitido a los agentes mediadores aliviar el desequilibrio de los acreedores al verse expuestos a la pérdida total de sus créditos.

ARTÍCULO 1162 DE LA PROPUESTA

Este precepto desarrolla el lugar de cumplimiento de la obligación con esta regla general: "El **lugar de cumplimiento será el que resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o del contenido del contrato".** El 1171 del CC solo menciona "*el que hubiere designado la obligación".* Es de elogiar la amplitud de la Propuesta, que contempla los distintos supuestos que pueden producirse (desde el pago de una entrada de cine, hasta la recuperación de la cosa dejada en depósito o custodia).

A continuación establece unas normas supletorias, así:

1.ª Si la obligación de **dar cosa determinada** deberá cumplirse en el lugar en que se encontraba en el momento de constituirse la obligación. En ello coincide con el artículo 1171 CC. El dar cosa determinada no quiere decir que exista en el momento de constituirse la obligación (40). Lo normal, en estos casos, si no se pacta

(39) Artículos 1089 CC y 1092 de la Propuesta.

(40) Puede que su perfección o existencia venga un poco después (confección de un traje) y es usual en la práctica empresarial o incluso profesional (elaboración de un dictamen) percibir alguna cantidad a cuenta, que se completará cuando esté preparado el encargo para su entrega.

otra cosa, es que el lugar de cumplimiento sea aquel en que se hizo la petición o encargo.

2.ª Se incorpora el **lugar de cumplimiento de la obligación pecuniaria**, sentando como principio general el domicilio del acreedor. Principio recogido en los distintos movimientos de unificación del Derecho de Obligaciones (PU, PECL, P. *Acqui*s) y que puede dar lugar, en ciertos casos, pensemos en el lugar del cumplimiento en relaciones de Derecho Internacional privado –art. 10.10 CC– o el de la cláusula excesivamente onerosa para el consumidor –art. 62 RD Legislativo 1/2007, de Defensa de Consumidores y Usuarios–, a valorar la aplicación, o no, de este principio, tan distante de aquel otro del *favor debitoris*.

3.ª En los **demás supuestos, el lugar de cumplimiento será el domicilio del deudor**. Así lo recoge también el artículo 1171 CC.

Tanto el domicilio del acreedor, como el del deudor, pueden ser distintos de los iniciales previstos al constituirse la obligación, previendo el precepto comentado la responsabilidad por los costos que pudiera originar ese cambio.

ARTÍCULO 1163 DE LA PROPUESTA

En esta materia de "imputación de pagos" el precepto proyectado recoge con mayor precisión el contenido de los artículos 1172 y 1174 del CC, estableciéndose reglas extraídas de los PECL en cuanto a su configuración y estructura, en la medida que aplica en mayor medida el principio del *favor creditoris*.

ARTÍCULO 1164 DE LA PROPUESTA

Es de alabar que ahora se tengan en cuenta **los gastos ocasionados**, impidiendo cualquier imputación si antes no se satisfacen. El artículo 1173 CC no los menciona y obliga a la defensa del acreedor a reclamarlos, no como un *plus petitio*, sino como consecuencia de un posible enriquecimiento injusto o daño causado.

ARTÍCULO 1165 DE LA PROPUESTA

Los **gastos del pago son del deudor**, nos dice este precepto, distanciándose, lo que no es de alabar, del artículo 1168 del CC, que

atribuye al deudor los gastos extrajudiciales, decidiendo el Tribunal competente, respecto de los judiciales.

Para mayor claridad creemos que quizás debería decir: "Los gastos del pago son del deudor, a salvo lo dispuesto en el artículo 1162 sobre cambio de domicilio del lugar de pago".

ARTÍCULO 1166 DE LA PROPUESTA

Son varios los temas a tener aquí en cuenta:

1.ª Prestación diferente a la debida: la trata el párrafo 1.º, coincidiendo con el artículo 1166 CC, si bien ahora, con toda lógica, defiende que la liberación es posible si el acreedor la consiente, no distinguiendo entre obligaciones de dar o de hacer.

2.ª Adjudicación en pago: consentida por el acreedor la prestación diferente estamos ante una adjudicación en pago, cuyos efectos jurídicos son iguales a la compraventa, correspondiendo al acreedor las mismas acciones que podría ejercitar el comprador por los "vicios jurídicos" de que pudiera adolecer la trasmisión, que no son otros que los derivados del saneamiento por evicción y por defectos o gravámenes ocultos de la cosa entregada (arts. 1475 y ss. CC).

3.ª Convenio de dación en pago: recogido en el párrafo 2.º del precepto comentado, supone una novación por cambio de objeto (arts. 1228 de la Propuesta y 1203 CC). El párrafo 3.º de este artículo dice, en general, que si el acuerdo de dación en pago fuese declarado nulo, anulado o rescindido, el acreedor conservará el derecho a la prestación primitiva.

Con demasiada ligereza se hace presumir, en todo caso –pues está recogido en párrafo aparte–, que la causa de nulidad, anulabilidad o rescisión, procede del deudor. Por eso, creemos, debería aclararse que solo procede la conservación del derecho del acreedor a la prestación primitiva cuando la causa torpe que origina la nulidad, anulabilidad o rescisión, sea ajena a toda conducta del acreedor, o bien entender que este párrafo se une al anterior y la nulidad, anulabilidad o rescisión procede en cuanto la cosa ofrecida en pago no se da conforme a lo acordado o adolece de vicios jurídicos.

Concluye este precepto con un párrafo 4.º en el que dice "**Que en los casos de los dos párrafos anteriores, las garantías prestadas por terceros quedan extinguidas, salvo que éstos conocieran o hubieran debido conocer el defecto de que ado-**

lecía la dación en pago" (41). El texto propuesto es menos radical que el artículo 1849 CC, que en estos supuestos libera al titular de la garantía en todo caso, sin atender si conoció o debió conocer el vicio de que adolecía la dación.

En cambio, el artículo 1175 CC regula el pago por cesión de bienes en términos superados por la nueva Ley Concursal, si bien conserva todo su vigor la expresión de que, *salvo pacto en contrario, sólo libera al deudor de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos*.

ARTÍCULO 1167 DE LA PROPUESTA

Se expone aquí una figura de uso frecuente en la práctica, conocida como la **adjudicación para pago**. No es lugar aquí para detenernos en el análisis de su naturaleza jurídica, cercana al mandato de confianza o encargo o incluso al negocio fiduciario. Su existencia está reconocida, además de por numerosa jurisprudencia, por el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su artículo 7-2.º, por la Ley Hipotecaria en el artículo 2-3.º y la Ley Concursal 22/2003 artículo 100.3.º.

El precepto contempla como supuestos de **dación para pago** la asunción de una deuda o la cesión de un crédito que se entrega al acreedor, no en pago de su crédito, sino para que lo realice, quedando extinguida la obligación en la medida que el acreedor queda satisfecho con su realización.

ARTÍCULO 1168 DE LA PROPUESTA

El derecho a exigir recibo de aquel a quien paga, que recoge este precepto, es consecuencia de una educación en la política de la transparencia que debe presidir todo el comportamiento ciudadano. Aun así, la picaresca o la necesidad siguen frecuentando actuaciones como la de si lo quiere Vd. con IVA o sin IVA. El rigor fiscal, contable y de blanqueo, debe llevarnos a entender y aplicar, como en la ley antitabaco, que es mejor tener las cuentas claras.

(41) *Vid.,* en este sentido, los artículos 1230 de la Propuesta y 1207 CC.

Consecuente con estas ideas, el nuevo texto recoge este derecho, ya establecido en el BGB alemán y en el artículo 63 del RD Legislativo 1/2007, sobre la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este derecho va acompañado de exigir **la restitución**, mejor hubiera sido decir **entrega del título de la obligación si lo hubiera** o, cuando el acreedor tuviese interés legítimo en conservarlo, la mención en él del pago realizado.

Hemos de decir que es práctica habitual, con apoyo en el uso y no en la norma, que en las operaciones autorizadas o intervenidas ante notario, este extienda una nota en el título que origina la transmisión o constitución de un gravamen del negocio que se autoriza y en algunas ocasiones, si lo tiene a bien el transmitente, se le entrega al adquirente o comprador, aunque se recomienda lo retenga para tener certeza de la fecha de transmisión para su mejor orientación fiscal en las declaraciones a que esté obligado por razón de deberes fiscales de distinta índole. Con la aplicación de este precepto huelga tal recomendación y habrá que dar copia de lo autorizado al transmitente, si este no conserva el título originario.

La severidad con que se regula este derecho da pie a que el deudor pueda exigir al acreedor, y a su costa, que el recibo conste en documento público si el acreedor no puede restituir el título (porque no quiere, no puede o no lo tiene) o alega que no quiere que se mencione en él el pago. En las transmisiones ante notario el pago y los medios con que se hace deben constar en el documento público con todo detalle (42).

Hasta tal punto llega este rigor en la entrega del recibo, que el deudor puede denegar su prestación mientras no se le reconozca este derecho, según añade el párrafo 2.º de este precepto.

En todo caso, el deudor podrá exigir a su costa, nos lo dice el párrafo 3.º, que el recibo conste en documento público. Lo que nos lleva a la hipótesis de que negocios que pueden formalizarse en otra clase de documento que no sea público, sin embargo, la constancia de su cumplimiento quede reflejada en documento público.

(42) *Vid.* los artículos 24 de la Ley del Notariado y 177 de su Reglamento.

ARTÍCULO 1169 DE LA PROPUESTA

Los párrafos 1.º y 2.º de este artículo coinciden con el artículo 1110 del CC, si bien introduce no solo el pago de intereses, sino el de otras prestaciones accesorias (comisiones, gastos, etc., que se debieran al acreedor).

El párrafo 3.º introduce no un medio liberatorio, sino una presunción de liberación o cumplimiento de la obligación al entender que "**La entrega del título original del crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, hace presumir la liberación de éste"**. Ello exige, por un lado, detentar o poseer el título, y por otro, que esa detentación o posesión proviene de una entrega voluntaria del acreedor.

El casuismo de las propias relaciones entre particulares nos muestra ejemplos de detentación del título sin efecto liberatorio, piénsese en la pignoración de un derecho de crédito, y de detentación legitimadora sin necesidad de probar la entrega voluntaria del acreedor, porque la naturaleza del título así lo permite (títulos al portador, entrada de teatro, billete de tren, etc.).

De todos modos, este párrafo no es extraño a las distintas formas de entrega contempladas en nuestro ordenamiento, pues el artículo 1464 del CC entiende como supuesto de entrega "**el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia"**, que debemos traducir o entender más que como una entrega real o como una presunción de entrega, que admite prueba en contrario.

ARTÍCULO 1170 DE LA PROPUESTA

Este artículo, unido a los cinco artículos siguientes, es decir, artículos 1170 a 1175 del texto propuesto, regulan la **consignación de la cosa debida** como medio de cumplimiento de la obligación.

Su contenido coincide con el artículo 1176 del CC, si bien admite que la consignación de la cosa debida la haga el propio deudor o un tercero interesado en ello, quedando así más claro que la expresión genérica del CC: "Si *el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago...".* Ofrecimiento que puede venir del deudor o de un tercero interesado.

ARTÍCULO 1171 DE LA PROPUESTA

Su contenido es igual al del artículo 1177 del CC, en donde el derecho a ser informado permanece respecto de las personas interesadas en el cumplimiento. A la vez considera, conforme a la idea que hemos apuntado en el apartado 3 de este trabajo, el pago y la consignación como las genuinas formas de cumplimiento, siendo esta última ineficaz si no se ajusta a las disposiciones que regulan el pago.

ARTÍCULO 1172 DE LA PROPUESTA

La proyectada Ley de Jurisdicción voluntaria se propone descongestionar la tarea acumulada en los juzgados, dando competencias, en algunos supuestos, a otros agentes que potencien la agilidad del quehacer judicial. Este es el sentido de este artículo, que, a diferencia del artículo 1178 del CC, permite utilizar la consignación, como medio liberatorio, no solo ante el juez, sino ante notario.

La consignación notarial con determinados efectos ha venido siendo reconocida por nuestro legislador en la Ley de Propiedad Horizontal (art. 15-2.º; respecto del derecho a votar en Junta de Propietarios) y en la LEC (art. 22-4.º; en relación a la finalización del proceso de desahucio de finca urbana por falta de pago de la renta).

Admitida la consignación notarial, el precepto la regula por medio de acta (43), que debe llamarse "Acta de consignación y depósito". El notario requerido debe aceptarla, apreciado el interés legítimo del deudor o tercero que ofrece el pago, sin que sea de aplicación a este supuesto, creemos, la voluntariedad del notario en aceptarlo, que, como regla general, establece el artículo 216 del RN. El legitimado para instar el acta (deudor o tercero interesado), probado su interés, solicitará la intervención notarial con estos fines:

(43) Aquí se establece el procedimiento mediante el cual el agente público debe llevar a cabo la consignación, procedimiento no establecido anteriormente y que desde luego aporta una mayor seguridad jurídica.

1. Entrega en depósito al notario de las cosas que se consideren debidas. Esta consideración descansa en una apreciación unilateral del deudor o tercero.

2. Prueba de que las cosas depositadas se han ofrecido en pago o, en su caso, se ha anunciado la consignación.

3. Notificar la existencia del depósito y ofrecer su entrega al acreedor designado, o, si se niega a recibir el pago, se le requiera para que quede enterado de la consignación realizada, sin perjuicio de recoger lo que manifieste como contestación al ofrecimiento y al requerimiento.

4. Notificar la consignación a los demás interesados.

En la técnica notarial se formula un requerimiento inicial que abarca los fines antes expuestos y en diligencias posteriores se hace constar la identificación del acreedor, el ofrecimiento que se le hace, la recepción o no de las cosas depositadas, las manifestaciones del acreedor, en su caso, y la notificación a los demás interesados.

ARTÍCULO 1173 DE LA PROPUESTA

Su contenido es igual al del artículo 1179 del CC. No obstante, hemos de aclarar que el requerimiento formulado al notario es a costa del deudor o tercero que reclaman su ministerio (44).

Consideramos que el notario, con los medios a su alcance, no es quien para juzgar si es o no procedente la consignación. Solo en el supuesto de que el acreedor acceda a lo ofrecido y depositado, la consignación logrará su efecto liberatorio y facultará al deudor a repetir contra aquel lo pagado, al igual que si la autoridad judicial estima que la consignación notarial, no consentida por el acreedor, estaba bien hecha, decidiendo sobre la carga de su costo.

ARTÍCULO 1174 DE LA PROPUESTA

Su contenido es reflejo de lo que dice el artículo 1180 del CC, pero hemos de precisar tres cosas:

(44) Norma Sexta del Arancel aprobado por Real Decreto 1426/1989.

1.ª **Realización de la consignación**: nos dice el precepto que "**hecha debidamente la consignación...**". El juicio de si está o no bien hecha la consignación, si esta no es aprobada por el acreedor o por los demás interesados en el cumplimiento de la obligación, no es de competencia notarial, sino de la autoridad judicial, que es a quien corresponde el ejercicio de la tutela "judicial" efectiva (arts. 24 y 117 CE).

2.ª **La idoneidad de la consignación**: consecuente con ese principio de la tutela judicial, el actual artículo 1180 del CC dice que estando bien hecha la consignación "*podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación*". Sin embargo, el precepto proyectado permite al deudor o tercero "**pedir** (no dice a quién) **que se mande cancelar el título de la obligación si el acreedor no consintiere en ello**".

Salvo que la reforma de la Jurisdicción Voluntaria dé atribuciones a autoridad distinta del juez, es a este y solo a este a quien debe dirigirse la petición.

3.ª **Declaración de que está bien hecha**: el artículo 1180 del CC, consecuente con lo hasta ahora comentado, permite al deudor retirar la cosa o cantidad consignada mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído "la declaración judicial" de que está bien hecha. El texto proyectado permite esta retirada en los mismos supuestos, pero omite el adjetivo "*judicial*", es decir, basta **"la declaración de que está bien hecha".**

Quizás mantener lo que dice expresamente el vigente y actual artículo 1180 CC sea más procedente, pues oponiéndose el acreedor a la consignación la cuestión adquiere carácter contencioso y, salvo que se cambie la Constitución, no hay otra autoridad revestida de poder que tutele los intereses enfrentados que la autoridad judicial.

ARTÍCULO 1175 DE LA PROPUESTA

Se expresa en los mismos términos que el vigente artículo 1181 CC. Lo cual conllevará también la remisión al artículo 1847 del CC, referido a la extinción de la fianza, reiterándonos la regla básica derivada de extinción de las obligaciones accesorias respecto de la desaparición de la principal/es.

V. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo hemos querido intentar poner de manifiesto dos cuestiones actuales y de importancia en lo que a la modernización del Derecho de las obligaciones y contratos se refiere, desde la armonización, ya que no unificación, del Derecho europeo de los contratos. Por un lado, explicando las propuestas en este sentido, la intención y los instrumentos utilizados por los redactores de las mismas, y por otro, analizando el tratamiento del cumplimiento, como fin último de la relación contractual creada, comparando el régimen del vigente CC con la Propuesta de Modernización en dicha materia.

De la comparación entre ambos textos, junto con la evolución de otros ordenamientos jurídicos y textos armonizadores tenidos en cuenta, se observa cómo no son abundantes problemas los que tienen por delante los encargados de tan ardua tarea. Son muchas las dificultades a las que se enfrenta este proyecto, tanto por una ausencia de competencias de las instituciones comunitarias para lograr una unificación global del Derecho privado europeo, como por los propios intereses nacionales, muy acentuados en nuestro país, por los prejuicios que dicha armonización puede acarrear en orden a la coherencia e identidad cultural de los sistemas jurídicos nacionales, incluido un cierto derecho a la diferencia. Países como Reino Unido, Francia y España, pueden planear cuestiones o elementos culturales que no faciliten la unificación, por lo que no podemos olvidar el alcance no solo cultural, sino también político del tema, lo cual, insistimos, no resta valor alguno a las iniciativas desarrolladas.

Pasando al análisis comparativo en sede de cumplimiento entre el vigente CC y el Anteproyecto de Modernización de las Obligaciones y Contratos, hemos querido analizar las normas recogidas en el proyectado Código de las Obligaciones y Contratos señalando las diferencias y similitudes más significativas entre ambas regulaciones. Planteamientos distintos, en líneas generales, pero también conservadurismo respecto de cuestiones o instituciones no solo arraigadas en nuestro ordenamiento jurídico, pues alterarlas supondría contravenir algunos de los principios básicos no solo establecidos en materia contractual, sino en todo el CC. Pensemos en los Principios de la Buena fe, de la Justicia contractual, de au-

torresponsabilidad, y de la confianza, no solo mantenidos en la idea armonizadora, sino siempre considerados como la base de un Derecho privado justo, equitativo y ausente de cualquier atisbo de inseguridad jurídica.

Por ello, podemos señalar que el tratamiento del cumplimiento en esta aplaudida Propuesta, establece en líneas generales unos planteamientos y unas reglas que, aun consiguiendo esa pretendida armonización, la conjugan o combinan con los argumentos, reglas y pretensiones que a nivel interno y a lo largo del tiempo se han ido poniendo de manifiesto a través de los distintos pronunciamientos doctrinales y sobre todo jurisprudenciales.

BIOINVESTIGACIÓN RESPONSABLE

Agustín Romero Pareja
Doctor en Derecho
Universidad de Málaga

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

II. LA GESTIÓN DE LA BIOINVESTIGACIÓN Y SU MARCO LEGAL

III. LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO CAUSADO EN LA BIOINVESTIGACIÓN

IV. DAÑOS DERIVADOS DE LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA

INTRODUCCIÓN

La bioinvestigación es una disciplina tecnológica y científica que aporta los conocimientos biomédicos en los que se sustenta la asistencia clínica y el tratamiento terapéutico actual, lo que sumado al avance de la investigación genética plantea a los juristas el reto de construir un equilibrado sistema de responsabilidad que no desincentive a los investigadores y garantice un adecuado resarcimiento de los daños que eventualmente se causen a los sujetos que han intervenido en tales procesos. No ha de olvidarse que en estas investigaciones el material biológico procedente de seres humanos es soporte de datos genéticos, lo que exige su cobertura como derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de tipo personal. Por otra parte, la obtención de las muestras biológicas requiere, en ocasiones, la práctica de procedimientos invasivos de la

integridad corporal, circunstancia que aproxima la responsabilidad por los daños que se causen en estos procedimientos a las lesiones ocasionadas en las actuaciones médicas con fines diagnósticos o terapéuticos. En base a ello, empezaremos nuestro trabajo con el estudio de la responsabilidad de la Administración Sanitaria para luego ir concretando tanto la gestión como la posible compensación de los daños causados en el ejercicio de la bioinvestigación.

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución de 1978, como garantía fundamental de la seguridad jurídica, de la justicia y del Estado de Derecho (1), y se desarrolla en el Título X de la Ley 30/92 (LRJPAC) (2) y en el Reglamento de las Administraciones en materia de Responsabilidad Patrimonial (3).

Un estudio de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración permite concretarlos del siguiente modo:

a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, como daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante y/o daño emergente.

b) En segundo lugar, la lesión ha de surgir de un daño ilegítimo.

c) En tercer lugar, ha de existir un vínculo entre la lesión y el agente que la produce; es decir, entre el acto dañoso y la Administración, lo que implica una actuación del poder público en el ejercicio de sus potestades.

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura; pues el perjuicio tiene que ser cuantificado económi-

(1) Artículo 1 de la Constitución.

(2) LRJPAC, Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre).

(3) Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

camente y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

Además de estos requisitos, hay que tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (4) que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de dicha actuación se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, por lo cual no solo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala; pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos (5). A su

(4) Así, sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto; y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto; así como en posteriores sentencias de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999.

(5) Como recuerda la sentencia del TS de 6 de octubre de 1998, resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre el nexo causal: "Aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose en general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no queda excluido que la expresada relación causal (especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos) pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (sentencias de 25 de enero, 26 de abril y 16 de diciembre de 1997, 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 13 de marzo de 1999, 26 de febrero y 15 de abril de 2000, entre otras). Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño

vez, como ha declarado la sentencia del TS de 26 de septiembre de 1998, es una responsabilidad directa por cuanto ha de mediar una relación inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido (relación de causalidad o nexo causal que vincula el daño producido con la actividad administrativa sanitaria), con independencia de que esa actuación sea normal o anormal. Así se deduce del artículo 139.1 de la LRJPAC, pues solo en los casos de fuerza mayor se excluye la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Por tanto, quien reclame a la Administración Sanitaria, dado el caso, la indemnización de unos daños solo tiene que acreditar su cuantía y la relación de causalidad que existe entre la lesión sufrida o el perjuicio causado y la actuación o la omisión de la Administración.

Esta objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria obliga a deducir que la conducta del personal sanitario no ha de ser enjuiciada bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la producción de un resultado dañoso (6). Ahora bien, al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, no de

---

por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (sentencia de 25 de enero de 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (sentencia de 5 de junio de 1997), pues el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *conditio sine qua non*; esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero, aunque es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso (sentencia de 5 de diciembre de 1995)".

(6) STS de 14 de junio de 1991, confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 4 de noviembre de 1985, y STS de 13 de julio de 2000.

resultados (7), en ocasiones la jurisprudencia (8) hace depender la obligación de indemnizar del hecho de que exista vulneración o no de la *lex artis ad hoc* (9). De modo que el análisis sobre si la técnica y los medios de diagnóstico y tratamiento empleados han sido idóneos y correctos *(lex artis)* permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir, si este tiene o no el deber jurídico de soportarlo; pues solo son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento *(ad hoc)* de la producción de la lesión o el daño (10) (art. 141.1 de la LRJPAC).

La tendencia objetivadora de la responsabilidad no puede, sin embargo, hacernos olvidar que cuando nos encontramos en presencia de una actividad administrativa en el ámbito sanitario, una traducción mecánica del principio de objetividad en la construcción del instituto

(7) Sentencias del TS de 9 de diciembre de 1998 y 11 de mayo de 1999.

(8) Sentencia de la Sala 3.ª del TS de 10 de febrero de 1998.

(9) En este sentido, la sentencia del TS de 22 de diciembre de 2001 razona que, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el resultado producido, ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien este obedece a la propia enfermedad o a las propias dolencias del paciente. En efecto, aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían en principio irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva (aunque han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culposa), sin embargo, sí tienen trascendencia en orden a una conclusión sobre el nexo causal; pues el correcto enjuiciamiento sobre la vinculación causal entre el funcionamiento de aquel servicio y el resultado producido exige valorar todos aquellos hechos y circunstancias que sean imprescindibles para solucionar el debate y decidir el litigio.

(10) Este planteamiento coincide con el seguido por la moderna jurisprudencia, así en sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999, 3 y 10 de octubre de 2000, 14 de julio de 2001, la ya citada de 22 de diciembre de 2001, 14 de octubre de 2002, 24 de septiembre y 19 de octubre de 2004 y 10 de julio de 2007.

resarcitorio puede provocar resultados no solo contrarios a un elemental principio de justicia, sino incluso a la propia y concreta función del régimen indemnizatorio. De hecho, la jurisprudencia ha repetido incansablemente que la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (11). En tal sentido, puede fácilmente entenderse que en la naturaleza de la actividad administrativa sanitaria convergen la acción de la propia Administración, el estado físico del usuario del servicio y el curso natural de los procesos de la ciencia o la técnica en el momento actual de los conocimientos. La exigencia de responsabilidad objetiva a la Administración Sanitaria en estos supuestos nos parece una deducción que olvida que en el ámbito de la acción sanitaria la prestación no puede concebirse como una obligación de resultado (la sanación completa del individuo), sino como una obligación de medios (propiciar y aportar los medios técnicos, sanitarios y asistenciales acordes al momento y situación). Y tampoco puede ampararse esta construcción objetivadora en los derechos reconocidos en los artículos 41 y 43 de nuestra norma suprema; pues en esta se consagra un derecho a la protección de la salud, no un derecho a la salud, este último de imposible garantía. Por lo demás, una construcción objetiva que vincule la responsabilidad sanitaria o asistencial atendiendo a la identificación de una actuación, actividad o inactividad administrativa en función exclusiva del resultado fáctico, no parece compatible con el artículo 141 de la LRJPAC (12).

Pero tras esta exposición veamos ahora algunos conceptos sobre la responsabilidad y la compensación por los daños causados en la bioinvestigación, pues la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (LIB), no regula un sistema general de responsabilidad aplicable a todas las actuaciones que engloba, aunque sí contempla en su artículo 18 el resarcimiento de cierto tipo de daños causados en algunos procedimientos. Analizaremos el ámbito de aplicación de dicho precepto, los elementos determinantes de tal responsabilidad y las bases del resarcimiento de daños derivados de los estudios genéticos. Pero antes veamos algunos matices sobre la gestión de la bioinvestigación y su marco legal.

(11) Sentencias de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002.

(12) Redacción dada por la Ley 4/1999.

II. LA GESTIÓN DE LA BIOINVESTIGACIÓN Y SU MARCO LEGAL

La bioinvestigación, por su diversidad y complejidad intrínseca, necesita de un soporte específico en varios campos; siendo uno de los más importantes el de la gestión de la investigación, que ha alcanzado un alto grado de especialización para adecuarse a sus necesidades y características. En tal sentido, la investigación biomédica y biotecnológica pueden tener, y de hecho tienen, diferentes escenarios. Uno de ellos, el hospitalario, se viene desarrollando como una parte integral de la actividad de los centros sanitarios, estando reconocida esta actividad en la Ley General de Sanidad de 1986 (LGS), desde cuyo articulado se fomenta como un medio para mejorar el sistema nacional de salud. Así pues, en la práctica tenemos áreas de investigación implantadas dentro de los centros sanitarios, que han de conjugar su funcionamiento administrativo y científico con el de la gestión asistencial.

La gestión de la bioinvestigación reúne unas características y necesidades que no pueden ser manejadas de forma óptima por la administración hospitalaria de nuestro sistema sanitario público. Pero esta última década se han desarrollado modelos de gestión que, si bien en los centros privados se aplicaron a la práctica con escasa demora, en el sistema sanitario público su implantación se vio ralentizada por la tramitación en la administración pública. Estos modelos de gestión propios de la bioinvestigación acabaron concretándose en las **Fundaciones para la Investigación Biomédica** de los hospitales públicos.

Estas Fundaciones, hoy implantadas en muchos centros hospitalarios, han asumido, como entidades jurídicas independientes, la gestión de la investigación básica, aplicada y clínica que se desarrolla en estos centros. Sin embargo, su propia estructura permite ir más allá de la pura gestión (13); pues las Fundaciones tienen capacidad para

(13) La estructura organizativa de las Fundaciones Biomédicas es similar a la del resto de Fundaciones, se rigen por un Patronato y su correspondiente presidente, un director, que puede tener diferente perfil (gestor, científico u otras formas intermedias o combinadas), y dos órganos asesores: la Comisión Científica (que deberá asumir la elaboración de propuestas sobre la política científica de la Fundación) y el Consejo Asesor (que tendrá su cometido en el asesoramiento al Patronato en todos aquellos temas dirigidos a la política económica y social de la entidad). A su vez, las Fundacio-

impulsar y fomentar la investigación, lo que pueden conseguir de una forma indirecta con la simple realización de una gestión aplicada; y de una forma directa, mediante la generación de recursos propios que les permiten abordar y desarrollar programas científicos que acabarán revirtiendo en beneficio de la propia entidad.

La creación y puesta en funcionamiento de estas Fundaciones bioinvestigadoras es, sin lugar a dudas, un apoyo de gran valor para una de las tres finalidades que se les asignan a los hospitales: curar, enseñar e investigar. En nuestros hospitales, la investigación, clásicamente, ha sido la labor menos favorecida; sin embargo, una de sus ramas, la investigación clínica, que constituye un método racional para el desarrollo final de un nuevo fármaco, es patrimonio exclusivo de los hospitales, y su gestión, regida en la actualidad por un marco legal que está lejos de ser el idóneo, se puede ver beneficiada por el soporte que le ofrecen las referidas Fundaciones (14). Pero el área de la bioinvestigación que meridianamente se ve favorecido es la investigación básica. La escasez de asignación de recursos a este fin en nuestro país multiplica los esfuerzos de los investigadores para conseguirlos y para llevar a cabo la consecución de los mismos. En este sentido, las Fundaciones suponen una ayuda en los aspectos burocráticos y al mismo tiempo pueden convertirse en una fuente propia de financiación al servicio de la bioinvestigación.

Con todo, la oportuna y acertada previsión normativa sobre los deberes atinentes a los sujetos activo y pasivo de la actividad bioinvestigadora, así como de la eventual responsabilidad derivada de su incumplimiento, no ha de verse como manifestación del Derecho de daños, sino como factor de seguridad jurídica; pues si las normas reguladoras son claras y ponderadas, el sistema funcionará de manera correcta, tanto en el ámbito preventivo como en el puramente

---

nes tienen un órgano rector, que vela por su correcto funcionamiento, que es el Protectorado de Fundaciones de cada Comunidad Autónoma.

(14) No obstante, las Fundaciones Biomédicas no van a generar *per se* un incremento espectacular de la producción científica hospitalaria si no existe un potencial humano con capacidad creativa y con espíritu de dedicación a la investigación, además de contar con la imprescindible financiación; pero indiscutiblemente son una herramienta incorporada dentro de un sistema de gestión y facilitan y potencian la actividad investigadora en los hospitales, ayudando a su aplicabilidad y, en suma, contribuyendo a mejorar la calidad asistencial.

reparador. En la encrucijada entre las expectativas de progreso que la bioinvestigación crea y la necesidad de prevenir ciertos riesgos, las normas sobre responsabilidad por los daños causados han de tener un lugar destacado. Además, si bien es cierto que resulta infrecuente que los investigadores planteen de forma directa el tema de la responsabilidad en términos jurídicos, también lo es que manifiestan su preocupación constante, no solo porque no les sean imputados resultados dañosos en los términos que las concretas normas prevean, sino, lo que es más importante, con respecto a la adopción de medidas oportunas de precaución para evitarlos (15) (suscripción de seguros, consentimiento previo, información adecuada, etc.).

Por otra parte, las peculiaridades de la bioinvestigación, sin perjuicio de que ofrezcan ciertas coincidencias con la actuación médica de finalidad principalmente curativa, exigen evitar la aplicación automática e indiscriminada de los criterios y respuestas del Derecho positivo que en ese ámbito se han venido estableciendo, creando un sistema de responsabilidad propio y diferenciado. Y, ciertamente, piedra angular del sistema de responsabilidad en esta materia, que en este caso también lo es en la responsabilidad derivada de la actuación de los profesionales sanitarios en general, es la prestación de un **consentimiento informado**, libre y consciente por parte del sujeto fuente o donante, trátese de obtención de muestras biológicas, de realización de análisis genéticos con distintos fines o de utilización de preembriones procedentes de tratamiento de reproducción asistida para investigación (16), por mencionar algunas de las actividades biomédicas de mayor relevancia (17).

Pero la tendencia social y jurídica al resarcimiento del daño o lesión derivado del fracaso del acto médico ha convertido la doctri-

(15) Sirvan como ejemplo las Recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en personas, aprobadas como Anexo a la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, en 1964, enmendada en asambleas posteriores.

(16) Al respecto, véase nuestro artículo "El derecho a la reproducción asistida I y II", publicado en los números 63 y 67 de la *Revista Jurídica del Notariado.*

(17) A ello presta singular atención la regulación de la LIB (en particular los arts. 4, 13, 15, 20, 21, 47, 48, 59, 60 y 70), matizando los requisitos para su obtención en cada caso concreto y en atención a las condiciones personales de capacidad de los sujetos implicados.

na del consentimiento informado en un medio para conseguir una reparación pecuniaria en aquellos supuestos en los que el ejercicio del profesional sanitario se había conducido dentro de los límites de su debida actuación o *lex artis* (18). Así, la reclamación por razón de actuación médica no exitosa ha encontrado fácil respuesta en el argumento de la inexistencia de consentimiento informado o en la deficiencia del mismo. El paciente denuncia la ausencia o insuficiencia del consentimiento que prestó para poder realizarse la intervención (no reconoce la firma, alega que firmó un papel en blanco o que firmó sin que nadie se lo leyera, se cuestiona el documento por insuficientemente claro o incomprensible para el paciente...), acudiendo al sencillo argumento de que de haber sabido el riesgo de padecer, por ejemplo, una infección provocada por los puntos de sutura, no hubiera consentido la intervención. De esta forma se trasladan las consecuencias de lo que forma parte del riesgo normal de la intervención al profesional de la medicina, generalmente obteniendo una indemnización directamente relacionada con las secuelas de la intervención, y ello sin tener que demostrar la existencia de una actuación negligente del cirujano o personal sanitario interviniente.

En efecto, la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (19). Las consecuencias de la falta de consentimiento informado las podemos sintetizar de la siguiente manera:

1. La ausencia u omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención genera responsabilidad del facultativo (20).

2. Igualmente, la falta de consentimiento informado, por sí

(18) Sobre el consentimiento informado ante intervenciones sanitarias ya expusimos algunas observaciones en "La donación de órganos para trasplante: procedimiento y consentimiento", *Revista Jurídica del Notariado* número 75, 2010.

(19) Como ha subrayado la jurisprudencia, la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (SSTS de 26 de junio y 21 de diciembre de 2006).

(20) SSTS, Sala 1.ª, de 21 de diciembre de 2005, 26 de junio, 15 de noviembre y 21 de diciembre de 2006 y 28 de noviembre de 2007.

sola, no genera responsabilidades penales (21). No obstante, la existencia de consentimiento informado no libera al facultativo de incurrir en delito (22) si en su actuación se aprecia la vulneración patente, clara y manifiesta de la *lex artis ad hoc* (23).

3. La ausencia de consentimiento determina la asunción de los riesgos por el facultativo y, consecuentemente, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.

4. Los requisitos que conforme a la jurisprudencia deben concurrir para que un consentimiento "desinformado" dé lugar, para los facultativos y el Centro médico, a la responsabilidad de indemnizar los daños sufridos por el paciente son los siguientes (24):

— Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto, cuantificable y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de indemnización. Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual).

— Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médi-

(21) Así, la SAP de Barcelona, Secc. 6.ª, de 7 de enero de 2005, precisa que "podemos admitir que la ausencia de información sobre los riesgos de una operación quirúrgica determina responsabilidades en el campo reparatorio, pero no derivadas de un injusto típico. En esos supuestos, aparte de no cumplirse los criterios de equivalencia de condiciones fundadas en causalidad adecuada (es decir, en relación lógica entre el hecho y el resultado), tampoco se cumplen los criterios de imputación objetiva; pues la falta de información o la realizada de manera inadecuada no pueden generar, por lo general, responsabilidades penales".

(22) Delito, dado el caso, de homicidio o lesiones por imprudencia profesional (arts. 142.3 CP, con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de tres a seis años en el caso de homicidio causado por imprudencia profesional; y 152.3 CP, con pena de tres meses a tres años de prisión, según la gravedad de la lesión causada por imprudencia profesional, e inhabilitación de uno a cuatro años).

(23) Véase, entre otras, la SAP de Alicante, Secc. 3.ª, de 28 de abril de 2005, al señalar que "la negligencia del recurrente no sólo es intensa, sino reiterada, lo que impide aceptar que sus consecuencias no excedan del mero ámbito civil, tal como pretende el apelante, estando incursa la conducta de este último en la esfera penal".

(24) STSJ Navarra, 22/2001, de 27 de octubre.

ca practicada, como materialización de un riesgo típico o inherente a ella: la llamada causa-efecto (25).

— Que del riesgo, finalmente manifestado en lesión o daño, no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención (26).

— Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio sanitario; pues, en tal caso, sería apreciable la responsabilidad, pero por culpa o negligencia en la actuación [responsabilidad penal por delito de homicidio, lesiones por imprudencia profesional médica, etc. (27)] o por falta de diligencia en la organización del servicio, pero no por la falta de consentimiento informado.

En suma, en el supuesto de actuación diligente, pero con ausencia de consentimiento informado, el criterio para imputar o atribuir la responsabilidad de indemnizar un daño ocasionado con motivo u ocasión de una intervención médica radica en la relación de causalidad. Es decir, debemos hacer un juicio hipotético para dilucidar si el paciente, de haber conocido por la información previa y antes de la

(25) El daño debe mostrarse vinculado o ligado causalmente a la intervención (nexo causal) y ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a ella del que el paciente debió ser informado previamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento. Si el daño sufrido no fuera inherente a la intervención ni por ende previsible en una estimación anticipada de sus eventuales riesgos, su acaecimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 CC); y ello, aunque sobre los riesgos típicos tampoco se hubiera producido la necesaria información del paciente.

(26) Es la omisión previa del consentimiento, a pesar de la suficiente información de los riesgos típicos, la que determina que el médico sea responsable. Si se trata de un riesgo asociado a la intervención, la omisión de su advertencia es a este respecto suficiente, aunque se hubiera informado al paciente con anterioridad al consentimiento de otros posibles riesgos.

(27) Para que exista responsabilidad penal del médico es necesario no solo la ausencia o deficiencia en la prestación del *consentimiento informado,* sino que la actuación del médico suponga, además, la vulneración patente, clara y manifiesta de su *lex artis ad hoc.* Esto es, la ausencia o deficiencia en la prestación del consentimiento informado no es *per se* suficiente para desencadenar una responsabilidad penal; pues debe existir relación de causalidad entre tal omisión y el daño producido.

actuación médica el riesgo al que se sometía, hubiera prestado o no el consentimiento y, por tanto, si se hubiese realizado la intervención y, en tal caso, si se hubiese generado o no el daño. Así:

— Si la falta de información no vició el consentimiento, el incumplimiento del deber de información no conllevará responsabilidad de indemnizar, por cuanto no constituye la causa del daño corporal sufrido en o por la intervención (28).

— Generalmente, los Tribunales, si hay lesión y no hubo el debido consentimiento informado, conceden una indemnización por daño moral. Esto es, el supuesto en el que se ha causado al paciente un daño por habérsele privado de la posibilidad de elección de su intervención dará lugar a responsabilidad patrimonial del médico o del centro asistencial (bien por la inexistencia de la información previa o del consentimiento en sí, bien por omitir los riesgos y/o las contraindicaciones de la intervención, o bien por omitir las secuelas de la intervención).

— Existe, por último, una línea jurisprudencial hasta ahora minoritaria que valora la insuficiencia de la información acerca de los posibles riesgos de una intervención médica como un daño moral grave en sí mismo, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención (29).

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resuelve sobre el fallecimiento de una paciente intervenida para implantación de prótesis de rodilla que no fue informada debidamente (30).

(28) Ello sin perjuicio de otro tipo de responsabilidades en las que pudiera haber incurrido el médico, sean civiles o administrativas, si se considera que la falta de información constituye un daño moral como consecuencia natural de la lesión de un derecho de la personalidad, en cuanto que toda intromisión (o intervención, en este caso) ilegítima supone un daño, sea moral o corporal.

(29) Así, en la STS, Sala 3.ª, de 4 de abril de 2000, se analizó un supuesto en el que un menor sufrió una paraplejía como consecuencia de una intervención quirúrgica, en la que no consta que fueran informados sus padres de los riesgos de la intervención. El Tribunal advierte que esta situación de inconsciencia, derivada de la falta de información, aunque no constituye la causa del resultado, supone en sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.

(30) TSJC, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, en sentencia de 11 de noviembre de 2009.

En el fundamento jurídico quinto se dispone que en el supuesto se ventila una descoordinación de medios que impiden que pueda ser efectivo el derecho a la información en todo el proceso asistencial médico relativo a la salud de la paciente en cuestión. Esa información durante todo el proceso patológico determinará que la paciente pueda conocer exactamente las pautas que debe seguir, cuáles son las limitaciones que ostenta como paciente y cuál va a ser el posible proceso evolutivo del tratamiento, para así detectar cualquier incidencia relevante en el curso natural de la enfermedad. Esta información constante, completa y durante todo el *iter* asistencial no puede escudarse en la existencia de diferentes etapas del proceso médico, pero en todo caso el personal facultativo y asistencial debe detectar si esa información que se da llega al receptor y su entorno en niveles óptimos de entendimiento y responsabilidad; pues en múltiples casos deberá el interlocutor médico situarse al nivel del enfermo y su familia, no solo comunicando, sino cerciorándose de que esa comunicación es entendida completamente. Por tanto, de la anterior formulación de hechos se desprende con total claridad que el **derecho a la información** no puede dividirse en diferentes etapas asistenciales, al amparo de formalidades o protocolos de actuación o fórmulas hipotéticas de aquello que debería o no producirse o si el enfermo y su entorno debieron o no conocer. Es evidente que en el comentado caso falló el sistema asistencial en este punto, impidiendo a la paciente conocer y asumir la responsabilidad del tratamiento médico prescrito; por otra parte, no fácil, puesto que suministrar heparina requiere una completa comprensión de lo que significa inyectarse la medicación de forma subcutánea. Por tanto, en atención a la carga de la prueba, es la Administración Sanitaria la que debe acreditar la prestación de una información completa, adaptada a la situación de los interlocutores, incluso incidiendo en si la misma llegaba a ser efectivamente comprendida por ellos y valorada su relevancia con respecto a la evolución futura de la enfermedad o lesión.

No obstante, existen supuestos en los que la inexistencia del deber de información al paciente no conllevará responsabilidad alguna por parte del facultativo que le asiste; son excepciones al deber del médico a contar, previamente a la intervención, con el consentimiento informado del paciente; pues se regulan en el artículo 9.2 de

la Ley 41/2002 [LBRAP (31)] los casos en los que el médico puede llevar a cabo la intervención indispensable a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar son su consentimiento previo y expreso. Son los siguientes supuestos:

— Cuando existe *riesgo para la salud pública* a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. Se trata de aquellos supuestos en los que la no intervención suponga un grave riesgo para la salud pública, donde se da primacía a los intereses colectivos frente a los individuales (enfermedades infectocontagiosas, pandemias, etc.), pudiendo adoptarse medidas preventivas (vacunaciones obligatorias, prohibición de acceso a determinados lugares…) o tratamientos obligatorios, los cuales pueden conllevar el internamiento temporal, la estancia en cuarentena o el tratamiento permanente, etc. (32). En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley sobre Medidas en Materia de Salud Pública (33), se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

— Cuando existe *riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo* y no es posible conseguir su autorización para la intervención (el paciente está en coma, inconsciente, etc.); en cuyo caso, si las circunstancias lo permiten, se procurará consultar al respecto a sus familiares o a las personas vinculadas afectivamente a él. Estaríamos ante las denominadas "situaciones de urgencia vital" (34), entendiéndose que existe un consentimiento

(31) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

(32) Respecto algunos supuestos conflictivos (huelga de hambre, transfusiones de sangre, eutanasia), han sido analizados por Ricardo Rodríguez Fernández en "El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 28, enero-junio 2009.

(33) LO 3/1986, sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

(34) Son *situaciones de urgencia vital* en las que el sujeto pasivo se encuentra inconsciente o sin capacidad para comprender la información que se le pudiera facilitar, sin posibilidad material y/o temporal de acudir a familiares o allegados. Prima en tales casos la urgencia vital del momento frente

implícito o presunto. Sería el supuesto en el que la tardanza en la obtención de asistencia (por esperar a la prestación idónea del consentimiento) puede poner en peligro la vida o la curación del enfermo, entendida como pérdida grave e irreparable de la salud, órganos o miembros (35).

— Cuando existe *renuncia del paciente a ser informado*, reconociendo el artículo 4.1 de la LBRAP el derecho del paciente a no ser informado. Esta renuncia debe documentarse, además de ser necesaria la obtención del consentimiento para la realización de la operación médica; pues una cosa es no querer ser informado sobre los diagnósticos, tratamientos, etc., y otra muy distinta es prestar el consentimiento a la intervención médica, el cual debe ser otorgado para que esta se lleve a efecto.

A mayor abundamiento, la adecuada y completa información que los sujetos obligados proporcionen deviene esencial en una actividad profundamente técnica, especializada y novedosa como es la bioinvestigación. Sin embargo, junto a la deficiente información previa al consentimiento y la mala práctica en el desarrollo de los procedimientos de obtención de muestras o de derivación de conclusiones, ocupan un primer plano en el estudio de las conductas que pueden generar responsabilidad en este ámbito, además de las ya expuestas, la violación del deber de confidencialidad en el tratamiento de los datos recabados, ya sea en perjuicio del sujeto fuente o de un tercero, así como la transmisión incorrecta de los procesos asistenciales o los consejos profesionales negligentes.

En definitiva, la LIB no exonera al jurista que pretenda estudiar la responsabilidad derivada de la bioinvestigación de conjugar sus previsiones normativas, junto a las ya comentadas, con las de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales (LOPD); la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (LRHA); y la Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, además de ahondar en la distribución de competencias

al derecho del paciente a ser informado; pues la demora de la intervención (para dar información) puede ocasionar lesiones irreversibles en el paciente.

(35) Véanse, entre otras, SSTS, Sala 1.ª, de 6 de julio de 2000 y 23 de enero y 20 de noviembre de 2001.

entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia y en el estudio de la producción normativa que algunas de ellas, singularmente Andalucía, ofrecen ya en este campo.

III. LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO CAUSADO EN LA BIOINVESTIGACIÓN

En la LIB, el único precepto que configura la compensación de daños que puedan causarse, el artículo 18, se ubica en el Título II, que regula las "***Investigaciones*** *que implican procedimientos invasivos en seres humanos*" (36). El primer párrafo de este artículo se ha concebido con un planteamiento global, refiriéndose a la obtención de compensaciones por parte de las personas que hayan sufrido daños "como consecuencia de su participación en un proyecto de investigación". Dada la alteración de las reglas procesales sobre la carga de la prueba y las presunciones que en el resto de los apar-

(36) Artículo 18. "***Compensaciones por daños*** *y su aseguramiento.*

1. Las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de su participación en un proyecto de investigación, recibirán la compensación que corresponda, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes.

2. La realización de una investigación que comporte un procedimiento invasivo en seres humanos exigirá el aseguramiento previo de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de aquélla para la persona en la que se lleve a efecto.

3. Cuando, por cualquier circunstancia, el seguro no cubra enteramente los daños causados, el promotor de la investigación, el investigador responsable de la misma y el hospital o centro en el que se hubiere realizado responderán solidariamente de aquéllos, aunque no medie culpa, incumbiéndoles la carga de la prueba. Ni la autorización administrativa ni el informe del Comité de Ética de la Investigación les eximirán de responsabilidad.

4. Se presume, salvo prueba en contrario, que los daños que afecten a la salud de la persona sujeta a la investigación, durante su realización y en el año siguiente a su terminación, se han producido como consecuencia de la investigación. Sin embargo, una vez concluido el año, el sujeto de aquélla estará obligado a probar el daño y el nexo entre la investigación y el daño producido.

5. En los demás aspectos relativos a la responsabilidad por daños y a su aseguramiento se aplicará lo dispuesto en la legislación sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios."

tados se contienen parece esencial analizar si todo daño, cualquiera que sea su naturaleza y origen, que pueda ligarse a la bioinvestigación habrá de ser resarcido de conformidad con el sistema de responsabilidad que este precepto diseña o si, por el contrario, el criterio sistemático de interpretación determina que sea específico solo de algunas actuaciones de investigación. Pero combinando este aludido criterio hermenéutico con el puramente lógico-gramatical ambos nos inclinan a descartar que en tres escuetos párrafos de un precepto legal redactado en la forma en que este lo está pueda encerrarse una modificación tan esencial de nuestro sistema de responsabilidad. Cierto es que en actividades consideradas de riesgo, pero ligadas al avance científico y la mejora de la calidad de vida humana, el legislador español ha optado incluso por dejar en segundo plano la culpa como criterio de imputación, construyendo una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva, apoyada en un sistema de suscripción de seguros obligatorios que la bioinvestigación podría genéricamente encajar en dichos parámetros; pero el aumento de costes que ello ocasionaría, la posible desincentivación del trabajo personal del investigador y la inevitable conexión que esta investigación presenta con la actividad médica de finalidad diagnóstica y curativa parecen haber determinado que el legislador descartase tal configuración de la responsabilidad en este ámbito (37).

Así, en tal sentido, la regulación que el precepto que comentamos contiene de la responsabilidad en el ámbito de los proyectos de investigación es aplicable únicamente a los daños físicos y psíquicos que pueda sufrir el partícipe en ellos, así como a los de carácter patrimonial (daño emergente y/o lucro cesante) ligados a ese aludido deterioro de su salud, cuando se ha utilizado un procedimiento invasivo para la obtención de muestras biológicas. El resarcimiento de otro tipo de daños, como los derivados de la violación del secreto o la confidencialidad en materias extremadamente sensibles como

(37) Por otra parte, la tendencia a la objetivación de la responsabilidad en las actividades de riesgo va ligada al carácter empresarial de las mismas y al interés lucrativo que presentan para quien las realiza (transporte aéreo, energía nuclear, productos defectuosos...), obtención de beneficios no siempre ligados a la bioinvestigación, aunque ciertamente patrocinados en la mayoría de los casos por potentes laboratorios farmacéuticos que tienen, al menos en parte, esa finalidad crematística.

el manejo de datos genéticos [amparado en el denominado por el Tribunal Constitucional **derecho a la protección de datos** (38)] o los causalmente vinculados a la prestación de un consejo profesional negligente, apoyado en las investigaciones realizadas, se rige por otros principios y se regula por diferentes reglas procesales en materia probatoria.

Por otra parte, cabe también preguntarse si este sistema de responsabilidad será aplicable tan solo a la bioinvestigación realizada en centros privados (quedando vigente, para las desarrolladas en los públicos, el régimen diseñado en los artículos 139 y ss. de la LRJPAC); o si, por el contrario, queda unificado el régimen, ostentando, tras la entrada en vigor de la LIB, el carácter especial con respecto a la que contiene el comentado marco normativo general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. En este sentido, podría en principio pensarse que es más certero el segundo juicio expresado, descartando que una Ley con vocación de regulación tan amplia como la LIB limite su aplicabilidad al ámbito puramente privado, pues ni de su Exposición de Motivos ni del articulado se deduce tal pretensión de dualidad normativa, sino, en todo caso, la voluntad del legislador de extender sus previsiones a los dos sectores, público y privado (39). No obstante, parece conducir al absurdo una interpretación que considere aplicable, por un lado, el régimen de los artículos 139 y ss. de la LRJPAC a los daños causados por profesionales sanitarios dependientes de un hospital o centro público (con lo que nunca podrán ser demandados por el perjudicado de forma directa, sino que, en todo caso, serán objeto de la acción de regreso que entable la propia Administración Sanitaria que ha resarcido los daños, y solo si hubieran actuado con dolo o culpa grave); y, por otro lado, el de la LIB al investigador responsable que trabaja también para un centro público [lo que determinaría la posibilidad de que fuera directamente demandado y, en caso de que el seguro no respondiera, la de que tuviera que afrontar per-

(38) STC 292/2000, de 30 de noviembre.

(39) La ley, según su Preámbulo (apdo. I), "*impulsa y estimula la acción coordinada de los poderes públicos y de los organismos e instituciones públicos y privados dedicados a la investigación, a los que se dota de mejores instrumentos para cumplir su tarea*".

sonalmente la correspondiente indemnización (40)]. Así, es preciso determinar, entre otras cosas, si en la investigación en centros públicos que obtenga muestras biológicas humanas con procedimientos invasivos debe suscribirse obligatoriamente el seguro de responsabilidad civil y si en materia de nexo causal el régimen aplicable será íntegramente el ya visto sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

Apuntados los problemas que genera *ab initio* la determinación del ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad que dibuja el artículo 18 de la LIB, analicemos brevemente sus elementos vertebradores. En primer término, la responsabilidad en la realización de actividades biomédicas de investigación que comporten procedimientos invasivos puede tener naturaleza extracontractual o tener origen en un contrato en el desarrollo del cual un sujeto proporcione gratuitamente muestras biológicas con aquellos fines, e incluso puede surgir de un vínculo contractual exclusivamente orientado a la bioinvestigación (percibiendo el sujeto fuente únicamente una compensación económica resarcitoria por las molestias y gastos de desplazamiento, similar a la contemplada por el artículo 5.3.º de la LRHA (41) para la

(40) Incluso trascendiendo el ámbito puramente médico o sanitario, sería excepcional que personal al servicio de una Administración Pública respondiera de forma directa, sin el amparo del régimen de responsabilidad patrimonial de la misma. En todo caso, tal consecuencia jurídica debería estar contemplada de forma expresa en la ley que así lo dispusiera, sin que en ningún caso pueda presumirse. Cuestión diferente es que en los equipos de bioinvestigación exista personal sin vinculación suficiente con el centro público en el que se realiza dicha investigación, lo que pudiera llevar a concluir la aplicación de este régimen y no el de la LRJPAC.

(41) LRHA, artículo 5. "***Donantes y contratos de donación.***

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de

donación de gametos, aunque ciertamente a ella no alude la LIB). En todo caso, esta singular figura contractual a la que últimamente nos referimos está teñida por la nota de revocabilidad del consentimiento del sujeto fuente en cualquier momento, en cuanto a la cesión de las muestras [art. 4.3.º de la LIB (42)], lo que puede configurarse, desde el punto de vista contractual, como la admisibilidad del desistimiento unilateral como forma de extinción (43).

---

centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación."

(42) Artículo 4. *"**Consentimiento informado y derecho a la información.***

*1. Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada. La información se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, en los términos que establece esta Ley. La información se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades. Si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por **cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad**.*

2. Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. La prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud. Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

3. *Las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece esta Ley. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho."*

(43) Más común será la suscripción de contratos, en este caso por lo general onerosos, cuyo fin sea la realización de estudios genéticos de un individuo (estaríamos ya fuera del ámbito estricto de la investigación biomédica), contrato que, sin perjuicio de que pudieran individualizarse obligaciones de

Desde otra perspectiva, el artículo 18.2.º de la LIB prescribe la previa suscripción obligatoria de un seguro de responsabilidad civil para el desarrollo de investigaciones que comporten procedimientos invasivos en personas, definidos en el propio artículo 3 t) como las intervenciones realizadas con fines de investigación que entrañen un riesgo físico o psíquico para el sujeto afectado, sin precisar quién ha de ser el tomador del seguro (el investigador responsable del proyecto, el equipo que participa en él o el centro, público o privado, para el que trabaja); pero sin que quepa, sin embargo, duda alguna de que son asegurados aquellos cuya responsabilidad queda cubierta en la póliza suscrita. No obstante, dada la heterogénea estructuración y dependencia funcional u orgánica de los grupos de investigación, es difícil hacer generalizaciones sobre quién sea el tomador del seguro, algo que parece ser irrelevante para el legislador (podría serlo, por ejemplo, genéricamente, una Universidad), pero tampoco precisa el ámbito de la cobertura que haya de contratarse, estableciendo, en cambio, la responsabilidad (solidaria entre ellos) del promotor de la investigación, el investigador responsable y el hospital o centro en el que la investigación se hubiera realizado cuando, "por cualquier circunstancia, el seguro no cubra enteramente los daños causados", y ello en virtud del resarcimiento del daño generado. En definitiva, existe una obligación de cobertura de los eventuales daños con la suscripción de un seguro de responsabilidad civil (44) y si este no existiera o fuera nulo, o si se hubieran incluido en el contrato cláusulas de delimitación del riesgo (subjetivas, objetivas, cuantitativas, temporales, etc.), o si prosperaran judicialmente las

---

resultado en ámbitos muy concretos, vincula al profesional al desarrollo de la actividad diligente encaminada a proporcionar un consejo genético adecuado, conducta de la que puede también derivarse responsabilidad, si bien regida por otros parámetros bien distintos. Téngase en consideración, en su caso, al margen de la general insatisfacción sobre tal solución, el diferente régimen de la acción de responsabilidad según sea esta de origen contractual o extracontractual, especialmente relevante en lo atinente al plazo de prescripción, mucho más corto en el segundo caso, en el que solo dispone el perjudicado de un año, contado, según doctrina jurisprudencial consolidada, desde la definitiva fijación médica de las secuelas en su salud que tengan por origen las conductas u omisiones de que se trate.

(44) Al respecto, véase el estudio que del mismo realiza REGLERO CAMPOS (coordinador) en *Tratado de responsabilidad civil,* Pamplona, Aranzadi, 3.ª ed., 2006, pp. 721-844.

excepciones oponibles por la compañía de seguros, responderán los sujetos arriba indicados en determinadas condiciones (45).

No obstante, especial complejidad presenta la configuración del régimen de responsabilidad que el artículo 18 de la LIB establece para el promotor de la investigación, el investigador responsable y el centro para el que trabajan (46). En efecto, parece claro que la responsabilidad de los mismos será solidaria y se presenta como objetiva, ante la expresa referencia normativa, que dispone que procederá aquella "*aunque no medie culpa*" y pese a que se hubieran obtenido todas las autorizaciones administrativas legalmente requeridas y se actuara con el visto bueno del Comité Ético de Investigación. No es tan claro, sin embargo, cómo ha de interpretarse la alusión a la inversión de la carga de la prueba en beneficio de quien sufrió los daños. Pues parece que si se está delimitando una responsabilidad objetiva o sin culpa, la inversión de la carga de la prueba que se contempla no puede ir vinculada a la concurrencia o no de este criterio de imputación. Esa pretendida inversión de las reglas del *onus probandi* en materia de culpa, sin embargo, sí ha sido invocada por nuestros tribunales de justicia para resolver casos en los que la legislación aplicable no configuraba una responsabilidad objetiva, como ocurre con los profesionales médico-sanitarios en el ámbito de la Medicina curativa (47).

---

(45) Desde la perspectiva procesal y por razones obvias de economía parece oportuno demandar a todos [en cuyo caso a la compañía aseguradora se le demandaría en virtud de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contratos de Seguro (LCS), a la que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideran aplicable también el plazo de prescripción de un año].

(46) El primero de ellos será (aplicando el art. 61.3.º de la Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, a la que se remite la LIB) la persona física o jurídica que tiene interés en su realización, que firma las solicitudes de autorización del proyecto y se responsabiliza de él como **promotor** de la investigación; y el segundo (el **investigador responsable**) es el que dirige la realización de aquel, firma también las aludidas solicitudes y es corresponsable.

(47) Si bien, como subraya DÍAZ-REGAÑÓN, en realidad lo que hacían, en numerosas ocasiones, era deducir la actuación culposa de los demandados sobre la base de presunciones judiciales (DÍAZ-REGAÑÓN: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica,* Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 138-151).

Pero debemos preguntarnos si el sistema que se pretende instaurar en cuanto a la compensación de los daños causados por procedimientos invasivos en el cuerpo humano con finalidad exclusivamente investigadora (no terapéutica ni diagnóstica) será el de la inversión de la carga de la prueba en lo atinente a la relación de causalidad. De ser cierta esta conclusión, el sujeto que ha sufrido los daños podrá limitar su actividad probatoria en el proceso a acreditar la existencia real de estos y su entidad, siendo irrelevante la concurrencia de culpa en el causante de los mismos y correspondiendo a este probar que el nexo causal no existía; ya que la relación de causalidad no deja de ser presupuesto necesario en toda responsabilidad civil, sea objetiva o subjetiva (48).

Pues bien, admitida la posibilidad de que la conexión causal entre los daños y la actuación de aquel a quien se le vayan a imputar pueda resultar probada a través de presunciones, un paso más representa el establecimiento de presunciones *iuris tantum* legales, como las que contiene el artículo 18 de la LIB, aunque con eficacia temporalmente limitada. En efecto, este riguroso sistema de responsabilidad, aplicable solo a las bioinvestigaciones con procedimientos invasivos a las que voluntariamente se hayan prestado ciertos sujetos, establece (párrafo cuarto) la presunción, que podrá desvirtuarse mediante prueba en contrario, de que los daños que afecten a la salud de la persona sujeta a la investigación durante su realización y en el año siguiente a su terminación se han producido como consecuencia de la misma. Aquí cobraría virtualidad la referencia del párrafo tercero de que incumbe la carga de la prueba al promotor, al investigador responsable y al hospital o centro en el que se hubiese realizado la investigación; es decir, para exonerarse de responsabilidad han de acreditar que los daños sufridos por el sujeto que ha sido objeto del procedimiento invasivo tienen otro origen diferente al de la bioinvestigación desarrollada.

(48) Tómese en consideración que la doctrina ya se había planteado, incluso en la responsabilidad civil médica, si eran admisibles las presunciones judiciales de causalidad; y ello ha sido así con diferentes pronunciamientos, algunos de ellos plenamente favorables al valor de las presunciones de hecho como mecanismo para la determinación de la existencia del nexo causal. En este sentido se manifiesta ATAZ LÓPEZ en *Los médicos y la responsabilidad civil,* Madrid, Montecorvo, 1985, p. 346.

En realidad, en sentido técnico parece que puede concluirse que el precepto que analizamos configura una responsabilidad objetiva, en la que funcionan ciertas presunciones de nexo causal entre una actividad y un resultado dañoso, que en principio se imputa a quienes han tenido alguna participación, material o no, en la bioinvestigación, pero se puede romper dicha imputación del daño probando que tal relación de causalidad es inexistente, con independencia de cuál sea la teoría sobre la causalidad subyacente en este marco legal [quizá la de la causalidad adecuada, que es la que ha adoptado en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo (49)]. Quedarán exonerados de responsabilidad, pues, los partícipes en la investigación, por falta de nexo causal, si acreditan que los daños en la salud de la persona tienen exclusivamente un origen totalmente diferente al de la bioinvestigación practicada.

Más complejo resulta determinar las consecuencias jurídicas de una concurrencia de causas en el resultado dañoso (así, por ejemplo, si los daños a la salud inicialmente tuvieron otro origen, pero el desarrollo de la bioinvestigación empeoró sus efectos), tema este que en ocasiones determina la absolución ante los tribunales y en otras una simple minoración de la cuantía de las indemnizaciones, quedando, sin embargo, determinada la responsabilidad. También es preciso indagar cuáles deberían de ser los efectos jurídicos de la culpa de la víctima que en el curso de la bioinvestigación desoyera los consejos recibidos y actuara en contra de las indicaciones imprescindibles para el buen curso del proceso. Se ha afirmado que la ausencia de la culpa exclusiva de la víctima como causa de exoneración en un contexto sobre responsabilidad supone que el sistema es más bien de indemnización por accidentes que de responsabilidad (50), por lo que hemos de preguntarnos si así ocurre en el caso que analizamos o si la culpa de la víctima, aun a falta de previsión legal expresa, exonera de responsabilidad a los

(49) FRADES DE LA FUENTE destaca que el Supremo no se adscribe con claridad a ninguna de las teorías sobre la causalidad existentes, sino que adopta una actitud casuística, aplicando en cada caso lo que él mismo llama un criterio del "buen sentido" (FRADES DE LA FUENTE: *La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes,* Madrid, Dykinson, 1999, p. 128).

(50) Al respecto, REGLERO CAMPOS (coordinador) en *Tratado de responsabilidad civil,* Pamplona, Aranzadi, 3.ª ed., 2006, p. 421.

sujetos que el artículo 18 menciona. En cualquier caso, será difícil que pueda apreciarse en este ámbito la culpa exclusiva del perjudicado, si bien, acreditada la misma, la consecuencia jurídica no ha de ser otra que la exoneración de responsabilidad a los investigadores por ruptura del nexo causal entre la actividad por ellos realizada y los daños. Más común puede ser la concurrencia de causas (el daño puede imputarse causalmente de forma conjunta a la actuación de aquellos y a la conducta de la víctima), en cuyo caso procede distribuir también entre ellos la carga del daño o distribuir la cuantía de las indemnizaciones (51).

En cuanto a la tipología de los daños resarcibles que puedan imputarse a una bioinvestigación que comporte un procedimiento invasivo, debemos tomar en consideración, en caso de lesiones corporales sufridas por quien se sometió a ella, que, aunque se trate de daños inicialmente extrapatrimoniales (por ejemplo, a la integridad física, que como tales también son perfectamente reparables en cuanto ocasionen una incapacidad temporal o permanente), a ellos irán ligados otros que sí tienen carácter patrimonial; es decir, consecuencias pecuniarias del daño a la salud, tanto en su aspecto de gastos realizados (daño emergente), como de lucro cesante o ganancia dejada de percibir. Además, en este tipo de daños corporales un componente generalmente relevante de la indemnización es el que corresponde al daño moral (sufrimiento, tristeza o pena experimentados por la merma física), diferente del resarcimiento por los sufrimientos físicos padecidos (aunque ambos suelen incluirse en el llamado *pretium doloris).*

No ha de olvidarse, por otra parte, que, tanto en los casos de lesiones como en los de fallecimiento, los tribunales reconocen la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los llamados "daños reflejos o por rebote", causados a personas distintas de las que di-

(51) Así lo prevé el artículo 114 CP, puede deducirse del artículo 1103 CC y está específicamente regulado en el ámbito de los daños causados en accidentes de circulación con automóviles [art. 1.1.III LRCSCVM (RDLeg. 8/2004)]. Piénsese, por ejemplo, en una investigación en la que participen mujeres en edad fértil a las que se haya informado debidamente de los nocivos efectos que aquella participación podría producir en un feto y de la consiguiente necesidad de utilizar métodos anticonceptivos fiables y en las graves consecuencias que podría tener un embarazo derivado de la falta de adopción de tales medidas preventivas.

rectamente los padecieron. Se trata de quienes resultan de forma indirecta perjudicados (pecuniariamente o en la esfera moral) por las lesiones sufridas por otro a quien les unía una relación de parentesco, afectividad o convivencia (52). La cuestión conflictiva es si, ejercitada la acción judicial por los indirectamente perjudicados, el régimen jurídico aplicable sería el mismo que si la demanda la ejercitara directamente el que sufrió las lesiones o si se seguirán las reglas generales en materia de responsabilidad. El rigor del régimen especial que la LIB dibuja, con presunciones de existencia de nexo causal e inversión de la carga de la prueba en ese ámbito, desaconseja una interpretación extensiva, debiendo delimitar su aplicación a las reclamaciones entabladas por las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de "su" participación en un proyecto de investigación, como reza literalmente el párrafo 1.º del artículo 18 de la LIB.

Pero además de los daños a la salud que puedan causarse en el curso o como consecuencia de una investigación que exija la utilización de algún procedimiento invasivo pueden ocasionarse otros de diferente naturaleza. En efecto, respecto a las actividades de bioinvestigación que requieren la extracción y utilización de **muestras biológicas** y el tratamiento de **preembriones** pueden derivarse otros daños; puesto que, en el primer caso, la necesidad de obtención, almacenamiento y tratamiento de muestras biológicas humanas entraña por sí misma riesgos diferentes de las posibles lesiones a la integridad física de los sujetos fuente, ya que aquellas son portadoras de información genética, tanto del individuo en sí como de su familia biológica. En este sentido, tanto si el fin directo de la extracción de las muestras es la realización de análisis genéticos propiamente dichos, como si lo que se pretende es el estudio de las mismas a otros efectos, entra en juego lo que, utilizando terminología de la dogmática penal, se denomina el bien jurídico protegido de la intimidad personal, susceptible de ser lesionado si, por no adoptar correctamente las debidas precauciones, se vulnera el principio de confidencialidad (53), esen-

(52) Sobre esta materia, véase Vicente DOMINGO en *Los daños corporales. Tipología y valoración,* Bosch, Barcelona, 1994.

(53) Idénticas consideraciones pueden hacerse sobre la utilización con fines de investigación de preembriones sobrantes de tratamientos de repro-

cial en toda actividad sanitaria y también en la bioinvestigación [art. 5 de la LIB (54)].

Ha de descartarse, sin embargo, que pueda derivarse responsabilidad de los investigadores por los daños causados, aun por falta de la debida diligencia, en el tratamiento de las muestras biológicas cedidas voluntaria y libremente a tales fines por los sujetos fuente, aunque los donantes conserven sobre ellas un derecho de disposición y, en su caso, el de ser informados, si así lo pidieran, sobre los resultados de la investigación [art. 27.2.º de la LIB (55)]. Es cierto

---

ducción asistida, cedidos expresamente a esos efectos por la pareja o mujer que individualmente recurriera a una donación de semen [art. 15.1 e) de la LRHA].

(54) Artículo 5. "***Protección de datos personales y garantías de confidencialidad*.**

1. Se garantizará la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Las mismas garantías serán de aplicación a las muestras biológicas que sean fuente de información de carácter personal.

2. La cesión de datos de carácter personal a terceros ajenos a la actuación médico-asistencial o a una investigación biomédica, requerirá el consentimiento expreso y escrito del interesado. En el supuesto de que los datos obtenidos del sujeto fuente pudieran revelar información de carácter personal de sus familiares, la cesión a terceros requerirá el consentimiento expreso y escrito de todos los interesados.

3. Se prohíbe la utilización de datos relativos a la salud de las personas con fines distintos a aquéllos para los que se prestó el consentimiento.

4. Quedará sometida al deber de secreto cualquier persona que, en el ejercicio de sus funciones en relación con una actuación médico-asistencial o con una investigación biomédica, cualquiera que sea el alcance que tengan una y otra, acceda a datos de carácter personal. Este deber persistirá aun una vez haya cesado la investigación o la actuación.

5. Si no fuera posible publicar los resultados de una investigación sin identificar a la persona que participó en la misma o que aportó muestras biológicas, tales resultados sólo podrán ser publicados cuando haya mediado el consentimiento previo y expreso de aquélla".

(55) Artículo 27. "***Información sobre los resultados*.**

1. Una vez concluida la investigación, el investigador responsable remitirá un resumen de la misma a la autoridad competente que dio la autorización y al Comité de Ética de la Investigación correspondiente.

2. Los resultados de la investigación se comunicarán a los participantes, siempre que lo soliciten.

que pueden revocar en cualquier momento su consentimiento sobre la utilización de su muestra biológica, pero las consecuencias de que así se hiciera parecen ser solo la destrucción de la misma, su anonimato o su cesión a otras investigaciones o a un biobanco (56).

Diferente al visto es el régimen aplicable en caso de que se esté llevando a cabo un tratamiento de reproducción asistida y existan preembriones sobrantes crioconservados, pues el artículo 11.7.º de la LRHA (57) exige la suscripción de un **seguro obligatorio** o garantía financiera equivalente, en los términos que reglamentariamente se fijen, "para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renova-

3. Los investigadores deberán hacer públicos los resultados generales de las investigaciones una vez concluidas, atendiendo a los requisitos relativos a los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 5.5 de esta Ley y sin menoscabo de los correspondientes derechos de propiedad intelectual e industrial que se pudieran derivar de la investigación".

(56) Parece verdaderamente forzado derivar la responsabilidad por el tratamiento inadecuado de la muestra biológica que conlleve su deterioro o destrucción en base al fundamento del derecho a una hipotética revocación del consentimiento, en el sentido de que el sujeto fuente puede tomar otra decisión sobre el destino de la misma (tampoco parece adecuada, sin embargo, la construcción jurídica que defiende que la "propiedad" de la muestra ha pasado a ser del centro a quien se cedió, pues sobre el objeto al que aludimos recaen diferentes derechos, pero en ningún caso el de dominio). No obstante, quizá a estas afirmaciones pueda objetarse que el artículo 58.4.º de la LIB permite al sujeto fuente hacer uso de las muestras cuando, por razones de salud, las necesiten él o su familia. Puede consultarse sobre esta materia, si bien no en relación con la Ley que comentamos, por obvias razones cronológicas, el estudio de Nicolás Jiménez: "Los derechos del paciente sobre su muestra biológica: distintas opiniones jurisprudenciales", *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. 19, 2003, pp. 207-228.

(57) LRHA, artículo 11.7. *"Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un* ***seguro o garantía financiera*** *equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente."*

ción del consentimiento informado correspondiente" (58). A nuestro modo de ver, el legislador pensó principalmente en la posibilidad de que tales preembriones pudieran ser utilizados con posterioridad con fines reproductivos propios y en la responsabilidad derivada de tal pérdida, ciertamente relevante para la pareja o la mujer (59).

IV. DAÑOS DERIVADOS DE LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA

En la realización de estudios genéticos con fines diagnósticos o terapéuticos es posible incurrir en errores que sean consecuencia de un consejo genético desacertado o de la aplicación de un tratamiento improcedente, actividades que están contempladas en la LIB y pueden ser origen de daños personales, incluso físicos. Dejemos simplemente apuntado que el diagnóstico genético preimplantacional, regulado en el artículo 12 de la LRHA (60), de ser negligen-

(58) Al respecto, véase nuestro artículo "El derecho a la reproducción asistida I y II", publicado en los números 63 y 67 de la *Revista Jurídica del Notariado.*

(59) Sin embargo, a pesar de que el consentimiento para dar a los preembriones este destino u otro de los posibles (donación con fines reproductivos o de investigación, etc.) se puede modificar, la LRHA no alude expresamente, para deducir responsabilidad, a los accidentes acaecidos cuando se hubiera expresado la elección de ese concreto destino. En los términos en que este precepto está redactado podemos plantearnos, pues, si es indemnizable la pérdida de unos preembriones cuando la mujer o pareja los hubiera donado para la investigación o para que otros pudieran ser padres, tanto si desearan cambiar tal consentimiento y utilizarlos finalmente con fines reproductivos propios (lógicamente si todavía estuviesen disponibles), como incluso en caso de que no fuera así. Sin embargo, de asumir tal posición estaríamos –creemos– extendiendo desorbitadamente el ámbito de una responsabilidad que no ha de llegar tan lejos, pese a la falta de previsión expresa del legislador, debiendo quedar limitada a los supuestos en los que la mujer o pareja expresara su deseo de mantener crioconservados los preembriones con el fin de intentar personalmente en el futuro un nuevo embarazo, pues solo en estos casos se advierte la existencia de un daño efectivo y, como tal, indemnizable.

(60) LRHA, artículo 12. "***Diagnóstico preimplantacional:***

1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

a) La detección de enfermedades hereditarias graves de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los

temente realizado por los profesionales médicos implicados será origen de una responsabilidad de difícil concreción en cuanto a los daños indemnizables en caso de concepción de un hijo con fines terapéuticos para terceros si la selección de los preembriones *in vitro* es incorrectamente realizada y no existe compatibilidad entre el nacido y el enfermo (evidentemente, la cuestión ha de ser enfocada de diferente manera si el primero nace sano o no) (61). Expresamente alude el artículo 18.2.º de la citada LRHA (62) a la responsabilidad

---

conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia.

b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso."

(61) Más detalladamente, ABELLÁN: *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*, Granada, Comares, 2007, pp. 63-73.

(62) LRHA, artículo 18. *"Condiciones de funcionamiento de los centros y equipos.*

1. Los equipos biomédicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y los medios necesarios, que se determinarán mediante real decreto. Actuarán interdisciplinariamente, y el director del centro o servicio del que dependen será ***el responsable directo*** *de sus actuaciones.*

2. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el ***secreto de la identidad*** *de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes o si, por omitir la información o los estudios establecidos, se lesionan los intereses de donantes o usuarios o se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos."*

de los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajen si, por omitir la información o estudios establecidos, se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias evitables con aquella información y/o el estudio previo (63).

Profundizando un poco más en la delimitación de la responsabilidad que puede derivarse de la realización de análisis genéticos, tómese como punto de partida en las reflexiones que siguen que, sin duda, la exactitud y la fiabilidad de los resultados alcanzados son valores relevantes en relación con la obtención de la información genética de un individuo (64). En lo que concierne a su alcance predictivo, cuando tal sea su finalidad, este es diferente según los factores que entran en juego, por más que se sigan escrupulosamente las exigencias de calidad aplicables y la formación de los profesionales intervinientes sea la adecuada. Afirmar, tras los estudios genéticos oportunos, la predisposición de un sujeto a padecer una determinada enfermedad e informarle de ello no es, indudablemente, comunicarle que la sufrirá y no será exigible la responsabilidad por los daños morales derivados de la incertidumbre y el temor a ello experimentados durante años por el paciente, dado el caso; pero una negligente realización de las pruebas embrionarias, reproductivas, etc., o la inadecuada interpretación de los resultados que conduzca a ofrecer una información genética incierta sí sería posible origen de responsabilidad (65), si se dieran los demás requisitos exigibles por

(63) Ampliamente, ASÚA GONZÁLEZ: "Responsabilidad civil derivada del uso de técnicas de reproducción asistida", en DÍAZ MARTÍNEZ (coord.): *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas,* Madrid, Dykinson, 2006, pp. 103-119.

(64) Así lo reconoce expresamente la Declaración Universal sobre los Datos Genéticos Humanos, emanada de la UNESCO el 16 de octubre de 2003.

(65) Siguiendo esta línea jurisprudencial, aunque no en un caso sobre bioinvestigación, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, en sentencia de 11 de noviembre de 2009, resuelve sobre el fallecimiento de una paciente intervenida para implantación de prótesis de rodilla que no fue informada debidamente sobre la necesaria administración de heparina tras el alta hospitalaria, declarando la Cabecera responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria autonómica por descoordinación de medios, que impidieron hacer efectivo el derecho de la paciente a la información en todo el proceso asistencial. El hospital no comunicó ni informó en ningún momento a la fallecida o a su

la jurisprudencia en el ámbito de la actividad médico-sanitaria (66). Incluso podría afirmarse que estamos, al menos en ciertos casos, como antes insinuábamos, ante uno de los escasos supuestos en los que los profesionales sanitarios asumen una obligación más cercana a la de resultados que a la de medios, la de ofrecer la información genética que el estado actual de la ciencia y las condiciones particulares permitan obtener, así como, en su caso, el asesoramiento genético oportuno (67).

Cualitativamente distinto es también, a estos efectos, determinar las obligaciones asumidas por los profesionales ante la utilización de los análisis genéticos con el fin de aplicar la terapia más adecuada para una enfermedad actualmente padecida, o con el propósito de conocer la predisposición a ciertas patologías físicas o psiquiátricas y adoptar las medidas preventivas oportunas o, fuera ya del ámbito sanitario, para acreditar determinadas realidades en el marco de un proceso civil o penal [como sucede en los casos de investigación de la paternidad (68)]. Por otra parte, si en cualquier caso la conexión

---

marido la necesidad de inyectarse heparina de forma subcutánea, ni tampoco le dio instrucciones sobre cómo proceder a su administración tras el alta hospitalaria, sino que únicamente le hizo entrega de una carta para su médico de cabecera. La Administración debe prestar una información completa y adaptada a la situación de los interlocutores, y que sea efectivamente comprendida y valorada a efectos de la evolución futura de la enfermedad. Existiendo, por tanto, nexo causal se estima procedente la indemnización solicitada.

(66) Piénsese, por ejemplo, en un diagnóstico erróneo sobre el hecho de que el individuo padece una determinada enfermedad genética o es portador de un gen que le lleva a tomar determinadas decisiones vitales, como no tener descendencia o recurrir a tratamientos de reproducción asistida con diagnóstico preimplantacional; o en un diagnóstico genético molecular equivocado que conduce a la aplicación de una terapia no adecuada, p. e., radioterapia en enfermedades como el cáncer.

(67) La realización de análisis genéticos probablemente lleve a los tribunales, en caso de que se sustancie ante ellos el conflicto, a apreciar que existe algo diferente a una obligación de simple actividad o medios, por cuanto dichos estudios genéticos exigen una interpretación compleja de datos y no solo la correcta obtención de estos.

(68) Es el caso, en el ámbito civil, de las pruebas biológicas para la determinación o impugnación de la filiación, indirectamente contempladas en el artículo 39.2.º de la Constitución al establecer que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. En cada una de estas aplicaciones

entre la responsabilidad médica y el cumplimiento escrupuloso del deber de información previa es manifiesta, quizá en el caso de realización de análisis genéticos es todavía más patente (69).

Si se trata de los cribados genéticos (70), se ha de poner en

---

de los análisis genéticos (y aun en otras no contempladas expresamente) el origen de la responsabilidad puede ser, según los casos, contractual o extracontractual, con su diferente régimen jurídico, pues el sujeto fuente puede haber contratado los servicios profesionales médicos en busca de resultados ciertos, un diagnóstico o un consejo genético; pueden haberlos contratado terceros o es posible que la actuación se practique en el ámbito de la medicina pública, con sus propias normas reguladoras en materia de responsabilidad de la Administración Sanitaria, como vimos.

(69) Ello puede comprobarse en la doctrina expresada recientemente por el Tribunal Supremo en el ámbito de los diagnósticos prenatales basados en tales estudios, de la que son una excelente muestra las sentencias de 21 de diciembre de 2005, 18 de mayo de 2006 y 30 de junio de 2006. La primera de ellas condena solidariamente al Servicio Vasco de Salud y a la compañía aseguradora al pago de una indemnización a los padres de un niño nacido con síndrome de Down cuando la madre se sometió a una biopsia corial transabdominal para detectar la posible malformación cromosómica del feto y fue informada de que el mismo era normal, descartando un dato "perturbador" obtenido de los análisis y desechado técnicamente, acerca del cual no se informó, impidiendo que la madre pudiera decidir la interrupción del embarazo. El daño que se indemniza es el derivado de la discapacidad del hijo, con efectos tanto patrimoniales como morales. En la sentencia de 30 de junio de 2006 la responsabilidad se hace derivar de la falta de información a una gestante de ciertos descubrimientos en las pruebas diagnósticas (como un elevado índice de alfafetoproteínas) que podían razonablemente hacer pensar en una posible malformación fetal, como la espina bífida, efectivamente padecida por el niño finalmente nacido. No obstante, lo más destacado de esta sentencia es el establecimiento del nexo causal entre la conducta médica y el daño, haciendo recaer sobre los profesionales sanitarios la carga de probar (lo que no hicieron) que la madre no habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo aunque se le hubiera facilitado la información correctamente. Finalmente, en la sentencia de 18 de mayo de 2006 puede apreciarse también la infracción del deber de informar del resultado negativo de una amniocentesis por insuficiencia de la muestra para realizar el cultivo y la necesidad de repetir la prueba para realizar un diagnóstico certero. Véase, al respecto, MACÍA MORILLO: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de* wrongful birth *y* wrongful life), Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

(70) Se trata, según definición del apdo. g) del artículo 3 de la LIB, de un "*programa de salud pública, dirigido a la identificación en individuos de determinantes genéticos, para los cuales una intervención médica precoz*

conocimiento del sujeto que se someta al mismo la posibilidad de obtención de falsos positivos y, en consecuencia, la necesidad de confirmar o descartar el diagnóstico [art. 54.6.º d) (71)]. En otro tipo de análisis genéticos deviene esencial informar al sujeto fuente,

---

pudiera conducir a la eliminación o reducción de la mortalidad, morbilidad o discapacidades asociadas a tales determinantes".

(71) Artículo 54. "***Cribado genético*.**

1. Los cribados genéticos estarán dirigidos a detectar una enfermedad o riesgo grave para la salud en el individuo participante o en su descendencia, con la finalidad de tratar precozmente la enfermedad u ofrecer el acceso a medidas preventivas.

2. Las autoridades sanitarias determinarán, basándose en criterios objetivos, la pertinencia del cribado genético en atención a las enfermedades a prevenir o tratar. Velarán, asimismo, por que se garantice el acceso universal y equitativo de la población para la cual está indicado el cribado, por la organización y planificación del programa, así como por la calidad de las pruebas de cribado, de las pruebas diagnósticas de segundo nivel y de las prestaciones preventivas y terapéuticas que se ofrezcan.

3. Para la realización del cribado se tendrán en cuenta los aspectos psicosociales y su integración en el sistema sanitario. Asimismo, el programa específico de cribado de que se trate será evaluado por el comité de ética del centro donde se realice.

4. Se establecerán los procedimientos apropiados para el seguimiento y evaluación continuada del programa.

5. La participación en un cribado genético se ofrecerá a todos los miembros de la población a la que va dirigido, para lo cual será preciso el consentimiento por escrito previo de cada sujeto afectado en los términos previstos en los artículos 4 y 48.3.

*6. **La información previa a dicho consentimiento** se hará por escrito y se referirá a:*

a) Las características y objetivos que se persiguen con el cribado.

b) La naturaleza voluntaria de la participación.

c) La validez y fiabilidad de las pruebas de cribado y de las pruebas diagnósticas de segundo nivel.

d) La posibilidad de obtener falsos positivos y, en consecuencia, la necesidad de confirmar o descartar el diagnóstico.

e) Los períodos de tiempo que transcurrirán entre las distintas etapas del proceso del cribado.

f) Las posibilidades existentes de tratamiento y prevención de la enfermedad una vez diagnosticada.

g) Las incomodidades, riesgos y acontecimientos adversos que podrán derivarse del proceso diagnóstico, incluyendo los asociados a la toma de muestras y a las medidas terapéuticas o preventivas que ofrezca el programa."

antes de que exprese su consentimiento, sobre ciertos extremos [art. 47 (72)]. No obstante, sin perjuicio de su derecho a conocer los datos genéticos personales que deriven del estudio, puede negársele información cuando tal derecho pretenda ser ejercido extemporáneamente, antes de la indispensable confirmación de ciertos resultados y sin que estos sean, pues, definitivos. En todo caso, si ante la insistencia del interesado se le proporcionara información provisional es importante precisar tal carácter, con las advertencias oportunas sobre la necesidad, en su caso, de repetir las pruebas o avanzar en el estudio de sus resultados.

En la realización de análisis genéticos, por tanto, la responsabilidad puede surgir de actuaciones profesionales negligentes, esto es, de mala praxis médica en la técnica aplicada para la obtención del resultado, que conduzca a equivocados o desacertados consejos genéticos; aspecto este último que presentará, obviamente, mayores dificultades probatorias, como consecuencia del subjetivismo que va implícito en todo consejo en materia de salud. No obstante, si los parámetros o análisis sobre los que se basan dichos consejos son erróneos o si puede acreditarse que las sugerencias de comporta-

(72) Artículo 47. "***Información previa a la realización de análisis genéticos*** *con fines de investigación en el ámbito sanitario.*

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, antes de que el sujeto preste el consentimiento en los términos previstos en el artículo 48, deberá recibir la siguiente información por escrito:

1.º Finalidad del análisis genético para el cual consiente.

2.º Lugar de realización del análisis y destino de la muestra biológica al término del mismo, sea aquél la disociación de los datos de identificación de la muestra, su destrucción, u otros destinos, para lo cual se solicitará el consentimiento del sujeto fuente en los términos previstos en esta Ley.

3.º Personas que tendrán acceso a los resultados de los análisis cuando aquellos no vayan a ser sometidos a procedimientos de disociación o de anonimización.

4.º Advertencia sobre la posibilidad de descubrimientos inesperados y su posible trascendencia para el sujeto, así como sobre la facultad de éste de tomar una posición tras recibir su comunicación.

5.º Advertencia de la implicación que puede tener para sus familiares la información que se llegue a obtener y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos.

6.º Compromiso de suministrar consejo genético, una vez obtenidos y evaluados los resultados del análisis".

mientos futuros eran desorbitadas en relación a los datos obtenidos del estudio (en lo que jugará un papel fundamental la prueba pericial con informes de otros expertos en genética), también en ese ámbito puede exigirse el resarcimiento de los daños, probados estos y el nexo causal con aquella conducta, sin que aquí funcione la inversión de la carga de la prueba, como sí ocurre en la responsabilidad por daños causados en procedimientos invasivos en la bioinvestigación. Por supuesto, la responsabilidad en este ámbito puede ser también por omisión, en la medida en que no se comuniquen al sujeto fuente descubrimientos relevantes, fundamentándose en este caso el enlace causal, bien entre los daños y esta inactividad de la falta de adopción de medidas preventivas, o bien fundando el nexo causal en el desarrollo de conductas, hábitos o comportamientos inoportunos, que podrían haberse evitado si se hubiera tenido conocimiento de que se padecía una enfermedad o de que existía una predisposición notoria a padecerla (73).

En todo caso, el **deber de informar** que incumbe a los profesionales que realizan los estudios genéticos, de cualquier clase que fueren, sobre ciertos descubrimientos de interés, se refiere siempre, en primer término, al sujeto fuente, de modo que este podría exigirles responsabilidad si comunicaran, sin su autorización, algunos datos a sus familiares biológicos, infringiendo el deber de secreto profesional. De todos modos, la colisión entre la **confidencialidad** exigible a quienes realizan los estudios y la protección de la salud de los familiares pretende salvarse asesorando previamente al sujeto fuente sobre la conveniencia de que personalmente informe a sus familiares de los datos que puedan afectarles. Ha de descartarse, pues, que sean los familiares los que puedan recabar judicialmente la determinación de responsabilidad de los profesionales sanitarios por omisión de información, puesto que el deber de informar no es exigible con respecto a los familiares y choca con el de confiden-

(73) Cuestión diferente, que se plantea Nicolás JIMÉNEZ, es la de la responsabilidad en que, a su vez, pudiera incurrir el sujeto que se sometió a los análisis por no informar a sus descendientes, parientes biológicos o cónyuge de ciertos resultados que pudieran personalmente afectarles, en este último caso en relación con la toma de decisiones reproductivas. (Nicolás JIMÉNEZ: *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal,* Comares, Granada, 2006, pp. 283 y ss.).

cialidad [incluso en las concretas circunstancias de riesgo cierto y grave para la salud de los familiares (74)]. Por lo demás, prevé expresamente la LIB que si el sujeto fuente ejerciera su derecho a no ser informado podría darse a sus familiares biológicos la información necesaria para evitar un grave perjuicio en su salud [art. 49.2.(75)].

Por otra parte, en lo relativo al resarcimiento de los daños causados por infracción del deber de confidencialidad atinente a la información genética de carácter personal obtenida a través de diferentes métodos, ha de señalarse, en primer término, que los perjudicados pueden ser en este caso tanto el propio individuo que se ha sometido al estudio como a sus familiares biológicos, con los que comparte dichos datos genéticos (cuestión diferente es quién sea titular del derecho de acceso a los mismos, condición que no creemos que concurra en los consanguíneos). Se trataría de supuestos en los que se incumplen los deberes de cuidado que la normativa vigente exige para evitar que los datos personales sean conocidos sin consentimiento de su titular (76) o se haga un uso de ellos no autorizado por aquel (77).

---

(74) Salvo que estuviera en peligro grave y de modo cierto la salud de aquellos, en cuyo caso el conflicto podría resolverse a favor del profesional que informó, violando justificadamente la confidencialidad propia de toda actividad médica.

(75) Artículo 49. "***Derecho a la información y derecho a no ser informado*.**

1. El sujeto fuente será informado de los datos genéticos de carácter personal que se obtengan del análisis genético según los términos en que manifestó su voluntad, sin perjuicio del derecho de acceso reconocido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, que podrá suponer la revocación de la previa manifestación de voluntad libre otorgada.

2. Cuando el sujeto fuente haya ejercido el derecho a no ser informado de los resultados de un análisis genético sólo se suministrará la información que sea necesaria para el seguimiento del tratamiento prescrito por el médico y aceptado por el paciente. Cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos se podrá informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades."

(76) Dejando al margen conductas de indudable relevancia penal, consistentes en facilitar de forma consciente y deliberada a terceros, mediando o no contraprestación, el acceso a dicha información.

(77) Como es sabido, la LOPD configura en los artículos 7 y 8 un especial ámbito de protección para los datos relativos a la salud (y algunos de

Aunque no sea, ni mucho menos, la única aplicación de los estudios genéticos, como ya hemos apuntado, no podemos olvidar tampoco su utilidad en la pura investigación científica, pues para conseguir avances significativos en materia, por ejemplo, de genoma humano, descubrir el porqué de las alteraciones de algunos genes y buscar curación a determinadas enfermedades que tienen este origen es imprescindible recabar datos genéticos de un elevado número de personas, que ceden voluntaria y libremente muestras biológicas con este exclusivo fin o autorizan el empleo para la investigación de las sobrantes de un análisis diagnóstico o terapéutico (78). En estos casos de pura investigación científica es más difícil que se den los presupuestos de una responsabilidad derivada de la infracción del deber de confidencialidad, porque suele trabajarse con datos anónimos, anonimizados o codificados; pero por las características de determinados estudios no ha de descartarse genéricamente que ello pueda darse. Por lo demás, también en este ámbito puede proporcionarse incorrectamente la información (en ocasiones por mala práctica en la realización de las pruebas y/o el análisis, o por una interpretación errónea de los resultados) u omitirse algún dato relevante para la vida o la salud del sujeto fuente, sin perjuicio de que se causen directamente daños físicos al recabar las muestras biológicas a través de procedimientos invasivos, a cuyo

---

los genéticos lo son), lo que se proyecta en el RD 994/1999, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, en que tales medidas serán entonces las denominadas "de nivel alto". Pero en realidad se echa de menos en la LOPD una consideración específica de los datos genéticos de carácter personal, puesto que en algunos casos no encajan en el ámbito de la salud, pero no por ello dejan de pertenecer a la esfera más íntima y privada del ser humano (así, en cuanto determinan una determinada filiación biológica o un cierto origen étnico, etc.) y merecerían el tratamiento de especialmente protegidos.

(78) Téngase en consideración, a estos efectos, la disp. trans. 2.ª de la LIB, que permite en ciertos casos excepcionales la utilización con fines de investigación de muestras biológicas (almacenadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley) sin consentimiento del sujeto fuente, si la obtención del mismo es imposible o representa un esfuerzo no razonable; y el artículo 58.2.º, apdo. 2, que autoriza, también en estas mismas condiciones, sin consentimiento del sujeto fuente, la utilización en investigación de muestras tomadas con una finalidad distinta.

resarcimiento serían aplicables los comentados criterios del artículo 18 de la LIB (79).

En resumen, el sistema de responsabilidad que el artículo 18 de la LIB configura solo es aplicable a los daños corporales causados con procedimientos invasivos utilizados para la obtención de muestras biológicas cedidas con aquellos fines. Es un riguroso régimen de responsabilidad objetiva, con inversión de la carga de la prueba en materia de nexo causal, limitado temporalmente a los daños sufridos durante la investigación y durante el año siguiente a su terminación, acompañado de la obligatoriedad de suscripción de un seguro y de la determinación de los responsables (entre sí de forma solidaria) en caso de que, por distintas causas, el seguro no diera cobertura al siniestro. El resto de los daños causados en el curso o como consecuencia de una investigación biomédica (por infracción del deber de confidencialidad, omisión del de información u otros), así como todos los derivados de la realización de estudios genéticos de carácter personal que no encajen en aquellos, serán resarcidos según las reglas generales en materia de actuaciones médico-sanitarias o en los términos que se deriven de la normativa sobre protección de datos personales, atendiendo, para la delimitación de los deberes jurídicos cuya infracción determina la responsabilidad, al régimen legal aplicable a los profesionales en virtud de la LIB.

(79) De todos modos, la LIB contempla algunas conductas específicamente prohibidas, como la publicación de los resultados de una investigación identificando a los sujetos fuente (u ofreciendo los datos suficientes que así lo permitan) sin su consentimiento (art. 51.1.º).

LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL TRÁFICO JURÍDICO ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS EN SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL

Carmen Ruiz Sutil
Profesora de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN LAS RELACIONES HISPANO-MARROQUÍES Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO INSTITUCIONAL

III. LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y AL DIVORCIO: ENTRE EL REGLAMENTO "ROMA III" Y EL ARTÍCULO 107.2 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

IV. DIFICULTADES A SUPERAR EN MARRUECOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES ESPAÑOLAS SOBRE CRISIS MATRIMONIALES:
a) Control de la competencia judicial internacional
b) Control de las garantías procesales
c) Control de autoridad de cosa juzgada
d) No contrariedad con el orden público del foro
e) No contrariedad con una decisión judicial existente o proceso pendiente en el Estado requerido

I. INTRODUCCIÓN

La creciente presencia de población marroquí en España (1) suscita un incremento en el tráfico jurídico entre los dos países vecinos, realidad que hace indispensable un mejor conocimiento de los respectivos ordenamientos. Particularmente, en el ámbito del Derecho de familia, una de las materias que mayores problemas plantea en el marco de las relaciones hispano-marroquíes es la crisis matrimonial (2), por las importantes diferencias que existen en ambas regulaciones. Y es que la normativa del país vecino sobre crisis ma-

(1) Según estadísticas del Observatorio Permanente de la Inmigración (www.extranjeros.mtin.es/es/general/boletin-num-16-Web.pdf), a 31 de marzo de 2008, los marroquíes en situación regular en España ascendían a 675.906. Y los marroquíes con autorización de residencia ascendían en el año 2009 a 717.416, según las estadísticas descritas por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, en http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica/Anuarios/Anuario2009.html

(2) Tal y como se aprecia en los estudios de G. ESTEBAN DE LA ROSA y J. OUHIDA: "Reconocimiento en España de las decisiones marroquíes de disolución del matrimonio", en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 765-792; R. RUEDA VALDIVIA: "Las decisiones de divorcio y separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos", en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 715-761; A. RODRÍGUEZ BENOT: "El régimen de las relaciones de familia de los marroquíes ante el ordenamiento español", en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 671-683; G. ESTEBAN DE LA ROSA y T. SEGUIR: "Reconocimiento en Marruecos de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio (en el marco de las relaciones hispano-marroquíes)", en C. MOLINA NAVARRETE, N. PÉREZ SOLA y G. ESTEBAN DE LA ROSA (coords.), *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pp. 513 y ss.; A. OUNNIR: "La reconnaissance et l´exécution des jugements etrangers au Maroc", *Estudios e informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén, 2005-2006. Observatorio permanente sobre la inmigración en la provincia de Jaén,* Granada, Comares, 2008, pp. 451-469; M. LOUKILI: "Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas relativas al estatuto personal y familiar", en A. KADRI, G. PRÉVOST y G. ESTEBAN DE LA ROSA (dirs*.), Inmigración e integración de los inmigrantes desde una perspectiva hispano-francesa. En el contexto de las actuales políticas comunitarias sobre inmigración*, Comares, Granada, 2010, pp. 285-304.

trimonial mantiene instituciones desconocidas para nuestro sistema e inspiradas en Derecho islámico, como el matrimonio poligámico o el repudio, y que, en ocasiones, llegan a ser incompatibles con los principios fundamentales españoles. No obstante, los conflictos que puedan llegar a plantearse en este ámbito responden al desconocimiento y a los falsos estereotipos creados acerca del contenido del Derecho extranjero. Para resolver dicha cuestión, es necesario abordar las soluciones otorgadas por el Derecho internacional privado español (en adelante, DIPr.) en los casos de separación o divorcio solicitados por marroquíes residentes en España y la aplicación del Derecho marroquí para nuestras autoridades judiciales, así como la trascendencia del reconocimiento de documentos o resoluciones judiciales entre ambos países.

II. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN LAS RELACIONES HISPANO-MARROQUÍES Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO INSTITUCIONAL

Los fenómenos de integración económica y jurídica en el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE) propician una importancia creciente del DIPr. institucional. Resulta de indudable interés conocer el papel que desempeña el Derecho comunitario como fuente del DIPr. español, así como la progresiva atribución de competencias en materia de DIPr. llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam, que introdujo la referencia expresa a las normas de competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en el artículo 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Y más aun, desde la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que modifica el TCE y que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La generación de Reglamentos y Directivas (normas de DIPr. de origen institucional) atiende a las necesidades impuestas por los objetivos y el correcto funcionamiento del mercado interior. El desarrollo del DIPr. comunitario viene propiciado por lo dispuesto en los artículos 61.c), 65 y 67 TCE, ocasionando la "comunitarización" de algunos de los convenios o proyectos de convenios existentes en cuestiones de DIPr., además de la posibilidad de promulgar actos comunitarios

en otras materias. Muestra de la incidencia de la comunitarización del DIPr. en el ámbito de la celebración de convenios internacionales es la Decisión del Consejo (2003/93/CE), de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (3), del que Marruecos también forma parte.

El principio de primacía del Derecho comunitario y su progresivo desarrollo origina que las fuentes del DIPr. institucional prevalezcan sobre las normas de origen convencional o autónomo del sistema jurídico español. Esta regla de superioridad jerárquica se manifiesta en materia de crisis matrimoniales y de responsabilidad parental. El Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental ("Bruselas II bis") (4) constituye el régimen preferente para determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en las causas matrimoniales de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio, así como las cuestiones de custodia y derecho de visita de los hijos. Este Reglamento, por tanto, prevalece sobre cualquier convenio multilateral o bilateral entre los Estados miembros de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca, y se limita a regular la competencia de los Tribunales españoles en los procesos de nulidad matrimonial, la separación o el divorcio y los

(3) (DOUE L 151/39, de 11 de junio de 2008). Para consultar el texto en francés de esta Convención, *Rev. crit. dr. int. pr.,* 1996-IV, pp. 813-829. Sobre este Convenio *vid.* L. MARMO: "La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs", *Rev. crit. dr. int. pr.,* 1997-II, pp. 217-238; P. PICONE: "La nuova Convenzione dell´Aja sulla protezione dei minori", *Riv.dir. int. priv. e proc.*, 1996, núm. 4, pp. 705-748; A. BUCHER: "La dix-huitème session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *Rev. suisse DIDE*, 1997, pp. 67-109.

(4) Este Reglamento desplazó el 1 de marzo de 2005 al Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, "Bruselas II", consecuencia de la comunitarización del Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 (DOCE núm. L 160, de 30 de junio de 2000; modif. DOUE núm. L 236, de 23 de septiembre de 2003).

temas relacionados con la responsabilidad parental. Otras cuestiones que pueden plantearse en este tipo de procedimientos, tales como la disolución del régimen económico del matrimonio, la atribución del uso de la vivienda habitual o la determinación de los alimentos debidos a los hijos o al cónyuge, se extraen de dicho texto normativo y quedan sometidos a su propia regulación.

Centrándonos en la materia que nos ocupa, la separación o el divorcio, el artículo 3.1.a) del Reglamento Bruselas II bis contempla siete foros de competencia alternativos. La competencia puede recaer, en primer lugar, en los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges. Si no existe residencia habitual común al tiempo de presentar la demanda, pueden conocer los órganos jurisdiccionales correspondientes a la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía conserve dicha residencia. Igualmente pueden conocer los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del demandado. Asimismo, si se trata de una demanda conjunta, cabe atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. Con el fin de facilitar la presentación de la demanda al cónyuge que, tras la ruptura, regresa a su país, el Reglamento contempla la posibilidad de atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde reside el demandante en dos casos: si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; o bien únicamente seis meses antes de la presentación de la demanda y, además, ostenta la nacionalidad de ese Estado (o tiene allí su "domicile" si se trata del Reino Unido o Irlanda). Además de los seis foros señalados, el artículo 3.1.*b)* del Reglamento contempla la concurrencia del foro de la nacionalidad comunitaria común de ambos cónyuges.

La primacía del Reglamento "Bruselas II bis" respecto del resto de fuentes del DIPr. del sistema autónomo español y la relación extensa de foros contenidos en el Reglamento ocasiona que los foros de la Ley Orgánica del Poder Judicial (5) (en adelante, LOPJ), para los supuestos de crisis matrimoniales, puedan ser utilizados únicamente cuando se aprecie la nacionalidad española del demandante y su residencia habitual sea en España (foro especial del art. 22.3.º LOPJ) o, en su

(5) BOE núm. 157, de 2/7/1985. Corrección de errores, BOE núm. 264, de 4/11/1985.

caso, el foro general de la sumisión del artículo 22.2.º de la LOPJ, siempre que no se den los presupuestos contemplados en el artículo 3 del Reglamento.

Las autoridades judiciales españolas, según lo expuesto, podrán basar su competencia para conocer de las demandas de ruptura matrimonial interpuesta por marroquíes cuando al menos uno de ellos resida habitualmente en España. Pero, ¿qué ha de entenderse por residencia habitual? El Reglamento "Bruselas II bis" no contiene una definición de dicho término. Este concepto debe concretarse en sentido fáctico: la residencia habitual radica en el país donde el demandante o los cónyuges marroquíes poseen su centro social de vida e indica, por tanto, el arraigo existente entre una persona y un medio socio-jurídico concreto. Para determinar el centro social de vida debe acudirse a datos de hecho como, por ejemplo, vínculos sociales, estabilidad de la residencia, voluntad de permanecer en nuestro país, y no a datos jurídicos, tales como que el sujeto posea las oportunas autorizaciones que le son exigibles según establece la normativa de extranjería. A los efectos que aquí interesan, un Tribunal español tendrá competencia judicial en materia de crisis matrimoniales cuando el cónyuge o los cónyuges estén integrados en España, con independencia de la regularidad de su situación administrativa (irregulares o no) (6).

III. LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y AL DIVORCIO: ENTRE EL REGLAMENTO "ROMA III" Y EL ARTÍCULO 107.2 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En Derecho español existen dos instituciones en el ámbito de la crisis matrimonial que pueden ser semejantes, aunque con diferentes efectos. Así, la separación judicial no extingue el vínculo matrimonial, ya que solo se disuelve con la muerte de uno de los cónyuges o con el divorcio. Tras una separación no puede contraerse matrimonio con otra persona, porque el enlace matrimonial continúa

(6) *Vid.* N. MARCHAL ESCALONA: "Nulidad, separación y divorcio de la mujer marroquí en España", en C. RUIZ SUTIL y R. RUEDA VALDIVIA (coord.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Sevilla, 2008, pp. 219-244.

vigente (art. 85 Código Civil español, en adelante, CC). Los efectos de la separación judicial son los siguientes: los cónyuges no podrán interferir en la vida del otro y no podrán vincular los bienes del otro cónyuge, es decir, existirá independencia en el ámbito personal y en el patrimonial (art. 83 CC). Cuando existe la reconciliación de los cónyuges tras la separación, no tienen que volver a casarse, tan solo comunicarlo al juez que dictó la sentencia de separación (art. 84 CC). En ningún caso terminan las obligaciones de los cónyuges respecto de los hijos comunes (art. 92.1 CC). El divorcio, por su parte, produce los mismos efectos que la separación, pero es causa principal de la disolución del matrimonio *intervivos*. Como causa de disolución del vínculo matrimonial produce una explosión paralela de efectos jurídicos en otras esferas jurídicas. Se trata de una institución complicada que incide sobre el régimen económico del matrimonio, sobre las relaciones personales entre los cónyuges, sobre los derechos hereditarios, sobre las relaciones paterno-filiales con los hijos comunes, sobre la capacidad matrimonial. De hecho, si se produjese la reconciliación de los cónyuges durante la tramitación del divorcio, habrá que comunicarlo expresamente al juez, mientras que si aquella se produce tras el divorcio, deberán volver a contraer matrimonio.

Para la separación judicial y el divorcio, el legislador español estableció una norma de conflicto específica con ocasión de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Se trata del artículo 107 del CC, reformado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros en España (7).

A) En la actualidad, el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial ("Roma III") (8), incorpora un cuerpo de normas de conflicto para que la ley reguladora del divorcio sea la misma en todos los Estados comunitarios que participen en dicho Reglamento.

(7) BOE núm. 234, de 30/9/2003.

(8) Sobre el tema *vid.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 36-71. También en http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/525/303.

B) Sus reglas van a sustituir al régimen español establecido en el artículo 107 del CC para las demandas presentadas a partir del 21 de junio de 2012 (art. 18 del Reglamento "Roma III").

C) La gran novedad se centra en el refuerzo de la posibilidad de elección de la ley aplicable al divorcio o separación de las partes, aunque con ciertos límites.

En defecto de elección válida de ley aplicable por los cónyuges, se establece jerárquicamente y en cascadas una serie de conexiones, como la Ley de la residencia habitual común en el momento de la presentación de la demanda; en su defecto, la ley en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda y que uno de ellos aun resida allí en el momento de la interposición de la demanda; en su defecto, la ley de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda; y en su defecto la *lex fori* (art. 8 del Reglamento "Roma III").

En breve tendremos ocasión de comprobar el funcionamiento de este Reglamento, pero la autonomía conflictual otorgada a las partes para elegir la ley aplicable al divorcio resultará un serio obstáculo para la eficacia extraterritorial en Marruecos de la sentencia española. Y es que los jueces marroquíes no verán con buenos ojos la aplicación de un Derecho que no sea el de su propio ordenamiento jurídico.

La ley aplicable a la separación y al divorcio de las demandas anteriores al 21 de junio de 2012, se determina por el artículo 107 del CC. Esta norma establece una serie de conexiones que actúan de forma jerarquizada y que prevé, en principio, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda, lo que responde a la diversidad e identidad cultural y favorece el reconocimiento extraterritorial de las decisiones españolas en el país de origen de los inmigrantes.

En defecto de nacionalidad común, también resulta justificado el recurso a la ley de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda, tanto por ser esta conexión la solución subsidiaria genérica a la falta de nacionalidad común o nacionalidad indeterminada, como por justificarse en sí misma, al designar el medio social de vida del matrimonio. Además, el precepto evita el conflicto móvil, al precisar temporalmente la

conexión en el momento de presentación de la demanda de separación judicial y divorcio.

Si fallan ambas conexiones, la conexión siguiente se basa en la última residencia habitual común de los cónyuges, es decir, el medio social de vida, siempre que uno de los cónyuges aun resida habitualmente en dicho Estado.

Como conexión de cierre aparece la ley española, pues el esquema de conexiones referido se somete a dos excepciones. Ello permite la aplicación de la ley del foro cuando al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. La primera de ellas se refiere a las demandas de separación o divorcio presentadas ante el Tribunal español por ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro [art. 107.2. b) CC]. Esta excepción introduce la autonomía de la voluntad, cuando la demanda sea planteada por los cónyuges sobre la base del Derecho español. Ahora bien, si ambos cónyuges ostentan la misma nacionalidad extranjera y, residiendo al menos alguno de ellos en España, demandan de conformidad con su Derecho nacional (primera conexión del art. 107.2 CC), dicha excepción carece de sentido, pues, tal y como apunta la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de reforma del artículo 107 CC, parece pensada para eludir una ley nacional común que restrinja o limite el derecho a la separación y el divorcio.

La segunda excepción, cuya aplicación exige que al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, se centra en el supuesto de que ninguna de las leyes referidas reconozcan la separación o el divorcio o, reconociéndolos, lo hagan de forma discriminatoria o contraria al orden público [art. 107.2 c) CC]. El precepto faculta, en este caso, a la aplicación de la ley española, y está fundado expresamente para combatir las restricciones impuestas a la mujer por algunos Derechos islámicos. Con ello viene a proclamar la disolubilidad del vínculo o la separación como una cuestión de orden público (9). Aunque su intención sea saludable, lo cierto es que esta regla provoca que, al ser aplicada la ley española al divorcio o la separación de dos extranjeros, la respuesta que otorgue el órgano judicial español pueda llegar a ser claudicante e

(9) Sobre el tema *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 393-394.

inefectiva en el país de origen de los inmigrantes. Es preferible un sistema que partiera de la aplicación de la ley extranjera, corregida o modulada con criterios materiales (como el orden público o el análisis en dos escalones) o, en todo caso, a raíz de una asistencia jurídica que permitiera a los cónyuges adoptar la mejor estrategia sobre el Derecho aplicable (10).

En la modificación del artículo 107.2 CC, el legislador español tuvo en mente la aplicación de legislaciones de países musulmanes, como la marroquí, en la que no existe la separación matrimonial y en la que la mujer, antes de la actual reforma de la *Mudawana* o Código de Familia Marroquí (en adelante, CFM), no tenía muchas posibilidades de divorciarse, produciéndose supuestos de discriminación. Pero con la actual norma de conflicto, dos marroquíes pueden disolver su matrimonio mediante lo dispuesto por el Derecho español, cuando la ley nacional o de la residencia de los cónyuges no admita la separación (11). Sin embargo, esta solución puede ser claudicante si con posterioridad se pretende la eficacia de la sentencia española en Marruecos. En estos casos, el demandante debería ajustar su *petitum* a las posibilidades que le ofrece el Derecho rector de la crisis, es decir, solicitar el divorcio conforme al CFM y no la separación. En los procesos de disolución del matrimonio, cuando los cónyuges posean una nacionalidad común o en los supuestos de matrimonios mixtos, siempre que la residencia del matrimonio –conexión subsidiaria– se localice en Marruecos, es posible realizar las pretensiones basadas en el Derecho marroquí. Por ello, interesa conocer el contenido material de este Derecho a los efectos de su eventual aplicación por parte de los Tribunales españoles.

La previsión de la aplicación de la ley española del apartado c) del artículo 107.2 CC resulta criticable, porque supone impulsar una valoración abstracta y apriorística del Derecho extranjero cuando el

(10) *Vid*. A. QUIÑONES ESCÁMEZ: "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 301 y ss.

(11) *Ad. ex.* sents. Aud. Prov. de Madrid de 21 de febrero de 2000 y Aud. Prov. de Barcelona (sección 12.ª) de 6 de abril de 2000 o la sent. Aud. Prov. de Barcelona núm. 34/2004 (sección 18.ª), de 19 de enero.

contenido del Derecho extranjero regule la separación o el divorcio de forma discriminatoria o fuese contrario al orden público español. No debe considerarse que el Derecho extranjero, en especial, el islámico, es contrario *in abstracto* al orden público internacional español (12), sino que lo será atendiendo a las consecuencias que se derivan de su aplicación. Si atendemos a las modificaciones significativas en la regulación de la disolución del matrimonio del actual CFM, podremos observar que constituyen un paso indicador en el reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en las relaciones familiares. Así, junto a los distintos tipos de repudio ("*talak*"/ "*talmik"/ "koh'l"*) previstos y el divorcio judicial, que solo puede instar la mujer por causas limitadas y tasadas por la ley (art. 98) (13), el CFM introduce dos nuevos tipos de divorcio: el divorcio consensual o de mutuo acuerdo (art. 114 CFM) y el divorcio por desacuerdo o "*chiqaq"* (arts. 94-97). Por tanto, es posible que el juez español aplique el Derecho marroquí, siempre que lo alegado no sea contrario a nuestros principios fundamentales, para la disolución del vínculo matrimonial, aunque para tal aplicación las partes tendrán que alegarlo y probarlo según lo dispuesto en el artículo 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) (14).

Por otra parte, el ámbito de la ley rectora de la separación y el divorcio se extiende a determinados efectos jurídicos de la declaración judicial, en particular a los que se refieren a las relaciones entre los cónyuges *(ad. ex.* efectos de la reconciliación sobre la propia situación de separación o divorcio). Ahora bien, la incidencia de la disolución del matrimonio en la liquidación del régimen económico del matrimonio queda resuelta según el Derecho rector para los efectos del matrimonio (arts. 9.2 y 9.3 CC). En cuanto a la atribución del

(12) En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 6 de abril de 2000 (Aranzadi Wetslaw, AC 2000\1088).

(13) Sobre la interpretación del artículo 98 CFM por los tribunales españoles *vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA, K. OUALD ALI y T. SAGHIR: "Comentario a la SAP de Barcelona, núm. 381/2006 (Sección 12.ª), de 8 de junio", REDI 2007-1, vol. LIX, pp. 304-308.

(14) En cuanto a los medios de prueba del Derecho extranjero destaca la prueba documental y la pericial. No obstante, la jurisprudencia española se muestra dispar respecto de cuáles han de ser los medios de prueba, y aceptan, en ocasiones, como único medio de prueba la certificación de un experto jurídico.

uso de la vivienda tras la separación es posible considerar las previsiones del Derecho rector de los efectos del matrimonio, siempre que el Derecho rector de la crisis nada prevea sobre la utilización de la vivienda común (15). Como consecuencia de la disolución del matrimonio, otra cuestión a la que se aplica una normativa distinta a la ley rectora de la crisis es la de los alimentos de los menores. En este caso, el Convenio de La Haya de 1973 sobre alimentos será el encargado de otorgar la respuesta, aunque es cierto que la ley aplicable a la crisis matrimonial puede determinar la procedencia y cuantía de las prestaciones económicas compensatorias y, por extensión, el régimen de los alimentos merced a la regla de accesoriedad prevista en el artículo 8 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a la deuda alimenticia (16). Resulta más delicada, sin embargo, la extensión de la ley rectora de la separación y el divorcio al régimen de relaciones paterno-filiales, en particular a la atribución de la guarda o custodia de los hijos y el régimen de visitas, que pasará a regirse por la ley de la residencia habitual del hijo, que se sustenta en el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores (17). Con la entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores desde el 1 de enero de 2011 (17 bis) (del que forma parte también Marruecos), la autoridad que conoce del litigio puede fundamentar la aplicación de otro Derecho que se encuentra más estrechamente vinculado al caso. Por último, el Derecho español, como *lex fori,* regirá los aspectos procedimentales, en particular la adopción de medidas

(15) Según la opinión de R. ARENAS GARCÍA: *Crisis matrimoniales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español,* Universidad de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2004, p. 332, la ley rectora de la crisis, como previsión de la norma más específica, debe extenderse a la determinación del uso de la vivienda habitual, siempre que no existan descendientes que puedan beneficiarse de ella, en cuyo caso será el Derecho rector de la obligación de alimentos respecto a los hijos el que determine el régimen de utilización de la vivienda.

(16) BOE núm. 222, de 16/9/1986.

(17) BOE núm. 199, de 20/8/1987.

(17 bis) *Vid.* Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

cautelares y el pronunciamiento de la sentencia, su comunicación y transcripción a los Registros españoles.

IV. DIFICULTADES A SUPERAR EN MARRUECOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES ESPAÑOLAS SOBRE CRISIS MATRIMONIALES

El reconocimiento recíproco de documentos y decisiones judiciales que puedan dictar las respectivas autoridades nacionales se convierte en un paso necesario para que los derechos y las expectativas de los ciudadanos extranjeros no se vean vulnerados por la producción de situaciones claudicantes. Centrándonos en el reconocimiento de resoluciones sobre crisis matrimoniales en el tráfico jurídico hispano-marroquí, llama la atención el desconocimiento que poseen las autoridades administrativas y judiciales de ambos países del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 de mayo de 1997 (18) (en adelante, C. H-M). La regulación contenida en este instrumento bilateral evita las temidas situaciones claudicantes en uno u otro país, aunque, como vamos a apreciar, existen deficiencias en su funcionamiento.

A pesar de la existencia de Convenio bilateral específico, las autoridades judiciales marroquíes limitan las posibilidades de reconocimiento de sentencias españolas relativas a la crisis matrimonial a lo establecido en el régimen autónomo. En este sentido, el artículo 128 CFM, relativo al reconocimiento de sentencias y otras resoluciones concernientes a la disolución de la unión conyugal dictadas por Tribunales extranjeros (19), permite que los jueces marroquíes utilicen un régimen excepcional. Este artículo establece la relación con el régimen común relativo al reconocimiento de decisiones extranjeras en Marruecos establecido en el Código de Procedimiento Civil Marroquí (en adelante, CPCM), lo que provoca cierta ambigüedad en

(18) Publicado en España en BOE núm. 151, de 25/6/1997. La puesta en aplicación para Marruecos a través del *Dahir* núm. 1.98.150, de 13/5/1999 (BO núm. 4700, de 17/6/1999).

(19) *Vid.* M.ª P. DIAGO DIAGO: "Repercusiones de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí", *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, 2004, pp. 141-167 y en http://www.webislam.com; *id.* "La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho Internacional privado", REDI, 2004-2, vol. LVI, pp. 1078-1081.

el tema. Pero la posición de los jueces marroquíes es criticable, porque únicamente tienen en cuenta su normativa interna, obviando el régimen vigente entre España y Marruecos para el reconocimiento de sentencias. Sin embargo, desde estas páginas, debemos insistir en el análisis del sistema de condiciones establecido en el artículo 23 del C. H-M, normativa de aplicación preferente respecto de la legislación interna marroquí.

A continuación abordaremos el cumplimiento de las condiciones para el reconocimiento expuestas en el artículo 23 C. H-M, que son las referidas a los controles de la competencia judicial internacional del tribunal de origen, de las garantías procesales, de la autoridad de cosa juzgada, de la no contrariedad con el orden público del Estado requerido y a la ausencia de contradicción con una decisión dictada en el Estado requerido o con un procedimiento pendiente en este último.

a) CONTROL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

El C. H-M, de aplicación a las crisis matrimoniales, comienza disponiendo en su artículo 23 que las sentencias dictadas en uno de los dos Estados solo tendrán en el otro autoridad de cosa juzgada en la medida en que emanen de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubieran sido dictadas, disposición que viene corroborada por los artículos 128 del CFM y 430 CPCM. Esta condición se plantea problemática, porque el control de la competencia del juez de origen de la decisión es considerado en Derecho marroquí una cuestión de orden público. Y es que los tribunales marroquíes mantuvieron una acusada tendencia a rechazar la competencia de los jueces extranjeros en relación con las materias vinculadas al Estatuto Personal de los marroquíes musulmanes residentes en Europa. Así lo confirma la jurisprudencia marroquí, como en las sentencias del Tribunal de Apelación de Casablanca de 8 y 29 de abril de 2004 (20), que deniegan el reconocimiento de una sen-

(20) Citadas en M. LOUKILI: "Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas…", *loc. cit. op. cit*., pp. 291-292. En este sentido, *vid.* las sents. del Tribunal de Primera Instancia de Casablanca núm. 824, de 16 de octubre de 1981, o la del Tribunal de Apelación de Casablanca núm. 324/8, de 28 de julio de 1981, *Revue de Jurisprudence et de Droit*, núm. 130, 1981, p. 100, citadas en H. ZEKRI: "La disolución del

tencia francesa y otra belga por considerar que las autoridades de origen que dictaron el divorcio de los cónyuges marroquíes no son musulmanas, lo que ataca a su orden público internacional. No obstante, el TS marroquí revisa la postura referida al control de la condición religiosa del juez extranjero, disponiendo que no se valore tal circunstancia a efectos del reconocimiento de la sentencia extranjera (21).

Al examinar el artículo 23.1 del C. H-M se añade otra dificultad, pues no se establece un elenco de normas de competencia judicial internacional indirecta destinadas a facilitar el control por parte de las autoridades del Estado requerido de la competencia del tribunal de origen, sino que remite a la normativa interna de cada Estado. Por tanto, el juez marroquí que decida sobre el reconocimiento de una sentencia española tendrá que analizar las normas de competencia judicial internacional vigentes en nuestro sistema, tarea que se presenta especialmente difícil para la autoridad marroquí, por su desconocimiento del Derecho español y por razones de idioma (22). De ahí que se considere de gran utilidad, además de la traducción al árabe de la legislación española sobre competencia judicial internacional, procurar su difusión entre el personal de la Administración de Justicia marroquí (23). Aunque no debemos olvidar lo dispuesto en el sistema de información previsto en el C. H-M, que facilita el acceso de los jueces marroquíes a la normativa española para que examinen la competencia del tribunal de origen. En particular, las autoridades judiciales del país vecino deberán atender necesariamente a lo dispuesto en el Reglamento Bruselas II bis y, en concreto, en

---

vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes", *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí*, *op. cit.,* pp. 245-267, en espec. p. 249.

(21) *Vid.* las sents. del TS de 24 de abril y la del Tribunal de Apelación de 19 de octubre de 2004 citadas en M. LOUKILI: "Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas…", *loc. cit. op. cit*., p. 292.

(22) Así se desprende, de hecho, del estudio sobre la práctica judicial en Marruecos en el ámbito del Derecho de familia llevado a cabo por H. KRINI: *Guía del procedimiento judicial en el ámbito del derecho de familia,* Casablanca, Annajah al Jadida, 2007, p. 98 (en árabe, traducción propia), donde se constata que el obstáculo más importante con el que se encuentran los jueces en los procedimientos de exequátur viene constituido por la comprobación de la competencia del tribunal extranjero.

(23) *Vid. www.proyectoadl.com*

su artículo 3, de donde se infiere que los tribunales españoles serán competentes en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, siempre que concurran las condiciones que ya expusimos en este trabajo (24). De no conseguir deducir tal competencia por el Reglamento Bruselas II bis, se verificará si pueden utilizar subsidiariamente alguno de los dos únicos criterios de competencia judicial internacional contenidos en los artículos 22.2 y 3 de la LOPJ.

b) CONTROL DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

El control previsto en el artículo 23.2 C. H-M establece que las sentencias se van a reconocer cuando "las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes". La finalidad del precepto es garantizar que los derechos de defensa del demandado hayan sido observados, lo que a la luz de lo establecido en el C. H-M se traduce básicamente en la necesidad de que este haya sido regularmente citado. Y es que el respeto de la forma en la notificación garantiza al demandado el derecho a una tutela judicial efectiva (25).

Los extremos establecidos en el artículo 23.2 C. H-M se comprueban mediante la presentación, por la parte interesada, del original del documento de notificación de la resolución cuyo *exequátur* se solicita (art. 28.2 C. H-M), así como de una copia certificada de la citación hecha a la parte condenada en rebeldía si hubo lugar (art. 28.4 C. H-M) (26). De la lectura conjunta de ambos preceptos y de otra disposición del C. H-M, como es el artículo 28.4, unido al examen comparado del tratamiento del Convenio hispano-marroquí sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997 (27), son dos las conclusiones que cabe extraer: 1.º que los tres extremos a los que alude el artículo 23.2 C. H-M se hallan referidos todos al deman-

(24) *Vid*. el epígrafe núm. II de este trabajo.

(25) Cfr. N. MARCHAL ESCALONA: *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001, pp. 359 y 360.

(26) En la práctica, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 431.2 del CPCM, la autoridad marroquí admite igualmente como válido cualquier otro documento que cumpla la misma función, al acreditar la existencia de la citación.

(27) BOE núm. 150, de 24/6/1997.

dado, y en ningún caso al demandante, y 2.º que el control de los referidos extremos no se realiza en todos los supuestos.

Es importante que observemos que la regularidad de las comunicaciones se verifica a la luz de la ley del Estado de origen. Tal regularidad implica que el demandado haya tenido conocimiento de la existencia de un proceso iniciado contra él en el extranjero y que la notificación se haya practicado en forma adecuada. Siempre que exista una notificación regular, podrá presumirse que el demandado tuvo conocimiento de la iniciación de un proceso en su contra. En cambio, si la notificación fue irregular, la presunción será negativa. Ahora bien, el hecho de que el demandado haya tomado parte en el juicio no representa una garantía de la regularidad de la notificación del inicio del proceso. No obstante, en tales supuestos, la participación del demandado en el juicio acaba subsanando la irregularidad advertida en la notificación.

El derecho aplicable a la regularidad de las notificaciones entre España y Marruecos puede venir constituido tanto por el Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en La Haya el 1 de marzo de 1954 (28), como por el C. H-M, de los que forman parte los dos países. Ante esta concurrencia normativa, se impone realizar un esfuerzo por identificar el concreto instrumento que resulte aplicable. A tales efectos y, primeramente, hay que analizar las llamadas cláusulas de concurrencia o de relación. Ante la ausencia de dichas cláusulas en las normas convencionales expuestas, se impone recurrir necesariamente a los principios generales de DIPúblico y de DIPr., en concreto la regla de eficacia máxima (*lex favorabilis*) (29). En definitiva, la opción por uno u otro instrumento dependerá de cada caso específico.

El C. H-M no alude a la temporalidad en la notificación como causa de denegación del reconocimiento. Ello supone en principio que, en caso de que la notificación de la cédula de emplazamiento o escrito de demanda se haya llevado a cabo de forma regular o, incluso, cuando la notificación del inicio del proceso no haya llegado al de-

(28) (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1961) y que la fecha de entrada en vigor para España fue el 19 de noviembre de 1961. Para Marruecos en *Dahir* núm. 645-67, de 30 de septiembre de 1969 (BO núm. 3000, de 24 de abril de 1970, y que entró en vigor el 14 de septiembre de 1972).

(29) *Cfr.* N. MARCHAL ESCALONA: *Garantías procesales y notificación...*, *op. cit.*, pp. 81-82.

mandado con tiempo suficiente para preparar su defensa, el juez del Estado requerido podrá reconocer la sentencia extranjera. Tan solo un eventual vicio de notificación en el procedimiento es motivo para denegar el reconocimiento de la resolución. La razón de rechazar el reconocimiento de las sentencias dictadas en los supuestos en los que la notificación no haya sido realizada en tiempo oportuno es la protección de los derechos de defensa. De ahí que nos preguntemos si sería reconocida una sentencia en el Estado requerido cuando la notificación del inicio del proceso se practique de forma extemporánea, porque el artículo 23.2 C. H-M no hace referencia alguna a la extemporaneidad en la notificación. Por tanto, no exige al juez del Estado requerido el control de tal extremo, pero no debemos olvidar que la finalidad de la norma es garantizar los derechos de defensa del demandado, entre los que se encuentra el disponer de tiempo suficiente para preparar su defensa. De ahí la necesidad de integrar la referida laguna con una respuesta del sentido y fin propios del precepto. Y dicha solución, sobre la base de la protección de los derechos de defensa, debe permitir la posibilidad de rechazar el reconocimiento de las sentencias dictadas en supuestos en los que la notificación no haya sido realizada en tiempo oportuno. En cualquier caso, siempre cabe denegar el reconocimiento de la sentencia extranjera por afectar al orden público (art. 23.4 C. H-M).

Por otra parte, hay que señalar que la cuestión de temporabilidad o atemporalidad de la notificación es una cuestión fáctica, por lo que no se atiende ni a la norma española ni a la marroquí (30). El

(30) Tratándose del Derecho marroquí, en cuanto a las fechas de comparecencia, el artículo 40 CPCM prevé un plazo de quince días para las personas residentes en territorio marroquí. No obstante, este término queda ampliado si residen en el extranjero, tal y como indica el artículo 41 CPCM. De esta manera, si residen en Argelia, Túnez o en algún Estado europeo, el plazo será de dos meses más; si residen en algún otro país africano, en Asia o América, será de tres meses más y cuatro meses más para los residentes en Oceanía. Además, una notificación es considerada válida, según el artículo 36 CPCM, si contiene "nombre, apellido de la persona a quien se convoca y ha sido entregada al destinatario en persona o en su domicilio en manos de padres, personal de servicio doméstico o de toda persona que viva con el interesado, siendo insuficiente la mención de que la familia del interesado se haya negado a aceptar su notificación" (cfr. art. 38 CPCM). En defecto de domicilio, se puede notificar en la residencia del destinatario en las mismas condiciones anteriormente expuestas (cfr. art. 38.2 CPCM). Esta notificación se debe acompañar de la expedición de un certificado emitido

juez del Estado requerido tendrá que atender a sus propios criterios a efectos de decidir si la notificación del escrito de la demanda o documento equivalente se llevó a cabo con tiempo suficiente como para permitir al mismo preparar su defensa. De esta manera, esta autoridad valorará el tiempo del que dispuso el demandado realmente a la luz de las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, no hay duda de que no puede ser reconocida una sentencia dictada en rebeldía cuando el escrito de demanda fue notificado al demandado una vez pronunciada la sentencia. Lo que está claro es que el demandado debe conocer el hecho y contenido de la demanda con una antelación suficiente como para permitirle ejercitar adecuadamente su defensa (31).

En el artículo 23.2 C. H-M hace alusión a la necesidad de que las partes hayan sido legalmente representadas o declaradas rebeldes. En cuanto a la primera cuestión, no tenemos duda de que si la parte demandada ha estado debidamente representada en el proceso significa que aquella tuvo conocimiento del inicio de la causa. Y en este punto conviene recordar que el ordenamiento marroquí, desde la generalización del procedimiento escrito ante el tribunal de primera instancia tras la reforma del CPCM de 1993 (cfr. art. 45), establece la representación obligatoria tanto en la jurisdicción de primer grado como ante la Corte de apelación y en el Tribunal Supremo.

En cuanto a la rebeldía, hay que aclarar si el precepto convencional se refiere a que la parte no comparece por convicción o estratégicamente o, por el contrario, deja de hacerlo de forma involuntaria. La norma del C. H-M no distingue entre rebeldía voluntaria o involuntaria. Sin embargo, únicamente se acepta la rebeldía involuntaria como causa de denegación de reconocimiento. De no ser así, la norma convencional que impone el control de los derechos de defensa quedaría vacía de contenido. Esta interpretación viene claramente avalada por la exigencia prevista en el artículo 28.4 C. H-M, que impone al solicitante del *exequátur* la obligación de aportar "copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía".

---

por el juzgado ante quien se interpone la demanda, tal y como recoge el artículo 54 CPCM.

(31) Cfr. N. MARCHAL ESCALONA: *Garantías procesales y notificación...*, *op. cit.*, pp. 342-343.

c) CONTROL DE AUTORIDAD DE COSA JUZGADA

El artículo 23.3 C. H-M impone al juez marroquí la obligación de controlar si las resoluciones judiciales españolas han adquirido autoridad de cosa juzgada y son ejecutivas conforme a la normativa de ley del Estado de origen. Sin embargo, no se precisa lo que se entiende por cosa juzgada, aunque como tal cabe considerar la exigencia de que la decisión objeto de reconocimiento sea firme. Por tanto, la noción de cosa juzgada ha de concebirse en sentido formal, esto es, como la inimpugnabilidad de la sentencia dentro de un mismo proceso. Así, de las exigencias de firmeza y ejecutividad de las resoluciones extranjeras de divorcio (salvo cuando estas contengan algún pronunciamiento susceptible de ejecución, como puede ser el relativo a alimentos, y se pretenda su ejecución) (32), únicamente resultará exigible la primera de ellas.

Para acreditar que una resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada en el Estado de origen se requiere que la parte que solicite el reconocimiento presente una certificación del Secretario del órgano jurisdiccional responsable de la resolución, en la que se haga constar que esta "no ha sido objeto de recurso ni de apelación" (art. 28.3 C. H-M), que igualmente se exige en la legislación interna marroquí (art. 431.3 CPCM) (33). En este punto, existe una práctica irregular bastante extendida, que, lamentablemente, acaba teniendo consecuencias negativas para los interesados. Según un estudio de campo realizado sobre el tema, las autoridades consulares marroquíes, a las que acuden los particulares marroquíes residentes en el extranjero, suelen expedir un documento en el que certifican que la decisión extranjera ha sido notificada a la otra parte y que ha devenido firme o definitiva en el Estado en el que se ha dictado (34).

(32) Las sentencias de divorcio pueden contener otros pronunciamientos susceptibles de ejecución, como es el caso de los relativos a la custodia y al derecho de visita respecto de los hijos. Pero la ejecución de tales pronunciamientos se regirá por lo dispuesto en el Convenio bilateral específico sobre la materia, de 30 de mayo de 1997.

(33) *Vid*. la sentencia del TS núm. 188, de 30 de marzo de 2005 –expediente *charî* núm. 622/2/1/2004– (*Jurisprudence de la Cour Suprême,* Rabat, Oumnia, núm. 63, pp. 112 y ss.).

(34) A. OUNNIR: "Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille", *Le code de la famille. Perceptions et pratique*

Pero las autoridades marroquíes no reconocen ningún valor jurídico a este certificado, por lo que acaban rechazando la demanda de exequátur de la decisión extranjera formulada en Marruecos (35). La parte interesada debe presentar el certificado de la Secretaría del tribunal que haya emitido la decisión española de divorcio para acreditar su carácter definitivo y ejecutorio, tal y como dispone el C. H-M y el CPCM.

Tal y como hemos expuesto, la práctica de los jueces marroquíes de controlar tanto de la normativa convencional como de la normativa interna marroquí, supone un obstáculo para el reconocimiento en Marruecos de sentencias españolas. Ello provoca que el artículo 28.3 C. H-M sea objeto de críticas por su confusa redacción. En este sentido cabe preguntarse si no habría sido conveniente que el legislador convencional hubiera optado por una formulación más flexible, como podría ser la que presenta el artículo 16.3 del Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997. Este instrumento admite la presentación de cualquier documento que permita demostrar que, según la ley del Estado requirente, la resolución es firme (36). Tal formulación, sin duda, resultaría más acorde con el espíritu de la reforma del CFM, que pretende favorecer el reconocimiento de las decisiones extranjeras en el ámbito del estatuto personal (37).

---

judiciaire, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung-FES Maroc, ImprimElite, 2007, pp. 89-139, en espec. p. 113.

(35) *Vid.*, p. e., la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Alhucemas de 15 de marzo de 2004 y las sentencias del Tribunal de Apelación de Alhucemas de 26 de abril, 17 de mayo y 24 de mayo de 2005 (inéditas y citadas en A. OUNNIR: "Les justiciables dans le circuit judiciaire…", *op. cit.*, p. 113).

(36) Tal y como también sugiere H. ZEKRI: "La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes", *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí…*, *op. cit.,* pp. 245-268, en espec. pp. 252 y 253.

(37) De hecho, la jurisprudencia marroquí, respecto de decisiones procedentes de otros países, viene mostrándose más flexible, llegando incluso a admitir como prueba del carácter definitivo de la sentencia extranjera el hecho de su inscripción en el Registro Civil. Sirva de ejemplo la sentencia del Tribunal de Apelación de Rabat núm. 163, de 11 de octubre de 2004 (inédita, citada en F. Z., BOUKAISSI: "Du déroulement des audiences à la

d) NO CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO

El orden público internacional establecido en el artículo 23.4.2 C. H-M se convierte en la condición a superar que mayores problemas plantea en las relaciones hispano-marroquíes. El artículo 128 del CFM igualmente reclama esta exigencia, pues declara susceptibles de reconocimiento todas las decisiones extranjeras sobre divorcio "dictadas por un tribunal competente y fundadas en motivos que no sean incompatibles con los previstos por el presente Código". El orden público internacional marroquí es, por tanto, el cajón de sastre para rechazar la homologación de los documentos o de las sentencias procedentes de España. Y ello por la amplitud que se otorga en Marruecos al concepto de orden público internacional, que incluye todo cuanto afecta a los valores constitucionales y a los principios del Islam, especialmente en materia de estatuto personal (38). Ante la imposibilidad de acotar el contenido del orden público, será el juez quien estimará si reconoce una resolución judicial extranjera, controlando la conformidad al mismo, no solo del fallo, sino de todo el contenido de la decisión extranjera (39).

Section de la Justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat", *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung-FES Maroc, ImprimElite, 2007, pp. 217-271, en espec. p. 264). Ante una demanda de reconocimiento de la sentencia de divorcio pronunciada por un tribunal holandés, el Tribunal de Primera Instancia de Rabat, en su resolución núm. 796, de 23 de mayo de 2003, denegó el *exequátur*, aunque la decisión fue revocada por el Tribunal de Apelación de Rabat en la decisión antes mencionada, donde acabó considerando que la formalidad de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil holandés era prueba suficiente de que la sentencia extranjera era definitiva.

(38) *Vid.* sobre el tema H. ZEKRI: "La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes", en C. RUIZ SUTIL y R. RUEDA VALDIVIA (coord.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Sevilla, 2008, pp. 250-257.

(39) A. DARMICH: "El valor de la sentencia extranjera a la luz del Derecho marroquí y de los convenios internacionales", *Al Mohamat*, núm. 20, 1982, p. 82 (en árabe). *Vid*. la sentencia del TS núm. 333, de 15 de junio de 2005 –expediente *charî* núm. 668/2/1/2004– (*Jurisprudence de la Cour Suprême, op. cit*., núm. 63, pp. 126 y ss.). En ella se admite el *exequátur* de una decisión de divorcio pronunciada por el Tribunal de Primera Instancia de Utrecht (Países Bajos), alegando que la decisión extranjera basada sobre

En cualquier caso, la denegación del reconocimiento en Marruecos de una sentencia española de divorcio perjudicará seriamente los intereses de las personas concernidas. Para que un ciudadano marroquí residente en España y divorciado ante los tribunales españoles pueda volver a casarse en Marruecos, este tendrá que reconocer dicha sentencia ante un tribunal marroquí, a menos que solicite y obtenga la correspondiente autorización de la poligamia, aportando para ello las pruebas requeridas por el CFM. El reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras relativas a la crisis matrimonial queda plasmado en el artículo 128 CFM. El régimen excepcional establecido en el CFM adopta el mismo sistema de homologación existente en el CPCM (40), aunque añade otra condición: "la exigencia de compatibilidad de las causas de divorcio establecidas por juez extranjero en relación a lo establecido en el Derecho de familia marroquí para poder reconocer tal decisión" (41). Nos preguntamos si ello supone un control de la ley aplicada por el tribunal de origen de la decisión, que no viene previsto ni por el artículo 128 CFM ni por el C. H-M, constituyendo un serio impedimento para la homologación en Marruecos de sentencias españolas. En virtud de los hechos invocados o el Derecho aplicado por el juez de origen, la autoridad judicial marroquí puede rechazar el reconocimiento de dicha sentencia por entender que no existe una razón suficiente para pronunciar las causas de disolución del matrimonio diferentes a las contenidas en el CFM (42). Aunque el juez del *exequátur* tendría que verificar

---

la discordia entre los esposos no contradice el orden público marroquí. En este mismo sentido pueden verse las sentencias del TS núm. 1108, de 28 de noviembre de 2001 –expediente *charî* núm. 503/2/1/1999– y núm. 12, de 4 de enero de 2006 –expediente *charî* núm. 311/2/1/2005–. Ambas decisiones, inéditas, son citadas en M. El Kachbour, *Explicación de la Mudawana de la familia*, vol. II: *La disolución del vínculo conyugal*, 1.ª edic., Casablanca, Annajah al Jadida, 2006, pp. 165-166 (en árabe).

(40) En caso de surgir alguna contradicción entre la norma del CFM y las disposiciones del CPCM, primaría el CFM, por ser un texto especial y posterior al CPCM. *Vid*. J. TAHIRI "Le critère de la résidence à l'étranger dans le code de la famille", *Revue du droit marocain*, núm. 11, mayo de 2007, p. 204.

(41) *Vid.* en este sentido M.ª P. DIAGO DIAGO: "Repercusiones de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí", en www.webislam.com, p. 16.

(42) Opinión expuesta y documentada por diferentes resoluciones de tribunales marroquíes en M. LOUKILI: "Régimen jurídico del reconocimien-

exclusivamente si el divorcio pronunciado en el extranjero, en los casos en que se haya dictado de conformidad con una ley distinta a la marroquí, resulta compatible con alguna de las modalidades de divorcio previstas en el CFM (arts. 78-120).

Es difícil imaginar un supuesto que no encuentre cabida en lo dispuesto en la ley marroquí, porque abarca un amplio abanico de motivos de ruptura matrimonial (como el abandono del hogar, la falta de sustento por el marido a su esposa y a sus hijos, los malos tratos, el divorcio por mutuo acuerdo… etc.). Además, existe otra nueva posibilidad para disolver el matrimonio de los cónyuges, que es el divorcio por "discordia", utilizado en aquellos casos donde no se puedan probar los motivos mencionados o cuando, sin motivo alguno, uno de los esposos desea poner fin al vínculo matrimonial. Por tanto, la posibilidades reguladas en el CFM son muy amplias (divorcio bajo control judicial, divorcio judicial –*tatliq*–, ya sea por discordia –*chiqaq*–, o por otras causas, divorcio por mutuo consentimiento o divorcio mediante compensación –*kho´l*–). El supuesto que puede plantear problemas es el divorcio sin causa, tal y como lo plantea la nueva Ley española 15/2005 (43), que da la prioridad a la voluntad de las partes cuando una de ellas no desee continuar en una relación conyugal (44). Por tanto, el divorcio que se conceda a petición únicamente de la mujer conforme a lo establecido en Derecho español podría no encontrar correspondencia en la normativa marroquí. No hay que olvidar que, ante un supuesto de crisis matrimonial planteado por marroquíes, los jueces españoles terminarán por aplicar el Derecho español de conformidad con las reglas del artículo 107.2 CC.

---

to en Marruecos de las sentencias españolas…", *loc. cit. op. cit*., pp. 298-299. También *vid*., p. e., las sentencias del Tribunal de Apelación de Casablanca de 8 de abril de 2004 –expediente núm. 3401/03–, 29 de abril de 2004 –expediente núm. 2877/03– y 5 de febrero de 2005 –expediente núm. 1619/04– (decisiones todas ellas inéditas, citadas en M.-C. FOBLETS y M. LOUKILI: "Mariage et divorce dans le nouveau code de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 95, 2006, p. 545).

(43) Ley 15/2005, de 8 de julio, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

(44) En este sentido, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Aplicación del nuevo Código de Familia Marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio", AEDIPr, 2006, p. 979.

En definitiva, si la sentencia española de divorcio no se ha basado necesariamente en la aplicación de las normas del CFM, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo marroquí como la legislación interna (art. 128 CFM) confirman que la sentencia extranjera puede ser reconocida en Marruecos mientras los motivos no sean incompatibles con los previstos por el CFM. Parecen existir indicios de un cambio de orientación en el comportamiento de la justicia marroquí tras las reformas llevadas a cabo en el ámbito del Derecho de familia, pues el recurso al orden público se ha visto considerablemente limitado, lo que va a favorecer la homologación de sentencias extranjeras (45).

e) NO CONTRARIEDAD CON UNA DECISIÓN JUDICIAL EXISTENTE O PROCESO PENDIENTE EN EL ESTADO REQUERIDO

En ocasiones, es posible que un mismo litigio o que procesos estrechamente vinculados entre sí se susciten ante los tribunales de uno y otro Estado. Cuando esto suceda, y de no conseguir paralizar el segundo procedimiento mediante la formulación de una excepción de listispendencia internacional o de conexidad (46), que en ningún caso se han previsto en el C. H-M, originan situaciones que pueden llegar a ser problemáticas: 1.º que los dos procedimientos culminen con sentencia y se trate de hacer valer en uno de los dos países la decisión obtenida en el otro; 2.º que, de los dos procesos iniciados, uno culmine con sentencia, y trate de reconocerse esta última en el país en el que el procedimiento se halla aun pendiente. Para evitar tales situaciones, el C. H-M establece en los artículos 23.4.2 y 23.5 del CFM unas condiciones de denegación del reconocimiento, si bien el legislador marroquí no las contempla en el artículo 430.2 del CPCM.

Según el artículo 23.4, último párrafo, del C. H-M, el reconocimiento de una sentencia española no es posible si, con anterioridad a la solicitud del *exequátur*, existe ya en Marruecos una deci-

(45) Opinión de M. LOUKILI: "Régimen jurídico del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas…", *loc. cit. op. cit*., p. 295.

(46) Para ver las diferencias entre litispendencia y conexidad, *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado…*, *op. cit*., pp. 84-88.

sión que resulte contraria con la decisión proveniente de España. Y ello con independencia de que la decisión marroquí sea de fecha anterior o posterior a la sentencia española. Por tanto, el rechazo del reconocimiento de la sentencia se producirá siempre que contenga cualquier pronunciamiento que contradiga lo señalado en una resolución judicial adoptada en el Estado requerido y que en este sea ya firme. Además, no es necesario que la decisión adoptada en Marruecos sea de fecha anterior a aquella cuyo reconocimiento se pretende, ni la existencia de ningún tipo de identidad (partes, objeto o causa) entre los litigios dirimidos por una y otra resolución. No obstante, en lo que concierne a las decisiones sobre crisis matrimoniales, lo normal será que exista, al menos, identidad de partes. Sobre esta base, las autoridades marroquíes procederán a denegar el reconocimiento de una sentencia de divorcio española en los casos en que ya exista en Marruecos una sentencia de nulidad matrimonial, al resultar aquella inconciliable con esta última. Asimismo, se acaba rechazando el reconocimiento en Marruecos de cualquier sentencia de divorcio obtenida en España en los casos en que ya exista en Marruecos un repudio. Y ello aun en el supuesto de que el repudio sea de fecha posterior a la sentencia de divorcio dictada en España. Dicha situación viene propiciada por el hecho de que el C. H-M no precisa que la resolución judicial dictada en el Estado requerido sea de fecha anterior a aquella cuyo reconocimiento se insta. La razón de ser de esta causa de denegación es obvia: mantener la congruencia del sistema interno y su coherencia frente a la solución propugnada por las autoridades extranjeras (47).

Es necesario referirse a lo que viene siendo una realidad cada vez más extendida en la práctica: la de los divorcios o repudios fraudulentos, que constituyen una manifestación de fraude a la ley, pues el marido busca la disolución de su matrimonio ante una autoridad que le asegure la aplicación de normas más ventajosas, aunque su esposa haya interpuesto ante los tribunales españoles una demanda de separación/divorcio. Y es que existen intereses económicos relacionados con las pensiones "alimenticias", donde las cantidades fijadas por los jueces marroquíes suelen ser inferiores a las acordadas por

(47) Cfr. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado…,* 5.ª edic., 2009, *op. cit.,* pp. 235-238.

las autoridades españolas en los casos de disolución del matrimonio (48).

A la vista de la literalidad del artículo 23.4, último párrafo, del C. H-M, nos preguntamos por la posibilidad de denegar el reconocimiento en Marruecos de una sentencia española por el hecho de ser esta contraria, no a una resolución judicial marroquí, sino a una resolución adoptada en un tercer Estado y que haya sido reconocida en Marruecos. Es verdad que el citado precepto habla de resolución judicial "dictada" en el Estado requerido, lo que podría llevar en principio a pensar en que tal posibilidad queda excluida. Sin embargo, no hay que olvidar que una resolución judicial extranjera, una vez reconocida en el Estado requerido, despliega en este todos sus efectos y que, por tanto, deberá ser respetada por sus tribunales y autoridades como cualquier otra sentencia nacional. De ahí que se considere que, a los efectos de la aplicación del 23.4, último párrafo, del C. H-M, no deba haber ninguna diferencia de trato entre una sentencia dictada por la autoridad marroquí y una sentencia extranjera que haya sido reconocida en Marruecos (49).

Por otra parte, el C. H-M prevé en su artículo 23.5 la posibilidad de denegar el reconocimiento de una sentencia española en aquellos supuestos en que exista en Marruecos un procedimiento pendiente que dé lugar a una decisión incompatible con aquella cuyo reconocimiento se pretende, si bien exige que el proceso pendiente en el foro tenga, al menos, las mismas partes y el mismo objeto que aquel que dio lugar a la sentencia española, aunque no así de causa (esto es, que se litigue por los mismos hechos) (50). No se trata de que el *petitum* de

(48) Y las razones son diversas, pudiendo mencionarse como tales la pobreza de una gran parte de la población marroquí, la dificultad de comprobar los ingresos efectivos del marido, etc. Para una enumeración de los distintos obstáculos que caracterizan las demandas de *nafaqa* o pensión alimenticia, *vid.* H. KRINI: *Guía del procedimiento judicial... op. cit.,* pp. 51-57.

(49) Es verdad que el C. H-M podría haber contemplado expresamente este supuesto, tal y como hace el artículo 20.4 del Convenio entre Marruecos y la República Popular de China, de 16 de abril de 1996 (BO núm. 4822, de 17 de agosto de 2000), al igual que el suscrito entre España y este último país en su artículo 22.6.

(50) La no exigencia de identidad entre los litigios dirimidos es nota común a los convenios bilaterales de reconocimiento de sentencias suscritos por Marruecos.

ambas demandas coincida exactamente, sino de que en ambos procesos se dilucide esencialmente la misma cuestión.

El texto convencional, además, opta por un criterio de prioridad temporal dispuesto en el artículo 23.5 C. H-M, de tal forma que solo será posible la denegación del reconocimiento de la sentencia española si el proceso pendiente en Marruecos se inició con anterioridad al proceso seguido en España y que culminó con la decisión cuyo reconocimiento se solicita (51). Si un procedimiento de divorcio pendiente en Marruecos se hubiera iniciado con posterioridad al asunto seguido en España, la autoridad judicial marroquí encargada del *exequátur* no podrá negarse a dar validez a la sentencia española, según lo dispuesto en el C. H-M. La inclusión de esta causa de denegación del reconocimiento de sentencias, en ocasiones, puede llegar a ser de utilidad para combatir búsqueda fraudulenta de foros convenientes y evitar ciertas tácticas procesales, como puede ser la iniciación por parte del demandado en el Estado de origen de un procedimiento en el Estado requerido destinado a impedir el reconocimiento de la decisión que en su momento recaiga en aquel primer Estado. En definitiva, la regla prevista en el artículo 23.5 C. H-M impide a la autoridad marroquí denegar el reconocimiento de la sentencia española, al haberse iniciado el procedimiento español con anterioridad al marroquí. Una vez reconocida la decisión española, la autoridad marroquí que esté conociendo del procedimiento pendiente en Marruecos se verá obligada a paralizarlo.

Esta última exigencia puede suscitar en la práctica alguna dificultad para la autoridad marroquí encargada del reconocimiento. Para verificar lo dispuesto en el artículo 23.5 del CFM, el juez marroquí, que conoce de un repudio o de un divorcio, debe determinar la fecha de inicio del procedimiento llevado a cabo ante los tribunales españoles y también del planteado ante su jurisdicción. Al no existir en el C. H-M criterio alguno sobre el momento en que se ha de considerar iniciado un procedimiento, habrá de atender a lo que establecen las legislaciones procesales de los dos países involucrados. Y siendo

(51) La regla de la primacía de las decisiones del foro, en caso de conflicto, expresa una preferencia por la coherencia interna de su ordenamiento. Sobre el tema, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Derecho procesal civil internacional...,* 2.ª edic., 2007, *op. cit.,* pp. 653-658.

la legislación procesal española desconocida para dicha autoridad, será necesario, a fin de acceder al conocimiento de tal legislación y poder dar así cumplimiento al mandato convencional, que se recurra al sistema de información que el propio C. H-M contempla (arts. 33-37). En cualquier caso, las legislaciones procesales de ambos países resultan en este punto coincidentes, al considerarse en ambos ordenamientos iniciado un procedimiento en el momento de la presentación de la demanda (52).

En cierto modo, las causas de denegación del *exequátur* previstas en los artículos 23.4, último párrafo, y 23.5 C. H-M vienen a completar la ausencia de una norma de litispendencia en el régimen bilateral destinada a solucionar el problema que plantea la existencia de procedimientos pendientes ante los tribunales de los dos Estados con las mismas partes y mismo objeto. Piénsese que la inexistencia de dicha norma posibilita que el juez ante el que se plantee una demanda de divorcio siga conociendo, pese a tener conocimiento de la existencia de un proceso iniciado con anterioridad en el otro Estado, y propicie con ello las situaciones a las que alude el artículo 23.4, último párrafo, y 23.5 del C. H-M.

(52) En el caso de España, así se establece de manera expresa en los artículos 399 y 437 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Corrección de errores, BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000 y BOE núm. 180, de 28 de julio de 2001), en el caso de España. Por lo que respecta a Marruecos, si bien el CPCM no contiene ningún precepto en el que se precise la fecha de inicio del procedimiento judicial, la regla general es que este último se considera iniciado en la fecha de la presentación de la demanda (consulta efectuada a M. LOUKILI, profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Mohamed V de Rabat).

INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA REGULACIÓN DE LA GARANTÍA AUTÓNOMA PREVISTA POR EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (1)

Isabel Zurita Martín
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA GARANTÍA AUTÓNOMA
1. El concepto enunciado por el DCFR
2. La admisión de la garantía autónoma en el Derecho español
3. La presunción de fianza

III. CONTENIDO DE LA RELACIÓN TRIANGULAR DERIVADA DEL NEGOCIO DE GARANTÍA
1. Deberes de notificación del garante frente al deudor
2. Requerimiento de pago y cumplimiento del garante
A) Requisitos del requerimiento de pago y excepciones oponibles por el garante
B) Particularidades de las garantías a primer requerimiento
C) Reclamación manifiestamente abusiva o fraudulenta del acreedor

(1) Este trabajo se realiza en el ámbito del proyecto "*El Proyecto de Marco Común de Referencia (Libros II y IV): Comentario académico desde el Derecho contractual español"*, convocatoria nacional I+D, referencia DER2009-13269-C03-02.

3. Derechos del garante después del cumplimiento
   A) Derecho de reembolso frente al deudor y subrogación en los derechos del acreedor
   B) Derecho de reclamación del garante frente al acreedor
4. Transmisión de los derechos de garantía
5. Extinción de la garantía

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) –en su traducción al castellano, Proyecto de Marco Común de Referencia– fue presentado en diciembre de 2007 a la Comisión Europea, después de un largo y complejo proceso de elaboración protagonizado, fundamentalmente, por los grupos de trabajo del *Study Group on a European Civil Code* y del *Group on the Existing EC Private Law (Aquis Group)* (2), con la finalidad de dirigirse a la mejora de la calidad de la legislación y a la coherencia del acervo comunitario existente y futuro en materia contractual, y para convertirse en la base de uno o varios instrumentos facultativos de Derecho europeo de los contratos (3). El DCFR se estructura en tres

(2) SMITS, J. M.: *"The Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: fit for purpose?",* en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008-2, pp. 145 y ss.

(3) INFANTE RUIZ, F. J.: "Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de Derecho privado europeo", en *InDret* 2/2008, p. 12. Véanse también, GÓMEZ POMAR, F.: *"The Empirical Missing Links in the Draft Common Frame of Reference", InDret* 1/2009, pp. 1 a 23; VON BAR, C.: *"A Common Frame of Reference for European Private Law – Academics Efforts and Political Realities",* EJCL, vol. 12.1 (May 2008), pp. 1 y ss., y *"Working together toward a Common Frame of Reference"*, en *Juridical International* X/2005, pp. 17 y ss.; STORME, M. E.: *"The (Draft) Common Frame of reference as a toolbox and as a basis for an optional instrument"*, conferencia impartida en Estocolmo el 23 octubre 2009, publicada en la obra *A Common Frame of Reference for European contract law*, Editorial Iustus Publishers, Uppsala, 2010; GROSSE RUSE-KHAN, H.: *"The European Draft Common Frame of Reference a source of comparative law; a new option for choosing the applicable law; or a template for a european civil code"*, *Social*

partes: *Principles* –libertad, seguridad, justicia y eficiencia, sobre los que se apoya el régimen jurídico del DCFR–, *Model Rules* –que constituyen el cuerpo normativo, distribuido en diez Libros– y *Annex,* donde se contienen las definiciones, que precisan la terminología utilizada en el texto, fijando y creando verdaderos conceptos jurídicos, de vital importancia para aclarar el verdadero significado de sus normas (4).

Pues bien, dentro de las *Model Rules, e*l DCFR dedica su Libro IV a los contratos en particular, destinando la Parte G a la regulación de las garantías personales *(personal securities).* Esta Parte se ordena en cuatro capítulos, que contemplan, respectivamente, unas normas generales, la normativa específica de la garantía dependiente o fianza, la correspondiente a la garantía independiente o autónoma y, finalmente, unas reglas especiales dirigidas a las garantías personales prestadas por los consumidores.

El DCFR no es, desde luego, el primer texto supranacional que se ocupa de la garantía autónoma, ya que han sido varios los organismos internacionales que han elaborado distintos instrumentos otorgando regulación a esta modalidad de garantía nacida del tráfico comercial entre los distintos países. Concretamente, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) aprobó en 1991 las Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Demanda (RUGD) o *Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 458)*, mediante las que se trata de resolver las cuestiones de mayor relevancia surgidas en torno a las garantías a primera demanda, ocupándose posteriormente de las cartas de crédito contingente o *stand-by letters of credit* dentro de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU 600, que revisaron las RUU 500 en 2007) o *Uniform Customs and Practices for documentary Credits (UCP 600)* y por medio de las Prácticas Internacionales sobre cartas contingentes o *International Stand-by Practices (ISP98)* (5). También las contempla la Comisión de las Na-

---

Science Resarch Network, 2010, pp. 1 y ss.; MAK, CH.:*"Fundamental rights in the DCFR",* en *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, núm. 2009/01, pp. 1 a 25.

(4) Véase VAQUER ALOY, A.: *"Farewell to Windscheid?. Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference",* en *European Review of Private Law,* 2009/4, pp. 487 a 512.

(5) La Cámara de Comercio Internacional de París ya elaboró en 1978 unas Reglas Uniformes relativas a las garantías contractuales, pero –como

ciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, regulándolas a través del Convenio de Garantías Independientes de 1995 (CGI) o *United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*, que entró en vigor el 1 de enero de 2000, sin que hasta la fecha haya sido ratificado por España (6).

La atención que la garantía autónoma ha recibido en estos instrumentos internacionales no es, sin embargo, compartida por los ordenamientos internos, para los que esta figura no ha sido merecedora de especial interés, ya que hasta la fecha muy pocos de ellos la han recogido específicamente entre sus normas. Entre estos últimos cabe destacar al legislador francés, que, en virtud de la reforma operada por medio de la Orden número 2006-346, de 23 de marzo de 2006, ha introducido la garantía autónoma en el artículo 2321 del *Code Civil,* delimitando su concepto y algunos de sus rasgos característicos (7).

Aunque el ordenamiento jurídico español no ha otorgado refrendo legal específico a la garantía independiente, su frecuente uso ha hecho

---

explica RODRÍGUEZ BENOT, A.: *La garantía independiente a primer requerimiento en el comercio internacional,* Colex, Madrid, 2004, pp. 96-97, estas Reglas tuvieron escaso éxito por varias razones, todas ellas relacionadas con la insuficiencia del régimen previsto en las mismas para dar respuesta al tráfico internacional, especialmente por no asegurar la independencia o autonomía de la obligación del garante. Ello provocó que el 3 de diciembre de 1991 la CCI aprobara, después de desecharse dos proyectos anteriores, las denominadas *Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 458),* a través de las que se trata de resolver las cuestiones de mayor importancia relativas a las garantías a primera demanda. Hay que tener presente que su aplicación requiere de la expresa sumisión de las partes a las mismas.

(6) La Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Stand-by de 1995 estableció un régimen de garantías independientes transfronterizas *(transborder independent guarantees)*, que entró en vigor en cinco Estados en 2001, si bien, dado que dichos Estados (Ecuador, El Salvador, Kuwait, Panamá y Túnez) no son de gran peso en su participación en el comercio internacional, el impacto real de la Convención ha sido bastante limitado.

(7) *"La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. La garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie".*

imposible desconocer su existencia tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial, habiendo sido abordada en ambos foros de forma reiterada. En realidad, tampoco puede decirse que la garantía autónoma haya sido por completo ignorada legalmente, ya que cabe afirmar que algunas normas concretas autorizan el uso de modelos de garantía independiente conocidos como avales a primer requerimiento o a primera demanda. Así, por ejemplo, diversas normas reguladoras de la contratación por las Administraciones Públicas se refieren a los avales pagaderos a primer requerimiento entre las diferentes formas en que se pueden prestar las garantías exigidas en estos tipos de contratos (8); la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, prevé también la posibilidad de prestar seguros de caución a primer requerimiento para cubrir los daños ocasionados por los vicios y defectos de la construcción (art. 19.3, b); y la Ley de Enjuiciamiento Civil alude en varios preceptos a los avales pagaderos a primer requerimiento en materia de cauciones procesales (art. 529.3).

Situándonos, pues, en este contexto, por medio de este trabajo se pretende ofrecer una visión global de la regulación que el DCFR ha otorgado a la garantía independiente, poniéndola en relación con la respuesta que el Derecho español viene ofreciendo a las cuestiones más conflictivas que esta figura ha suscitado en el tráfico jurídico, con la finalidad de observar, tanto la viabilidad, llegado el caso, de hacer uso de este texto como instrumento facultativo para los interesados, como la oportunidad de adoptar las prescripciones más significativas del mismo en nuestro ordenamiento de cara a una futura regulación en nuestro país de esta modalidad de garantía.

II. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA GARANTÍA AUTÓNOMA

1. EL CONCEPTO ENUNCIADO POR EL DCFR

El DCFR enuncia el concepto de garantía autónoma de forma muy breve, adelantándolo, dentro del capítulo relativo a las reglas

(8) Por ejemplo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art. 84), o el RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 56).

generales sobre las garantías personales en general, en el artículo IV.G.-1:101, dedicado a "definiciones". A la luz de la letra b) de este precepto, "una garantía personal independiente es una obligación que un garante asume frente a un acreedor, que no depende, según se ha declarado expresa o implícitamente, de la obligación debida por otra persona al acreedor" (9). Como fácilmente puede apreciarse, el enunciado del citado artículo es más que abierto, al referirse de forma amplia a la nota que individualiza esta modalidad de garantía frente a la tradicional fianza: su falta de accesoriedad respecto de la obligación garantizada, característica que responde al título de independiente por el que se conoce a la garantía autónoma. Con ello, bajo la rúbrica "garantía independiente o autónoma" se está dando cobertura a una figura conocida ya en el tráfico y en otros instrumentos internacionales desde hace décadas, aunque denominada y representada contractualmente de muy diversas formas o en función de cláusulas muy específicas.

Ciertamente, podría decirse que el origen de la garantía independiente se encuentra en la utilización de la cláusula "a primer requerimiento", que comenzó a introducirse en los negocios de garantía en el tráfico comercial internacional, y que con el paso del tiempo ha dado lugar a una nueva modalidad de garantía caracterizada por su independencia respecto de la relación subyacente. A su vez, una de las fuentes inspiradoras, sin duda, de la garantía autónoma europea es la *standby letter of credit* estadounidense, que nació en los años cincuenta en EEUU como respuesta camuflada de los bancos norteamericanos a la prohibición legal que pesaba sobre ellos de emitir garantías por cuenta de terceros, actividad esta que quedaba reservada solo a entidades aseguradoras (10). En lo sustancial, las

(9) La traducción de los artículos del DCFR que aparecen en este trabajo es obra de la autora y de M.ª Dolores CERVILLA GARZÓN, asimismo profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz.

(10) SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna,* Madrid, 2004, pp. 372 y ss. La *standby letter* es una carta de crédito utilizada a título de garantía, que no llegaría a ejecutarse si la relación garantizada se desarrolla con normalidad, de ahí que se utilice el término *standby* para significar la idea de estado de espera o de alerta ante la posibilidad de intervenir. Se trata de contratos para garantizar el cumplimiento de una obligación principal entre una entidad financiera y el ordenante, para beneficiar a la persona que resultaría perjudicada si el

garantías *standby* se identifican con las garantías independientes europeas, en tanto puede afirmarse que su función y caracterización jurídicas, esencialmente la independencia frente a la relación subyacente y la naturaleza documentaria de las condiciones para la realización del pago, son idénticas en ambas figuras, pudiendo ser utilizadas para los mismos propósitos y contener las mismas condiciones de pago (11). Estas similitudes son las que han llevado al DCFR a dotarlas de la misma regulación, incluyéndolas dentro del ámbito de aplicación del capítulo dedicado a las garantías autónomas [art. IV.G.-3:101 (2)] (12).

---

ordenante no cumpliera con su obligación, siempre y cuando el beneficiario depositara en manos de la entidad financiera documentos que certifiquen tal incumplimiento. Por lo general, las cartas de garantía *standby* son documentarias, por cuanto su pago se efectuará por los documentos que presente el beneficiario a la entidad financiera, que se encuentran especificados en la propia carta de garantía, como podrían ser facturas comerciales, conocimientos de embarque, pólizas o certificados de seguros u otros. Para PIERCE, A., "*the advantage of this instrument is that the claiming documents have to be agreed before the letter of credit can be open. Payment by the issuing bank can only be made on receipt by it of a compliant demand by the beneficiary. This can be either in the form of a simple request for payment, a request supported by a statement containing the reasons for the call, or a request with a statement plus supporting documentary evidence. This choice gives the exporter the opportunity to negotiate out of any payment documents which would in effect give the buyer cash on simple demand without a reason being stated", Demand Guarantees in International Trade,* London, 1993, p. 33.

(11) ELLINGER, P./NEO, D.: *The Law and Practices of Documentary Letters of Credit,* p. 304, sostienen que las diferencias de uso entre las *standby letters* y las garantías independientes se han estrechado con el paso del tiempo: *"It would seem that in the USA, standby credits started off being used in relation to contracts to pay Money, whilst in the UK performance bonds were first used to secure the performance of contractual obligations other than the payment of money. Now, financial as well as non-financial standby credits are common in the USA, and in the UK, independent guarantees (still largely referred to as performance bonds) are used to secure a range of contractual obligations, including the payment of money. Further, geographical boundaries are being broken as standby credits have become common outside the USA, and are also being used in the UK and other countries".*

(12) Artículo IV.G.-3:101: Ámbito de aplicación.

"(1) La independencia de una garantía no se ve afectada por una mera referencia general a una obligación subyacente (incluyendo una garantía personal).

En definitiva, el carácter amplio de la definición de garantía independiente que acoge el artículo IV.G.-1:101 DCFR permite que, bajo dicho término, deban entenderse comprendidos todos los tipos de garantía que no se adecuan al perfil de accesoriedad característico de la fianza, aunque su calificación se haya diversificado en función de las cláusulas contractuales que las partes hayan acordado introducir en el negocio. De este modo, junto a las garantías a primer requerimiento aparecen términos como garantías documentarias o garantías a demanda justificada o motivada, en función de la exigencia o no de documentos de diverso contenido, que justifiquen o motiven el incumplimiento contractual que faculta al acreedor para ejecutar la garantía (13). La falta de accesoriedad supone, básicamente, la imposibilidad del garante de oponer al acreedor excepciones derivadas del contrato subyacente –siéndole viable tan solo esgrimir las nacidas directamente del acuerdo de constitución de la garantía–, y la inaplicabilidad a la garantía independiente de la regulación de la fianza inspirada en dicho rasgo consustancial a esta figura; así, solidaridad y beneficio de excusión son instituciones ajenas a las garantías independientes, puesto que cobran sentido solo en el caso de garantías accesorias, en las que el garante responde de la misma deuda que el deudor principal, cosa que no sucede en las garantías autónomas, en las que el garante es deudor de una

(2) Los preceptos de este Capítulo también son de aplicación a las cartas de garantía stand-by".

Artículo IV.G.-1:102: Ámbito de aplicación.

"(1) Esta Parte se aplica a cualquier clase de garantía personal voluntariamente asumida y, en particular, a: … (b) garantías personales independientes, incluyendo las asumidas mediante cartas de crédito *standby";*

(13) Explican ELLINGER, P./NEO, D.: *op. cit.*, p. 301, que el término "garantía independiente" es el más genérico, acogiendo *performance bonds, stanby credits and other similar obligations. "In the UK, and in countries which are closely aligned to the UK in law and practice, independent guarantees are more commonly referred to as «performance bonds» (…). Other common terms used interchangeably with «performance bond» include «performance guarantee»; «first demand guarantee»; «on demand guarantee»; «demand bond»; «first demand bond»; and «on demand bond». Unless the context requires otherwise, the term «independent guarantee» can be taken to be synonymous with the term «performance bond» and all its variants. In the USA, the position is different. There, the most commonly used form of independent guarantee is the standby letter of credit".*

deuda propia (14). Conclusión similar cabe alcanzar respecto de la subsidiariedad, pues aunque, por lo general, el garante hará frente al pago una vez producido el incumplimiento de la obligación garantizada, no se le exige al acreedor, antes de solicitar el cumplimiento del garante, haber intentado adecuadamente obtener satisfacción del deudor (art. IV.G.-2:106 DCFR) (15). El rasgo característico de esta figura es su independencia de cualquier otro acuerdo que no sea el establecido en el negocio de garantía, especialmente del contrato subyacente entre el acreedor y el deudor de la obligación garantizada, siendo intrascendente la validez o invalidez de aquel,

(14) En este sentido, BUSTO LAGO, J. M.: *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español,* p. 150.

(15) Para SAN JUAN CRUCELAEGUI, si el garante hubiera asumido una obligación solidaria se estará ante una fianza accesoria, puesto que una garantía independiente no puede contener la responsabilidad solidaria del garante con la del deudor principal. Por el contrario, para este autor, la garantía independiente se distingue por su subsidiariedad, puesto que el garante hará frente al pago de la garantía si se hubiera producido el impago o el incumplimiento del garantizado, *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna,* p. 230. Por su parte, CARRASCO PERERA, A.: "Las nuevas garantías personales", en *Tratado de garantías en la contratación mercantil,* I, 1996, p. 732, sostiene que las garantías a primer requerimiento de carácter subsidiario son todas aquellas en las que el beneficiario deba, cuando menos, declarar que el deudor subyacente ha incumplido las obligaciones especificadas. Entienden CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./MARÍN LÓPEZ, M. J., considerando que las garantías a primer requerimiento no constituyen tipo contractual autónomo, que en el mercado pueden encontrarse garantías de este tipo solidarias y subsidiarias, aunque su diferencia es menor que en la fianza ordinaria, fundamentalmente por dos razones: porque lo común es pactar que la garantía lo es a primer requerimiento justificado y que, además, es solidaria; y porque tampoco en la garantía a primer requerimiento subsidiaria puede el garante discutir si el deudor ha incumplido o ha sido constituido en mora debidamente. "Por ello –concluyen–, y dando por supuesto que solidaridad y subsidiariedad en la fianza sólo se refieren al modo de articular la obligación de pago del garante, y no comporta otras consecuencias, en el fondo acaba perdiendo toda utilidad práctica distinguir entre solidaridad y subsidiariedad cuando se ha pactado una forma de pago a primer requerimiento", *Tratado de los derechos de garantía,* Madrid, 2002, pp. 364-365. Sobre las distintas corrientes relativas a la naturaleza y significado de la subsidiariedad, véase GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1783.

su duración, los términos que contenga o la extensión de las obligaciones del deudor (16), sin perjuicio todo ello de la interconexión funcional entre el negocio garantizado y el que lo garantiza.

2. LA ADMISIÓN DE LA GARANTÍA AUTÓNOMA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El uso generalizado de la garantía autónoma en el tráfico jurídico español se ha materializado a través de las garantías con cláusula de pago a primer requerimiento, siendo muy abundantes ya las resoluciones judiciales que han tratado de resolver los conflictos derivados de su utilización. No obstante, la admisión de esta figura en nuestro Derecho no ha estado exenta de controversias doctrinales y jurisprudenciales.

Aunque, como cualquier otro negocio atípico, el nacimiento de esta nueva modalidad de garantía se produce al abrigo del principio de autonomía privada, para la doctrina el mayor escollo a la aceptación de la garantía independiente ha venido representado por la abstracción de la causa del negocio. El estricto causalismo del sistema contractual español (17) no ha impedido, sin embargo, que las reflexiones doctrinales y jurisprudenciales sobre la validez de la

(16) Así se puntualiza en *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* edited by C. VON BAR and E. CLIVE, vol. 3, *sub* Art. IV.G.-3:101, p. 2697, y *Principles of European Law. Personal Security,* en comentario al artículo 3:101, p. 94. Sobre estudios relativos a las garantías independientes, véanse GARCÍA MEDINA, J.: *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio. (Estudio sistemático y crítico),* Madrid, 2009; BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.*; CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./MARÍN LÓPEZ, M. J.: *op. cit.*; CARRILLO POZO, L. F.: *Las garantías autónomas en el comercio internacional,* Bolonia, 2000; BERTRAMS, R.: *Bank Guarantees in International Trade: The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions,* Springer, 1996; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda,* Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995; CERDÁ OLMEDO, M.: *Garantía independiente,* Comares, Granada, 1991; PIERCE, A.: *op. cit.*; NATUCCI, A.: *Astrazione causale e contratto autónomo di garanzia,* Cedam, Padova, 1992; MARTIN, C.: *Les garanties bancaires autonomes,* Bruylant, Bruxelles, 1991.

(17) Parecidos problemas de admisibilidad se han planteado en otros ordenamientos igualmente causalistas, como el italiano o el francés. Véase A. NATUCCI: *op. cit.* y C. MARTIN: *Les garanties bancaires autonomes,* pp. 24-26.

garantía independiente hayan culminado en la aceptación de esta modalidad atípica de garantía.

El interrogante sobre la causa de la garantía ha hallado respuesta doctrinal en distintas hipótesis, como la teoría de los negocios de ejecución o la tradicional distinción entre causa de la obligación y causa del negocio. Para la primera opción, la causa del contrato de garantía se encuentra en el negocio principal que se celebra entre el ordenante y el beneficiario, que al mismo tiempo es consecuencia de la celebración del contrato entre el garante y el ordenante (18); la causa-función de la garantía consiste en atribuir al beneficiario un aseguramiento puro, líquido, absolutamente eficaz, de un determinado resultado económico que se espera conseguir de una operación determinada, constituya o no un contrato válido, y con independencia de las vicisitudes que pudieran afectarle en el futuro. Dentro de la segunda tesis, la causa de la obligación haría referencia a la justificación de la existencia de una obligación, y la causa del negocio a la razón por la cual se celebró el contrato. En el caso de la garantía independiente, la causa de la obligación viene constituida por el negocio jurídico unilateral de emisión de la carta de garantía llevado a cabo por el garante; para el ordenante, es un negocio de ejecución del contrato subyacente garantizado, en el que se pactó expresamente el libramiento de la garantía (19).

Por lo que respecta a la jurisprudencia, comúnmente se señala la STS de 14 de noviembre de 1989 como la primera resolución de nuestro más Alto Tribunal que se manifiesta expresamente sobre la naturaleza atípica de la garantía independiente y su admisibilidad en

(18) Sobre la causa de la garantía y los negocios abstractos en general, véase SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* pp. 165 y ss.; BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.,* pp. 167 y ss.; y ESTRADA ALONSO, E.: *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil,* Civitas, Madrid, 2000.

(19) En este sentido, SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* pp. 203-204. Sostiene el citado autor que "la abstracción material no puede encontrar su fundamento en el principio de autonomía privada, ya que este principio no puede permitir pactos contrarios a la Ley, y ésta exige preceptivamente para la existencia del contrato que éste tenga una causa. Pero esta argumentación no puede ser transpuesta a la abstracción funcional, puesto que ésta sólo implica que una persona renuncia a utilizar en el marco de un negocio ejecutivo toda excepción que surja en el seno del correspondiente negocio subyacente", p. 206.

el ordenamiento español, siendo sus argumentos desarrollados en resoluciones posteriores, aunque ya admitió la figura años antes en su sentencia de 11 de julio de 1983 (20). El Tribunal Supremo, sin entrar a analizar el problema de la abstracción de la causa del negocio, encuentra fundamento a esta nueva modalidad de garantía –que diferencia claramente de la fianza– en el principio de libertad de contratación del artículo 1255 CC, siendo la obligación del garante de carácter abstracto, en el sentido de ser independiente del contrato principal. "De lo expuesto cabe concluir –afirma el fundamento jurídico segundo de la sentencia– que nos encontramos ante una operación compleja que, más que al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor de la carta contrae una obligación accesoria de indemnizar en beneficio del dueño de la obra-comprador para el evento de que el constructor-vendedor incumpla lo pactado, por su configuración y carácter instrumental se parece a lo que, con nombre ciertamente equívoco, se viene denominando apertura de crédito documentario (…) … es llano que no nos encontramos ante una fianza, sino ante otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, y toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica compleja a la que venimos haciendo mérito, para la que no existe obstáculo legal en orden a su eficacia en nuestro ordenamiento positivo, que encuentra su fuerza vinculante en el principio de libertad de contratación proclamado en el art. 1255 del CC y sus concordantes sobre los efectos de las obligaciones".

Aceptada, pues, la figura en estos términos, la falta de normativa específica en nuestro ordenamiento relativa a la garantía autónoma no ha imposibilitado a los tribunales dar respuesta adecuada a los conflictos que se han ido sucediendo entre los particulares desde su aparición en el tráfico. Antes bien, todos ellos han encontrado solución al amparo de nuestro Derecho, ya sea por aplicación de las normas generales en materia de obligaciones o de las correspondientes a los contratos que otorgan cobertura a las relaciones entre las par-

(20) SSTS 14 noviembre 1989 (RJ 7878) y 11 julio 1983 (RJ 4209). Con argumentos similares se manifiestan posteriormente, entre otras, las SSTS 27 octubre 1992 (RJ 8584), 10 noviembre 1999 (RJ 8863) o 17 febrero 2000 (RJ 1162).

tes implicadas, o ya por aplicación analógica de la normativa típica de la fianza. De hecho, para algún sector de la doctrina, la garantía a primer requerimiento no debe considerarse un tipo contractual autónomo y distinto de la fianza, sino una fianza con determinadas especialidades (21).

3. LA PRESUNCIÓN DE FIANZA

Según dispone el inciso final del artículo IV.G.-1:101 DCFR antes transcrito, la opción por la garantía independiente ha de manifestarse por los interesados, expresa o tácitamente, en el correspondiente contrato. Ello implica que, a falta de dicha manifestación, jugará la presunción de fianza que establece en el capítulo siguiente el artículo IV.G.-2:101 (1) DCFR: "Cualquier obligación de pagar, de realizar cualquier otra prestación o de indemnizar por daños por medio de una garantía se presume que constituye una fianza, a menos que el acreedor acredite que se había acordado otra cosa". La prescripción introductoria del artículo IV.G.-1:101 aparece posteriormente complementada por lo dispuesto en el artículo IV.G.-3:101 DCFR, que introduce el capítulo dedicado a la garantía autónoma afirmando que la independencia de la garantía no se verá afectada por una mera referencia general que pudiera aparecer en el contrato a una obligación subyacente (22).

De lo expresado en estos artículos se extrae que el hecho de que la obligación subyacente aparezca mencionada en el contrato de

(21) "No puede ser de otra forma –sostienen CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./MARÍN LÓPEZ, M. J.: *op. cit.,* p. 364– si se atiende, en primer lugar, a la extrema elasticidad del tipo contractual de la fianza en el CC, y si se atiende a lo específico de la cláusula a primer requerimiento en un contrato de garantía personal. La cláusula a primer requerimiento es una cláusula de pago, exclusivamente. Determina el modo en que debe hacerse el pago de una cantidad de dinero debido por contrato. No tiene como función independizar este pago causalmente del supuesto básico que es el incumplimiento del deudor principal".

(22) Así lo prevé también el artículo 2 b) de las RUGD de la Cámara de Comercio Internacional: *"Guarantees by their nature are separate transactions from the contract(s) or tender conditions on which they may be based; and guarantors are in no way concerned with or bound by such contract(s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guarantee".*

garantía no implica su consideración como fianza, sino que dicha referencia debe entenderse simplemente como una alusión a la imposibilidad de desvincular funcionalmente la garantía prestada de la subsistencia y exigibilidad de la obligación garantizada (23). En realidad, el DCFR no hace sino reflejar lo que viene siendo práctica habitual en la redacción de contratos de garantía autónoma, en los que, además de la cláusula "a primer requerimiento", se alude a la relación previa existente entre el ordenante y el beneficiario, toda vez que el objeto de la garantía autónoma no es otro que asegurar la indemnidad del acreedor-beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor-ordenante. Será necesario, pues, interpretar el clausulado contractual, tomando como premisa prioritaria que la obligación de cumplimiento del garante sea independiente de la del ordenante como parte deudora en el contrato subyacente frente al acreedor (24).

Las referencias al contrato subyacente son constantes en los contratos de garantías a primer requerimiento que han accedido a nuestros tribunales. En realidad, al hilo de la lectura de las cláusulas contractuales reflejadas en las resoluciones judiciales, puede observarse que no solo se realiza en la práctica una mera referencia a la obligación garantizada, sino que se reitera el efecto asegurador de la garantía a primera demanda respecto del cumplimiento de las obligaciones que, derivadas de aquel contrato, surgen para el deudor-ordenante (25). A pesar de ello, no siempre las referencias

(23) GARCÍA MEDINA, J., sostiene que, aunque estas nuevas formas contractuales se tendrían que ajustar al contenido preciso del texto de las mismas, seguirían, al menos funcionalmente, unidas al contrato u obligación principal, sin cuya existencia la garantía no tendría sentido alguno, pues no tiene objeto ni causa la garantía de una obligación inexistente, *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio. (Estudio sistemático y crítico),* Madrid, 2009, p. 284.

(24) Así se puntualiza en *Principles of European Law. Personal Security,* prepared by U. DROBNIG, Sellier, Bruylant, 2007, en comentario al artículo 3:101, p. 323, y *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, Sellier, 2009, comentario C al art. IV.G.-3:101, p. 2697.

(25) Véanse, por ejemplo, los modelos que recogen las SSTS 2 octubre 1990 (RJ 7464) y 27 octubre 1992 (RJ 8584). En este mismo sentido, sostiene DÍAZ MORENO, A.: "Garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil,* en Homenaje a Evelio Verdera y Tuells, T. I, p. 640, que las referencias a la

al contrato subyacente se consideran de tan escaso calado como para entender excluida la naturaleza dependiente de la garantía y quedar desplazada, por tanto, la normativa propia de la fianza. En esta línea, entre las primeras sentencias que comenzaron a tratar supuestos de garantías a primer requerimiento no faltaron resoluciones en las que el Tribunal Supremo se pronunciaba a favor de la accesoriedad de la garantía en juego y sobre la aplicación de las normas de la fianza a supuestos de constitución de garantías exigibles a primer requerimiento y en las que expresamente se excluyen los beneficios de excusión y división (26).

Se ha hecho ciertamente común en el tráfico la inclusión de cláusulas "a primer requerimiento" en los distintos modelos de contratos de garantía de que pueden hacer uso los interesados, en función de la relación de que se trate. La utilización de estas cláusulas, a veces indiscriminada, ha provocado que nuestros tribunales oscilen en sus resoluciones, fallando a veces de forma favorable a la accesoriedad de la garantía así constituida –imponiéndose el esquema de la fianza o el seguro de caución– y otras emitiendo fallos contrarios a la misma, optándose por la existencia de una garantía autónoma (27). A este respecto, se ha concluido por la doctrina que la mera presencia de estas cláusulas en un contrato de garantía constituye solo una presunción *iuris tantum* de la naturaleza autónoma del mismo, puesto que aquellas –como en cualquier otro negocio– no pueden desvincularse del resto del clausulado contractual, que habrá que interpretar en su conjunto para determinar la auténtica intención de las partes (28).

---

relación subyacente se encuentran prácticamente en todos los contratos de garantía, tanto dependientes como independientes, por lo que no sirve de criterio distintivo.

(26) En tal sentido, por ejemplo, las SSTS 2 octubre 1990 (RJ 1990\7464) y 15 abril 1991 (RJ 1991\2693).

(27) Obsérvese, en concreto, el supuesto de la STS 14 noviembre 1989 (RJ 7878). Esta falta de criterio uniforme en la jurisprudencia es lo que ha llevado a CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./MARÍN LÓPEZ, M. J., a concluir que no podamos extraer de ella una base doctrinal sólida, ni tan siquiera asegurar qué es lo que entiende la propia jurisprudencia como garantías a primer requerimiento, *op. cit.,* p. 350.

(28) BUSTO LAGO: *op. cit.,* p. 139; P. ELLINGER/D. NEO: *op. cit.,* pp. 301 y ss.; G. PORTALE: *Le garanzie bancarie internazionali,* Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 38; F. BONELLI: "Le garanzie bancarie a prima domanda", en *Le garazie contrattuali,* a cura di U. DRAETTA/C. VACCÀ, Egea, Milano, 1994, pp. 205

III. CONTENIDO DE LA RELACIÓN TRIANGULAR DERIVADA DEL NEGOCIO DE GARANTÍA

Es claro que de todo negocio de garantía se deriva la existencia de una relación jurídica triangular, en cuanto son tres los sujetos que se ven involucrados una vez concertado el contrato que tiene por finalidad servir de cobertura a la obligación subyacente. De este modo, en el marco de la garantía autónoma, el garante no solo se relaciona con el beneficiario por medio del contrato de garantía, sino con el deudor que previamente le ha ordenado prestar la misma frente al acreedor de la obligación garantizada, lo que provoca, asimismo, la concurrencia de tres tipos de relaciones jurídicas: una relación de mandato –entre deudor y garante–, una relación de cobertura o garantía propiamente dicha –entre garante y acreedor– y, obviamente, la previa relación obligatoria garantizada o relación de valuta, entre deudor y acreedor. Aunque, en principio, esta última no influye en el desarrollo de la garantía autónoma, no puede afirmarse que su incidencia sea nula, en la medida en que el DCFR concede al garante los mismos derechos que al fiador después del cumplimiento, otorgándole la posibilidad de subrogarse en los derechos del acreedor frente al deudor, como después se analizará. Pero, lógicamente, el grueso del conjunto de derechos y obligaciones de los sujetos implicados se deriva de las otras dos relaciones mencionadas.

1. DEBERES DE NOTIFICACIÓN DEL GARANTE FRENTE AL DEUDOR

Como se ha señalado, la relación que une a garante y deudor –ordenante de la garantía– debe incardinarse en el ámbito de la relación jurídica de mandato (29), por cuanto, en virtud de esta relación, el garante se compromete principalmente frente al deudor a pagar una suma de dinero al acreedor de la relación garantizada, empleando

---

y ss. Véase también F. J. INFANTE RUIZ, "Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda", RdP, núm. 4, 2000-1, pp. 155 y ss.

(29) SÁNCHEZ-CALERO, J., analiza las posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de esta relación, y se decanta por el contrato de mandato, descartando posiciones de otros autores, como su consideración como contrato a favor de tercero o como contrato de gestión de negocios, *op. cit.,* pp. 150 y ss.

en ello la diligencia exigida a todo mandatario. Aunque los artículos IV.D.-3:401 y IV.D.-3:402 DCFR, en sede de mandato, regulan el contenido de la obligación de información que se atribuye al mandatario –presidida por el deber de diligencia debida en el cumplimiento del encargo y actuación en interés del mandante (arts. IV.D.-3:102 y IV.D.-3:103 DCFR)–, el artículo IV.G.-3:102 DCFR se ocupa especialmente de concretar dicha obligación para el garante. A tal fin, el apartado (1) del citado precepto describe pormenorizadamente los deberes de notificación que pesan sobre el garante frente al deudor para evitar que las vicisitudes por las que va atravesando la relación puedan, de alguna forma, causarle perjuicio; de este modo, se atribuye expresamente al garante el deber de notificación inmediata al deudor del recibimiento de requerimiento –declarando si va a ser este cumplido o no–, de la realización del cumplimiento de acuerdo con el requerimiento o, finalmente, del rechazo del cumplimiento a pesar del requerimiento, debiendo en este caso declarar las razones de dicho rechazo (30). Bien puede afirmarse que estas obligaciones se derivan fundamentalmente de la buena fe contractual y del deber de *co-operation*, a los que se refiere de forma genérica el Libro III del DCFR, dedicado a las *Obligations and correspondent rights* (arts. III.-1:103 y III.-1:104, respectivamente).

También prevé expresamente la norma las consecuencias del incumplimiento por el garante de estos deberes de notificación, disponiendo en su apartado (2) la reducción en la medida necesaria de los derechos del garante frente al deudor establecidos en el artículo IV.G.-3:109 DCFR, de los que trataremos posteriormente. Piénse-

(30) Artículo IV.G.–3:102: Notificación del garante al deudor

"(1) El garante está obligado a:

(a) notificar inmediatamente al deudor el recibimiento de un requerimiento de cumplimiento y declarar, a la consideración de aquél, si el cumplimiento va a ser o no realizado.

(b) notificar inmediatamente al deudor si se ha realizado el cumplimiento de acuerdo con el requerimiento;

(c) notificar inmediatamente al deudor si el cumplimiento ha sido rechazado a pesar del requerimiento, declarando las razones de dicho rechazo.

(2) Si el garante no cumple con los requisitos exigidos en el apartado (1), los derechos del garante frente al deudor establecidos en el artículo IV.G.-3:109 (Derechos del garante después del cumplimiento) se reducen en la medida necesaria para evitar que el deudor resulte perjudicado por dicho incumplimiento".

se, por ejemplo, que si como consecuencia de la falta de notificación por el garante de haber realizado el cumplimiento, el deudor lleva a cabo un doble pago, debe considerarse extinguido el derecho del garante a reclamar su reembolso frente a aquel (31).

La falta de regulación específica de la garantía autónoma en Derecho español no implica, tal como se ha anunciado al inicio, que nuestro ordenamiento carezca de respuesta a las cuestiones que aquella suscita en la práctica; de hecho, desde su aparición en el tráfico, la labor de los jueces se ha centrado en otorgar cobertura jurídica a este negocio aun atípico. Lo previsto, pues, por el artículo IV.G.-3:102 del DCFR no vendría sino a clarificar y concretar obligaciones que, siendo consideradas ya como tales o no, aportarían seguridad jurídica a los vacíos normativos existentes en nuestro ordenamiento.

Ciertamente, la previsión del artículo IV.G.-3:102 del DCFR puede subsumirse sin dificultad en el marco genérico de la regulación que el contrato de mandato recibe en nuestro Código Civil (art. 1709 CC) y, más específicamente, atendiendo a los sujetos comúnmente implicados en estos negocios de garantía, también en el previsto por el Código de Comercio para el contrato de comisión mercantil (art. 244 CCom). En verdad, dentro de estos regímenes jurídicos tienen cabida todos los deberes de notificación a que hace referencia el artículo IV.G.-3:102 DCFR, pero no es menos cierto que la concreción que ofrece este precepto evitaría las elucubraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los límites exactos de la carga obligacional del garante. Así, por ejemplo, se ha entendido doctrinalmente que el garante se encuentra obligado ineludiblemente a informar al ordenante de que el beneficiario ha requerido la ejecución de la garantía, ya que es aquel quien se halla en mejor situación para conocer el eventual carácter abusivo o fraudulento de tal requerimiento; el fundamento legal de esta obligación ha de buscarse, bien en la exigencia del principio de buena fe en la ejecución del contrato, o bien como expresión del deber de diligencia del mandatario (arts. 1719 y 1726 CC) (32). Es más, parece ser opinión doctrinal generalizada la que sostiene que las cláusulas contractuales exonerativas del deber de información del garante deben considerarse inválidas por ser

(31) Véase ejemplo en *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, *sub* artículo IV.G.-3:102, p. 2705.

(32) Así ha sido recogido expresamente por las RUGD (arts. 17 y 21).

contrarias a normas de orden público, al violar las exigencias derivadas del principio de buena fe y de derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva (33).

Algunas normas más concretas intentan hacerse extensivas a otros supuestos, como la del artículo 260 del CCom, que ordena al comisionista comunicar frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación, participándole por el correo del mismo día o del siguiente, en que hubieren tenido lugar, los contratos que hubiere celebrado. Se señala por algunos autores que el deber de celeridad debe observarse también para otras comunicaciones –aunque no se exija con tal grado de concreción–, pues ello encuentra fundamento en la tutela del interés del comitente, al permitir a este transmitir sus instrucciones particulares al respecto siempre que ello fuera posible (34). En esta línea, es obligación del comisionista la de cumplir fielmente las instrucciones del comitente, debiendo estar presidida su actuación por la diligencia exigible a todo comisionista (art. 255 CCom); una actuación contraria a la debida diligencia conllevará la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes a favor del deudor.

Finalmente, también es posible recurrir a la normativa del contrato de fianza. En este sentido, entiende algún sector de la doctrina de aplicación a las garantías bancarias en esta materia el artículo 1838 CC, del que se deriva la obligación para el garante de notificar al ordenante la reclamación del beneficiario –notificación que, en la práctica, siempre se produce en este tipo de contratos–, respondiendo el garante de los daños y perjuicios que sufra el deudor en caso de falta de notificación (35). Para otros, aunque dicha obligación de comunicación al ordenante no existe para el garante, resulta práctica común de los bancos informar al ordenante de toda reclamación de la garantía, ya que ello otorga a este la posibilidad de oponerse a la ejecución si tuviera motivos suficientes para hacerlo (36).

(33) Véase BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.,* pp. 207-209.
(34) SÁNCHEZ-CALERO, J.: *op. cit.,* p. 216.
(35) SÁNCHEZ-CALERO, J.: *op. cit.,* p. 197.
(36) En este sentido, SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* p. 276. Véase también BERTRAMS: *op. cit.,* p. 221.

2. REQUERIMIENTO DE PAGO Y CUMPLIMIENTO DEL GARANTE

A) Requisitos del requerimiento de pago y excepciones oponibles por el garante

Atendiendo al principio de estricta formalidad documentaria (37), el artículo IV.G.-3:103 (1) DCFR supedita el cumplimiento por el garante de su obligación de pago al beneficiario a la concurrencia de dos requisitos básicos: a) la adecuación exacta del requerimiento de pago a los términos establecidos en la garantía; y b) el carácter textual del requerimiento (38). El garante, no obstante, puede negarse al pago aun realizado el requerimiento en debida forma, según dispone el apartado (2) del citado precepto, oponiendo sus propias excepciones frente al acreedor, siempre que no se haya pactado lo contrario. Finalmente, el último apartado del artículo IV.G.-3:103 ordena al garante informar al acreedor sin dilación y, como máximo, dentro de los siete días hábiles desde la recepción del requerimiento por escrito, tanto si cumple con el requerimiento como si se niega a hacerlo, exponiendo en este segundo caso los motivos de su negativa (39).

---

(37) En esta materia rige el principio de "estricta conformidad documentaria", tal como explica BUSTO LAGO, J. M., del que se ha hecho uso por algunas resoluciones judiciales de países de nuestro entorno jurídico, y que ha sido recogido en el artículo 15 del CGI, *op. cit,* pp. 225-226. Sostienen ELLINGER, P./ NEO, D.: *op. cit.,* p. 327, que la atención al principio de *strict compliance* en las garantías independientes dependerá de los términos literales del contrato.

(38) Según define el artículo 1:106 del Libro I del DCFR, la forma textual significa un texto expresado en caracteres alfabéticos u otros caracteres inteligibles, por medio de cualquier soporte que permita la lectura, el registro de la información contenida en el texto y su reproducción en forma tangible, lo que cubre comunicaciones realizadas por telegrama, télex, telefax, correo electrónico y cualquier otro medio de comunicación que sea capaz de proporcionar un documento legible para las dos partes. Veáse *Principles of European Law. Personal Security,* prepared by U. DROBNIG, en comentario al artículo 3:102, p. 331. También las RUGD exigen forma escrita a la demanda de cumplimiento (art. 20).

(39) IV.G.-3:103: Cumplimiento por el garante

"(1) El garante está obligado al cumplimiento sólo si el requerimiento de cumplimiento en forma textual satisface exactamente los términos establecidos en la garantía.

(2) Salvo pacto en contrario, el garante puede oponer sus propias excepciones frente al acreedor.

Recibido, pues, el requerimiento, el garante deberá examinar la documentación presentada con la diligencia exigible a todo mandatario (IV.D.-3:103 DCFR) (40), contando con el plazo máximo de siete días hábiles que le otorga el artículo IV.G.-3:103 (3) DCFR, para proceder al cumplimiento o informar al beneficiario de su negativa al mismo (41), pudiendo las partes, incluso, fijar un plazo menor (42).

La posibilidad que el apartado (2) del artículo IV.G.-3:103 concede expresamente al garante de oponer su propias excepciones frente al acreedor implica que, además de las derivadas del acuerdo de constitución de la garantía (bien surgidas del contenido del contrato de garantía, relativas a la vigencia temporal, al *quantum* y a

(3) El garante debe sin dilación y como máximo dentro de los siete días hábiles desde la recepción del requerimiento por escrito:

(a) cumplir de acuerdo con el requerimiento; o

(b) informar al acreedor de la negativa al cumplimiento, declarando los motivos de dicha negativa".

(40) Aunque el artículo IV.G.-3:103 DCFR no trata específicamente este tema, sí lo hacen tanto el CGI como las RUGD. En concreto, el artículo 9 de estas se refiere al *reasonable care,* mientras que el artículo 16.1 del CGI se remite al artículo 14, que prevé cómo el emisor de la garantía *shall act in good faith and exercise reasonable care*. Ambos textos hacen referencia, por tanto, a la debida diligencia, cuya ignorancia no perjudicará los derechos del ordenante (art. 17.2 CGI). Tampoco hace mención expresamente el artículo IV.G.-3:103 DCFR a la forma de comunicar al acreedor la negativa al cumplimiento, a la que las RUGD dedica el artículo 10 b): *"If the Guarantor decides to refuse a demand, he shall immediately give notice thereof to the Beneficiary by teletransmission, or, if that is not possible, by others expeditious means".*

(41) Menos riguroso aparece el artículo 10 a) de las RUGD, que concede al garante *"a reasonable time to examine a demand under a Guarantee and to decide whether to pay or to refuse the demand"*. Por su parte, el artículo 16.2 CGI de las NNUU, aunque también se refiere a un plazo razonable para realizar la comprobación, ordena que, salvo acuerdo distinto de las partes, este no podrá exceder de siete días laborables a contar desde la recepción de los documentos. Para la *standby letter,* la regla 5.01 a) i) de las ISP 98 establece el límite mínimo de razonabilidad del plazo para el examen y la notificación del incumplimiento en tres días laborables, y en siete días laborables el límite máximo.

(42) En realidad, por lo general, los contratantes suelen ser más generosos respecto a la concesión del plazo para el cumplimiento que el DCFR. En algunos casos este se alarga a diez o quince días, como puede comprobarse, por ejemplo, en los supuestos de la SAP Murcia 6 septiembre 2005 (JUR 233157) o la SAP Tarragona 12 marzo 2009 (JUR 385399).

los riesgos cubiertos, o bien referentes a la ineficacia del mismo), el garante viene autorizado a formular aquellas excepciones que se fundamenten en una relación personal con el acreedor (por ejemplo, la excepción de compensación), siempre que su uso no se haya excluido por las partes en el correspondiente contrato (43). Como ya sabemos, efecto primordial del carácter independiente de la garantía es impedir al garante formular las excepciones provenientes de la relación garantizada (44).

La doctrina española (45) admite sin dificultad la oponibilidad por el garante no solo de las excepciones que se fundamenten en el contrato de garantía, sino también las derivadas de relaciones personales que pudiera tener con el beneficiario. Nuestros tribunales, sin embargo, no son tan explícitos, pues reiteradamente se refieren, como aspecto característico de la garantía independiente, a la posibilidad de oponer solo las excepciones "derivadas de la garantía misma" (46), lo que podría llevarnos a interpretar que

(43) Los académicos autores del DCFR entienden también incluida la posibilidad de esgrimir la excepción de compensación al comentar este artículo: *"This covers also the security provider's right to set off. a personal monetary claim against the creditor's claim under the security", Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, *sub* artículo IV.G.-3:103, p. 2708. Prevé expresamente la excepción de compensación el artículo 18 del CGI.

(44) MORALEJO MENÉNDEZ, I.: "Las garantías a primera demanda", en *Contratos Mercantiles,* t. II, dir. por BERCOVITZ, R., Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 106.

(45) Para SÁNCHEZ-CALERO, J., "concurriendo los presupuestos de los arts. 1195 y 1196 CC, cabe la excepción de compensación, si bien no podrá ser utilizada por el garante cuando se produzca en virtud de la cesión de un crédito frente al beneficiario por parte del ordenante de la garantía, actuación que tendería a evitar el pago de esta por parte del banco; no podría mantenerse en estos casos que el banco era acreedor «por derecho propio», tal como exige el art. 1195 CC, aunque ello resulta en mayor medida de la abstracción o autonomía del contrato de garantía, que impide utilizar las excepciones que son ajenas a la estricta relación beneficiario-garante", *op. cit.,* p. 395. En igual sentido, SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit,* p. 282. Así lo convino también –explica DÍAZ MORENO, A.: "Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales", RDM, núm. 207, enero/marzo, 1993, p. 194– el Grupo de Trabajo que elaboró el Proyecto de CGI.

(46) Véase, por todas, STS 30 marzo 2000 (RJ 2314).

resulta inviable al garante esgrimir sus propias excepciones frente a la reclamación del acreedor. No obstante, también cabría entender que la utilización de esta expresión viene justificada tanto por la intención jurisprudencial de identificar claramente el rasgo de la independencia frente a la accesoriedad de la fianza, como en la escasa litigiosidad que otras excepciones han producido en la práctica judicial. El carácter amplio de esta expresión parece verse refrendado por el hecho de que la jurisprudencia viene considerando como excepciones "derivadas de la garantía misma" las que se funden en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba corresponde al garante (47); el requerimiento abusivo o fraudulento del beneficiario justificaría, pues, la alegación por el garante de la *exceptio doli*, de la que nos ocuparemos posteriormente. En cualquier caso, el esclarecimiento de esta cuestión por medio de una disposición legal *ad hoc* resultaría más que oportuno.

Por su parte, aunque la legislación española carece de norma relativa a la exigencia de reclamación escrita en este ámbito, este requisito impera en la práctica bancaria, que admite cualquier medio telemático. En todo caso, el garante deberá cumplir con lo estrictamente pactado, tanto en el contenido como en la forma, actuando con la diligencia media, pudiéndose aplicar en caso contrario las reglas del pago de lo indebido, de manera que el garante que hubiera pagado habiéndose incumplido los requisitos de forma pactados o actuando negligentemente –en la comprobación o aceptación de los documentos presentados por el beneficiario– vería extinguido o reducido su derecho de repetición (48).

B) Particularidades de las garantías a primer requerimiento

Sin enunciar claramente un concepto de garantía a primera demanda, el apartado (1) del artículo IV.G.-3:104 DCFR dispone que se entenderá que una garantía es debida a primer requerimien-

(47) Véase STS 4 diciembre 2009 (RJ 271) y jurisprudencia que cita, acogida por las AAPP. Asimismo, entre otras, SAP Granada 17 noviembre 2009 (JUR 87454), SAP Valencia 9 marzo 2009 (JUR 305357) y, también, STSJ Asturias 24 abril 2009 (AS 1810).

(48) En este sentido, BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.,* p. 226.

to cuando así se haya determinado expresamente en el contrato, pero también si ello se deduce inequívocamente de los términos del mismo. A falta de precisión en el texto, los comentaristas del DCFR sostienen que la cláusula a primer requerimiento no implica que al acreedor solo se le requiera presentar una simple demanda, sino que también hablaríamos de garantía a primera demanda si el acreedor viniera contractualmente obligado a presentar otros documentos que acompañen a aquella; de hecho, estas garantías documentarias son muy frecuentes en la práctica (49). En realidad, el artículo 3:104 DCFR llega aun más lejos, ya que rechaza, incluso, la efectividad de la simple demanda, al exigir en su apartado (2) que la reclamación del acreedor venga "acompañada por la declaración en forma textual de éste en la que se confirme expresamente que se han cumplido todas las condiciones de las que depende la efectividad de la garantía", pues en caso contrario el garante no está obligado a cumplir (50).

Como regla general, el artículo IV.G.-3:104 (1) DCFR ordena la aplicación a las garantías a primer requerimiento de las reglas referentes a las obligaciones del garante que regula el artículo precedente, si bien establece dos excepciones en los apartados siguientes: la primera, la previsión contenida en el apartado (2) que acabamos de mencionar; y la segunda –recogida en el apartado (3)–, declarando inaplicable a las garantías a primer requerimiento el apartado (2) del artículo anterior, referente a la oponibilidad de las excepciones personales del garante; con ello, a este solo le es viable oponer las excepciones derivadas de la garantía misma.

(49) *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, *sub* artículo IV.G.-3:104, p. 2714.

(50) IV.G.-3:104: Garantía personal independiente a primer requerimiento

"(1) Se aplica a las garantías autónomas que expresamente sean acordadas como debidas a primer requerimiento, o si ello puede ser inequívocamente deducido de sus términos, lo establecido en el artículo anterior salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

(2) El garante sólo está obligado a cumplir si la reclamación del acreedor está acompañada por la declaración en forma textual de éste en la que se confirme expresamente que se han cumplido todas las condiciones de las que depende la efectividad de la garantía.

(3) No es de aplicación el apartado (2) del artículo anterior".

A tenor del texto de este precepto, por tanto, los únicos elementos diferenciadores de la "garantía independiente a primera demanda" respecto de la categoría genérica de "garantía independiente o autónoma", serían la existencia en el contrato de una declaración expresa o tácita de garantía debida a primer requerimiento y la inoponibilidad de las excepciones personales del garante. Pero, al admitirse como propio de esta figura que, junto a la reclamación "a primer requerimiento", pueda exigirse la entrega de otros documentos, la distinción entre la categoría general y la particular es casi imperceptible, debido al frecuentísimo uso de aquella cláusula en el tráfico (51). Esta reflexión hace difícilmente justificable el trato diferenciado que ambas reciben, especialmente en lo concerniente a la inoponibilidad de las excepciones propias del garante cuando la reclamación haya de venir acompañada de otros documentos complementarios.

Aunque, a primera vista, podría concluirse que la sola inserción de la cláusula "a primer requerimiento" en el contrato de garantía impediría al garante, con independencia de los documentos que se exija entregar al acreedor, la oponibilidad de sus propias excepciones frente a este, debe recordarse que habrá que atender siempre al clausulado contractual para determinar la intención de las partes, de ahí que la incorporación de dicha cláusula no implique, en todo caso, la consideración de tal garantía como independiente. La utilización indiscriminada de los distintos tipos de garantías personales en el tráfico es tan promiscua como la propia terminología que la acompaña. Así, podemos encontrarnos con garantías independientes sin cláusula de pago a primer requerimiento –en las que resultarían oponibles las excepciones personales del garante–, y con garantías independientes debidas a primer requerimiento –en las que resultarían inoponibles tales excepciones–; pero también, en la medida en que habrá que atender al clausulado contractual (52),

(51) Para A. CARRASCO PERERA: *"There are a lot of factual possibilities to construct the guarantee wordings, and in any case they fit to the general definition of art. 3:103, without need of special treatment",* "The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts", ERCL, 3/2008, p. 402.

(52) Así, no debe tenerse en cuenta –dicen ELLINGER, P./NEO, D.: *op. cit,* p. 306– la nomenclatura utilizada para designar un determinado tipo de garantía, sino el contenido que se haya dado al clausulado contractual: *"For instance, contrary to expectations, an undertaking labelled as a «performance bond» might well contain provisions that give it features more common with a*

podemos hallar garantías accesorias que lleven incorporadas cláusulas de este tipo –fianzas a primer requerimiento–, que conllevarían, en principio, la libre oponibilidad de excepciones propia de las garantías dependientes.

En nuestro país, la cuestión gira en torno a la nomenclatura utilizada por doctrina y jurisprudencia a la hora de diferenciar una garantía "a primer requerimiento" dentro de la categoría general de garantías independientes. En el ámbito doctrinal, algunos distinguen entre garantías a "simple requerimiento" y garantías documentarias (53) –aquellas en las que la reclamación del beneficiario ha de acompañarse de documentos justificativos del incumplimiento contractual–, o "a demanda justificada o motivada" –en las que el documento que acompaña a la reclamación se limita a incorporar la declaración del beneficiario apuntando el incumplimiento de la obligación garantizada y el alcance del mismo–, todas ellas dentro de las llamadas en sentido amplio garantías independientes o autónomas (54). Otros, en cambio, identifican sin fisuras "garantía independiente" y "garantía a primer requerimiento o a simple demanda" (55).

---

traditional suretyship guarantee than an independent guarantee. Or depending on how a particular undertaking has been drafted, a document described as a «performance bond» could have features that are more typical of a stand-by credit. Nomenclature serves merely as a useful starting point, and could be helpful in ascertaining the probable intention of the parties where the terms of the undertaking are ambiguous and there is an established banking practice related to the particular label used to refer to the undertaking…".

(53) Entiende SÁNCHEZ-CALERO, J.: *op. cit.,* p. 289, que, en el primer caso, el requerimiento solo contendrá una demanda de pago de dinero o equivalente, sin que se exija que esta se apoye en cualquier otro tipo de documento, mientras que en el segundo, junto a la demanda de pago se requerirá la presentación de documentos que objetivamente permitan comprobar que el evento garantizado se ha producido y cuyo alcance y características se habrán fijado previamente en la garantía. Por otra parte, la obligación del garante consistirá siempre en el pago de una suma de dinero, sin que se le pueda exigir nunca una conducta consistente en llevar a cabo un cumplimiento sustitutorio del que correspondía al deudor principal o cualquier otra prestación diversa, p. 310.

(54) MORALEJO MENÉNDEZ, I.: *op. cit.,* p. 106. Véase, asimismo, SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* pp. 217 y ss., y BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.,* pp. 219 y ss.

(55) CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.,* p. 23.

En el seno de los tribunales, por su parte, el vehículo terminológico más utilizado es el de "aval a primer requerimiento", con independencia de los documentos que venga obligado a entregar el acreedor, siempre que la garantía se haya concertado como debida a primer requerimiento o, al menos, así se derive del clausulado del negocio (56).

Dado que, para el DCFR, la garantía a primer requerimiento sería siempre una garantía de las que la doctrina ha llamado "a demanda justificada" (57), ya que habría de ir en todo caso acompañada de

(56) Quizás la sentencia más significativa a este respecto, por ser una de las primeras que trató de la naturaleza jurídica de la garantía independiente, sea la STS 27 octubre 1992 (RJ 8584), que opta por la corriente doctrinal que identifica una misma figura bajo los diversos nombres que han ido apareciendo en el tráfico (aval a primera solicitud o a primer requerimiento, garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente). Con posterioridad se ha ido imponiendo en el uso la terminología de aval a primer requerimiento, que ha sido recogida con posterioridad tanto por el Tribunal Supremo como por las Audiencias Provinciales, con independencia de los documentos que se encuentre obligado a presentar el acreedor al garante. Así, por ejemplo, algunas sentencias recogen supuestos de garantías a simple demanda (STS 17 febrero 2000, RJ 1162; STS 5 julio 2000, RJ 6010; STS 23 mayo 2004, RJ 3553; STS 9 diciembre 2005, RJ 10177; STS 4 diciembre 2009, JUR 495689; SAP Valencia 9 marzo 2009, JUR 305357; SAP Tarragona 12 marzo 2009, JUR 385399), otras contemplan garantías cuya reclamación ha de venir acompañada de una notificación de incumplimiento de la obligación garantizada (STS 5 julio 2002, RJ 8225; STS 1 octubre 2007, RJ 8087), de la presentación de facturas (STS 27 septiembre 2005, RJ 6860; STS 27 noviembre 2006, RJ 9121), de presentación de testimonio judicial de archivo de autos o de sobreseimiento de un pleito (STS 27 octubre 2009, RJ 5711), de requerimiento notarial y certificación de arquitecto (SAP Las Palmas 17 mayo 2004, JUR 183956), de informe facultativo de la obra (SAP Valladolid 29 septiembre 2005, JUR 236475) o de presentación de documento de resolución de la obra (SAP Castellón 20 marzo 2007, JUR 272778).

(57) Como explica DÍAZ MORENO, A.: se trata de las garantías que la práctica conoce con el equívoco nombre de "garantías a demanda justificada" (*guarantee on justified request),* "Los trabajos de UNCITRAL…", cit., p. 162. SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., observa que esta modalidad intermedia de garantía –resultado de la traducción de la expresión anglosajona *justified request*– parece recibir una utilización creciente, *op. cit.,* p. 219. Véase también PIERCE: *op. cit.,* pp. 21 y ss. Por su parte, las RUGD, en su artículo 20 a), exigen que a la demanda de pago se una, además de cualquier otro documento especificado en la garantía, una declaración escrita

una declaración escrita del beneficiario justificando la reclamación de la garantía en el incumplimiento de la obligación garantizada, la previsión del artículo IV.G.-3:104 restringe, de alguna forma, la fuerza o efectividad de la que disfruta la cláusula "a primer requerimiento" en el tráfico y en el ámbito de nuestros tribunales. Piénsese que este precepto autoriza al garante a negarse a cumplir caso de que el beneficiario no aporte, junto a la reclamación de pago de la garantía, la declaración en forma textual de haber cumplido todas las condiciones de las que depende la efectividad de la misma; por el contrario, es práctica usual, y así lo recoge la jurisprudencia española, que la garantía pueda hacerse efectiva por la simple o sola demanda del acreedor (58).

El uso generalizado en el tráfico de la cláusula "a primera demanda", "a primera solicitud" o "a primer aviso" en los contratos de garantía ha generado una consolidada corriente jurisprudencial entre nuestros tribunales sobre el "aval a primer requerimiento". Se entiende que la inserción de este tipo de cláusula tendría por efecto una inversión de la carga de la prueba, en tanto que, requerido de pago el garante, correspondería a este acreditar que el deudor ha pagado, y no al acreedor probar que se ha producido el incumplimiento de la obligación garantizada (59).

Esta construcción jurisprudencial sobre el funcionamiento del aval a primer requerimiento no es compartida, sin embargo, por

---

del beneficiario que indique que el deudor ha incumplido las obligaciones derivadas de la relación subyacente.

(58) La STS 4 diciembre 2009 (RJ 2010\271) la llama garantía a primer requerimiento emitida como "pura" –reconociendo que estas son las más habituales en el tráfico–, y no como "justificada".

(59) Así lo recogía ya la STS 27 octubre 1992 (RJ 8584), y ha venido siendo reiterado en sentencias posteriores hasta fechas recientes (véase, por ejemplo, STS 28 mayo 2004, RJ 3553). Como explica DÍAZ MORENO, "Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales", cit., p. 159, la cláusula "a primer requerimiento" goza de un valor esencialmente procesal, suponiendo la sumisión de las partes a la regla *solve et repete*, según la cual el garante debe pagar primero –cuando el acreedor lo solicite en las condiciones establecidas– y litigar después; se produce así –concluye este autor– "una suerte de «inversión de papeles»: el beneficiario no ha de demostrar el incumplimiento del deudor principal. Pesará sobre quien posteriormente se dirija contra él la carga de probar que el pago efectuado no resultaba debido". En el mismo sentido, RODRÍGUEZ BENOT, A.: *op. cit.,* Colex, Madrid, 2004, p. 53.

buena parte de la doctrina. Así, como puntualiza DÍAZ MORENO, reducir los efectos de la no accesoriedad a una inversión de la carga de la prueba no es acertado, pues en la garantía independiente no es que se invierta la carga de la prueba, es que no se admite prueba sobre hechos extraños a la obligación de garantía, salvo circunstancias excepcionales (como es el caso de la *exceptio doli)*. Por ello, concluye este autor que debe entenderse que solo en un proceso posterior, entablado por el deudor principal (después de reembolsar al garante), podrían reclamarse al acreedor las sumas que, desde el punto de vista de la relación de valuta, hubiera recibido indebidamente el garante, "siendo éste el sentido último de la expresión *solve et repete,* que se repite frecuentemente al hablar de las garantías independientes" (60). En cualquier caso, dada la falta de claridad de las resoluciones judiciales en la materia, cabría también interpretar que la doctrina de la inversión de la carga de la prueba no es sino una forma de dejar la puerta abierta al ejercicio de la *exceptio doli* (61).

Sin embargo, la imposibilidad de oponer las excepciones personales del garante que preconiza el artículo IV.G.-3:104 DCFR sí podría acompasarse con la expresión utilizada por nuestra jurisprudencia cuando se refiere a la sola oponibilidad de las excepciones derivadas de "la garantía misma", a la que aludimos anteriormente.

(60) DÍAZ MORENO, A.: "Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil,* t. I, p. 648, y "Acerca de la transmisibilidad de las fianzas y garantías «a primer requerimiento». A propósito de la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3553)", RdP, núm. 14, 2005-1, p. 301. Igualmente, para CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./MARÍN LÓPEZ, M. J., la doctrina jurisprudencial que quiere ver en las garantías a primer requerimiento una simple inversión de la carga de la prueba es profundamente inconsistente, pues lo que comporta realmente esta cláusula es una inversión de los costes de pleitear, "que se trasladan al garante o al deudor, que deberían reclamar *ex post*, una vez que el beneficiario tenga el dinero en su poder, merced a que la cláusula conduce al *solve et repete* (así, correctamente SAP Madrid 16 julio 1998)*", op. cit.,* p. 344. Véase también INFANTE RUIZ, F. J.: "Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda", RdP, núm. 4, 2000-1, p. 161.

(61) Véase MARIMÓN: "Consolidación de la jurisprudencia sobre aval a primera demanda. Avales prestados por sociedades de garantía recíproca y por entidades de seguros", RDM, núm. 241, 2001, pp. 1915-1916.

Pero, a nuestro juicio, no puede considerarse axiomática una conclusión extraída de una mera interpretación literal de una expresión utilizada por las resoluciones judiciales sin demasiada precisión. En este sentido, no se puede afirmar de forma indubitada que exista correspondencia entre la literalidad de la expresión y la inadmisibilidad de tales excepciones, especialmente teniendo en cuenta que el uso de las mismas ha sido aceptado generalmente por la doctrina.

C) Reclamación manifiestamente abusiva o fraudulenta del acreedor

El artículo IV.G.-3:105 DCFR faculta al garante para ejercitar la denominada *exceptio doli* frente a la reclamación manifiestamente abusiva o fraudulenta realizada por el acreedor, lo que contradice, de algún modo, el carácter independiente que se predica de la garantía autónoma. Por esta razón, la admisión de la *exceptio doli* en este ámbito no ha resultado doctrinalmente pacífica (62), habiéndose recurrido a distintos puntos de apoyo para salvar esta disyuntiva. Para algunos, la mala fe que entraña la reclamación abusiva del beneficiario, aunque tiene su origen indudablemente en la relación subyacente, se manifiesta en la ejecución del contrato de garantía, por lo que la excepción que se le opone a aquel no deriva de aquella relación, sino de esta, no resultando afectada la independencia de un negocio respecto del otro (63). Para otros, aunque admitir que

(62) IV.G.-3:105: Reclamación manifiestamente abusiva o fraudulenta
"(1) El garante no está obligado a cumplir con el requerimiento de cumplimiento si se prueba de forma evidente que éste es manifiestamente abusivo o fraudulento.
(2) Si se cumplen los requisitos exigidos por el apartado anterior, el deudor puede impedir:
(a) el cumplimiento por el garante; y
(b) la presentación o utilización de una reclamación de cumplimiento por el acreedor".

(63) SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* p. 328. Las concepciones de las diversas jurisprudencias nacionales difieren entre sí, según observa CARRILLO POZO, L. F., siendo mucho más estrictos los tribunales ingleses que los continentales al exigir el grado de prueba del fraude o abuso, *op. cit.,* p. 361, nota 716. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ BENOT, A.: *op. cit.,* pp. 48-49, y CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.,* p. 172. Sostienen ELLINGER, P./ NEO, D.: *op. cit.,* pp. 316 y ss., que "*… fraud must involve dishonesty.*

el garante pueda oponer frente a la solicitud del beneficiario alguna circunstancia relativa a la relación que vincula a este con el ordenante supone un frontal ataque contra la naturaleza independiente de la garantía, ello ha de admitirse para salvaguardar mínimamente la moralidad y la buena fe en el tráfico internacional, impidiendo conductas claramente abusivas o fraudulentas (64). Unos terceros apoyan la viabilidad de la *exceptio doli* en el deber de protección de los intereses del ordenante que recae sobre el emisor de la garantía (65). Salvada dogmáticamente de algún modo la susodicha contradicción, lo cierto es que la posibilidad del garante de ejercitar la *exceptio doli* frente a la reclamación abusiva o fraudulenta realizada por el acreedor, constituye una defensa aceptada de forma generalizada doctrinal y jurisprudencialmente en numerosos países (66). En realidad, la cuestión se reduce a encontrar el justo equilibrio entre la necesidad de evitar abusos y conductas fraudulentas y la de preservar la independencia de la garantía.

Al contrario que otros instrumentos internacionales, el artículo IV.G.-3:105 DCFR resulta extremadamente parco, ya que no describe cuáles pueden ser los comportamientos abusivos, otorgando,

---

However, the absence of an honest belief in the entitlement to call on the independent guarantee is difficult to test. (…). If it is hard to assess whether the documents presented under a credit contained a false representation, it is even harder to assess whether a person is being honest in making his demand. A fraud case involving an independent guarantee will therefore most commonly be initiated by an application for an injunction by the applicant in an attempt to stop the issuer from paying or the beneficiary from calling on the guarantee".

(64) DÍAZ MORENO, A.: "Los trabajos de UNCITRAL…", cit., p. 194. La *exceptio doli* es un mecanismo al que el Derecho no puede renunciar, concluye el citado autor, aunque también es indudable que la excepción de fraude o abuso ha de ser manejada con tremenda cautela y con criterios básicamente restrictivos, p. 195.

(65) PORTALE, G.: *op. cit.,* Milano, 1989, p. 23. Asimismo, para SÁNCHEZ-CALERO, J.: *op. cit.,* p. 389, la utilización de esta excepción debe entenderse como el deber de defensa de los intereses del ordenante que pesa sobre el garante, aunque además deba constituirse en medio de limitación del abuso o mala fe del beneficiario.

(66) Sobre un estudio de la doctrina jurisprudencial sobre el fraude en las garantías independientes en Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos, Italia y Francia, véase SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* pp. 291 y ss. Asimismo, BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.,* pp. 231 y ss.

pues, un amplio margen al arbitrio judicial a la hora de determinar la concurrencia de abuso, fraude o mala fe (67). Se concluye doctrinalmente que, en el ámbito de las garantías independientes, existe fraude cuando el beneficiario no puede ostentar frente al ordenante crédito alguno legítimo o plausible, de manera perfectamente evidente (68). Lo que, en definitiva, los jueces deben tener presente como criterio de referencia para enjuiciar cada caso es el carácter manifiesto de la concurrencia de abuso o fraude, realizando una interpretación restrictiva de la noción de actuación fraudulenta del acreedor (69).

(67) El DCFR no sigue en este apartado el modelo del CGI, cuyo artículo 19 resulta extremadamente descriptivo a este respecto, enumerando primeramente los supuestos en que resulta procedente la oposición del garante a la demanda del beneficiario de la garantía –cuando resulte claro que alguno de los documentos no es auténtico o ha sido falsificado, que el pago no resulte debido en razón del fundamento alegado en la reclamación y documentos justificativos y, finalmente, cuando atendido el tipo o finalidad de la prestación de la garantía resulte que la reclamación carece por completo de fundamento–, y especificando, después, sin carácter exhaustivo, una serie de supuestos en los que debe considerarse que se da esta última eventualidad: cuando resulte indudable que se ha cumplido la obligación principal a satisfacción del acreedor, cuando el incumplimiento de la obligación principal se deba a la conducta dolosa del beneficiario de la garantía, cuando la obligación subyacente hubiese sido declarada nula por un tribunal judicial o arbitral (a no ser que otra cosa se haya previsto en la constitución de la garantía), o cuando se hubiera presentado una reclamación al amparo de una contragarantía y el beneficiario de la misma haya pagado de mala fe en su calidad de garante/emisor de la garantía a que se refiera la susodicha contragarantía.

(68) SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* pp. 330-332. Para BERTRAMS, el fraude incluye el abuso, *op. cit.,* p. 302. Véase, también, MARTIN, C. / DELIERNEUX, M.: *op. cit.*, pp. 122 ss.

(69) *"In order to prevent unwarranted allegations of manifest abuse or fraud, the security provider must be able to rely on «present evidence». This will usually be furnished by the debtor who had instructed the security provider to issue the security. All types of evidence are admissible, especially documents and witnesses. A restriction to documents only, which is sometimes preferred, is difficult to justify; also, the borderline is sometimes doubtful, e.g. in the case of affidavits. The weighing of the evidence is a matter for the court, which is bound by the relevant procedural rules of the law of the forum", Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, Comentario B al artículo IV.G.-3:105, p. 2719. Véase ELLINGER, P./NEO, D.: *op. cit.,* pp. 325-326.

El artículo IV.G.-3:105 DCFR exonera al garante de su obligación de cumplimiento una vez probado el requerimiento abusivo, aunque también concede al deudor la facultad de impedir tanto el cumplimiento por el garante como la presentación o utilización de una reclamación de cumplimiento por el acreedor, dejando los remedios judiciales específicos a la ley nacional correspondiente (70). En aquella línea, el deudor podría notificar al garante la situación fraudulenta en la que se halla el acreedor, a los efectos de exonerarse de la obligación de reembolso en el supuesto de que el garante llegara a cumplir; o notificar al beneficiario que conoce la causa que haría fraudulenta la reclamación –nulidad del negocio subyacente, efectiva ejecución del mismo, etc. (71)– lo que exoneraría al garante de su obligación de cumplir.

La posibilidad del garante de ejercitar la *exceptio doli* es otra de las cuestiones que ha dado lugar a diversos pronunciamientos judiciales en el ámbito de los tribunales españoles, dada la carencia en nuestro Derecho de normativa específica en la materia. La respuesta jurisprudencial a esta cuestión, como en anteriores ocasiones, se ha hallado en la aplicación de principios generales de nuestro

(70) *Principles of European Law. Personal Security,* prepared by U. DROBNIG, en comentario al artículo 3:104, p. 346. *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, Comentario D al artículo IV.G.-3:105, p. 2720. En este comentario se pone especial énfasis en la correspondencia de este precepto con las medidas a las que se refiere el artículo 20 del CGI 1995, cuando, a raíz de una demanda presentada por el solicitante o por la parte ordenante, se demuestre que es muy probable que, en una reclamación que el beneficiario haya presentado o vaya a presentar, concurre una de las circunstancias enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1) del artículo 19. Según estas medidas, el tribunal podrá: a) dictar un mandamiento preventivo a fin de que el beneficiario no reciba el pago, incluyendo una orden de que el garante/emisor retenga el importe de la promesa, o b) dictar un mandamiento preventivo a fin de que se disponga el bloqueo del importe de la promesa pagado al beneficiario, tomando en consideración el riesgo de que se ocasione al solicitante un perjuicio grave, de no dictarse esa medida. Al dictar estos mandamientos preventivos, el tribunal podrá requerir de la persona que los solicite el otorgamiento de una caución en la forma que el tribunal estime apropiada.

(71) Entiende CARRILLO POZO, L. F.: *op. cit.*, p. 364, que corresponde a la ley rectora del contrato de garantía determinar si vale como excusa para no atender el requerimiento de pago estos elementos, esto es, el alcance de la admisión de excepciones.

ordenamiento. De este modo, el Tribunal Supremo ha venido aceptando sin dificultad la oposición por el garante de esta excepción frente a la reclamación abusiva o fraudulenta del acreedor, apoyándose, fundamentalmente, en el principio de buena fe contractual (art. 1258 CC) y en la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC). Así se expresaba ya la citada STS de 27 de octubre de 1992: "… es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad (…), de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista…" (72). Esta es la doctrina que ha venido siendo acogida de forma reiterada por este Tribunal y por distintas Audiencias Provinciales hasta la fecha (73).

Por lo que se refiere a las causas que se tienen en cuenta como actuación fraudulenta del beneficiario, la mayoría de las sentencias estudian la inexistencia o el cumplimiento de la obligación subyacente, entendiéndose que la garantía autónoma no se desvincula, en cualquier circunstancia, de la obligación garantizada que constituye su objeto (74), de ahí que se considere aplicable a esta modalidad contractual el artículo 1827 CC, que exige el carácter expreso de la fianza, sin que la obligación del garante pueda extenderse más allá de lo que constituye su objeto; "y frente a la reclama-

(72) STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 8584).

(73) Véanse, por ejemplo, las SSTS 1 octubre 2007 (RJ 8087), 4 diciembre 2009 (JUR 495689) y SAP Barcelona 19 mayo 2004 (JUR 191499), SAP Valencia 9 marzo 2009 (JUR 305357), SAP Granada 17 noviembre 2009 (JUR 87454) y STSJ Asturias 24 abril 2009 (AS 1810).

(74) Al menos –sostiene la STSJ Asturias 24 abril 2009 (AS 1810)–, cuando no se ha incluido la cláusula "sin excepciones".

ción –concluye la STSJ de Asturias de 24 de abril de 2009– el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde, pues así lo exigen los principios de buena fe contractual (art. 1258 CC) y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la *exceptio doli* [excepción de dolo], que constituye una excepción que afecta incluso a los negocios abstractos, categoría a la que ni siquiera parece que pueda incluirse el aval a primer requerimiento, a falta de una expresa regulación legal, dado el tenor del art. 1277 CC…" (75).

Al hilo de la doctrina expuesta, cabe plantearse algunas reflexiones relacionadas con la contraposición de las circunstancias señaladas al carácter independiente de esta modalidad de garantía. Así, en primer lugar, la admisión de la *exceptio doli* basada en la inexistencia o en el cumplimiento de la obligación subyacente debe entenderse como una auténtica excepción a la intrascendencia de la validez o invalidez de la relación garantizada respecto del contrato de garantía, eje este sobre el que gira la independencia de la relación de cobertura respecto de la relación de valuta. En segundo lugar, la utilización de esta excepción choca frontalmente con la estricta aplicación del principio *solve et repete* que otorga a la garantía autónoma naturaleza propia, por cuanto el garante puede negarse al pago una vez requerido por el beneficiario. No obstante, si paga

(75) STSJ de Asturias de 24 abril 2009 (AS 1810). En el caso de la STS 1 octubre 2007 (RJ 8087), se trataba de una garantía que exigía, además del requerimiento notarial del beneficiario al banco, que aquel debía dar a este cuenta del incumplimiento en que había incurrido la empresa avalada. El Tribunal Supremo entendió que la autonomía de la garantía acordada "no implica que el garante quede en una situación de indefensión que le obligue a aceptar la afirmación del beneficiario cuando por los documentos y hechos que conoce el banco garante puede cuestionarse fundadamente que se hayan incumplido las obligaciones garantizadas. En este caso, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, esta representación asumió la carga de probar el abuso de derecho y la mala fe de la reclamación de las recurrentes en aplicación de la inversión de la carga de la prueba que caracteriza este tipo de garantías".

por desconocer la existencia del abuso, la citada regla cobra todo su sentido sustantivo, debiendo el deudor reembolsar al garante y, posteriormente, dirigirse frente al acreedor por su enriquecimiento injusto; todo ello sin perjuicio del derecho a reclamar el reembolso de lo indebidamente pagado que corresponde al garante frente al beneficiario, como se analizará a continuación.

Verdaderamente, la contradicción existente entre la admisión de esta excepción y la independencia de la garantía resulta insalvable, de ahí que su admisibilidad solo haya podido ser justificada en el ámbito de nuestros tribunales mediante dos medios: bien considerándola como una auténtica excepcionalidad derivada de la aplicación de principios generales como la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, o bien entendiéndola como una excepción derivada de la "garantía misma", tal como hace la citada STSJ de Asturias de 24 de abril de 2009. A esta solución se suma también parte de la doctrina: el garante puede oponer a la reclamación del beneficiario cualquier excepción que derive del contrato de garantía, teniendo en cuenta que este obliga "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (art. 1258 CC) (76).

Finalmente, en lo relativo a los recursos judiciales de que puede hacer uso el deudor para impedir el pago del garante al acreedor, nuestro Derecho pone a disposición del ordenante las medidas cautelares que regula la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (arts. 721 y ss.), cuyo contenido, dada la amplia discrecionalidad del juez en este punto, puede ser realmente diverso, y en el que, dado el objetivo de este trabajo, no vamos a entrar (77).

---

(76) En este sentido, CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.,* pp. 181 y ss. Igualmente, entiende BUSTO LAGO, J. M., que la *exceptio doli generalis* se presenta como una excepción propia del contrato de garantía, pues es la mala fe o el fraude en la ejecución de la garantía lo que justifica el rechazo de su ejecución, *op. cit.,* p. 235.

(77) Para CERDÁ OLMEDO, M., aunque debe tenerse en cuenta que los dos medios jurídicos por los que, en principio, el ordenante podría impedir el pago del garante son tanto las medidas cautelares como el embargo preventivo, este último no cabe en las garantías a primera demanda por ser contrario a la naturaleza que le es propia, *op. cit.,* pp. 192 y ss. Sobre las medidas cautelares, véase esta misma obra, pp. 259 y ss.; BUSTO LAGO, J. M.: *op.*

3. DERECHOS DEL GARANTE DESPUÉS DEL CUMPLIMIENTO

A) Derecho de reembolso frente al deudor y subrogación en los derechos del acreedor

El artículo IV.G.-3:109 DCFR –último precepto del capítulo dedicado a la garantía autónoma– se remite a lo establecido por el artículo IV.G.-2:113 DCFR, en sede de fianza, para regular los derechos del garante después de realizar el pago, debiéndose aplicar este precepto a la garantía independiente con las necesarias adaptaciones (78). De este modo, siguiendo el apartado (1) de esta norma, todo garante dispone, no solo del derecho de reembolso frente al deudor en la medida en que aquel haya cumplido con la obligación garantizada, sino de subrogarse, además, en esta misma medida, en los derechos del acreedor frente al deudor (79).

---

cit., pp. 263 y ss.; y SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* pp. 478 y ss. En opinión de MORALEJO MENÉNDEZ, I., si se atiende al devenir de los hechos que concurren en la situación que analizamos y la configuración de las medidas cautelares, el recurso a estas medidas se hace difícil, *op. cit.,* p. 112.

(78) Tan escasa referencia a los derechos del garante después del cumplimiento supera, no obstante, la nula atención que ha merecido esta cuestión a los textos internacionales que han abordado las garantías autónomas; tan solo para las *stanby letters of credit,* la regla 8 de las ISP 98 se refiere expresamente a la obligación de reembolso, atribuyendo al ordenante el deber de indemnizar al emisor por cualquier obligación, reclamación, responsabilidad o gasto en que este haya incurrido.

(79) IV.G.-3:109: Derechos del garante después del cumplimiento.

"El artículo IV.G.-2:113 (Derechos del fiador después del cumplimiento) se aplica, con las debidas adaptaciones, a los derechos que el garante pueda ejercitar frente al deudor después del cumplimiento".

IV.G.-2:113: Derechos del fiador después del cumplimiento.

"(1) El fiador tiene derecho de reembolso frente al deudor si y en la medida en que el fiador haya cumplido la obligación garantizada. Además el fiador se subroga en esta misma medida en los derechos del acreedor frente al deudor. El derecho de reembolso y los derechos adquiridos por la subrogación son concurrentes.

(2) En caso de cumplimiento parcial, los derechos parciales restantes que tenga el acreedor frente al deudor tienen prioridad sobre los derechos en los que se haya subrogado el fiador.

(3) Por virtud de la subrogación a la que se refiere el apartado (1), las fianzas y garantías autónomas personales y reales se transfieren por ministerio de la ley al fiador, sin perjuicio de cualquier otra restricción con-

La concesión al garante de una garantía autónoma del derecho a subrogarse en la posición del acreedor fortalece, sin duda, la posición de aquel, al transferirle los derechos que el acreedor pudiera tener frente al deudor, lo que se extiende a las garantías reales o personales (dependientes o independientes) que aquel ostentara frente a este o frente a terceros, tal como especifica el apartado (3) del artículo IV.G.-2:113 DCFR; aunque, por otro lado, también supone la posibilidad de que el deudor oponga frente a la reclamación del garante las excepciones que se deriven de las vicisitudes de la relación subyacente, lo que vuelve a contradecir, de alguna forma, la independencia de la garantía autónoma (80). Además, cuando se trata de cumplimiento parcial, el apartado (2) del propio artículo IV.G.-2:113 DCFR ordena que los derechos parciales restantes que tenga el acreedor frente al deudor tienen prioridad sobre los derechos en los que se haya subrogado el garante.

En cuanto al contenido del reembolso debido por el ordenante al garante, dada la brevedad del artículo IV.G.-2:113 (1) DCFR, debe acudirse a las normas correspondientes al contrato de mandato que vincula a ambas partes. Atendiendo a estas, el garante no solo tendrá derecho a reclamar el reintegro de lo pagado, sino el precio o comisión acordada y los gastos en que hubiese incurrido con motivo del cumplimiento de su obligación (arts. IV.D.-2:102 y IV.D.-2:103 DCFR), además de los daños e intereses que correspondan en su caso (arts. III.-3:701, III.-3:713 DCFR).

Finalmente, resulta asimismo de aplicación a la garantía autónoma la específica regla del último apartado del artículo IV.G.-2:113

---

tractual o pacto de no ceder acordado con el deudor. Los derechos frente a otros garantes sólo pueden ser ejercitados dentro de los límites del artículo IV.G.-1:108 (Pluralidad de garantes: derecho de regreso).

(4) En los casos en que el deudor no responda frente al acreedor por razón de incapacidad, el fiador que paga la obligación garantizada puede, sin embargo, exigir el reembolso al deudor en la medida del enriquecimiento de éste. Esta regla se aplica también si el deudor era una persona jurídica que no ha llegado a existir".

(80) Como señala CARRASCO PERERA, A.: "The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts", *cit.,* p. 406, "*… it is difficult to imagine any situation in which this defence would not resort to material facts that are embedded in the underlying transaction of creditor and debtor. If that is so, the underlying debt becomes relevant and decisive also in the independent relationship between security provider and creditor".*

DCFR, referente al supuesto de incapacidad del deudor: "En los casos en que el deudor no responda frente al acreedor por razón de incapacidad, el fiador que paga la obligación garantizada puede, sin embargo, exigir el reembolso al deudor en la medida del enriquecimiento de éste. Esta regla se aplica también si el deudor era una persona jurídica que no ha llegado a existir".

La incorporación al ordenamiento español de una previsión parecida al artículo IV.G.-3:109 DCFR sería sumamente útil, pues solventaría las dudas doctrinales que ha suscitado la posibilidad de que el garante de una garantía autónoma disponga de un derecho de subrogación en la posición del acreedor una vez realizado el pago. No obstante, no estaría de más una norma más completa, que evitara remisiones a preceptos de otras instituciones. Efectivamente, por lo que se refiere al derecho de reembolso, también en nuestro ordenamiento puede acudirse a los artículos 1728 y 1729 CC en sede de mandato, así como a lo preceptuado por los artículos 277 y 278 CCom para la comisión mercantil, reguladores todos ellos del contenido del reembolso debido por el mandante y comitente, respectivamente. Más concretamente, sería aplicable a la garantía independiente el artículo 1838 CC, relativo a la indemnización debida al fiador por el deudor por virtud del pago, que resulta bastante más descriptivo que los anteriores: "El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste. La indemnización comprende: 1.º La cantidad total de la deuda. 2.º Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor. 3.º Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago. 4.º Los daños y perjuicios cuando procedan" (81). No obstante, la aplicación de esta norma no queda huérfana de matizaciones; así, la referencia del apartado 1.º a la cantidad total de la deuda ha de adaptarse a los caracteres de la garantía autónoma, interpretándose como la totalidad de la suma abonada por el garante al acreedor, en función del contenido o cantidad que se haya determinado en la garantía (82).

(81) Véase, a mayor abundamiento, SÁNCHEZ-CALERO, J.: *op. cit.,* pp. 182 y ss.

(82) La determinación del importe de la garantía resulta imprescindible –sostiene SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.–, pues otra cosa entrañaría lesión del carácter de independencia, *op. cit.,* p. 265.

Por lo que se refiere a la subrogación, el problema se suscita, como se ha adelantado, en el ámbito doctrinal, por cuanto no se admite unánimemente la concesión al garante de una garantía autónoma del derecho de subrogación en la posición del acreedor que se otorga al fiador frente al deudor, por virtud del artículo 1839 CC. El mayor inconveniente a la aceptación de la subrogación en el marco de estas garantías se ha apoyado en la ausencia aquí de un presupuesto esencial de la misma, como es que se cumpla una obligación en lugar del deudor; no sucede tal cosa en la garantía autónoma, en la medida en que el garante no paga una cantidad para sustituir el incumplimiento del deudor principal de la obligación que deriva del contrato subyacente, sino para indemnizar las consecuencias negativas que el incumplimiento o cualquier otro hecho del deudor ha ocasionado (83). Para otros, en cambio, el nexo funcional existente entre las distintas obligaciones sería suficiente para justificar la viabilidad de la subrogación. Para CARRASCO PERERA, lo que se discute en materia de subrogación no es si el *solvens* paga deuda propia o ajena, sino si su pago es o no liberatorio del deudor frente al acreedor, como ciertamente lo es en la garantía a primer requerimiento en la cantidad concurrente entre la deuda principal y secundaria (84).

B) Derecho de reclamación del garante frente al acreedor

Al margen del derecho de reembolso que ostenta el garante frente al deudor una vez realizado el pago (art. IV.G.-3:109 DCFR), el artículo IV.G.-3:106 DCFR concede también a aquel derecho a reclamar los provechos obtenidos por el acreedor bajo dos circunstancias: (a) cuando no se cumplieron los requisitos necesarios para que el acreedor reclamara o estos dejaron de cumplirse posteriormente; o (b) cuando la reclamación hubiera sido manifiestamente abusiva o

(83) SÁNCHEZ-CALERO, J.: *op. cit.,* pp. 198-199. De la misma opinión se manifiesta BUSTO LAGO, J. M., si bien salva el supuesto de una subrogación convencional, *op. cit.,* pp. 218-219.

(84) CARRASCO PERERA, A.: "Garantías a primer requerimiento", *cit.,* pp. 365-366. En su opinión, ni tan siquiera son precisas especiales adaptaciones para declarar directamente aplicables a estas garantías los artículos 1838 a 1843 CC, con la salvedad del artículo 1841, en la medida en que el garante no haya podido oponerse a pagar la deuda antes de su vencimiento.

fraudulenta. Estos derechos, según dispone el apartado (2) del citado precepto, se regulan por las normas del enriquecimiento injusto contenidas en el Libro VII del DCFR (85).

Si, en buena lógica, tiene que considerarse que la actuación fraudulenta del beneficiario no debería perjudicar los derechos u oportunidades del garante, puede interpretarse ante la falta de precisión del citado precepto, que en caso de haber actuado este diligentemente, tanto él como el deudor estarían legitimados para accionar frente al acreedor; tal conclusión viene a ser apoyada por el hecho de que es el garante quien se encuentra en mejor posición para esgrimir las excepciones y utilizar los remedios más oportunos frente a la reclamación del beneficiario (86). Claro que el garante solo puede reclamar al acreedor con fundamento en el incumplimiento de las condiciones de la garantía –no en las de la relación subyacente– o, en su caso, con base en una reclamación abusiva o fraudulenta por parte del beneficiario.

Por otra parte, la actuación negligente del garante podría impedir su derecho a reclamar frente al acreedor si concurren los presupuestos impeditivos del enriquecimiento injusto. A estos efectos, debe atenderse al artículo VII.-2:101(I) DCFR, por cuya virtud no concurriría enriquecimiento injusto si el garante pretendió realizar una liberalidad a favor del acreedor, consintiendo libremente y sin error. A tal fin, entienden los comentaristas de este concreto precep-

(85) IV.G.-3:106: El derecho de reclamación del garante.

"(1) El garante tiene derecho a reclamar los provechos obtenidos por el acreedor siempre que:

(a) no se cumplieron los requisitos necesarios para que el acreedor reclamara o éstos dejaron de cumplirse posteriormente; o

(b) la reclamación del acreedor hubiera sido manifiestamente abusiva o fraudulenta.

(2) Los derechos del garante a reclamar los provechos se regulan por las normas contenidas en el Libro VII (Enriquecimiento injusto)".

Véase RICART MARTÍ, E.: "El enriquecimiento injustificado en el draft CFR", en *Derecho contractual europeo,* dir. por E. BOSCH CAPDEVILA, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 321 y ss.

(86) Entienden los comentaristas del Proyecto, *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario A. al art. IV.G.-3:106, p. 2726, que el garante podría requerir la ayuda del deudor, o acordar ambos que sea este quien ejercite la correspondiente acción si esta solución acompaña más a sus intereses.

to del DCFR que el enriquecimiento injusto no requiere que el error sea excusable (87).

No queda tampoco esta cuestión huérfana de respuesta legal en nuestro Derecho, al poder entrar en aplicación los artículos 1895 y siguientes del Código Civil, referidos al cobro de lo indebido, en cuanto el garante que hubiese realizado un pago de una garantía sin existir causa para ello, podría exigir posteriormente el reembolso de lo cobrado indebidamente por este, al producirse un enriquecimiento injusto. El ejercicio de esta acción personal por el garante requeriría de este la prueba del error que le ha conducido a pagar al acreedor, bien por no haberse producido el supuesto garantizado –con lo que no existía la deuda o esta era inferior a lo pagado–, o bien por negligencia a la hora de proceder al cumplimiento; incluso el error inexcusable es suficiente para justificar la acción (88). A estos efectos, el artículo 1901 CC facilita la prueba del error presumiendo *iuris tantum* su existencia cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada.

La posibilidad del ejercicio de esta acción por el garante no plantea dudas doctrinales, aunque sí se pone en tela de juicio su eficacia práctica. En realidad, el hipotético uso de la misma dependerá sobremanera de la imposibilidad de ejercitar el reembolso frente al deudor o, en su caso, del grado de utilidad que le reporte esta acción en relación a este reembolso, en el caso de que éste sí sea via-

(87) Véase *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. IV, comentarios al Libro VII, p. 3900 (y, anteriormente, *Principles of European Law. Personal Security,* prepared by U. DROBNIG, en comentario al artículo 3:105, p. 355). Sin embargo, parece desprenderse la conclusión contraria del comentario al artículo IV.G.-3:106 (1), b), donde se sostiene que, "*the rules of unjustified enrichment may preclude a security provider's claim for return if the security provider knew (or ought to have known) at the time of the creditor's demand that this demand did not comply with the terms and conditions of the independent security or that the demand was manifestly abusive or fraudulent, if and so far as the security provider had been entitled to raise those defences*", *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario A. al artículo IV.G.-3:106, p. 2728.

(88) SÁNCHEZ-CALERO, J.: *op. cit.,* p. 402. Se admite tanto el error de hecho como de derecho, sin que haya de ser aquí excusable –sostiene L. DÍEZ-PICAZO: *Sistema de Derecho Civil,* t. II, Madrid, 2005, p. 530–, "porque lo contrario conduciría a la solución inmoral de permitir al *accipiens* quedarse con lo que no se le debe bajo el pretexto de que el *solvens* debió de ser diligente".

ble; a ello contribuirán diversos factores, relacionados con distintas circunstancias, como, por ejemplo, la existencia o no de contragarantía, el lugar del domicilio del acreedor y del deudor o la solvencia de uno u otro (89).

4. TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE GARANTÍA

Siguiendo la regla general de libre transmisibilidad de los derechos que reconoce el artículo III.-5:105 (1) DCFR, el apartado (1) del artículo IV.G.-3:108 DCFR dispone de forma específica para la garantía autónoma que el acreedor puede ceder o transmitir de cualquier otra forma su derecho al cumplimiento de la garantía (90). Mediante este mandato expreso, el DCFR se aparta de la postura unánimemente adoptada por todos los textos internacionales que se han ocupado tanto de las garantías a primera demanda y *standby letters of credit* como de los créditos documentarios, que solo admiten la transmisión del derecho del acreedor cuando así se hubiese expresamente reconocido en la garantía (91), llevados por el recelo que suscita un

(89) Así, por ejemplo, como expone SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *op. cit.,* p. 554, si el banco garante se encuentra en el país del ordenante, distinto del de residencia del beneficiario, preferirá ejecutar las contragarantías proporcionadas por el ordenante o practicar un débito en su cuenta corriente o de crédito ante la dificultad de un procedimiento en el extranjero. Aparte de esto, parece un tanto artificial la situación en la cual el beneficiario hubiera obtenido de mala fe el abono de la garantía sin que el garante nada hubiera sabido de la comisión de maniobras o hechos fraudulentos por parte del beneficiario, pues ello habría dado lugar probablemente a la solicitud por el ordenante de la adopción de medidas cautelares frente a la reclamación abusiva del beneficiario.

(90) IV.G.-3:108: Transmisión de los derechos de garantía.

"(1) El derecho del acreedor al cumplimiento de la garantía por el garante puede ser cedido o transmitido de cualquier otra forma.

(2) Sin embargo, el derecho al cumplimiento no puede ser cedido o transmitido de otra forma en el caso de una garantía personal independiente a primer requerimiento, y el requerimiento de cumplimiento sólo puede ser realizado por el primitivo acreedor, a menos que la garantía disponga otra cosa. Esto no impide la transferencia de lo cobrado en virtud de la garantía".

(91) En virtud del artículo 4 de las RUGD, *"The Beneficiary's right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto".* Y en parecidos términos se expresan el artículo 9 del CGI de NNUU, el artículo 38 de las RUU 600 (antes art. 48 de las RUU 500) y la regla 6.02.a) de las ISP 98.

hipotético abuso de su derecho por parte del nuevo beneficiario (92). A nuestro modo de ver, dicha desconfianza carece del suficiente fundamento, por cuanto la conducta abusiva puede predicarse también del acreedor primitivo, tal como hemos analizado anteriormente (93). La transmisibilidad de la garantía separadamente del crédito al que garantiza impide la aplicación del apartado (2) del artículo III.-5:105 DCFR, según el cual: *"A right to performance which is by law accessory to another right is not assignable separately from that right".* Por otra parte, de lo preceptuado por el artículo 3:108 DCFR también se deriva la eficacia de la transmisión de la garantía en ausencia de consentimiento del garante (94).

A pesar de esta aseveración general, el apartado (2) del artículo IV.G.-3:108 DCFR excluye la transmisibilidad del derecho al

(92) *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario C. al artículo IV.G.-3:108, p. 2738.

(93) Contrario a la transmisibilidad se manifiesta CERDÁ OLMEDO, M., para quien el derecho del beneficiario a percibir la garantía no es idóneo para su transmisión sin más requisitos que la voluntad del acreedor, ni bastando tampoco el consentimiento del garante. Dicha transmisión podría perjudicar al ordenante que, en caso de reclamación de mala fe, tendría que ejercitar la correspondiente acción de repetición frente al cesionario, quien, a diferencia del beneficiario originario, podría no poder restituir la suma indebidamente cobrada; además, no siempre estará el cesionario en condiciones de conocer, adecuadamente, el evento garantizado, en toda su extensión, y si se verificó o no, con lo que el peligro de reclamación abusiva aumenta considerablemente. A la vista de la función de la garantía independiente y del equilibrio de intereses de las partes, este autor concluye su carácter intransmisible, *op. cit.,* pp. 56-57.

(94) Este efecto es también contrario a lo previsto por el artículo 9 del CGI y el artículo 4 de las RUGD, cuya previsión se sustenta en la idea de que un cambio en la persona facultada para reclamar el pago de la garantía sería susceptible de aumentar el riesgo asumido por el emisor, en la medida en que el nuevo beneficiario podría no resultar tan fiable como el anterior, incrementándose las posibilidades de que se presente una solicitud de pago indebida con arreglo en la relación subyacente. Sobre esta idea, como explica DÍAZ MORENO, A.: "Acerca de la transmisibilidad de las fianzas y garantías «a primer requerimiento». A propósito de la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3553)", RdP, núm. 14, 2005-1, p. 302, se ha entendido por algún sector doctrinal que las garantías independientes se constituirían en atención a las características personales del beneficiario, esto es, *intuitu personae,* de ahí la necesidad de supeditar la posibilidad de transferir la garantía al consentimiento del garante.

cumplimiento –salvo estipulación contraria– en el caso de garantía independiente a primer requerimiento. Como ya ocurriera, según vimos, para el caso de la oponibilidad de excepciones, el DCFR vuelve a excluir a las garantías a primer requerimiento de la norma establecida para las garantías independientes en general, lo que hace que, siendo aquel tipo de garantía la más utilizada en el tráfico jurídico, la regla de libre transmisibilidad pierda toda consistencia. Esta exclusión se ha justificado básicamente en el elevado riesgo que estas garantías comportan para el garante, que no puede invocar excepciones personales frente al acreedor (95). Entendemos, sin embargo, que la inoponibilidad de las excepciones personales más parece fundamentar la transmisibilidad del derecho de un acreedor a otro que lo contrario, ya que si no puedo oponer excepciones personales frente al primitivo acreedor, la identidad del mismo carece de relevancia a estos efectos.

Tratamiento distinto del establecido para la transmisión del derecho a reclamar la garantía (*transfer of the right to performance)* ha merecido la transmisión del derecho al cobro (*transfer of the proceeds)* por virtud de la reclamación de la garantía por el acreedor, de cuya posibilidad no se duda en ningún caso, ni en este precepto ni en los textos internacionales antes citados (96). Se trata, simplemente, como defienden los comentaristas del DCFR, de una manifestación del principio general de libre transmisibilidad de los derechos que no requiere, por tanto, norma específica alguna (97).

A falta de tratamiento legal en nuestro Derecho, la cuestión de la cedibilidad de la garantía independiente sí ha sido abordada doctrinalmente y también, aunque de forma no muy clara, por el Tribunal Supremo. Parte de la doctrina se muestra contraria a admitir la posibilidad de la transmisión de la garantía separadamente del crédito garantizado, por entender que la falta de accesoriedad solo significa que el garante no puede oponer excepciones derivadas de la relación de valuta, pero no que su obligación sea funcionalmente fungible,

(95) *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario C. al artículo IV.G.-3:108, p. 2738.

(96) Así, artículo 10 del CGI y artículo 4 de las RUGD.

(97) *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario C. al artículo IV.G.-3:108, p. 2738.

como si de un título abstracto de crédito se tratara; si la garantía no se transmitiera junto con el crédito, aquella quedaría privada de causa, al desaparecer el supuesto de hecho en cuya virtud se acordó su emisión (98). Para DÍAZ MORENO, la cuestión así planteada resulta muy discutible, pues, admitida la independencia de la garantía, y asumido con ello que el garante ha de cumplir su compromiso ante la reclamación temporánea y conforme de pago, ha de aceptarse que el crédito del beneficiario contra el garante puede circular con independencia de la relación subyacente. En su opinión, la referida conexión funcional se manifiesta básicamente en dos aspectos del régimen de esta garantía: la oponibilidad de la *exceptio doli* y la posibilidad del ordenante de dirigirse contra el beneficiario que reclamó injustificadamente el pago de la garantía (99). De seguirse esta última opción, la garantía podría transmitirse separadamente del crédito al que garantiza; por tanto, a *contrario sensu,* la cesión del crédito garantizado no llevaría consigo la transmisión de la garantía, según prevé el artículo 1528 CC para los derechos accesorios, a menos que así lo establezcan expresamente las partes (100).

Por lo que respecta a la jurisprudencia, tan solo la STS de 28 de mayo de 2004 ha abordado, aunque de forma sesgada y bastante

(98) CARRASCO PERERA, A.: "Las nuevas garantías personales", en *Tratado de garantías en la contratación mercantil, cit.,* pp. 729-730, y "Garantías a primer requerimiento", en *Tratado de los derechos de garantía, cit.,* p. 366.

(99) DÍAZ MORENO, A.: "Acerca de la transmisibilidad de las fianzas y garantías «a primer requerimiento». A propósito de la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3553)", *cit.,* p. 302. También CARRILLO POZO, L. F.: *op. cit.,* p. 388, se muestra partidario de la cedibilidad separada de la garantía, sin que pueda condicionar esta conclusión la sola invocación de los presuntos perjuicios que se pueden derivar para el ordenante y el garante en caso de cesión. Sostiene este autor que, aunque es cierto que la identidad del beneficiario sí tiene incidencia para garante y ordenante –básicamente, cuando el primero tenga que dirigirse frente al beneficiario por insolvencia del ordenante o por no haber opuesto a la reclamación las excepciones oponibles–, se trata de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, que no pueden ser tenidas en cuenta en el momento de la cesión ni, por tanto, condicionar el razonamiento.

(100) Para CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.,* p. 59, el artículo 1528 CC no resulta aplicable a las garantías independientes dado su carácter intransferible, de ahí que la transmisión del crédito garantizado suponga la extinción de la garantía.

confusa, el problema en estudio. En esta resolución, nuestro más Alto Tribunal se decanta por la transmisión del aval a primer requerimiento junto con el crédito garantizado, "pues en otro caso quedaría la garantía privada de causa, lo que desalojaría de toda eficacia en estos casos a la referida cláusula y esta conclusión no la perturba que las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre Garantías a Demanda de 3 de diciembre de 1991, que admiten que se pueda a tercero el derecho al cobro del crédito *(sic)*" (101). La conclusión alcanzada, sin embargo, carece del suficiente valor a los efectos que nos ocupa, ya que anteriormente el propio Tribunal se había manifestado sobre la accesoriedad de la garantía objeto del litigio, aun después de haber analizado y reconocido su naturaleza de aval a primer requerimiento. Su decisión, por tanto, no nos resulta aquí concluyente, si bien es cierto que en ella se atisba una preferencia por el carácter accesorio de la garantía, que conduce a su transmisión conjunta con el crédito garantizado (102).

5. EXTINCIÓN DE LA GARANTÍA

El artículo IV.G.-3:107 DCFR prevé la posibilidad de que las partes establezcan un límite temporal para la ejecución de la garantía, bien de forma directa –fijando una fecha cierta o *expiry date–,* o bien indirectamente, en función de distintos parámetros, como que se cumpla determinada condición o se verifique determinado evento o *expiry event* (103). Expirado el límite temporal así establecido, el garante solo continúa siendo responsable más allá del mismo

(101) STS 28 mayo 2004 (RJ 3553).

(102) En este sentido, DÍAZ MORENO, A.: "Acerca de la transmisibilidad de las fianzas y garantías «a primer requerimiento». A propósito de la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3553)", *cit.,* p. 301, si bien este autor sostiene que puede aventurarse que el pensamiento de fondo del TS es que crédito subyacente y garantía deben circular conjuntamente: la vinculación causal que exige que las garantías acompañen a la relación principal cuando esta circula impone, igualmente, que aquellas no puedan cederse separadamente de esta.

(103) Aunque el DCFR no prevé expresamente la posibilidad de que se haya estipulado tanto un *expiry date* como un *expiry event,* sí lo hacen las RUGD, cuyo artículo 22 dispone que, en tal caso, *"the Guarantee shall expire on whichever of the Expiry Date or Expiry Event occurs first, whether or not the Guarantee and any amendment(s) thereto are returned".*

si la reclamación se realizó en tiempo oportuno, respondiendo, en todo caso, por la cantidad que el acreedor podría haber exigido en el momento de la expiración del plazo límite (104). La inserción de un término extintivo en la garantía autónoma refuerza su carácter independiente respecto de la relación subyacente, ya que, agotado el plazo, el garante queda definitivamente liberado si no recibió la adecuada reclamación [cumpliendo con los requisitos de los arts. IV.G.-3:103 (1) y IV.G.-3:104 DCFR], incluso en el caso de hallarse la carta de garantía todavía en posesión del beneficiario (105).

También en este ámbito se vuelve a realizar una llamada a la aplicación de la normativa de la fianza. En concreto, el apartado (1) del artículo 3:107 DCFR termina declarando aplicable a la garantía autónoma, con las debidas adaptaciones, el apartado (3) del artículo IV.G.-2:108 DCFR, referente al límite temporal de la fianza. A

(104) Artículo IV.G.-3:107: Garantía con o sin límite temporal

"(1) Si se ha acordado un límite temporal, directa o indirectamente, para la ejecución de una garantía, el garante responderá excepcionalmente incluso después de la expiración del límite temporal, siempre que el acreedor hubiera solicitado el cumplimiento de acuerdo con los artículos IV.G.-3:103 (Cumplimiento por el garante), apartado (1), o IV.G.-3:104 (Garantía autónoma a primer requerimiento) en el momento en el que tenía el derecho a hacerlo y antes de la llegada del límite temporal de la garantía. El artículo IV.G.-2:108 (Plazo para ejecutar la garantía) apartado (3) se aplicará con las debidas adaptaciones. La responsabilidad máxima del garante se limita a la cantidad que el acreedor le podía haber exigido en el momento de expiración del plazo límite.

(2) En el caso en que no se hubiera acordado un plazo límite para la garantía, el garante puede fijarlo mediante la notificación a la otra parte con al menos tres meses de antelación. La responsabilidad del garante se limita a la cantidad que el acreedor le podía haber exigido en la fecha fijada por el garante. Las reglas anteriores no serán de aplicación si la garantía fue prestada con una finalidad específica".

(105) Circunstancia esta también prevista por las RUGD, concretamente en su artículo 24: *"Where a Guarantee has terminated by payment, expiry, cancellation or otherwise, retention of the Guarantee or of any amedments thereto shall not preserve any Rights of the Beneficiary under the Guarantee",* y, en parecidos términos, por el artículo 11.2 del CGI. A este respecto, explica SAN JUAN CRUCELAEGUI: *op. cit.,* pp. 270-271, nota 559, que en la práctica de algunos países, especialmente árabes, las garantías y contragarantías quedan en vigor hasta la devolución de la carta de garantía por el beneficiario, lo que ha dado lugar a comportamientos fraudulentos por parte de estos.

la luz de este precepto, si la obligación garantizada vence en el momento de la expiración del límite temporal de la fianza o dentro de los catorce días anteriores, el requerimiento de cumplimiento o de información de los apartados (1) y (2) puede tener lugar antes de lo establecido en dichos apartados, pero no antes de los catorce días previos a la expiración del límite temporal establecido. Adecuando esta norma a la naturaleza de la garantía autónoma, la referencia al vencimiento de la obligación subyacente, cuyo devenir no incide en la validez o subsistencia de la garantía, debe sustituirse por el cumplimiento de las condiciones impuestas para poder llevar a cabo la reclamación de la garantía. Así, cuando dichas condiciones –presentación de un documento acreditativo o certificación, por ejemplo– solo puedan ser cumplidas al momento o dentro de los catorce días antes de la expiración del límite temporal de la garantía, la demanda de cumplimiento de esta puede ser realizada con anterioridad a lo que sería posible, pero no más allá de los catorce días anteriores a la finalización del plazo (106).

Dentro del marco normativo de la garantía autónoma en el DCFR es posible también incardinar la posibilidad del acreedor de presentar una demanda *extend or pay* ("prorroga o paga"), cuyo uso se ha hecho frecuente en la práctica comercial internacional (107), a pesar de la falta de previsión expresa al respecto en el artículo IV.G.-3:107 DCFR. Esta demanda cobra sentido cuando, acercándose el plazo de extinción de la garantía, el deudor, bien se encuentra en situación

(106) *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario B. al artículo IV.G.-3:107, p. 2733.

(107) La preocupación que existía ante una posible utilización abusiva por el beneficiario de la cláusula *extend or pay,* fruto de su frecuente uso en el tráfico, motivó que las RUGD se ocuparan de establecer una reglamentación al respecto, concretamente en su artículo 26. A pesar de ello, su tratamiento ha sido obviado en el artículo IV.G.-3:107 DCFR. El artículo 26 RUGD requiere del garante la inmediata notificación de la reclamación *extend or pay* al deudor-ordenante, suspendiendo aquel el pago durante un plazo razonable, que permita al deudor y al beneficiario alcanzar un acuerdo sobre la extensión del plazo y al ordenante realizar las gestiones necesarias a tal efecto; en caso de no concederse la prórroga en dicho plazo, el garante se encuentra obligado a pagar al acreedor sin necesidad de que este realice otra reclamación, y sin que, por lo demás, el garante resulte responsable por el retraso que se ha producido en el cumplimiento de su obligación de pago como resultado de este proceso.

próxima al cumplimiento de su obligación, o bien ha sufrido un retraso inesperado en el cumplimiento por diversas razones. En estas circunstancias, el beneficiario se dirige al garante reclamándole alternativamente el pago o la concesión de una prórroga de la garantía. Debe entenderse que, en función de los deberes de notificación que atribuyen al garante los artículos IV.G.-3:102 y IV.G.-3:103 DCFR, la concesión unilateral de prórroga por su parte no vincularía al deudor, al no haberse contado con la autorización o las instrucciones de este; como consecuencia, el garante no podrá pedir el pago de comisiones suplementarias, ni requerir del deudor el reembolso de lo pagado si la reclamación de pago se produjo en un momento posterior a la fecha de extinción legalmente prevista (108).

Por su parte, el apartado (2) del artículo IV.G.-3:107 DCFR se ocupa de la garantía temporalmente ilimitada, permitiendo al garante fijar un límite temporal de forma unilateral, simplemente mediante la notificación a la otra parte con un plazo de antelación de al menos tres meses (109). Esta regla constituye una excepción

(108) En este sentido, BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.,* p. 193. Para SÁNCHEZ-CALERO, J.: *op. cit.,* p. 354, todo ello es perfectamente lógico, dadas las consecuencias económicas y jurídicas que la ampliación de la garantía supone para el ordenante (aumento de la comisión que debe abonar al garante y mantenimiento de las contragarantías, fundamentalmente). Por lo que respecta al plazo para realizar el pago, a nuestro juicio debe entenderse aplicable aquí el plazo máximo de siete días desde el requerimiento que establece el apartado (3) de este último precepto para que el garante efectúe el cumplimiento o informe al acreedor de que no va a cumplir, exponiendo en este caso las razones de su negativa. No obstante, la adaptación de esta previsión al supuesto de presentación de una demanda *extend or pay* puede despertar ciertas dudas. Así, tanto podría entenderse que, salvo que otro plazo se acuerde, el garante cuenta con un período de siete días para conceder la prórroga o realizar el pago, como que después de que se otorgue un plazo razonable al acreedor para rechazar la concesión de la prórroga, empiece a correr el plazo de siete días para pagar o rechazar el pago por otras causas. Más razonable nos parece la primera opción, que es la que recoge de forma más clara, para las *standby letters of credit,* la regla 3.09 de las ISP 98, al disponer que la presentación de la demanda *extend or pay* implica para el beneficiario la aceptación del tiempo máximo disponible al amparo de estas reglas –siete días laborables, según la regla 5.01 a) i), que se considera el límite del plazo razonable– para el examen y la notificación del incumplimiento.

(109) Esta posibilidad no la contemplan las RUGD, cuyo artículo 3 f) prevé, dentro del listado de contenidos que debe reunir toda garantía, la

de la norma general recogida en el artículo 1:109 (2) del Libro III del DCFR, según la cual: *"Where, in a case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. In assessing whether a period of notice is reasonable, regard may be had to the interval between performances or counter-performances"* (110). La responsabilidad del garante se limita, en este caso, a la cantidad que el acreedor le podía haber exigido en la fecha fijada por el garante. No obstante, según el último inciso del artículo IV.G.-3:107 (2) DCFR, las reglas anteriores no serán de aplicación si la garantía fue prestada con una finalidad específica (por ejemplo, cuando el acreedor celebró el contrato con el deudor sobre la base de la existencia de la garantía o para ejecución específica de una obligación) (111).

Dado que la fecha inicial de eficacia de la garantía se suele hacer coincidir con el momento de su otorgamiento (112), desde entonces

---

estipulación de un *expiry date* y/o un *expiry event.* También exige obligatoriamente la indicación de una fecha final el artículo 6 de las RUU 600 (antes el art. 42 de las RUU 500), así como un lugar de presentación de los documentos para su pago, aceptación o, con excepción de los créditos libremente negociables, un lugar de presentación de documentos para su negociación. En cambio, el artículo 12 del CGI de las NNUU sí permite la introducción o no de un plazo final para la reclamación de la garantía, en parecidos términos a los previstos por el artículo IV.G.-3:107 DCFR.

(110) Por el contrario, la previsión que recoge el artículo IV.G.-2:109 (1) DCFR para la fianza sí se ajusta a lo prevenido por el artículo 1:109 (2) del Libro III del DCFR, concediendo establecer el plazo indistintamente a fiador y acreedor, aunque se considere que, en la práctica, será el garante quien ejercite tal derecho, *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario C al artículo IV.G.-2:109, p. 2652.

(111) En este sentido, *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario C al artículo IV.G.-3:107, p. 2734. Esta excepción también la contempla el mencionado artículo IV.G.-2:109 (1), derivándose del mismo que no es posible en estos supuestos la fijación unilateral del plazo, ya sea por el garante o por el acreedor, derogando así este precepto la regla general del artículo III.-1:109 DCFR para la garantía dependiente prestada con una finalidad específica, *Draft Common Frame of Reference. Full Edition,* vol. 3, comentario E al artículo IV.G.-2:109, p. 2654.

(112) MORALEJO MENÉNDEZ, I.: *op. cit.,* p. 100, y BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.,* p. 184. Así lo prevé el artículo 6 RUGD: *"A Guaranteee enters into*

puede el acreedor exigir el pago al garante, lo que podría justificar que se haya concedido a este la posibilidad de establecer unilateralmente el término de vigencia de la garantía, con la finalidad de poder poner fin a su situación de pendencia. En cualquier caso, no puede obviarse que la garantía indefinida quedará sometida al plazo general de prescripción de tres años que establece el artículo III-7:201 DCFR, cuyo cómputo se iniciará en el momento en que pueda exigirse el cumplimiento de la garantía (III.-7:203 DCFR) (113).

El ordenamiento español no recoge una previsión concreta relativa al límite temporal de las garantías, ya sean estas dependientes o independientes, de ahí que una norma específica como la del artículo IV.G.-3:107 DCFR pueda resultar, sin duda, de utilidad para dar respuesta a los problemas que las garantías autónomas indefinidas pueden plantear en el tráfico. En realidad, la indeterminación del plazo de vigencia de la garantía resulta poco adecuada para la garantía independiente, como se ha señalado doctrinalmente (114), por lo que sería loable la incorporación de una previsión similar a la contemplada por este precepto. No obstante, entendemos que sería aun más efectivo introducir el plazo entre el contenido obligatorio de la garantía, al modo en que lo prevén las RUGD (art. 3.f) (115).

A falta de regulación concreta en nuestro Derecho, pueden entrar en aplicación en esta materia algunas normas generales del Derecho de obligaciones que acoge el Código Civil, en especial las referidas a las obligaciones condicionales y las obligaciones a plazos. A primera vista, una norma que permitiera al garante fijar unilateralmente un límite temporal a la garantía indefinida supondría una excepción le-

---

effect as from the date of its issue unless its terms expressly provide that such entry into effect is to be at a later date or is to be subject to conditions specified in the Guarantee and determinable by the Guarantor on the basis of any documents therein specified".

(113) Véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A./ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: "La prescripción en los PECL y en el DCFR", *Indret,* 3/2009, pp. 12-14.

(114) SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *op. cit.,* p. 267.

(115) La previsión de este artículo 3.f) RGDU, sin embargo, pierde efectividad si el término se establece en función de la condición de la entrega de documentos por el acreedor, tal como permite el artículo 22 del propio texto. A estos efectos, realmente explícito resulta el artículo 12 del CGI, que prevé que el plazo de validez de la garantía sea de seis años para el caso de que nada se hubiera convenido sobre su terminación.

gal concreta a lo preceptuado por el artículo 1128 CC, que atribuye a los tribunales la fijación del plazo cuando este haya quedado, expresa o implícitamente, a voluntad del deudor, ya que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC). Para el caso de las obligaciones mercantiles, sin embargo, el artículo 61 del CCom veta la intervención judicial: "No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que, bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho".

Aunque la cuestión no aparece clara, a nuestro modo de ver la presunta excepcionalidad de la posibilidad de fijación unilateral del plazo por el garante respecto de lo establecido por el artículo 1128 CC es más aparente que real. La *ratio* del artículo 1128 CC es la de evitar que el deudor se demore indefinidamente en el pago, dejando al acreedor en suspenso en su derecho al cobro. Realmente, esta es la situación en la que se encontraría el garante de una garantía autónoma si quedara indefinidamente a expensas del requerimiento de pago del acreedor, habida cuenta su independencia de la obligación garantizada; de ahí la justificación de la concesión de la facultad de establecer unilateralmente el plazo tan solo al garante, facultad que, en cualquier caso, viene limitada por un período mínimo de tres meses de preaviso.

Por lo que se refiere a la práctica en el tráfico, tanto aparecen entre las resoluciones de nuestros tribunales garantías indefinidas como a plazos, no siendo infrecuente, en este último caso, que se establezca expresamente una fecha concreta de vigencia máxima de la garantía junto con la posibilidad de su vencimiento anticipado en función del cumplimiento previo de la obligación garantizada; en estos supuestos, los tribunales hacen prevaler el *expiry date* frente al *expiry event,* otorgando solución similar a la que ofrecen las RUGD (116).

IV. CONCLUSIONES

Como ha podido apreciarse a lo largo de la lectura de estas páginas, la respuesta que nuestro ordenamiento viene ofreciendo a los

(116) Véase, por ejemplo, STS 30 marzo 2009 (RJ 2394), SAP Álava 17 marzo 2008 (JUR 163947) o SAP Castellón 20 marzo 2007 (JUR 272778).

problemas que la utilización de las garantías independientes ha suscitado en el tráfico, no se separa en demasía de la que ha sido recogida por las reglas del DCFR. Sí podría concluirse, no obstante, que el refrendo legal específico de esta figura en nuestro Derecho resultaría valioso a los agentes jurídicos, especialmente a la hora de encontrar a los litigios que la garantía autónoma provoca solución más acorde con el principio de seguridad jurídica. A estos efectos, aunque algunas propuestas normativas del DCFR no aportan especial novedad, sí existen otras que podrían ser tomadas como referencia para una futura regulación de esta materia. En cualquier caso, al margen de la incorporación de una normativa específica sobre la garantía autónoma en nuestro ordenamiento, no puede despreciarse la utilidad que, en un futuro, si llegara el caso, pudiera suponer el DCFR como instrumento facultativo al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

Entre las normas que no supondrían aportación de interés a nuestro ordenamiento se encontraría la propia definición de garantía autónoma que enuncia el artículo IV.G-1:101 b) DCFR. Verdaderamente, la conceptuación de la garantía independiente que allí aparece es sumamente amplia, pero su importancia no es baladí, en tanto significa el reconocimiento expreso de esta figura, a la que se concede una regulación *ad hoc.* Un reconocimiento semejante en nuestro Derecho significaría otorgar a la garantía independiente autonomía propia frente a la fianza clásica, individualidad esta que, como es sabido, no es compartida unánimemente por la doctrina. La necesidad de una manifestación, tanto expresa como tácita, de garantía independiente por parte de los interesados para destruir la presunción de fianza, que también contempla el citado precepto, concede un amplio margen a la interpretación de la voluntad de las partes en función del clausulado contractual, tal como viene sucediendo en la práctica en el seno de nuestros tribunales.

De mayor trascendencia sí serían las normas reguladoras de las obligaciones de notificación que pesan sobre el garante frente al deudor, de las excepciones oponibles por aquel frente a la reclamación del acreedor y, sobre todo, de los derechos del garante después del cumplimiento.

Por lo que se refiere a los deberes de notificación, una norma como la acogida por el artículo IV.G.-3:102 DCFR sería de suma utilidad a los aplicadores del Derecho, al facilitarles sobremanera la concreción de principios generales como el de buena fe y evitarles

la necesidad de hacer extensivo a esta relación el régimen propio de contratos como el mandato, la comisión mercantil o la fianza, aportando, en definitiva, como ya se adelantó, seguridad jurídica ante los vacíos normativos de nuestro ordenamiento.

De superior peso es la norma que permite al garante esgrimir sus propias excepciones ante la reclamación del acreedor, en la medida en que los tribunales españoles, según hemos observado, no son tan explícitos a este respecto, a pesar de la acogida favorable de esta posibilidad por parte de la doctrina. La clarificación de esta cuestión sería, sin duda, positiva, al igual que la exigencia de la reclamación escrita del garante, beneficiando la seguridad del tráfico. Por lo que se refiere a la *exceptio doli,* su admisión expresa significaría despejar cualquier duda sobre la incompatibilidad conceptual entre el uso de la misma y la independencia respecto de la relación subyacente que caracteriza la garantía autónoma. La parquedad, no obstante, de la norma haría preferible una reglamentación más pormenorizada sobre las posibilidades de actuación del garante, al modo en que lo ha recogido el CGI.

La repercusión que pudieran llegar a alcanzar todas estas normas se ve, sin embargo, seriamente empañada por el tratamiento que el DCFR dispensa a las garantías a primer requerimiento. En verdad, la regulación de este tipo de garantía independiente resulta sumamente confusa, lo que se deriva de su asimismo borrosa conceptuación y delimitación, tal como hemos podido apreciar al hilo de las reflexiones vertidas en este trabajo. Las limitaciones que establecen los artículos IV.G.-3:104 DCFR y IV.G.-3:108 DCFR en relación a las excepciones oponibles por el garante y a la transmisión de los derechos de garantía, respectivamente, en el caso de garantías a primera demanda reducirían el amplio margen de actuación que se ha concedido al aval a primer requerimiento en el ámbito de nuestros tribunales, especialmente teniendo en cuenta que su utilización no es lo excepcional, sino la regla general.

Finalmente, especialmente significativo es el artículo IV.G.-3:109 DCFR, referente a los derechos del garante después del cumplimiento, en cuanto se remite a la normativa de la fianza para reconocer al garante la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor frente al deudor. El reconocimiento de esta posibilidad de actuación del garante de una garantía autónoma sí necesitaría una previsión expresa, en la medida en que también se contrapone de forma evi-

dente a la naturaleza independiente de la misma, según la conceptuación que hemos tomado como punto de partida.

Puede concluirse, en términos generales, que la regulación *ad hoc* en nuestro ordenamiento de la garantía autónoma resultaría ventajosa y oportuna. A nuestro juicio, ello no impediría poder considerarla como una modalidad de fianza, pues quizás las especialidades de la garantía independiente frente a la garantía dependiente que contempla tradicionalmente nuestro Código Civil carezcan de la suficiente entidad como para justificar la configuración legal de una modalidad nueva de garantía, bastando entonces con prever el régimen que se ha de aplicar cuando concurran dichas particularidades. Aunque nada obsta tampoco la solución distinta del legislador.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

En el número anterior de la Revista expuse varias cuestiones que han dado lugar a sentencias y resoluciones, o al menos cabe pensar que alguno de los supuestos de hecho pueda ser su causante (me refiero a la primera cuestión que expongo).

Voy a entrar en el estudio de los problemas fundamentales, por el orden en que han sido planteados.

Primero. Menor A, de quince años de edad, que al llegar a los dieciséis consiente *a posteriori* o ratifica la compraventa por la que sus padres vendieron una plaza de garaje del menor, estando de acuerdo el comprador en que no se inscriba la titularidad registral mientras tanto acaezca lo anterior.

El registrador de la propiedad deniega la inscripción por considerar el negocio nulo de pleno derecho al no existir la previa autorización judicial, en base al artículo 166 del Código Civil.

Yendo directamente a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 –Pleno de la Sala Primera– se contemplan en ella los diversos criterios interpretativos que ha suscitado el precepto legal: negocio radicalmente nulo por ser contrario a una norma imperativa; nulo, pero aplicando el artículo 1259, con posibilidad de ratificación; anulable, con posibilidad de confirmación por el transcurso del plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301).

A continuación trata –ante lo anterior– de ofrecer una interpretación unívoca: el artículo 166 tiene por finalidad proteger los intereses del menor, por lo que el negocio realizado sin cumplir los requisitos del precepto, la autorización judicial, constituye un negocio jurídico *incompleto*, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente para la eficacia definitiva de que se produzca la ratificación por el afectado, la que puede ser expresa o tácita. Por lo que

la falta de la autorización judicial puede suplirla la ratificación del propio interesado conforme al artículo 1259.2; no siendo ratificado, el negocio será inexistente.

La sentencia –resumida en lo esencial– clarifica el artículo 166 respecto a una de las cuestiones básicas: la autorización judicial no es un complemento de capacidad, como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo: su falta solo puede suplirla la ratificación del propio interesado *ex* artículo 1259.2.

Ahora bien, yo me pregunto: ¿y en el caso presente, en que se ratifica o consiente *a posteriori* el menor, cuando cumple dieciséis años? Conforme al último párrafo del artículo 166, no es necesaria la autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público. ¿Es de aplicación en el supuesto de hecho planteado cuando la venta se celebró antes de cumplirse la premisa de base para aplicar la norma? Puede entenderse, ante la referida sentencia, que la ratificación está presuponiendo la mayoría de edad, y no contempla el supuesto del último párrafo del precepto citado. Yo considero, con todo, que en el caso planteado, la *ratio* que informa el mismo debe ser de aplicación y es que: la autorización judicial no es necesaria si el menor –que lo sigue siendo– ha cumplido dieciséis años y consiente en documento público. Es lo que en el caso presente ha acaecido.

Acerca de la problemática que suscita el artículo 166 y la referida sentencia, véase el estudio de José-María NAVARRO VIÑUALES, en este mismo número de la Revista. También se ha apuntado por algunos autores que en el supuesto aquí en discusión el precepto no exige "previa". No parece, con todo, argumento decisivo. Además, al tratar de la cuestión siguiente, de algún modo se perfilará más la problemática aquí existente.

Segundo. El tutor del incapacitado B ha aceptado, en nombre del tutelado, una operación de reducción de capital a cambio de una contraprestación determinada en acciones, sin haber solicitado y obtenido la autorización judicial necesaria conforme al Código Civil (art. 271.2.º).

También esta cuestión constituye el supuesto de hecho que origina una sentencia del Tribunal Supremo: no puede –dice la misma– solicitarse *a posteriori* para convalidar un acto nulo; sería inútil

tal solicitud al no estar garantizada la obtención de la autorización judicial, ya que el juez puede que no acceda a ella a la vista de los intereses de los sometidos a tutela (8 de julio de 2010).

¿*Quid iuris* si se hubiera solicitado antes y la operación realizada así lo plasmara, supeditando la eficacia a la obtención de la autorización judicial?: no parece que la respuesta fuera distinta a la que constituye la decisión del alto Tribunal en la sentencia que ahora he plasmado resumidamente.

En sede de patria potestad, y a pesar de la exigencia de "previa autorización judicial", en la realidad se han dado casos en que ante el tiempo transcurrido desde la solicitud de aquélla y su concesión, se ha celebrado el negocio jurídico, pendiente en su eficacia de la obtención de la ya solicitada. Aportada la autorización judicial, la inscripción registral se ha realizado. Hoy, ante la sentencia de 22 de abril de 2010, ¿sería la misma la solución, idéntico el camino seguido?: parece que el único posible es la ratificación por el que la Ley protege, el sujeto a la patria potestad, pero, ¿solo llegado a la mayoría de edad? Es lo que se ha expuesto al tratar del problema planteado *supra*, y la respuesta ha considerado el último párrafo del artículo 166, lo que en sede de tutela no existe, y si de incapacitado se trata, lo prudente es no proceder con laxitud.

Tercero. Prestatarios el padre, viudo, y uno de los hijos mayor de edad. Estos son los hipotecantes, más otra hija mayor de edad y una última, D, con diecisiete años cumplidos, que consiente hipotecar por deuda ajena, interviniendo el padre como titular de la patria potestad que ejerce sobre ella.

El objeto hipotecado es la vivienda que constituye el domicilio de los cuatro, constando en la escritura que "el préstamo ha sido concedido con la finalidad de rehabilitación de vivienda".

Este supuesto ha originado la resolución de 14 de mayo de 2010 (BOE de 27 de septiembre de 2010). En esencia considera la Dirección General que en el caso presente el padre hipoteca en representación de la hija, menor de edad, y ella consiente conforme al artículo 166, último párrafo. La finalidad "de rehabilitación de vivienda" –dice–, sin especificar si se trata o no de la vivienda habitual, no evita la contraposición de intereses al no poder descartarse que la hipoteca favorezca únicamente a los prestatarios. Y no debe aquí prejuzgarse –añade– si quedaría excluido el conflicto de intereses por el mero

hecho de la vinculación del préstamo hipotecario a la rehabilitación de la vivienda que se hipoteca.

Resuelve, en definitiva, que al existir interés opuesto del padre con su hija D hay que nombrar –por el art. 163, párrafo primero, del Código Civil– un defensor que la represente.

Me voy a permitir no entrar *en profundidad* en el comentario a este enfoque y solución: sugiero que se repase y repose los supuestos en que jurisprudencialmente se ha considerado que existe o no "oposición de intereses" y no mera concurrencia (la que alegó el recurrente). Y es que en el supuesto presente la comprobación de que el préstamo se aplica efectivamente a la finalidad dicha (hubiera sido mejor una redacción más precisa, desde luego en la escritura pública), supondría por de pronto un acta notarial acreditativa de obras de rehabilitación, facturas..., lo que en el caso presente: préstamo *para* rehabilitar la vivienda, no parece factible, y aun si lo fuera, apareciendo demostrada la vinculación del préstamo hipotecario a la rehabilitación de la concreta vivienda que se hipoteca, la resolución pone en duda que quedaría excluido el conflicto de intereses a los efectos de la cuestión debatida (lo que –dice– no debe prejuzgarse en este expediente).

Incluso –como el art. 163, en su actual redacción, establece– caso de emancipación del hijo/hija con dieciséis años, la necesidad del consentimiento del padre para hipotecar (art. 323) lleva a que la Dirección General prevea el supuesto y aplique el primer precepto señalado, o al menos plantee, si la hipótesis así fuera, su aplicación: caso de interés opuesto con el hijo emancipado es necesario nombrar defensor judicial (el padre es viudo en el caso presente).

Una última consideración: las cuestiones planteadas en los *tres números* expuestos en el presente DICTAMEN lo han sido buscando una vertebración problemática común. Se trata de que el opositor (siempre el sustantivo comprende ambos géneros, masculino y femenino) ahonde, profundice y descubra a su vez más problemas al estudiar el artículo 166 del Código Civil.

La vida, más fecunda, mucho más, que lo que pueden representar las tres cuestiones ahora planteadas, exige del jurista visión profunda de la realidad. Téngase en cuenta, además, que a la vista de los problemas aquí expuestos y su tratamiento concreto, en dos casos por el Tribunal Supremo y en otro por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el fondo jurídico sustantivo que se

extrae cabe considerar que no es uniforme: no solo quedan *flecos*, es que sigue siendo el artículo 166 fuente emanadora de cuestiones a tratar.

Y *Cuarto*. Convenio regulador en el que se liquida la sociedad de gananciales disuelta –separación conyugal–, adjudicándose los bienes los cónyuges. Y además en él la esposa vende al marido una vivienda privativa de aquélla y éste se subroga en la hipoteca que grava la misma.

La resolución de 3 de mayo de 2010 –BOE de 21 de junio de 2010– da la razón al registrador, que denegó la inscripción: "por exceder del contenido propio del convenio regulador, siendo necesaria la escritura pública. El mismo permite exclusivamente liquidar la sociedad conyugal (art. 90.E)".

Conviene la lectura completa de la resolución para evitar confusión de negocios jurídicos en un título insuficiente para aquellos que no constituyen su objeto propio, y ello –como dice la resolución– aunque en ocasiones estemos ante un negocio complejo en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con la adjudicación a su favor de bienes privativos del otro cónyuge y en otros... Todo ello ha de tener *adecuado reflejo documental*, termina afirmando, y en el caso presente no lo tiene.

Y ahora *el nuevo DICTAMEN*.

Primero. El constructor Álvaro, y Benita, viuda, con sus tres hijos mayores de edad, celebran un contrato de permuta de solar por pisos en el edificio futuro que el primero se compromete a construir en el solar que ella y sus hijos transmiten.

En la escritura pública, que se inscribe en el Registro de la Propiedad, "Álvaro se compromete a entregar a la parte cedente dos viviendas y dos plazas de aparcamiento en el edificio a construir, entregando ésta al constructor treinta mil euros".

"Se establece la condición resolutoria de que si en el plazo de treinta meses, a contar desde la fecha de la escritura, no se hubiese obtenido la licencia de obras, los cedentes readquirirán la plena propiedad de la finca cedida".

"Para lo anterior, bastará con el acta notarial de notificación de la resolución del contrato, y en este caso el adquirente no tendrá derecho a la devolución por la otra parte de cantidad alguna, autorizando desde ahora a la reinscripción de la finca, sin consignación o depósito de ninguna cantidad por los readquirentes".

Transcurridos con exceso los tres meses, la parte transmitente notifica por acta notarial a Álvaro que "no habiéndose obtenido la licencia, queda resuelta la permuta, readquiriendo la cedente y sus tres hijos –herederos del difunto marido– la finca transmitida".

El registrador deniega la inscripción: "no se puede reinscribir el dominio a favor de los transmitentes, dado que el silencio de Álvaro ante la notificación hay que considerarlo como ausencia de consentimiento, que –conforme a reiterada doctrina de la DGRN– impide la resolución y reinscripción solicitada. Y tampoco consta en el acta referencia alguna a los treinta mil euros recibidos por los transmitentes, que incluso considerados como cláusula penal no corresponde al registrador juzgar su validez sin consignación judicial de dicha cantidad".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Segundo. Mediante escritura pública de 2 de diciembre de 2010 "Mos Ibérica, SA" vendió a "Imalux 61, SL" determinadas fincas. La parte vendedora actúa por medio de un apoderado con poder expreso y especial, inscrito en el Registro Mercantil.

El notario afirma en la escritura de compraventa que ha tenido a la vista copia autorizada de dicha escritura y añade: "Yo, el notario, hago constar que, a mi juicio, del citado poder resultan facultades representativas suficientes para formalizar la presente escritura".

El registrador suspende la inscripción: "al no poder establecer la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia con el contenido del título presentado, ya que dicho juicio no queda concretado a lo que sea objeto del presente otorgamiento (compraventa). Ello en base a lo que establecen los artículos 156.8 y 166 del Reglamento Notarial".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Tercero. Mediante escritura pública, el 24 de julio de 2010 Francisco dona a su esposa Rosa la mitad indivisa de la finca "x". El 3 de agosto de 2010 se presenta la escritura en el Registro de la Propiedad.

Con el número de protocolo inmediatamente anterior ambos cónyuges han otorgado escritura de capitulaciones pactando separación absoluta de bienes, liquidando la sociedad de gananciales y adjudicándose los bienes gananciales en comunidad proindiviso por partes iguales. Entre ellos la finca antes citada (fecha de la escritura: 24 julio 2010).

El día 15 de agosto de 2010 se presenta en el Registro de la Propiedad un mandamiento para la anotación preventiva de embargo (procedimiento de apremio. Agencia Tributaria) contra Francisco y sobre la finca "x" inscrita con carácter ganancial. Consta en él la notificación de la diligencia de embargo a Rosa con fecha 29 de julio de 2010.

La escritura de capitulaciones se presenta en el Registro de la Propiedad el 27 agosto 2010. Ha sido objeto de indicación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil del día 14 agosto 2010.

El registrador de la propiedad suspende la inscripción de la escritura de donación "porque estando la finca «x» inscrita con carácter ganancial a favor de ambos cónyuges, la naturaleza de comunidad germánica de la sociedad conyugal de gananciales determina considerar que el marido donante no tiene inscrito a su favor en el momento actual, en comunidad ordinaria, la mitad indivisa de la finca. Ello conduce, en aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, a que se deniegue la inscripción. Pero esta denegación debe convertirse en suspensión al amparo del artículo 105 del Reglamento Hipotecario".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Y *Cuarto*. En la sociedad "Turismar, SL", son socios los respectivos miembros de dos familias, cinco de cada una, en la proporción del 70 por 100 la familia Alba y del 30 por 100 la familia Barco.

Por documento privado de 23 de julio de 2010, firmado por los diez socios: se comprometen a actuar siempre en beneficio de la sociedad y, a fin de equilibrar las posiciones jurídicas respectivas, a formar un nuevo Consejo de administración compuesto por cinco miembros, reconociéndose a los cinco socios miembros de la familia Barco a designar dos consejeros y a los de la familia Alba, tres consejeros.

En ejecución del pacto, la sociedad modifica, entre otros, el artículo 19 de sus estatutos. En él: "las minorías sociales tienen el de-

recho de agrupar sus participaciones para la elección de miembros del Consejo... Caso de que quede vacante –por cualquier causa– el cargo de alguno o de todos los consejeros nombrados por minorías agrupadas, se cubrirá por la misma minoría que hubiere designado al saliente o salientes, sin que en ningún caso la mayoría social pueda proveer esas vacantes".

En Junta General celebrada el 26 de octubre de 2010, la mayoría cesa a un consejero designado por el grupo minoritario y nombra un nuevo consejero, miembro de la familia Alba.

El acuerdo es impugnado judicialmente por el grupo minoritario: por incumplimiento del pacto parasocial, plasmado en los estatutos.

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

SEIS HORAS.

PRÁCTICA NOTARIAL

NOTAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CESIÓN DE TRIBUTOS A LAS CCAA, LA POTESTAD NORMATIVA DE ESTAS Y LAS NORMAS DE CONFLICTO PARA DETERMINAR LA APLICACIÓN DE DISTINTAS LEYES FISCALES

Carlos Jiménez Gallego
Notario

Dos leyes, fechadas ambas el 18 de diciembre de 2009, han regulado, entre otras cosas, la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, al ámbito de la potestad normativa de estas, y han fijado los criterios para resolver los conflictos de leyes que se suscitan por la coexistencia de la legislación estatal y la de las distintas Comunidades Autónomas.

Se trata de la LO 3/2009, de 18 de diciembre (BOE del 19 de diciembre), que ha entrado en vigor (para la materia que vamos a examinar) con efectos desde el 1 de enero de 2009 y que modifica la LO de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) de 22 de septiembre de 1980, y de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre (BOE del 19 de diciembre), que ha entrado en vigor (para la materia que vamos a examinar) con efectos, al igual que la LO, desde el 1 de enero de 2009), por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, y que ha derogado la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que regulaba esta materia hasta entonces.

También vamos a realizar al final de estas notas una breve cita de la Ley 2/2010, de 1 de marzo, que traspone determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta, puesto que ha introducido cambios en el punto de conexión para la aplicación del IVA.

LA LEY ORGÁNICA 3/2009

Esta LO 3/2009 enumera (con carácter taxativo, pues es una lista cerrada) en su artículo 11 los impuestos que pueden ser cedidos a las Comunidades Autónomas y entre ellos están el IRPF, con el límite máximo del 50 por 100, el ITPAJD, el ISD y el IVA (este con el límite máximo del 50 por 100).

Y asimismo fija en su artículo 19 las competencias normativas que cada CA podrá (no "deberá") asumir "en los términos que establezca la Ley que regule la cesión de tributos" y que son las siguientes:

— En el IRPF, la cuantía del mínimo personal y familiar y la regulación de la tarifa y deducciones de la cuota.

— En el ISD: las reducciones de la base imponible, la tarifa, la fijación de la cuantía y coeficientes del patrimonio existente, las deducciones, las bonificaciones y la regulación de la gestión.

— En el ITPAJD: en el concepto TPO, el tipo de gravamen de los arrendamientos, concesiones administrativas, transmisión de bienes muebles e inmuebles y cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto derechos reales de garantía; en el concepto AJD, el tipo de gravamen de los documentos notariales. También podrán regular deducciones de cuota, bonificaciones y la gestión del tributo.

LA LEY 22/2009

Esta Ley es mucho más extensa que la LO. De todas las materias que regula, interesan ahora dos en particular: los tributos que se ceden a las CCAA (y cómo se fijan los criterios de cesión) y la potestad normativa que pueden asumir estas.

I. LA CESIÓN DE TRIBUTOS DEL ESTADO A LAS CCAA (SE HA REGULADO EN LOS ARTS. 25 Y SIGUIENTES):

— Respecto del IRPF (art. 30): se cede a cada CA el rendimiento producido en su respectivo territorio (con el límite máximo del 50 por 100, como hemos dicho). Se considera producido en el territorio

de una CA el rendimiento que corresponda a aquellos contribuyentes que tengan su residencia habitual en dicho territorio (la residencia habitual se fija por los criterios del art. 28 de esta misma Ley, que ahora reseñaremos, no por la Ley del IRPF).

— Respecto del ISD (art. 32): se cede a cada CA el rendimiento producido en su territorio.

Se considera producido en su territorio el rendimiento de los sujetos pasivos "que sean residentes en España" (o sea, estas normas no se aplican si el sujeto pasivo –no "el causante"– no es residente en España; el concepto legal de residente en España no se da en esta Ley, por lo que habrá que ir a buscarlo a la Ley del IRPF):

1. En sucesiones y seguros de vida: en la CA donde el causante tenga su residencia habitual a la fecha del devengo.
2. En donaciones de inmuebles: en la CA de situación del inmueble. Se consideran donaciones de inmuebles las transmisiones de valores del artículo 108 de la Ley del mercado de valores.
3. En donaciones de los restantes bienes y derechos: en la CA donde el donatario tenga su residencia habitual a la fecha del devengo.
4. Si en un mismo documento se donan por un mismo donante a un mismo donatario bienes por los que se deba tributar en más de una CA, corresponderá a cada CA su respectivo rendimiento, pero el tipo que se aplica al valor de los bienes donados es el tipo medio de gravamen (que correspondería al valor de la totalidad de lo donado).
5. En caso de acumulación de donaciones: la CA que perciba el rendimiento por la segunda donación aplicará al valor de lo donado en esta segunda donación el tipo medio de gravamen que correspondería al valor de todo lo acumulado.

Y el artículo 32.5 establece que en los supuestos 1 y 3 que se acaban de reseñar (o sea, en sucesiones y en donaciones de bienes o derechos que no sean inmuebles) "se aplicará la normativa de la Comunidad Autónoma en la que el causante o donatario hubiere tenido su residencia habitual conforme a lo previsto en el artículo 28.1.1.º b) de esta Ley" (que ahora reseñaremos).

— Respecto del ITPAJD (art. 33): se cede a cada CA el rendimiento producido en su respectivo territorio en cuanto a los siguientes hechos imponibles:

1. En el concepto TPO: las transmisiones onerosas entre vivos de toda clase de bienes y derechos y la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas.

2. En el concepto OS: la constitución de sociedades, el aumento y disminución del capital, la disolución, las aportaciones que no impliquen un aumento de capital y el traslado a España del domicilio social o de la sede de dirección efectiva.

3. En AJD: los documentos notariales, las letras de cambio y documentos que realicen función de giro y las anotaciones preventivas que no vengan ordenadas de oficio por la autoridad judicial.

A continuación la Ley precisa cuándo se considerará producido en una CA el rendimiento del ITPAJD:

— Respecto de la cuota fija de AJD: la CA donde se otorgue el documento.

— Respecto de la cuota variable de AJD: la CA donde esté situado el Registro en que debería realizarse la inscripción o asiento correspondiente. En el caso de letras de cambio y documentos de giro, la CA en que se hayan librado (si se han librado en el extranjero, la CA de residencia habitual o domicilio fiscal del primer tenedor).

— Respecto de OS: la CA en que la sociedad tenga su domicilio fiscal (no "domicilio social"); en su defecto, la CA donde tenga su domicilio social siempre que la sede de dirección efectiva no esté situada en el ámbito de otra Administración de un Estado de la Unión Europea; y en último término, la CA en que realice operaciones de su tráfico, si ni la sede de dirección efectiva ni el domicilio social están situadas en el ámbito de otra Administración de un Estado de la Unión Europea.

— Respecto de TPO:

• En transmisiones y arrendamientos de inmuebles, constitución y cesión de derechos reales (incluso de garantía): la CA de situación del inmueble. Lo mismo en transmisiones de valores comprendidas en el artículo 108 de la Ley del mercado de valores.

• En hipoteca mobiliaria, PSD y actos sobre buques o aeronaves: la CA en que esté situado el Registro en que tales actos deban registrarse.

• En transmisión de muebles o créditos, y constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos: la CA donde el adquirente tenga su residencia habitual, si es persona física, o su domicilio fiscal si es persona jurídica.

• En transmisión de valores: la CA donde se formalice la operación.

• En constitución de préstamos simples, fianzas, arrendamientos no inmobiliarios y pensiones: la CA en que el sujeto pasivo tenga su residencia habitual si es persona física o su domicilio fiscal si es persona jurídica.

• En concesiones administrativas y actos equiparables: la CA donde radiquen. Si afecta a más de una CA, corresponde a todas, a prorrata.

• En anotaciones preventivas: la CA donde radique el Registro.

Como se ve, para todos los impuestos es fundamental el concepto de residencia habitual. Si no hubiera una norma específica, parece que habría que acudir a la normativa del IRPF, a la que se acude supletoriamente en esta materia, pero la Ley 22/2009 da un concepto propio de residencia habitual de las personas físicas en su artículo 28 (y otro del concepto de domicilio fiscal de las personas jurídicas, en el art. 29).

El artículo 28 dice que "a efectos de este título" (por tanto, solo a este efecto) se considera que una persona física residente en territorio español es residente en una CA cuando permanezca en el territorio de esta CA un mayor número de días

— Del período impositivo, a efectos del IRPF.

— Del período de los cinco años anteriores, contados de fecha a fecha, al día anterior al de devengo, en el ISD.

— Del año inmediato anterior, contado de fecha a fecha, al día anterior al de devengo, en el ITPAJD.

Para determinar el período de permanencia se computarán las ausencias temporales. Y se presume que una persona permanece en una CA cuando se encuentre en esta su vivienda habitual (definida esta según la normativa del IRPF).

Hay un criterio subsidiario, aplicable solo si no es posible aplicar las reglas anteriores: el sujeto se considerará residente en la CA

donde tenga su principal centro de intereses (que es donde obtenga la mayor parte de la base imponible del IRPF). Y en último término, si este criterio no se puede aplicar, se estará al lugar de la última residencia declarada a efectos del IRPF.

Y hay una regla para evitar abusos: no producen efecto los cambios de residencia "que tengan por objeto principal" (sic) lograr una menor tributación efectiva (salvo que la nueva residencia se prolongue más de tres años), si bien la aplicación de esta regla se facilita (aunque solo a efectos del IRPF) con algunas presunciones.

Finalmente, respecto del domicilio fiscal de las personas jurídicas, el artículo 29 dice que será el que resulte de aplicar los criterios de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre).

En todo caso, no se olvide que esta Ley no regula el concepto de residencia habitual en España (a efectos fiscales), por lo que hay que acudir a la Ley del IRPF: como se sabe, es residente fiscal en España toda persona física que permanece en territorio español más de 183 días naturales en el curso de un año natural, sin que se computen las ausencias temporales.

II. Y LA LEY 22/2009 TAMBIÉN REGULA (EN SUS ARTS. 45 Y SS.) LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS QUE PUEDEN ASUMIR LAS CCAA

Si bien la titularidad de tales competencias (así como también de las competencias de aplicación, de la potestad sancionadora y de la revisión de los actos dictados en ejercicio de todas estas competencias) sigue siendo del Estado.

— En el IRPF (art. 46): el importe del mínimo personal y familiar aplicable para el cálculo del gravamen autonómico, la escala autonómica aplicable a la base liquidable general (con la limitación de que tal escala deberá ser progresiva), ciertas deducciones en la cuota íntegra autonómica, aumentos o disminuciones en los porcentajes de deducción por inversión en la vivienda habitual.

— En el ISD (art. 48): reducciones en la base, tarifa del impuesto, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente y deducciones y bonificaciones de la cuota. Así como la regulación de la gestión y liquidación.

Respecto de las reducciones, las CCAA podrán crear sus propias reducciones (que se aplicarán tras las reducciones de la normativa estatal) "siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la CA de que se trate", y también podrán regular las reducciones de la normativa estatal, ya sea manteniéndolas en condiciones análogas o mejorándolas para el contribuyente (y se aplicarán en sustitución de la reducción de la normativa estatal).

Respecto de las deducciones y bonificaciones de la cuota, tienen que ser compatibles con las estatales, no pueden modificarlas y se aplicarán tras las estatales.

Respecto de la gestión y liquidación, el Estado se reserva la competencia para imponer la obligatoriedad de la autoliquidación.

— En el ITPAJD (art. 49): tipo de gravamen en TPO en concesiones administrativas, transmisión de bienes muebles e inmuebles, constitución y cesión de derechos reales sobre muebles e inmuebles (salvo derechos reales de garantía) y arrendamientos de muebles e inmuebles (pueden incluso elaborar los modelos de contrato de arrendamiento de inmuebles), tipo de gravamen en AJD de los documentos notariales (se debe entender que se refiere a la cuota gradual), y deducciones y bonificaciones en la cuota en relación a actos y documentos sobre los que pueden regular el tipo de gravamen (si bien no pueden modificar las deducciones y bonificaciones estatales; y las deducciones y bonificaciones autonómicas se aplican tras las estatales). Y pueden regular la gestión y liquidación.

III. RELACIÓN ENTRE CESIÓN DE RENDIMIENTOS Y CESIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS

Esta cuestión es de gran importancia y sin embargo podía haberse resuelto (con carácter general) de un modo más expreso en la Ley.

En principio, la regla parece que es la siguiente: si hay cesión del tributo (*rectius:* del rendimiento del tributo) hay cesión de las competencias normativas; o mejor dicho, si la CA asume el rendimiento del tributo, puede asumir también la competencia normativa sobre ese tributo. Así, cada CA aplica en su territorio solo sus propias normas, y no las normas de otra CA. Por ejemplo, en el IRPF, la normativa de la CA de Baleares sobre dicho IRPF se aplica a todos los

que según la propia Ley que comentamos tienen residencia habitual en Baleares ("residencia habitual" definida en el art. 28 de la Ley 22/2009).

Esta es la regla que se deduce del artículo 27 de la Ley, que lleva por título "Normativa aplicable a los tributos cedidos" y que dice así: "Los tributos cuyo rendimientos se cede a las Comunidades Autónomas se regirán por los Convenios o Tratados Internacionales, (después enumera diversas normas estatales que ahora no vienen al caso) y en los términos previstos en este Título, por las normas emanadas por la Comunidad Autónoma competente según el alcance y los puntos de conexión establecidos en el mismo." La exposición de motivos parece más clara, aunque solo se refiere al ISD, cuando en su apartado IV dice: "se modifica el concepto de residencia habitual a efectos del impuesto de sucesiones y donaciones, ampliando el período a considerar para su determinación de uno a cinco años y haciendo coincidir el punto de conexión para la atribución del rendimiento con el que determina la normativa aplicable." Ahora veremos que en relación al ISD la Ley sí da una norma expresa.

O sea: si cobro, regulo; solo regulo lo que puedo cobrar; regulo todo lo que puedo cobrar; y a contrario: no regulo nada que no pueda cobrar (esto último parece evidente, pero en la práctica no lo es tanto, porque hay impuestos que gravan actos con conexión a diversos ordenamientos civiles y cuyo Derecho sustantivo es tenido en cuenta por las normas fiscales; normas fiscales estas que pueden ser de una CA que no es la CA que regula ese Derecho sustantivo).

En algunos impuestos, como el ISD, la aplicación de esa regla del artículo 27 plantea cuestiones interesantes, por lo que creemos que en relación a este impuesto es útil realizar algunas precisiones prácticas (en el ITPAJD los problemas parece que tienen soluciones más claras).

PRECISIONES PRÁCTICAS

EN RELACIÓN AL IMPUESTO DE SUCESIONES

No se olvide (de entrada) que este impuesto solo se devenga cuando el sujeto pasivo (ya sea sucesor *mortis causa* o donatario) es persona física.

En el Impuesto de Sucesiones, hay que atender en primer lugar al causante y establecer si era o no residente en España. La residencia se fija según los criterios de la Ley del IRPF. A esta Ley remite el artículo 17 del Reglamento del ISD, que dice: "para la determinación de la residencia habitual se estará a lo dispuesto en las normas del IRPF, computándose en su caso los días de residencia exigidos con relación a los 365 anteriores al de devengo del impuesto".

Si el causante no era residente en España (o sea, si no permaneció en España más de 183 días en el año anterior a su muerte, contado de fecha a fecha): es un supuesto en que el rendimiento no se considera producido en ninguna CA, por lo que el tributo solo puede exigirse por el Estado. Y por tanto, ninguna CA tendrá competencia normativa sobre este supuesto (pues hay que entender que la competencia normativa se refiere a los casos en que la CA ha obtenido la cesión del rendimiento); es decir, se aplicará solo la normativa estatal. Y es indiferente el lugar de residencia de los sujetos pasivos del impuesto, porque la Ley no considera producido ese rendimiento en la CA en la que reside/n dicho/s sujeto/s pasivo/s.

Si el causante era residente en España (permaneció en España más de 183 días en el año anterior a su muerte, contado de fecha a fecha): se aplican los criterios de la Ley 22/2009. Hay que empezar por fijar la residencia habitual del causante y también la de cada sujeto pasivo.

Se considera que el causante tenía su residencia habitual en la CA en que más tiempo haya residido en los últimos cinco años. Ejemplos:

— Un ciudadano británico ha vivido los dos años anteriores a su muerte en Baleares y los tres anteriores en Alicante: se le considera residente en la CA valenciana.

— Un ciudadano alemán ha vivido el último año anterior a su muerte en Baleares y con anterioridad residía en Alemania: dado que es residente fiscal en España (a efectos del IRPF) y la CA de Baleares la única en que ha residido, se le considerará residente en Baleares. Otro tema es probar la residencia fiscal en España (que quizá no siempre resultará fácil).

A continuación hay que fijarse en la residencia de cada sujeto pasivo, pues el rendimiento solo se considera producido en la CA donde

el causante ha tenido su residencia habitual si el sujeto pasivo es residente en España ("residente" según la Ley del IRPF). Así, si el sujeto pasivo es no residente en España, el rendimiento no se considera producido en ninguna CA, por lo que en este caso el impuesto debe liquidarse en Madrid y se aplicará la normativa estatal. Y ello aunque el causante sí fuera residente fiscal en España. Si el sujeto pasivo es residente en España (según la Ley del IRPF), el rendimiento del impuesto se entiende producido en la CA en que el causante (no el "sujeto pasivo") tenía su residencia habitual (según el art. 28 de la Ley 22/2009), con independencia de la CA en que residan los sujetos pasivos; es decir, si el causante era residente en España (según la Ley del IRPF), se aplican las normas de la CA en que residía (siempre que el sujeto pasivo sea residente en España, según la Ley del IRPF, aunque da igual la CA de residencia del sujeto pasivo) y el impuesto se liquida en esta CA; y si el sujeto pasivo no es residente en España, se aplica la normativa estatal y el impuesto se liquida en Madrid.

Un ejemplo: un ciudadano británico muere teniendo residencia en España (a efectos del IRPF) desde hace más de tres años y sus herederos tienen residencia en el Reino Unido: se aplica la normativa estatal y el impuesto se liquida en Madrid.

Otro ejemplo: un ciudadano británico muere teniendo residencia en España (a efectos del IRPF) desde hace más de un año, y sus herederos tienen residencia en el Reino Unido: se aplica la normativa estatal y el impuesto se liquida en Madrid.

Otro ejemplo: un ciudadano británico muere sin tener residencia en España (a efectos del IRPF): no hace falta reunir más información, se aplica la normativa estatal y el impuesto se liquida en Madrid.

Otro ejemplo: un ciudadano británico muere con residencia en Mallorca desde hace más de tres años y sus herederos tienen residencia en Tarragona: se aplica la normativa balear, y el impuesto se liquida en Baleares.

Otro: un ciudadano británico muere con residencia en Mallorca desde hace más de tres años y tiene tres herederos, uno reside en Mallorca, otro en Tarragona y otro en Madrid. Se aplica la normativa balear y el impuesto se liquida en Baleares.

Otro: un ciudadano británico muere con residencia en Málaga y tiene dos herederos, uno vive en Sevilla y otro en Mallorca: se aplica la normativa andaluza y el impuesto se liquida en Andalucía.

Otro ejemplo: un ciudadano británico muere en Mallorca y deja tres herederos, uno vive en Mallorca, otro en Málaga y otro en el Reino Unido: aquí hay que distinguir entre los herederos; en el caso de los residentes en Málaga y Mallorca, por aplicación de la Ley, el rendimiento de estos dos sujetos pasivos se entiende producido en Mallorca, por lo que respecto de ellos se aplica la normativa balear y el impuesto se liquida en Mallorca; pero respecto del hijo residente en el Reino Unido, el rendimiento de este no se entiende producido en ninguna CA, por lo que se aplica la normativa estatal y el impuesto se liquida en Madrid.

Si todo esto es así, obsérvense las diferencias de tributación que pueden darse en una misma herencia.

EN RELACIÓN AL IMPUESTO DE DONACIONES

En este impuesto hay dos puntos de conexión: si el objeto de la donación es inmobiliario, se aplica la Ley de situación del inmueble; y en todos los demás casos se aplica la Ley del lugar de residencia del donatario. Pero no se olvide que en ambos casos (parece que) el donatario (que es el sujeto pasivo) tiene que ser residente en España (a la fecha del devengo), porque si no es residente en España, el rendimiento no se entiende cedido a ninguna Comunidad Autónoma, por lo que se liquidará en Madrid y se aplicará la normativa estatal.

Pero supongamos que el donatario sí es residente fiscal en España (a la fecha del devengo). En este caso, da igual dónde resida el donante. Si la donación es de un inmueble en Baleares, se liquida el impuesto en Baleares y se aplica la normativa balear. Si la donación es de cualquier otro bien o derecho, si el donatario tiene residencia fiscal (en los términos del art. 28 de la Ley) en Baleares, el impuesto se liquida en Baleares y se aplica la normativa balear. Si la donación es de inmuebles y de otros bienes o derechos, a cada objeto donado se aplica su propia regla, lo que ocurre es que el tipo impositivo aplicable es el tipo medio de gravamen.

Se plantea un problema en los casos de actos cuya calificación como actos entre vivos o *mortis causa* es dudosa, como las transmisiones de presente que se realizan con motivo de pactos sucesorios, porque en el Impuesto de Sucesiones se atiende al causante pero en el Impuesto de Donaciones se atiende al lugar del inmueble donado o al de residencia del donatario.

Tomemos como ejemplo la definición mallorquina: un padre tiene tres hijos, uno de los cuales vive en Mallorca, otro en Barcelona y otro en Londres. Los tres hijos van a definir su legítima futura (el padre tiene vecindad civil mallorquina) en contemplación a las siguientes donaciones que les realiza su padre: al hijo que vive en Mallorca le dona un piso en Madrid, al hijo que vive en Barcelona le dona 300.000 euros, y al hijo que vive en Londres le dona una finca rústica en Mallorca.

Si hay que liquidar las transmisiones de presente por el Impuesto de Sucesiones, la solución es clara respecto del hijo que vive en Mallorca y del que vive en Barcelona: se aplica la norma fiscal balear y se liquida al 1 por 100. No será así en el caso del hijo que vive en Londres, porque no tiene residencia en España.

Pero si hay que liquidar por el Impuesto de Donaciones, la disgregación normativa es mucho mayor:

En el caso del hijo residente en Mallorca que recibe el piso en Madrid, el impuesto deberá liquidarse en la CA de Madrid y se aplicará la normativa de la CA de Madrid, por lo que no podrá beneficiarse de la tributación según las normas de Baleares.

En el caso del hijo residente en Barcelona, el impuesto deberá liquidarse en Barcelona (ley de residencia habitual del donatario) y se aplicará la normativa de la CA de Cataluña, por lo que este hijo tampoco podrá beneficiarse de la tributación según las normas de Baleares.

En el caso del hijo residente (siempre hablamos de "residencia fiscal") en Londres, nos encontramos ante un caso en que el rendimiento del impuesto no está cedido a ninguna Comunidad Autónoma, pues el sujeto pasivo no es residente en España, por lo cual no se puede aplicar la *lex rei sitae* y la definición mallorquina tendrá que tributar en Madrid (no en la CA de Madrid) y se aplicará la normativa estatal.

Si se tratara de la herencia causada por el fallecimiento de ese mismo padre, se aplicaría la legislación fiscal balear, aunque con la excepción del hijo residente en Londres, que se regiría por la legislación estatal y tendría que tributar en Madrid.

Si el punto de conexión hubiera sido la residencia habitual del donante, muchos de estos problemas no se darían, porque la disgregación normativa sería menor. Pero no ha sido así. Otra cosa sería convencer a la Hacienda (de la CA a que correspondería percibir el

rendimiento por donación) de que se trata de una institución sucesoria, que tributa por el Impuesto de Sucesiones.

En resumen, en el Impuesto de Sucesiones y en el de Donaciones, las desigualdades posibles son muy abundantes, y pueden dificultar enormemente la "planificación" fiscal de la herencia. ¿Se corregirá esto acaso por la vía de hecho?

EN RELACIÓN CON EL ITPAJD

Hemos dicho que los problemas son menores. Baste señalar aquí algunos ejemplos.

La regla sobre la cuota fija de AJD plantea la cuestión de que el notario, al comprar el papel timbrado, no lo abona a la Comunidad Autónoma, y la repercusión del suplido a los otorgantes corresponde al notario percibirla, por lo que el pago de este impuesto a la Comunidad Autónoma de residencia de cada notario no se realizará ni por otorgantes ni por notarios.

La regla sobre cuota variable de AJD elimina los problemas habidos en épocas anteriores cuando el punto de conexión era el lugar del otorgamiento y no merece ahora mayor comentario.

Respecto de la regla sobre OS llamamos la atención sobre el hecho de que se refiere primeramente al domicilio fiscal (el domicilio social es criterio supletorio). Y la regla es la misma para todas las operaciones que deban tributar por este impuesto; da igual la residencia de los adjudicatarios en el caso de reducciones de capital o de liquidaciones (aunque sean de inmuebles no se aplicará la *lex rei sitae;* y aunque sean otros bienes no se aplicará la ley de residencia habitual del adquirente).

Respecto de las reglas sobre las modalidades de ITP: se tributará en cada Comunidad Autónoma que corresponda.

Y en todos los casos de ITPAJD cada Comunidad Autónoma aplicará su propia normativa.

APÉNDICE SOBRE EL IVA

La Ley 2/2010, de 1 de marzo (BOE del 2 de marzo, en vigor con efectos desde el 1 de enero de 2010), ha incorporado al Derecho español el contenido de tres Directivas que afectan al IVA: la Directiva 2008/8/CE, de 12 de febrero de 2008, que modifica la Di-

rectiva 2006/112/CE en lo que respecta al lugar de prestación de los servicios; la Directiva 2008/9/CE, de 12 de febrero de 2008, que también modifica la Directiva 2006/112/CE, que establece disposiciones sobre la devolución del IVA a sujetos pasivos no establecidos en el Estado de la devolución pero sí establecidos en otro Estado miembro de la Unión, y la Directiva 2008/117/CE, de 16 de diciembre de 2008, que también modifica la Directiva 2006/112/CE, para combatir el fraude relacionado con las operaciones intracomunitarias.

De todo ello nos interesa ahora la modificación de los puntos de conexión para fijar dónde se entienden realizadas las prestaciones de servicios a efectos del IVA.

Hasta ahora, el criterio de la regla general era que un servicio se debía entender realizado en la sede del prestador del servicio o del establecimiento permanente de dicho prestador que realizaba dicho servicio. Y esta regla general coexistía con muchas reglas especiales, que habían convertido a la regla general en algo de aplicación residual.

La modificación de la Ley 2/2010 ha consistido (siguiendo la Directiva primeramente citada) en fijar que la norma general de determinación del lugar de prestación de servicios a sujetos pasivos debe atender al lugar en que esté establecido el destinatario de los servicios, en lugar de aquel donde esté establecido el proveedor. Esta norma general se completa con la norma contraria para los casos en que las prestaciones de servicios se realicen a favor de quienes no tengan la condición de sujeto pasivo o a favor de quienes sí sean sujetos pasivos pero el servicio sea para uso personal propio. En estos últimos casos, la norma general sigue siendo que el lugar de prestación de los servicios es el lugar en que el prestador del servicio tenga establecida la sede de su actividad económica.

Para ello, la Ley española ha distinguido las operaciones en que tanto el prestador del servicio como el destinatario tienen la condición de empresarios o profesionales actuando como tales, o sea, tienen la condición de sujetos pasivos (en que el gravamen se localiza en el país del destinatario del servicio), de aquellas otras operaciones en que el destinatario no tiene tal condición (en que el gravamen se localiza en el país del prestador del servicio).

Las nuevas reglas están en los artículos 69 y 70 de la Ley del IVA.

El nuevo artículo 69.1 dice que las operaciones se entienden realizadas en el territorio de aplicación del impuesto (o sea, en el lugar

del prestador del servicio) cuando el destinatario es un empresario o profesional que actúe como tal y radique en el citado territorio la sede de su actividad económica o tenga en el mismo un establecimiento permanente o en su defecto tenga en este territorio su residencia habitual (siempre que el servicio tenga como destinatario a dicha sede, establecimiento o residencia habitual). O sea, que en operaciones entre empresarios o profesionales, la operación se entiende realizada en el lugar del prestador del servicio si este lugar es también el del destinatario de dicho servicio.

Y el artículo 69.2 también dice que las operaciones se entienden realizadas en el territorio de aplicación del impuesto (o sea, en el lugar del prestador del servicio) cuando el destinatario no sea un empresario o profesional actuando como tal. Se exceptúan de esta regla los servicios de (entre otros) asesoramiento, abogacía, consultoría, expertos contables o fiscales "y otros similares" (entendemos que la función notarial no es similar a estos servicios). Y a su vez, esta excepción tiene la excepción de los servicios relacionados con bienes inmuebles (art. 70).

Y el artículo 70 establece que se entenderán prestados en el territorio de aplicación del impuesto los servicios relacionados con bienes inmuebles que radiquen en dicho territorio.

Finalmente, no olvidemos que la Ley (art. 5.4) considera empresario o profesional (respecto de todos los servicios que le sean prestados) a quien realice actividades empresariales o profesionales junto a otras actividades que no estén sujetas a IVA, y también a toda persona jurídica que no actúe como empresario o profesional siempre que tenga asignado por la Administración española un número de identificación a efectos del IVA.

En aplicación de estas reglas podemos dar algunos ejemplos prácticos tomados de nuestra actividad como notarios:

— Si el destinatario del servicio es empresario o profesional (persona física o jurídica) que actúe como tal y tenga en España (salvo Canarias, Ceuta o Melilla) la sede de su actividad económica, o el destinatario es un establecimiento permanente en España (salvo Canarias, Ceuta o Melilla) o un sujeto con domicilio o residencia habitual en España: hay que facturar con IVA.

— Si es un particular, ya sea residente en España (incluido Canarias, Ceuta o Melilla) o en el extranjero (ya sea fuera o dentro de

la Unión Europea, pues la Ley no distingue): hay que facturar con IVA.

— Si es un empresario o profesional (persona física o jurídica) que actúa como tal y tiene fuera del territorio español en que se aplica el IVA su sede, su establecimiento permanente o su domicilio o residencia habitual (y la operación tiene como destinatario a dicha sede, establecimiento o domicilio o residencia), pero dicha sede, establecimiento permanente, domicilio o residencia habitual están en país de la Unión Europea: hay que facturar sin IVA (así, el destinatario de la factura no se encontrará con el problema, que había hasta ahora, de la imposibilidad o dificultad de la deducción de este IVA –que ha soportado en España– en el país de su sede, establecimiento o domicilio-residencia). Pero esta regla tiene una excepción importante: cuando la actuación notarial se ha referido a inmuebles sitos en España hay que facturar siempre con IVA.

— Si es un empresario o profesional (persona física o jurídica) que actúa como tal y tiene fuera del territorio español en que se aplica el IVA su sede, su establecimiento permanente o su domicilio o residencia habitual (y la operación tiene como destinatario a dicha sede, establecimiento o domicilio o residencia), pero dicha sede, establecimiento permanente, domicilio o residencia habitual están en país que no pertenece a la Unión Europea, o en Canarias, o en Ceuta o en Melilla: hay que facturar sin IVA, aunque esta regla está formulada con menos claridad, por lo menos para alguien que lee la Ley por primera vez. De todas formas, se deduce de una interpretación a contrario del artículo 69.2, de lo que se dice en la exposición de motivos de la Ley, y (más importante) del propio concepto de sujeto pasivo que da la Ley del IVA y la Directiva 2006/112/CE, que dice (ésta última, en su art. 9) que es sujeto pasivo "quien realice con carácter independiente y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna actividad económica, cualesquiera que sean los fines o resultados de esa actividad" (o sea, no distingue si la sede de la actividad está dentro o fuera de la UE).

Pero esta regla tiene una excepción importante: cuando la actuación notarial se ha referido a inmuebles sitos en España hay que facturar siempre con IVA.

SOBRE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO CIVIL: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA CIVIL, DE 16 DE FEBRERO DE 2010

José María Navarro Viñuales
Notario

HECHOS

Son un tanto prolijos, por lo que vamos a intentar sintetizarlos de modo ordenado, prescindiendo de las cuestiones procesales y centrándonos en las de orden sustantivo. Los nombres de los diversos interesados también se simplifican para una mayor claridad.

Los datos son los siguientes:

— Una casa sita en Zamora pertenece a una pluralidad de condóminos: uno de ellos es Luis, otro su hijo menor de edad Demetrio (su porción le pertenecía por herencia de su fallecida madre), y existen varios cotitulares más. Luis es, por tanto, el único titular de la patria potestad del hijo menor Demetrio, ya que la madre de este ha fallecido.

— La finca está arrendada.

— Todos los condóminos, incluyendo a Luis por sí y por su hijo menor, desean vender la casa a la sociedad "X, SL".

— Los copropietarios designan como mandatario a Rosendo, con la finalidad de proceder a dicha venta. No está claro, y en el recurso se sujeta a debate, si Luis ha otorgado el mandato tan solo en su propio nombre y derecho o si también lo ha hecho en nombre y representación de su hijo menor Demetrio. Tampoco se nos dice la

forma del mandato (pública o privada). Lo que sí parece claro es que el mandato incluye la relación representativa (esto es, se trata de un mandato con apoderamiento).

— Primera compraventa de la casa de Zamora.

El mandatario Rosendo, en la representación que ostenta como parte vendedora, y "X, SL" como parte compradora, otorgan un documento privado de compraventa, en el que disponen lo siguiente:

"*que los citados interesados y el representante legal del menor Luis, tienen convenida la venta de la finca* [la casa de Zamora] *a la entidad representada «X, SL», si bien se está tramitando la autorización judicial para la disposición de los derechos del menor de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 166 Código Civil. No obstante no haber recaído dicha autorización, y sin perjuicio de ello, los interesados desean prestar su consentimiento a la venta de los derechos que respectivamente les corresponden en la citada finca, lo que llevan a cabo en el presente documento privado*".

Por tanto, se vende la casa si bien en relación a la participación indivisa del menor todavía no se ha obtenido la autorización judicial exigida por el artículo 166 Código Civil.

El precio son 180.303 euros. Y se añadía que se transmitía a la entidad compradora la posesión en concepto de dueño entregándose además en dicho acto un ejemplar de las llaves del inmueble. Luego, en principio, hay título (el contrato) y modo (entrega de posesión), de modo que la sociedad compradora "X, SL" tiene título y modo por lo que adquiere la propiedad de la casa,… siempre que no lo impida el artículo 166 Código Civil.

No consta notificación a los arrendatarios.

La venta de los condóminos, por medio de Rosendo, a "X, SL" la llamaremos primera compraventa.

— Segunda compraventa.

Un mes después, Luis, por sí y en representación de su hijo menor, vende el citado inmueble a los arrendatarios. El precio ahora es mayor: 330.556,65 euros, luego el vendedor experimenta un beneficio económico con esta segunda venta.

Claro está que para que el hijo menor pueda vender la casa ha de ser dueño de la misma. Y con tal fin el padre pretende que el hijo ejercite un retracto respecto a la primera venta, ocupando el lugar de la sociedad "X, SL" como adquirente. Y, así, adquirida la casa por vía de retracto, revenderla a los arrendatarios por un precio mayor.

La venta de Luis y su hijo menor –parte vendedora– a los arrendatarios –parte compradora– la llamaremos segunda compraventa.

Tampoco en este caso existe autorización judicial para vender en representación del menor.

No obstante, Luis tiene solicitado al juez lo siguiente: que, en relación al menor, le conceda autorización judicial para tal segunda venta; que deniegue la petición que él mismo hizo de autorización para la primera venta; y que le autorice para ejercitar el retracto de coherederos en representación de su hijo menor (en realidad, de comuneros, como veremos).

En virtud del auto pertinente, el Juzgado responde a dicha solicitud en estos términos: autoriza el ejercicio por el menor del retracto de coherederos (sic) sobre el total inmueble; autoriza la que hemos llamado segunda venta (la que se hace a los arrendatarios); y deniega la previa autorización de la primera venta. Además, tal y como se le ha solicitado, suspende el plazo de ejercicio del retracto mientras se decide sobre la concesión o no de la autorización. El motivo por el que se pide esta suspensión radica en que el plazo del retracto es presumiblemente más breve que el de concesión de la autorización, de modo que cuando se concede esta –la autorización–, aquel –el plazo– ya habría terminado. De ahí que se inste dicha suspensión de plazo.

— Muy bien. Llegados a este punto, todos los copropietarios menos Luis y su hijo formalizan en escritura pública la primera venta a favor de la compradora "X, SL". Luis se niega a ello alegando que, respecto a su hijo, no hay autorización judicial para dicha enajenación, y que además tiene una oferta de compra más beneficiosa.

— Luis, en nombre y representación de su hijo menor, ejercita el retracto contra "X, SL" interponiendo la demanda correspondiente.

— "X, SL" demanda a su vez a Luis y a su hijo con la finalidad de que se declare la validez de la primera compraventa y, por tanto, eleven a público la venta de sus cuotas.

— Llegados a este punto, y para clarificar lo expuesto, resumiremos los hechos:

Luis, padre del menor, pretende que la primera venta valga para todas las personas menos para su hijo, ya que en relación a este no se ha concedido autorización judicial para vender. En cuanto vale para los demás condóminos vendedores, ejercita en nombre del hijo menor y frente a la sociedad compradora un retracto de coherede-

ros (en realidad, de comuneros) sobre las cuotas de los demás vendedores. Sumando lo obtenido en retracto más la cuota original del hijo, devienen titulares de la totalidad de la casa de Zamora, y ya pueden consumar la segunda venta en favor de los arrendatarios.

Así obtienen un precio que es casi el doble del correspondiente a la primera venta.

— Pero ocupémonos ahora de los recursos que interponen los interesados.

La Audiencia estima en parte el recurso de "X, SL".

Por un lado, en cuanto al plazo del retracto, que son nueve días de caducidad computables en los términos previstos por el artículo 1524 Código Civil, no puede interrumpirse precisamente porque es un plazo de caducidad y no de prescripción. Luis quería lograr que tal plazo quedase suspendido, ya que, tal y como hemos comentado, el plazo para retraer es breve respecto al que previsiblemente se necesita para lograr la autorización judicial que permita al menor retraer el inmueble. La Audiencia, con toda razón, dice que ese problema no se plantea, *ya que para retraer un inmueble en nombre del menor no hace falta autorización judicial*. Luego el plazo para retraer ha caducado, y decae todo el planteamiento de Luis. Por otro lado, además, considera válida la primera compraventa, condenando a Luis e hijo a elevar a público el documento privado que la contiene.

— Tanto "X, SL" como Luis interponen sendos recursos de casación.

El TS estima el de "X, SL" y rechaza el de Luis. Esto es, mantiene la validez de la primera compraventa.

Tal compraventa primera se defiende de la siguiente manera:

+ El primer motivo de impugnación consiste en que, respecto a la primera compraventa, el padre dio el poder en nombre propio pero no hizo referencia a que también lo concedía en nombre de su hijo menor.

El TS solventa dicho obstáculo señalando que hay que entender que, al otorgar el poder, el padre intervenía en nombre propio pero también en representación de su hijo menor, lo que se demuestra por el hecho, externo al poder, de que el padre haya solicitado la autorización judicial para vender la cuota del menor.

El argumento, en nuestra opinión, es un tanto discutible y ciertamente contraría la línea general de interpretación restrictiva de los poderes.

+ La segunda objeción radica en que la venta relativa a la participación indivisa del menor en la casa sita en Zamora carecía de la preceptiva autorización judicial.

El TS salva dicha objeción con el siguiente razonamiento:

"*El artículo 166 CC exige que para la disposición de los actos [sic, hay que entender bienes inmuebles] del menor concurra la autorización judicial,* pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla*, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla.* Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización*, aunque, como en el caso que nos ocupa, dicha condición se configurara por las partes como resolutoria, lo que nada les impedía hacer*".

[He añadido los subrayados].

El párrafo, al señalar que nada impide otorgar un contrato antes de obtener la autorización, es, en nuestra opinión, un tanto sorprendente, ya que sí hay algo que lo impide: el tenor claro y literal del artículo 166 del Código Civil, que expresamente exige que la autorización judicial sea *previa.*

+ En cuanto al ejercicio del retracto por el padre en representación del hijo menor, el Tribunal Supremo precisa que no hace falta autorización judicial, ya que no es un acto comprendido en el artículo 166 Código Civil. Además, el plazo de ejercicio del retracto es de caducidad, luego no cabe ni interrumpirlo ni suspenderlo.

Ambas afirmaciones son plenamente acertadas.

COMENTARIO. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

1. *El régimen jurídico del acto hecho en contravención del artículo 166 Código Civil: disposición de bienes del menor sin autorización judicial.*

En la sentencia que comentamos la venta de la participación del inmueble perteneciente al menor se verifica por el padre sin autorización judicial (está solicitada pero todavía no está concedida).

Se plantea, por tanto, cuáles son las consecuencias jurídicas de la falta de la preceptiva autorización judicial.

En principio, son varias las respuestas posibles:

a) *Acto nulo de pleno* derecho

Una primera solución es calificar dicho acto como *NULO DE PLENO DERECHO*.

El fundamento jurídico radica en el artículo 6.3 Código Civil, que prevé que el acto contrario a una norma prohibitiva o imperativa –y el art. 166 Código Civil indudablemente lo es– es nulo de pleno derecho, salvo que en dicha norma se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (lo que no ocurre en este caso, ya que no hay previsión en contra de tal nulidad).

Ahora bien, tal solución es sumamente rígida, ya que cierra la posibilidad a una posible subsanación o ratificación ulterior. De conformidad con tal planteamiento *no sería posible la autorización judicial con posterioridad a la celebración del acto* –esto es, no cabría la convalidación del mismo.

Recordemos que los actos nulos de pleno derecho no son susceptibles de *confirmación* o *convalidación*, sino tan solo de *conversión* en los supuestos legalmente previstos, y este no es uno de ellos.

b) *Acto anulable*

El criterio que tiene mayor aceptación en nuestro reciente Derecho positivo –nos referimos a las legislaciones aragonesa y catalana, ambas con regulaciones de nuevo cuño– es el que configura dicho acto como *ANULABLE*.

El motivo de tal preferencia radica en que la anulabilidad es la categoría de invalidez que mejor tutela los intereses del menor, por tres razones:

— Le confiere al menor la facultad de ratificar el acto anulable, una vez que alcance la mayoría de edad. Por tanto, se pone en sus manos la posibilidad de que, si así le conviene, el acto finalmente resulte válido.

— También cabe entender aplicable el artículo 166.3 Código Civil y admitir la ratificación al menor que hubiere cumplido dieciséis años y consintiese el acto anulable en documento público. Se trataría de una modalidad de confirmación del artículo 1309 Código Civil.

— Y, además, asimismo cabría atribuir efectos confirmatorios a la autorización judicial recaída *a posteriori* del acto (por el contrario,

recordemos que el artículo 166 expresamente exige que la autorización sea previa).

Así, en opinión de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derecho de Familia*, 1989, p. 539) "*naturalmente que la tesis de la anulabilidad es la que mejor defiende los intereses del menor porque éste queda en situación privilegiada al quedar a su voluntad el que el negocio valga o no valga, sin que la otra parte pueda revocar el contrato (cf. en cambio, art. 1259) antes de la confirmación. Pero para tanto privilegio haría falta texto expreso"*. Por tanto, el citado autor considera que la categoría de la anulabilidad atiende de modo óptimo los intereses del menor, pero que no es la que se recoge en nuestro Código Civil.

Lo cierto es que, desde el punto de vista teórico, la anulabilidad es razonable, ya que las deficiencias en la prestación de consentimiento por parte del menor –como ocurre en general en todos los vicios del consentimiento– tienen su acomodo lógico en la categoría de la anulabilidad. Esto es, si el consentimiento existe (si el vicio es el dolo, por ejemplo) pero es insuficiente, procede la anulabilidad. Si el consentimiento es inexistente (así en el vicio de violencia), entonces lo pertinente es la nulidad de pleno derecho. Y el supuesto de prestación de consentimiento por un menor es, en general, un supuesto no de falta total de consentimiento, sino de consentimiento existente pero insuficiente, luego subsumible en la categoría de "anulabilidad".

— La calificación del acto como *anulable* es la solución elegida por el nuevo *Derecho aragonés.*

En tal sentido, el artículo 16 de la Ley del Derecho de la Persona de Aragón, de 30 de diciembre de 2006, prevé que serán anulables los actos realizados [en representación legal del menor de catorce años] sin la debida autorización [judicial] o aprobación [de la junta de parientes, que es una autorización alternativa frente a la de índole judicial].

El texto del artículo es el siguiente:

"Artículo 16. – *Falta de autorización o aprobación*.

Serán anulables los actos realizados sin la debida autorización o aprobación:

a) A petición del representante legal que no haya intervenido en el acto, hasta que el menor cumpla catorce años. [Recordemos que

el menor de edad aragonés mayor de catorce años tiene una capacidad jurídica superior a su homólogo del Derecho común].

b) A petición del propio menor, con la debida asistencia desde que cumpla catorce años. La acción prescribirá a los cuatro años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido realizar el acto sin asistencia".

Expresamente se exige que la autorización judicial o de la junta de parientes sea *previa* al acto, luego también en Derecho aragonés surge el debate acerca de si es o no admisible la autorización posterior al acto con efectos confirmatorios.

— Idéntica solución en el nuevo *Derecho catalán* de familia, Ley de 15 de julio de 1998, en cuyo artículo 154 señala que en los supuestos de falta de autorización [judicial o alternativa], cuando esta es necesaria conforme al artículo 151.1; los actos realizados en representación legal del menor son *anulables*, caducando la acción de impugnación a los cuatro años del acceso de los hijos a la mayoría de edad.

No se exige expresamente que la autorización judicial o la autorización alternativa sean previas, luego será posible la posterior autorización con efectos confirmatorios.

c) *Acto sujeto a condición suspensiva consistente en la obtención de la citada autorización*

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2010 que estamos comentando propone una tercera solución.

En efecto, conforme a tal sentencia, si el acto verificado en representación del menor por el titular de la patria potestad carece de la preceptiva autorización judicial, se entiende que dicho acto queda sometido *a una CONDICIÓN SUSPENSIVA consistente en la obtención de la citada autorización*.

Por tanto, el acto carente de dicha autorización es válido, pero su eficacia jurídica no se produce en tanto no recaiga dicha autorización judicial.

La solución propuesta es un tanto sorprendente, ya que no parece posible conceptuar la autorización judicial como una condición suspensiva del negocio jurídico celebrado en representación del menor.

Expondremos la postura jurisprudencial, y señalaremos varias objeciones a la misma:

— La condición es un elemento accidental del negocio jurídico. Ello presupone que el negocio sujeto a condición es un negocio válido y completo, con todos sus elementos esenciales y naturales, al que se añade un elemento accidental que atañe no a su validez sino tan solo a su eficacia, en este caso difiriéndola: la condición suspensiva.

Una consecuencia de este planteamiento –negocio bajo condición suspensiva– es que el contrato o negocio jurídico hecho en representación del menor se puede otorgar *antes* de obtener la autorización judicial, tal y como hemos visto al transcribir el texto de la sentencia, que volvemos a recordar: "… *pero nada impide otorgar un contrato que la exija* [se refiere a la autorización judicial] *antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización…*".

No obstante, no parece recomendable que en la práctica notarial autoricemos el acto jurídico en representación del menor sin tener dicha autorización judicial, ya que se dificulta el cumplimiento de las exigencias impuestas por los principios de seguridad jurídica y control de legalidad que deben presidir nuestra actuación.

— Y además, frente al planteamiento jurisprudencial que comentamos, cabe formular una objeción decisiva. Fijémonos cómo un requisito legal imperativo (la autorización judicial) no puede configurarse como elemento accidental del negocio, esto es, no puede articularse como condición. Si acaso, se trataría de una *conditio iuris* del citado negocio (la autorización judicial es un presupuesto integrante del supuesto de hecho del negocio jurídico, un requisito integrante del mismo, necesario para ser válido), pero en ningún caso un elemento accidental como es una condición, sea suspensiva o resolutoria.

Por tanto, esta tercera tesis, tal y como hemos expuesto, suscita ciertas dificultades.

d) *Acto incompleto*

Conforme a un cuarto criterio, el acto verificado por el titular de la patria potestad en representación del menor sin autorización ju-

dicial, cuando esta es preceptiva, ha de calificarse de *INCOMPLETO* a los efectos del artículo 1259.2 Código Civil.

Dice el precepto citado:

"*El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*".

Por tanto, el acto sin autorización judicial no sería nulo o anulable, o sujeto a condición suspensiva, sino incompleto. En cierto sentido podemos decir que, respecto al patrimonio del menor representado, es inexistente, ya que no produce efectos sobre el mismo. O, más exactamente, el único efecto que produce es conferir al representado la posibilidad de ratificar el acto antes de que sea revocado por la contraparte.

En los términos expuestos, tal acto no produce efectos jurídicos en la esfera del representado, hasta el momento en que se produzca su revocación (en cuyo caso desaparece del mundo jurídico) o su ratificación (en nuestro caso, mediante la autorización judicial que, aun recaída *a posteriori*, lo haga válido y eficaz).

En nuestra opinión este criterio –calificar a dicho acto como incompleto– tiene, desde la perspectiva *lege data*, dos ventajas:

— Promueve la conservación del negocio jurídico, ya que permite la confirmación *a posteriori* (si bien, recordemos, siempre que al tiempo de tal confirmación dicho acto no haya sido revocado por la otra parte).

— A diferencia del concepto *anulabilidad*, sin sustento en nuestro Derecho positivo común, la calificación de acto como *incompleto* tiene un claro fundamento legal en el artículo 1259.2 Código Civil, luego encuentra fácil acomodo en nuestro ordenamiento jurídico.

Y también tiene apoyo en nuestra jurisprudencia. En tal sentido la *sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010* se ocupa del mismo supuesto que la sentencia que ahora comentamos: disposición de un inmueble del menor por su representante legal verificada sin autorización judicial.

Pues bien, tal resolución judicial expresamente considera que el acto verificado en representación del menor sin autorización judicial se rige por lo dispuesto en el artículo 1259.2 Código Civil.

Dice la sentencia: "… *El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 Código Civil constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita.*

Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 Código Civil, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente."

Por tanto, expresamente se califica como incompleto, y se remite al régimen jurídico del artículo 1259.2 Código Civil.

Fijémonos cómo dos sentencias del mismo Tribunal, separadas tan solo unos meses, contienen soluciones no coincidentes respecto a la cuestión objeto de nuestro estudio. Por nuestra parte consideramos que el criterio de la sentencia de 22 de abril (acto incompleto) es preferible al de la sentencia de 16 de febrero (acto sujeto a condición suspensiva), ambas del año 2010.

A continuación, haremos una breve reseña de otras cuestiones jurídicas que plantea la sentencia de 16 de febrero de 2010.

2. *Ejercicio del retracto de comuneros en nombre y representación del menor*

Son dos las cuestiones que se plantean en este punto.

a) La primera es precisar ante qué tipo de retracto estamos

En efecto, Luis señala que el retrayente, esto es, su hijo menor Demetrio, ejercita, respecto a la primera compraventa, un retracto de coherederos.

Tal calificación es equivocada. En efecto, Demetrio es coheredero pero no ejercita un retracto de coherederos, sino un retracto de comuneros, en su condición de copropietario de la cosa vendida.

La distinción entre ambos retractos, coherederos y comuneros, es sencilla. En efecto, el de coherederos procede cuando un herede-

ro vende su *cuota hereditaria* a un tercero. El de comuneros, cuando un copropietario vende su *cuota indivisa de una concreta finca* a un tercero.

Ahora estamos en este segundo supuesto, aunque cabe apuntar que técnicamente las cuotas indivisas solo surgen tras la partición hereditaria: en sentido estricto el retracto de comuneros solo sería posible cuando la comunidad germánica recayente sobre la total comunidad hereditaria se ha tornado en una comunidad romana por cuotas sobre la concreta finca o fincas de que se trate.

En el supuesto resuelto por la sentencia que comentamos no se venden los derechos hereditarios, sino la cuota que le corresponde a un coheredero sobre una finca concreta. Recordemos, además, que el acto dispositivo sobre un bien integrante de la herencia conlleva la aceptación tácita de la misma –arts. 999.3 y 1000 Código Civil.

El Tribunal de instancia acertadamente señala que el retracto pretendido es el de comuneros.

b) La segunda cuestión es determinar si el padre necesita autorización judicial para retraer un inmueble en representación del hijo menor

El recurrente Luis entiende que sí es precisa tal autorización, y ello le plantea un grave problema de coordinación de plazos.

En efecto, el retracto tiene un plazo breve de nueve días, a contar de la inscripción de la venta en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (art. 1524 Código Civil).

Por el contrario, el procedimiento judicial de concesión de la autorización, en la práctica, puede precisar un tiempo superior. De este modo, cuando presuntamente se conceda la autorización, el derecho a retraer puede haber caducado. Por ello, Luis solicita la *suspensión* de dicho plazo de nueve días hasta que recaiga la autorización. El Tribunal Supremo deniega tal pretensión y confirma que el plazo para retraer es de caducidad, y por ello no se puede ni interrumpir ni suspender.

Es más, dice el Tribunal Supremo, el problema que se plantea el recurrente en relación al plazo y su suspensión es ficticio, por la sencilla razón de que para retraer el padre no precisa autorización judicial.

Ello es lógico. Fijémonos que el artículo 166 Código Civil exige tal autorización para el acto dispositivo sobre el patrimonio del menor, pero no para el acto adquisitivo. Esto es, se precisa autorización judicial para que la finca salga del patrimonio del menor, pero no para que la finca ingrese en el mismo.

Cuestión distinta, que no se plantea en este supuesto y que apuntamos tan solo como tema doctrinal de interés, sería precisar si, ante un supuesto de tutela, el tutor necesita o no autorización judicial para retraer un inmueble en representación del tutelado, dada la redacción del artículo 271 Código Civil, que exige autorización judicial "2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles …, *o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción*". Se trata de determinar si el retracto de comuneros sobre un inmueble encaja en dicha locución. Nos limitamos a dejar el tema apuntado.

3. *La venta sin notificación a los arrendatarios. Posible retracto arrendaticio*

La primera venta no se notificó a los arrendatarios, ni en fase previa, como propósito o voluntad de vender, ni tampoco una vez ya realizada.

Tal compraventa, pese a dicha omisión, es válida si bien para inscribirla en el Registro de la Propiedad sería preciso notificarla a los arrendatarios, que tendrían un derecho de retracto durante el plazo legalmente asignado.

[La regulación que rige dicho retracto depende de la fecha del arriendo, dado los cambios normativos habidos a lo largo del tiempo en esta materia. No se nos dice la fecha de dicho arriendo. Tal derecho de adquisición preferente existe tanto para los arrendamientos sujetos a la anterior LAU de 1964 –véanse sus arts. 47 a 55–, como a la Ley vigente de 1994 –véanse art. 25 de la misma–].

Obviamente, el problema del retracto arrendaticio no se plantea en la segunda compraventa, ya que en esta la parte compradora es la propia parte arrendataria: el arrendatario adquiriría por compra, no por retracto.

Ahora bien, fijémonos que el TS mantiene la preferencia de la primera compraventa respecto a la segunda. Por ello tiene interés

recordar que, si prevalece la primera compraventa, la parte arrendataria tiene un derecho de adquisición preferente frente a la sociedad compradora y, por cierto, por un precio menor que el que pretendía pagar en la segunda compraventa.

Es cierto que el retracto de comuneros que planteaba el padre en representación del hijo menor tiene preferencia sobre el retracto arrendaticio –art. 25.4 Ley 1994–, y lo mismo ocurría en la LAU de 1964, art. 50. Pero fijémonos que el TS, en nuestro supuesto de hecho, ha rechazado tal retracto (entiende que su plazo está caducado), por lo que surge ahora con fuerza la posibilidad del retracto de los arrendatarios, conforme a la normativa que sea aplicable.

Tal es la vía por la que los arrendatarios podrían en el futuro adquirir la casa sita en Zamora.

Una última precisión. En el presente supuesto de venta de finca urbana arrendada sujeta a una autorización judicial pendiente de obtención, considero que el *dies a quo* del plazo de ejercicio del retracto ha de ser el día en que, en su caso, se obtenga tal autorización. Esto es, para que proceda el retracto se precisa no solo que la compraventa sea válida, sino también eficaz.

4. *Las dos compraventas*

Tal y como resulta de los hechos, se verifican dos compraventas: cronológicamente, la primera lo es a favor de "X, SL"; la segunda y posterior, a favor de los arrendatarios.

Hemos de solucionar cuál de las dos tiene preferencia, lo que implica precisar si la segunda compraventa es una doble venta hecha por un mismo propietario (supuesto regulado en el art. 1473 Código Civil) o, por el contrario, se trata de una venta de cosa ajena.

En nuestra opinión, los criterios relevantes para solucionar dicha pregunta son los siguientes:

En principio, cabe razonar que en la primera compraventa hay título (contrato) y modo (*traditio*: entrega de llaves en este caso), luego el comprador adquiriría la propiedad de la cosa (art. 609 Código Civil).

Por tanto, el vendedor, en la segunda venta, ya no vendería lo que es suyo, luego esta segunda venta lo sería de cosa ajena. Luego prevalecería la primera compraventa, salvo que el comprador de la segunda hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 34 Ley Hipotecaria, lo que no ocurre en este caso.

Ahora bien, recordemos que se ha omitido la autorización judicial en relación a la venta de la participación del menor. Se ha incumplido, por tanto, un requisito legal.

Este es un punto en el que se observa la importancia de cómo califiquemos la falta de autorización judicial:

— Si, como hacen las modernas legislaciones forales, estimáramos su falta como anulabilidad, la primera venta sería eficaz, ya que el negocio anulable sí que surte sus efectos ab inicio, sin perjuicio de que puedan resolverse si se declara su anulabilidad (para un sector doctrinal, por tanto, la acción de anulabilidad es *constitutiva,* ya que priva de efectos a un contrato que hasta entonces los tenía).

— Si, por el contrario, entendemos que la venta sin autorización judicial está bajo condición suspensiva, tal y como hace el TS en la presente sentencia, el título todavía no despliega su eficacia (ya que aun no se ha cumplido la condición que suspende tal eficacia). En consecuencia, la primera compraventa no sería eficaz, de modo que el comprador no adquiere el dominio.

De este modo, si consideramos que la primera venta no es eficaz, el vendedor, al vender por segunda vez, todavía es propietario, luego la segunda venta no sería venta de cosa ajena, sino de cosa propia del vendedor (doble venta).

Proseguimos el razonamiento. Si se trata de una doble venta (y no de venta de cosa ajena) el tema se regula en el artículo 1473 Código Civil. A tenor de dicho precepto, en defecto de inscripción en el Registro de la Propiedad, será propietario quien de buena fe sea primero en la posesión: en nuestro caso, la sociedad "X, SL".

Por su parte, el Tribunal Supremo, tal y como vimos, también da la razón a la entidad "X, SL", pero lo hace en base a una vía jurídica distinta a la que nosotros hemos apuntado: no acude al artículo 1473 Código Civil, sino que considera que la falta de autorización judicial configura una venta válida, si bien con eficacia diferida hasta que se cumple la condición suspensiva: obtener dicha autorización judicial. Y tal primera venta, pese a la falta de autorización judicial (y, claro está, siempre que esta finalmente se obtenga), directamente prevalece sobre la segunda.

DICTAMEN SOBRE LA NATURALEZA Y EFECTOS DE UN CRÉDITO DOCUMENTARIO INTERNACIONAL

Valerio Pérez de Madrid Carreras
Notario
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba

SUMARIO

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA

II. NATURALEZA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO INTERNACIONAL. SU DISTINCIÓN DEL AVAL BANCARIO

III. SOBRE LA FUNCIÓN Y EFECTOS DE LA PÓLIZA GLOBAL DE COMERCIO EXTERIOR

IV. LA OBLIGACIÓN DE EXAMEN DE LA DOCUMENTACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD FINANCIERA

V. LA AUTONOMÍA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO INTERNACIONAL CON RELACIÓN AL CONTRATO DE COMPRAVENTA SUBYACENTE

VI. SOBRE LAS FACTURAS GIRADAS A NOMBRE DE LA "CB" Y LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE "A, SL"

VII. CONCLUSIONES

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA

La sociedad limitada "A" solicita dictamen al notario de Córdoba don Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS, sobre la base de los siguientes HECHOS:

1.º La sociedad "A, SL" tiene relaciones comerciales con la sociedad italiana "B" para la compraventa de mercaderías. Con el fin de garantizar los pagos, "A" ha formalizado un **crédito documentario internacional** (en adelante, CDI) con la entidad financiera "X", es decir, un convenio por virtud del cual la entidad financiera X (banco emisor), actuando por cuenta de la sociedad A, se obliga a pagar a B (beneficiario) contra la entrega de los documentos exigidos (1).

2.º Inicialmente, el CDI se formalizó en el año 2004 entre X y A, que en ese momento adoptaba la forma de "comunidad de bienes", firmando el contrato a título personal los dos socios. En 2005 se constituyó "A, SL", a la que se aportó la empresa que venía actuando en el tráfico como "CB". Y en 2006 se renovó el CDI entre X y "A, SL", estableciendo un límite máximo de 180.000 euros.

3.º En la carta de crédito comunicada al beneficiario se especifican las instrucciones suministradas por "A, SL" a la entidad financiera X: "*as security for the payment of all debts in which A, SL may become indebted to B relating to the following invoices…*". Algunas de esas facturas, por importe de 5.000 euros, estaban a nombre de "A, CB".

4.º Para garantizar el pago por parte de la entidad financiera, la sociedad "A, SL" formaliza con la entidad financiera X una "póliza global para operaciones de comercio exterior" en el año 2006, con fecha de vencimiento de 1 de julio de 2008. Según la cláusula primera de la citada póliza "*la entidad financiera concede al acreditado un límite global de crédito disponible para negociación, cobertura, financiación o cualesquiera otras operaciones que represente una asunción de riesgos de la entidad financiera relativos a operaciones de comercio exterior".* En la misma póliza se especifican qué opera-

(1) STS 16 de mayo de 1996 (RJ 3912). Por razones expositivas, prescindimos de la intervención de una entidad financiera italiana, que colabora en esta función de intermediación en los pagos.

ciones de comercio exterior están amparadas por la garantía: créditos documentarios de importación, préstamos y créditos en divisas para financiar exportaciones e importaciones, avales y garantías. Se aclara, no obstante, que la formalización de la póliza "*no implica obligación de la entidad financiera de aceptar indiscriminadamente todo tipo de financiación… reservándose la entidad financiera un plazo de estudio antes de su aceptación".*

5.º El 30 de junio de 2008, B entrega a la entidad financiera X, para su pago, un conjunto de facturas, que son abonadas por X en ejecución del CDI. Como consecuencia de estos pagos, X exige a "A, SL" el abono de una cantidad total de 60.000 euros, "en ejecución del aval contenido en la póliza", advirtiendo que, en caso de no hacer efectivo dicho abono, se iniciará el procedimiento de ejecución. A, al revisar la documentación remitida por B, observa: a) que existen facturas no vencidas o que no se corresponden en su numeración con las comunicadas a la entidad financiera X, hasta una cantidad de 30.000 euros; b) que existen facturas que se corresponden con mercaderías no solicitadas por A hasta una cantidad de 20.000 euros; y c) que existen facturas emitidas a nombre de "A, CB", del año 2004, por un importe de 10.000 euros.

Sobre la base de estos hechos, se solicita dictamen con la finalidad de aclarar la situación en que se encuentra la sociedad "A, SL" en relación con las obligaciones asumidas por virtud del CDI y la póliza global de comercio exterior con la entidad financiera X. Interesa especialmente a la sociedad A si está obligada al pago de los 60.000 euros, en los términos expuestos en el apartado quinto.

II. NATURALEZA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO INTERNACIONAL. SU DISTINCIÓN DEL AVAL BANCARIO

El CDI es un instrumento de pago en las transacciones comerciales internacionales, que tiene por finalidad ofrecer confianza a las partes a través de la intervención de una entidad financiera, llamada banco emisor, que garantiza al vendedor el pago de las mercaderías contra la entrega de documentos representativos de la operación, según las instrucciones suministradas al banco. En realidad, es posible aludir a una triple función del CDI: por un lado, es un medio de

pago en las compraventas internacionales; por otro, a través de la confianza que representa la intervención de una entidad financiera, se garantiza la correcta ejecución de la operación; y, finalmente, suele ir acompañado, como en nuestro caso, de una línea de crédito que la entidad financiera concede al comprador para financiar la compra internacional de mercaderías (2).

Por este carácter internacional, nuestra legislación no contiene una regulación del CDI, si bien existen Reglas y Usos Uniformes relativos a créditos documentarios (en adelante, RUU), cuya última versión es de 2007. De todos modos, la aplicabilidad de tales RUU a los CDI concertados entre una entidad financiera y su cliente es dudosa. Al no formar parte de las fuentes del ordenamiento jurídico español, dependerá de la voluntad de las partes incorporar dichas RUU al contrato. En caso de que así se haya hecho, serán ley entre partes (art. 1091 CC), pero en caso contrario no pueden tener más que fuerza interpretativa.

Interesa especialmente analizar qué naturaleza tiene el CDI. Se trata, ante todo, de un negocio jurídico independiente del contrato de compraventa internacional de mercaderías, que tiene una causa propia: la delegación de deuda que el cliente hace a la entidad financiera. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo (3), al señalar que "… el crédito documentario se considera un ejemplo de la delegación cumulativa de deuda por parte del deudor a la orden, en la cual el banco emisor, mediante la carta de crédito, asume la deuda por el precio frente al beneficiario…". A mi juicio, en cambio, parece dudosa esta calificación, importada del Derecho italiano, siendo quizá más precisa su configuración como mandato o comisión mercantil, con la consecuencia de aplicar supletoriamente los preceptos que en el Código de Comercio regulan la comisión mercantil (arts. 244 y siguientes) y en el Código Civil el mandato (arts. 1709 y siguientes).

Por otra parte, resulta clara su distinción respecto del aval bancario a primera demanda. A diferencia de este, en el CDI el banco emisor no se obliga a pagar al beneficiario a su simple requerimiento, sino que asume una obligación fundamental para efectuar el

(2) ALCALÁ DÍEZ, M. A.: "El contrato de crédito documentario", en AAVV (dirs. SEQUEIRA, GADEA y SACRISTÁN), *La contratación bancaria,* Madrid, 2007, p. 1028.

(3) STS 7 de abril de 2000 (RJ 2349) y 24 de octubre de 2001 (RJ 8132).

pago: la revisión de la documentación aportada por el beneficiario para comprobar si reúne los requisitos establecidos en la carta de crédito. Solo entonces el banco emisor estará obligado el pago y el beneficiario podrá exigirlo.

III. SOBRE LA FUNCIÓN Y EFECTOS DE LA PÓLIZA GLOBAL DE COMERCIO EXTERIOR

En la práctica bancaria, como las obligaciones asumidas por la entidad financiera son independientes del negocio subyacente, estas suelen exigir a sus clientes la formalización de una *contragarantía* para todas sus operaciones de comercio exterior. Aparecen así las denominadas pólizas globales de comercio exterior, que se caracterizan por tres notas: i) se utilizan como instrumentos de promoción del comercio exterior, pues permiten al cliente financiar con una línea de crédito las distintas operaciones que realice, ya CDI, ya avales internacionales, ya compras financiadas; ii) la entidad financiera recurre a la cláusula de globalización para incluir en la cobertura cualquier operación de comercio exterior realizada por el cliente. Por esta razón, se abre una cuenta especial de liquidación, en la que se anotarán todos los pagos que haga la entidad financiera por cuenta del cliente y que no sean atendidos por este; iii) en fin, se documenta en póliza intervenida notarialmente, lo que ofrece al acreedor un medio de fácil realización procesal, pues la entidad financiera podrá iniciar el procedimiento de ejecución en caso de impago del saldo o cuenta de liquidación (4).

En la práctica, la póliza global de comercio exterior funciona como una superposición de garantía, en la medida en que no afecta a la regulación y garantías derivadas de las concretas operaciones de comercio exterior formalizadas entre la entidad financiera y el

(4) La garantía de la intervención notarial, en relación con el cliente, se produce en dos momentos: primero, en el momento de la constitución de la garantía, al ofrecer al deudor un asesoramiento imparcial y garantizar la prestación de un consentimiento informado (art. 17 bis Ley del Notariado); segundo, en el momento de la ejecución, al comprobar que la liquidación realizada por la entidad financiera se ajusta a lo pactado por las partes, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 218 del Reglamento Notarial.

cliente, sino que solo ofrecen a la entidad financiera una garantía procesal añadida para, en su caso, utilizar una vía de cobro de fácil acceso. Por eso en este tipo de pólizas es frecuente la *cláusula de reserva*, en virtud de la cual la entidad financiera no tiene obligación de financiar las operaciones de comercio exterior enumeradas, sino solo cuando se acepten en los términos pactados por las partes.

Por otro lado, conviene delimitar el alcance de la garantía que el cliente presta a la entidad financiera. Se trata, como hemos advertido antes, de un afianzamiento que presenta dos notas: a) por un lado, es una garantía frente a la entidad financiera, pero no frente a la contraparte de la operación de comercio exterior. Es decir, estamos ante una relación jurídica independiente del CDI o del aval internacional o de la compra financiada en divisas, porque en virtud de este "aval bancario" el cliente no asume ninguna obligación frente al vendedor de las mercaderías internacionales; y b) por otro, es un aval frente a la entidad financiera cuya extensión y contenido dependerá del tipo de operación de comercio exterior realizada por el cliente. En efecto, en la póliza global de comercio exterior se delimita de manera precisa la garantía que el cliente presta a la entidad financiera, distinguiendo si es un CDI, una compra en divisas financiada o un aval internacional.

En consecuencia, la posición del cliente frente a la entidad financiera no depende del contenido de la póliza, sino del CDI y especialmente de las instrucciones suministradas a la entidad financiera, que pasamos a analizar.

IV. LA OBLIGACIÓN DE EXAMEN DE LA DOCUMENTACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD FINANCIERA

En la compraventa internacional de mercaderías que utilizan como medio de pago el CDI, se suele incluir una cláusula específica indicando que el pago se realizará por medio de entidad financiera (banco emisor), que emitirá una carta de crédito siguiendo las instrucciones del cliente, de modo que el pago se realizará contra la presentación de los documentos por parte del vendedor. Se trata, como decíamos antes, de una comisión mercantil, en la que resultan fundamentales dos actos: el suministro de "instrucciones" por parte del cliente/comprador y la "carta de crédito" que emite el banco

emisor a favor del beneficiario para realizar el pago contra la presentación de documentos.

En las RUU (5) se persigue que las instrucciones sean claras y precisas; que no haya remisiones a otros documentos anteriores; y que se especifiquen los documentos contra cuya entrega se realizará el pago. Por su parte, el artículo 254 CCom señala que el comisionista debe sujetarse "a las instrucciones recibidas del comitente", y el 255 añade que "en lo no previsto… deberá consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio", y en caso de no ser posible "hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio". Finalmente, el CC, de aplicación supletoria, señala en su artículo 1714 que "el mandatario no puede traspasar los límites del mandato", aclarando el artículo 1719 que "en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante".

Estas instrucciones emitidas por la sociedad A y la carta de crédito emitida por la entidad financiera X a favor de B configuran la relación jurídica básica derivada del CDI y en particular la principal obligación que asume la entidad financiera, que no es otra que el deber de examen de la documentación recibida del beneficiario, para comprobar que se ajusta a las instrucciones recibidas de su cliente. Y solo cuando el *test de ajuste* sea positivo está obligado a pagar. Al deber de examen hacen referencia específicamente las RUU, que señalan en su artículo 13 que la entidad financiera debe examinar "con un cuidado razonable, que aparentemente los documentos están de acuerdo con los términos y condiciones del crédito".

La jurisprudencia española relativa a la comisión mercantil también nos puede ayudar de guía para delimitar la posición de la entidad financiera y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1996 señala que "los documentos deberán ser examinados con razonable cuidado para comprobar que aparentemen-

(5) Según el artículo 5 RUU "las instrucciones… deberán ser completas y precisas. Para evitar cualquier confusión o malentendido, los bancos desaconsejarán cualquier intento de i) incluir excesivos detalles en el crédito o cualquier modificación del mismo; ii) … haciendo referencia otro crédito emitido con anterioridad… b) Todas las instrucciones… deberán expresar claramente los documentos contra los que se tiene que hacer el pago, aceptación o negociación".

te están de acuerdo con los términos y condiciones del contrato". Este análisis formal ya fue anticipado por la STS de 14 de mayo de 1984, que afirmó que "la responsabilidad del banco queda limitada al análisis y examen de la concurrencia de los requisitos extrínsecos de los mismos documentos que denoten su autenticidad". En definitiva, la entidad financiera solo actúa correctamente cuando paga al beneficiario contra la entrega de las facturas emitidas por esta, siempre que haga una comprobación formal de la regularidad de las facturas. Es decir, solo tiene que hacer un examen formal, para comprobar que la factura está completa, que es correcta, que está vencida y, especialmente, que se corresponde con las instrucciones del ordenante.

Las anteriores consideraciones nos permitirán aclarar la actuación de la entidad financiera X en relación con la carta de crédito y las instrucciones suministradas por la sociedad "A, SL" a favor de "B, SRL". Como se ha expuesto en el apartado de "antecedentes", en las facturas remitidas por el beneficiario y pagadas por la entidad financiera existen varias facturas no vencidas o que no se corresponden en su numeración con las comunicadas a la entidad financiera X, hasta una cantidad de 30.000 euros. La clave está en si para apreciar el no vencimiento de la factura o la numeración basta un examen formal o de regularidad. Y no hay duda: en el primer caso, porque la entidad tendría que haberse cerciorado de que la factura no estaba vencida, para lo cual hubiera bastado la simple comprobación de la fecha. Además, de considerarse que la deuda tenía que pagarse en un plazo futuro, sería aplicable lo dispuesto en los artículos 1125 y ss. CC, según los cuales la obligación solo es exigible "cuando el plazo llegue" y que el plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes, de lo que se deduce que si la entidad financiera pagó anticipadamente "no podrá repetir" el pago (art. 1126); y en el segundo caso, porque la entidad financiera solo tendría que haber cotejado el número de la factura entregada por el beneficiario con los números que figuran en la carta de crédito para comprobar que no estaban dentro de las instrucciones de la sociedad A. De lo anterior se deduce que la entidad financiera X no ha cumplido adecuadamente su deber de examen formal y de regularidad de las facturas sometidas a su examen.

V. LA AUTONOMÍA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO INTERNACIONAL CON RELACIÓN AL CONTRATO DE COMPRAVENTA SUBYACENTE

Un segundo grupo de facturas merecen nuestra atención: aquellas que, por importe de 20.000 euros, se corresponden con mercaderías no solicitadas por la sociedad A (comprador) a la sociedad B (vendedor). Para dar una respuesta tenemos que tener presente dos cuestiones: i) la obligación que asume la entidad financiera frente al beneficiario (B) es una promesa unilateral de pago incondicionada; y ii) esta promesa es independiente del negocio subyacente o compraventa internacional de mercaderías entre vendedor (B) y comprador (A). El artículo 3 RUU es claro, al señalar que "los créditos son, por su naturaleza, operaciones independientes de las ventas o de cualquier otro contrato en los que puedan estar basados y a los bancos no les afectan ni están vinculados por tales contratos…". Autonomía e independencia del CDI respecto del negocio subyacente que es apuntado por doctrina y jurisprudencia de forma unánime. En este sentido, la STS de 5 de junio de 2001 (6) distingue las acciones "que surgen del contrato de compraventa, a dilucidar entre comprador y vendedor, en las que el banco resulta un tercero ajeno y las que surgen del crédito documentario, irrevocable, a dilucidar entre banco y beneficiario del crédito, que hace imposible el trasvase de acciones y responsabilidades".

Esta autonomía e independencia influye en el régimen de excepciones oponibles por parte de la entidad financiera frente al beneficiario, es decir, ¿cuándo puede lícitamente negarse al pago la entidad financiera? Parece claro que solo podrá oponer las excepciones basadas en el CDI y en la carta de crédito (en el documento), pero no las excepciones basadas en el negocio subyacente (en la compraventa internacional de mercaderías). Aplicado a nuestro caso, lo más lógico es considerar que la entidad financiera X no tenía obligación de indagar si la sociedad A había solicitado a B las mercaderías a que se refieren las facturas entregadas por este a la entidad financiera X. Esta tenía como única obligación comprobar si las facturas se ajustaban formalmente a la carta de crédito. Pero en cambio no tiene obligación de comprobar las vicisitudes del contrato de com-

(6) RJ 6668.

praventa, que pertenece al ámbito de las relaciones bilaterales entre comprador y vendedor.

Como consecuencia de lo anterior y de esta autonomía e independencia del CDI es que la entidad financiera ha pagado correctamente las facturas presentadas por "B, SRL". No obstante, como dichas facturas se corresponden con mercancías no solicitadas por "A, SL", esta puede reclamarle daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato subyacente de compraventa.

VI. SOBRE LAS FACTURAS GIRADAS A NOMBRE DE LA "CB" Y LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE "A, SL"

El tercer grupo de facturas que merecen nuestra atención es el relativo a aquellas emitidas a nombre de "A, CB" en 2004 por importe de 10.000 euros, de las cuales la mitad estaban incluidas en el CDI original con la empresa italiana. Como ya se ha señalado en los "antecedentes", más tarde se constituyó "A, SL", a la que se aportó la empresa que venía girando en el tráfico como una "CB". Con lo cual cabe preguntarse si "A, SL" debe responder de las obligaciones asumidas por la CB y si, de ser así, las facturas giradas a nombre de esta fueron pagadas correctamente por la entidad financiera X.

Pues bien, en primer lugar conviene analizar cuál es la naturaleza jurídica de la reseñada "CB". Pese a la calificación de ese ente como "comunidad de bienes", entiendo que en este caso no hay tal, sino una "comunidad empresarial" que, a juicio de la doctrina más atenta, es una verdadera sociedad mercantil irregular a la que se aplica el régimen de la sociedad colectiva contenida en el Código de Comercio. En efecto, hay *sociedad* porque hay origen voluntario y promoción en común del fin social; es *mercantil* porque el objeto es la realización de una verdadera actividad empresarial; y es *irregular* porque al no haberse utilizado válidamente algunos de los tipos de sociedades mercantiles regulados merece la calificación de irregular.

Una vez aclarada la verdadera naturaleza jurídica de la presunta "CB", el siguiente paso es que los socios aportan la empresa en la constitución de "A, SL". ¿Qué ocurre con las deudas? En nuestro ordenamiento no existe una regla general que disponga la asunción automática de las deudas. De este modo, la asunción debe pactarse expresa o tácitamente. A falta de pacto de asunción contenido en

la escritura pública, entiendo que en el presente caso la propia actividad desarrollada por "A, SL", así como su composición objetiva y subjetiva, conducen a afirmar que de manera tácita se ha producido una asunción de las deudas de la "CB" por "A, SL".

Cuestión distinta es que todas las facturas estén englobadas en el CDI. La entidad financiera X, como hemos señalado, tenía la obligación de examinar la regularidad formal de las facturas amparadas en el contrato. Y de los antecedentes expuestos, resulta que solo la mitad de las facturas pagadas por la entidad financiera estaban incluidas en el CDI. Las otras se han pagado por la entidad financiera indebidamente, sin perjuicio de que la sociedad "B, SL" pueda reclamarlas exigiendo el cumplimiento del contrato subyacente. Como se observa, son las dos notas, "literalidad" del CDI y "autonomía", las que nos ofrecen las claves para responder a la pregunta planteada.

VII. CONCLUSIONES

1.ª La sociedad "A, SL" firmó con la entidad financiera X un crédito documentario internacional (CDI), sin perjuicio de reforzar y garantizar las obligaciones derivadas de este por medio de la denominada póliza global de comercio exterior. En ningún caso se formalizó un aval bancario a primera demanda a favor de la sociedad italiana "B, SRL".

2.ª En virtud del CDI, la entidad financiera X asume la obligación, reconocida por la jurisprudencia y por las Reglas y Usos Uniformes del comercio internacional, de pagar al beneficiario contra la presentación de los documentos, siguiendo las instrucciones emitidas por la sociedad ordenante en la carta de crédito. La entidad financiera tiene obligación de realizar un examen formal, de regularidad, de las facturas presentadas y comprobar que se corresponden con las instrucciones suministradas por la sociedad. Por esta razón, las facturas incluidas en el grupo 1 (que se corresponden con facturas no vencidas o de numeración diferente) han sido pagadas indebidamente por la entidad financiera X.

3.ª Por otro lado, el CDI es un contrato autónomo e independiente del contrato subyacente, esto es, de la compraventa internacional de mercaderías que liga a "A, SL" con la italiana "B, SL". Por esta razón, las facturas incluidas en el grupo 2 (que al parecer se

corresponden con mercancías no solicitadas por "A, SL") han sido pagadas correctamente por la entidad financiera X.

4.ª En cuanto a las facturas emitidas a nombre de "A, CB", entendemos que "A, SL" asumió tácitamente todas las obligaciones derivadas de la actividad empresarial de la presunta comunidad de bienes; no obstante, solo están amparadas por el CDI aquellas facturas cuya numeración estaba incluida en las instrucciones suministradas a la entidad financiera por "A, SL".

5.ª En resumen, "A, SL" puede reclamar a la entidad financiera X el importe de las facturas que no debían haber sido pagadas, más los daños y perjuicios (por ejemplo, intereses de demora derivados de la inclusión de esa cantidad en el saldo de la póliza global) que le haya causado esta negligencia.

ACTUALIDAD JURÍDICA

DE NUEVO ACERCA DE EUROPA, RECEPCIÓN, HISTORIA, LITERATURA Y ARTE

M.ª Lourdes Martínez de Morentin Llamas
Doctora. Profesora colaboradora
Derecho romano
Universidad de Zaragoza

La *Historia del Derecho como obra de arte* (1) es una obra recopilatoria de varios trabajos del profesor Michael STOLLEIS en donde no solo se subrayan las vinculaciones entre historia y literatura, los posibles acercamientos entre ciencia histórica y creación artística, o el provecho que puede reportar a los historiadores del Derecho la atención a la Historia del arte y de la literatura y a los documentos que estas procesan, sino que al mismo tiempo, se logra, con un cuidado estilo narrativo y en la edición de sus textos, producir verdaderas obras de arte que, simultáneamente, resultan extraordinariamente consistentes bajo el más riguroso escrutinio científico (2), pero además es que se lee con verdadero deleite; constituye una de esas lecturas para juristas que hay que recomendar, un viaje al interior en el que se disfruta en todo momento y del que se aprovecha también casi todo. En definitiva, preciosas noventa páginas.

ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS

El profesor Michael STOLLEIS fue catedrático de Derecho público en la Universidad de Frankfurt am Main desde 1974, y director del Max-Planck-Institut für europaïsche desde 1991, además de *Doctor honoris causa* por distintas y prestigiosas Universidades (Lund, 1999; Toulouse, 2002; Papua, 2004; Helsinki, 2010); miembro de numerosas academias alemanas y extranjeras, y ha recibido importantes premios. Proveniente del mundo rural y vinculado al mundo agrario antes de pasar al universitario, concibe el trabajo científico como una tarea artesanal y solidaria, lejos de forzadas extravagancias intelectuales. Apasionado por la literatura, acudía a las cla-

(1) STOLLEIS, M.: *La Historia del Derecho como obra de arte*, Comares, Granada, 2009.

(2) Literalmente, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: en *Presentación* a STOLLEIS, M.: *La Historia del Derecho como obra de arte,* cit., p. XI.

ses de Edwin Walter PALM, en Heidelberg y Würzburg, historiador del arte y de la cultura retornado del exilio en Hispanoamérica, que hablaba a sus alumnos de LORCA y ALBERTI, de GÓNGORA, CALDERÓN y LOPE DE VEGA. Esta influencia de la literatura se palpa a lo largo de sus trabajos, donde prefiere la tradición narrativa frente a la elucubración especulativa.

En 1972 se publica una versión revisada de su tesis doctoral, dirigida por su maestro, el historiador del Derecho Sten GRAGNER (1921-2000), bajo el título *Staatsraison, Recht und Moral in philosophischen Texten des späten 12. Jahrunderts*. Se une así la filosofía a la literatura, por lo que no debe sorprendernos que desde 2002 sea miembro de la Academia alemana de la lengua y literatura, con sede en Darmstadt, o que haya publicado en 2003 un libro donde recopila veinticuatro breves textos comentados, de la mejor prosa didáctica del período de la ilustración alemana, con maestría, desde las perspectivas jurídica e histórica, pero también con "exquisita sensibilidad" desde el punto de vista literario según refieren sus críticos (3). Su estilo literario impregna toda su obra, que no solo es jurídica, como demuestran algunos de sus estudios *(De metáforas y derechos*) (4).

Sus intereses intelectuales han sido determinados por su pertenencia a una generación salida de la era Adenauer, por lo que sentía la responsabilidad histórica de investigar el inmediato pasado nacionalsocialista. De ahí su interés por la *razón de Estado* sobre la que había trabajado en su tesis doctoral, que después vierte en otros trabajos, como el de 1973 para su habilitación, y otros publicados en 1994.

Sus trabajos como historiador del Derecho se centran en el Derecho público de comienzos de la edad moderna: el Estado, con su funcionariado, sus finanzas, su ejército y su ceremonial; y es ahí donde analiza STOLLEIS en particular el papel que cobran los juristas en el marco del nuevo *ius publicum*; sus elaboraciones teóricas y consolidación como estamento social.

Numerosas publicaciones particulares van abriendo la posibilidad de una exposición general a semejanza de la *Historia del Derecho privado* de WIEACKER. La *Historia del Derecho público* de STOLLEIS no insiste en la descripción de hechos, instituciones, guerras y tratados de paz, ni trata de volver a relatar la Historia de las ideas políticas, sino que es una Historia de autores y de libros, de universidades, colegios, academias y estudiantes, de consejeros y diplomáticos; era preciso superar la tentación de reconstruir racionalmente los procesos conforme a datos solo disponibles en momentos posteriores. Habría que sumergirse en el contexto propio de los autores y de sus construcciones mentales, trazado no solo por la política, sino también por las diferencias de religión y por otro tipo de factores. Se

(3) En este sentido, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: en *Presentación* a STOLLEIS, M.: *La Historia del Derecho como obra de arte,* cit., VII.

(4) *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*, 2004, recensionado en España por F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ: "De metáforas y derechos", *e-legal history review*, núm. 2, 2006.

trataba de analizar con detalle la progresiva institucionalización del pensamiento jurídico público sobre el poder.

En 1988 se publicó finalmente el volumen de la *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (5) y en años posteriores el segundo (6) y tercer (7) tomos. Estos grandes volúmenes fueron completados por numerosos estudios particulares y por la preparación de un cuarto, que comprendía la Historia del Derecho público en las dos Alemanias hasta la reunificación de 1989/1990, tarea difícil, que fue siendo preparada con diversos artículos publicados a lo largo de los dos últimos decenios.

Especialista en protección y asistencia social, protección de la juventud, o de los discapacitados desde la perspectiva histórica y también considerándolo objeto de la actual política del Derecho (8), su obra ha sido ampliamente difundida en francés, inglés, italiano e incluso chino, pero apenas ha sido traducida al castellano, con la salvedad de un par de breves artículos (9), por lo que los hispanoparlantes interesados en su obra teníamos que hacer un esfuerzo añadido para su comprensión. Por lo tanto, hay que agradecer a Ignacio GUTIÉRREZ que se haya salvado tal laguna con la traducción que ha llevado a cabo de algunos de los artículos (seleccionados de acuerdo con el propio STOLLEIS), que parecían de interés para ser publicados dentro de la colección Derecho romano y ciencia jurídica europea de la Editorial Comares.

STOLLEIS es una de las máximas figuras de la doctrina alemana del Derecho Público y de la Historia del Derecho que, sin ser romanista, observa cómo la tradición del Derecho romano se le ha aparecido una y otra vez ante sus ojos. Siempre. De ahí que considere interesante detenerme en alguno de los artículos que aparecen en este pequeño gran libro reflejados. El primer trabajo de esta selección se titula *Escribir Historia del Derecho: ¿Reconstrucción, Narración o ficción?* El segundo: *Corpus Iuris Civilis par coeur*. Le siguen: *El Derecho Romano y la formación del Estado moderno,* y *La "casa europea" y su constitución*. Seguramente basta con la mención de los títulos para que la invitación a la lectura se haga atrayente.

El primero de ellos contiene unas reflexiones metodológicas sobre la prioridad que daba su maestro (Sten GRAGNER) a la concreta práctica inves-

(5) Que comprende desde mediados del siglo XVI hasta la caída del Imperio en 1806.

(6) Comprende el siglo XIX, comienza con la Revolución francesa y termina en 1914.

(7) Recensionado por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: bajo el título "Continuidades y desarrollos en el Derecho público alemán", en *Foro. Nueva época*, 2004, pp. 401 ss., comprende desde el final de la 1.ª GM hasta la caída del régimen nacionalsocialista.

(8) STOLLEIS: *Geschichte des sozialrechts in Deutschland*, 2003.

(9) VVAA: "Reforma y Derecho público en Alemania"*, Martín Lutero (1483-1983). Jornadas hispano-alemanas sobre la personalidad y la obra de Martín Lutero en el V Centenario de su nacimiento*, Madrid, 1984, pp. 121 ss., y "Las líneas de desarrrollo de la dogmática en el Derecho Administrativo en la era industrial", DA 234, 1993, pp. 1 ss.

tigadora por encima de la teorización metodológica, dando escasa importancia al pensamiento que únicamente se dedica a elucubrar directamente y en abstracto sobre el objeto y método de la disciplina; ello no implica descuido de la reflexión teórica, tal y como pone de manifiesto en el prólogo al primer volumen de su gran obra *Historia del Derecho Público en Alemania*.

El segundo trata sobre unos grabados destinados a contribuir a la memorización de las rúbricas del Digesto, lo que era de gran importancia para la formación de los juristas en la Edad Moderna. El tercero, sobre la cambiante valoración de que ha sido objeto la recepción del Derecho romano y sobre el papel que le es atribuido en el surgimiento del Estado moderno en Alemania; este estudio supone un ensayo crítico sobre la materia y al mismo tiempo un modelo para el tratamiento de la formación histórica de las verdades científicas. El cuarto, acerca de las bases históricas sobre las que se constituye jurídicamente Europa, no solo remite a un pasado en buena medida articulado en torno a la tradición romanística, sino que desde él determina los criterios para la tarea de futuro, consistente en delimitar el marco cultural de la ulterior integración política europea.

BREVES ANOTACIONES A PROPÓSITO DE CÓMO RECORDAR LAS RÚBRICAS DEL DIGESTO

Las reflexiones que vienen a continuación nacen de la lectura general del librito, pero sobre todo surgen a propósito del segundo de los estudios: *Corpus iuris civilis par coeur* (10). Se refieren a la importancia de la memoria en el estudio del Derecho. A la técnica para recordar los libros y títulos del Digesto y a la importancia de la memoria como herramienta para conseguir aptitudes jurídicas antes y ahora; lo que en la actualidad, y empleando la nueva terminología de Bolonia, recibe el nombre de "adquisición de competencias".

Utilizando la capacidad de asociación del estudiante, los escritores medievales utilizaron un ingenioso sistema que facilitaba el recordatorio de todas las rúbricas del Digesto. Aunque a fuerza de leer se memoriza, tarea más difícil es sacar a la luz el recuerdo de lo estudiado para demostrar que se sabe. Sobre todo si te van a examinar de ello. Las dificultades que se presentan al estudiante son las mismas antes y ahora. Puede variar, y de hecho varía el contenido del objeto de nuestro estudio, pero tarde o temprano en algún momento de nuestra trayectoria estudiantil, primero como alumnos, quizá después como profesores, hemos de saber plasmar lo mejor posible que se ha retenido aquello sobre lo que se ha estudiado y trabajado, investigado o analizado, ante uno o varios tribunales constituidos para el

(10) "Corpus Iuris Civilis par coeur", en Hans-Peter Haferkamp/Tilman Repgen (editores), *Usus Modernus Pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit. Klaus Luig zum siebzigsten Geburtstag*, Colonia/Weimar/Viena: Bohlau, 2007, pp. 245-269. Traducción de Ignacio GUTIÉRREZ.

desempeño de la fascinante tarea de enjuiciar a un alumnado joven, o a un compañero, quizá entrado en canas.

En el supuesto que se haya realizado un trabajo de investigación, la memoria tiene sus propios mecanismos recordatorios para poder mostrarlo, sin apenas dificultad, porque lo único que debe hacer es recordar los tiempos. Señalar por medio de palabras las etapas seguidas o el proceso llevado a cabo hasta lograr desentrañar la cuestión que nos habíamos planteado como objeto de nuestra labor investigadora. En ese momento, como si de una cinta de película se tratase, se nos reproduce en la memoria todo el *iter* desde el principio hasta el final, con lo que basta con que digamos lo que vemos en nuestra imaginación de los hechos ya vividos, de las experiencias investigadoras que se produjeron; para ello es de inestimable valor recordar pequeñas anécdotas que han servido para fijar las líneas de actuación o la trayectoria llevada a cabo. Incluso el tiempo que hacía la tarde de nuestro descubrimiento o hallazgo; aquella conversación que mantuvimos; la idea que surgió en base a tal o cual acontecimiento que se produjo, y que nos llevó a otra más brillante que es la que nos sirvió para sustentar el argumento que ahora, en este preciso momento, se nos pide que expongamos de la mejor manera posible. Eso sería una narración.

Pero si ahora se nos preguntara sobre un temario determinado, sobre el que ha de responderse, según un sorteo en el que entran por ejemplo un gran número de temas (pongamos por caso 50), la narración no es posible, y se abre el paso a otra parte de nuestra inteligencia a la que le exigimos un ejercicio bastante distinto del referido anteriormente. Si a ello añadimos la tensión nerviosa, los nervios del momento, el ambiente cargado, las energías negativas, las intenciones de los que van a juzgar al examinando, podemos llegar a la conclusión de que de nada sirve la racionalización de lo aprendido, que por otra parte podría ser expuesto clara y brillantemente en otro contexto, de manera ordenada y utilizando distintas herramientas (léase textos; para el jurista, ya que esa es su herramienta de trabajo) que seguramente le ayudarían a clarificar las ideas y detenerse en lo sustancial frente a detalles de poca importancia; de la misma manera se facilitaría la enseñanza o el aprendizaje para los alumnos por medio de otros métodos tales como el razonamiento o la comparación, la intuición y la lógica jurídica que, aparte de la memorización, son muy útiles.

Pues bien, ahora retrocedamos en el tiempo; estamos en la Europa de la Edad Media, donde no existe la imprenta y donde son muy pocos los que tienen el texto, cualquier texto. Quizá en el occidente europeo, coincidiendo con la caída del Imperio romano de occidente (c. 453), pudo conservarse algo de la riqueza que representaban los manuscritos, por parte de las comunidades monásticas que eran conscientes de ello. De la misma manera que las *Escrituras* fueron en los monasterios el tesoro más preciado de los monjes, quizá convivieron con obras jurisprudenciales, de astrología o medicina, u otras ciencias, tal y como atestiguan tantos hechos a lo largo de la historia sobre hallazgos de manuscritos de muy distintas ramas del

saber, en legajos hallados en salas capitulares o entornos similares (11). Aquellos monjes copiaban los textos sagrados, aprendían a leer y a escribir a partir de sus pasajes, los memorizaron y acogieron la contemplación que emanaba de su sabiduría.

El Digesto fue casi el libro sagrado para un jurista, y la aplicación a su estudio tan necesaria como la *lectio* divina de que nos habla Orígenes en sus cartas a Gregorio el Taumaturgo (12). Y con insistencia se planteaba su estudio para su aplicación posterior o al menos para la posterior dedicación del lector empedernido como futuro maestro de estudiantes. Hay que decir que copiar una Biblia costaba "unos dineros", por lo que probablemente cualquier otro texto que no fuera aquel, sería costosísimo y nada asequible para el vulgo. Si se quería escribir en pergamino [lo que fue habitual a partir del siglo III al pasar la edición de los textos del *liber* (rollo de papiro atado) al *codex* (pieles, paginado y cosidas sus páginas)], había que matar unas doscientas cabras, curtir las pieles y luego escribir a mano. Se cuenta de unas monjas de la Edad Media que con lo que les pagaron por una Biblia copiada por ellas, compraron toda una hacienda para ampliar el convento. Si podemos imaginar lo difícil que sería para un particular adquirir una Biblia… ¡cuánto más lo sería el poseer una obra como el Digesto!

La dificultad que entrañaba la tarea aquí descrita para la consecución de un texto, y la escasez de materiales para poder ser realizada, es avalada por numerosos hallazgos y descubrimientos que confirman que se produjo una reutilización de materiales que contenían textos originales diversos, que una vez borrados con los medios químicos rudimentarios de la época, fueron nuevamente empleados para ser reescritos. De esa manera no debería extrañarnos el recurso a los palimpsestos como el descubierto por NIEBHUR en 1816, en la sala capitular de Verona. El historiador tuvo la idea de detenerse en la biblioteca capitular de esa ciudad para leer un texto de las Epístolas de San Jerónimo, escrito en el siglo IX, percatándose de que dicha obra estaba escrita sobre otra que le pareció interesante desde el punto de vista jurídico. Comunicó su observación a SAVIGNY, el cual identificó el texto como las *Instituciones* de Gayo, lo que significó un hito importantísimo para los estudiosos del Derecho romano, imprimiéndose a continuación una serie de ediciones de dicha obra (13).

GUTEMBERG estrenó su invento en 1452, y lo hizo imprimiendo 150 ejemplares de la Biblia en dos tomos (14), posiblemente en alemán, lo que se siguió haciendo hasta el siglo XVI, en el que por distintos acontecimientos

(11) Desde la literatura, *El nombre de la rosa,* de Humberto ECO.

(12) "Dedícate a la *lectio* de las divinas Escrituras, aplícate con perseverancia (…) Entrégate a la *lectio* (…)", ORÍGENES, *Carta de Orígenes a Gregorio el Taumaturgo*, 4.

(13) Véase, en este sentido, el *Prólogo* de F. HERNÁNDEZ-TEJERO a las *Instituciones* de Gayo, Madrid, 1985, pp. 25-27.

(14) A partir del siglo XVI quedó prohibido tener una Biblia en lengua vernácula debido a la polémica suscitada por Lutero en cuanto a los problemas derivados de la

se prefirió el latín, constituyéndose en la lengua culta de occidente europeo, que ya era la lengua de la Iglesia. En Alemania, la recepción del Derecho romano se había producido de manera directa por medio de la afluencia de estudiantes germanos a Bolonia, y con la creación por parte del emperador Maximiliano, a finales del siglo XV, de un Tribunal Central con jurisdicción para determinados asuntos y con competencia en todo el territorio del Imperio (15), por lo que puede decirse que se había producido, por tanto, la recepción definitiva del *Corpus Iuris* (16). Por todo ello no resulta descabellado pensar que el uso de la lengua empleada por Cicerón fuera algo muy extendido al menos entre las clases cultas, y en su versión popular por el vulgo (latín macarrónico). Pero no todos sabían esa lengua, así que el conocimiento del latín se convirtió en necesario para el estudio de la ciencia, del arte, de la música o del Derecho, ya que la mayor parte de los textos empleados habrían sido redactados o traducidos en lengua latina, y con la imprenta, también los de mayor difusión. La tradición atribuye a Irnerio, gramático, filólogo y lógico, el magisterio y la autoridad en materia jurídica a comienzos del siglo XII, seguramente en latín (17).

Volvamos pues al libro de texto (manual, diríamos hoy) de un jurista de la época: el *Digesto* de Justiniano. Ciertamente algunos profesores se sabrían el Derecho romano, o más exactamente, el Digesto de memoria; o al menos podían recitar sin titubeos los epígrafes de los libros y de sus títulos, lo cual resulta bastante verosímil, ya que estos profesores enseñaban tales textos durante muchos años, comentándolos detalladamente. Su vida consistía en aprenderlo y aprovechar esos conocimientos. Piénsese que por ejemplo para la admisión en los *Collegia doctorum iuris* de las universidades medievales italianas se exigía la posesión del *Codex*, del Digesto y de las *Instituciones*, y para la prueba de admisión se exigía además la capacidad de comentar eruditamente un texto seleccionado al azar (18). El mundo ilustrado hablaba latín, no existían fronteras nacionales ni cupos de admisión de extranjeros. El régimen de estudios se parecía mucho en todas partes. Sus fines, métodos y objeto, el nomadismo de los escolares, eran uniformes y conformaban el estilo de un estamento de juristas seguro de sí mismo que, desde el siglo XV, determinó en todas partes el perfil de las administraciones y los tribunales de las ciudades, los príncipes y los

libre interpretación de la misma. Por lo que a partir de entonces su manejo solo era en latín (cfr. *Guía bíblica*, 2010, Edit. VD, Navarra, 2009). Curiosamente, en esa misma época, en el norte de Europa, el protestantismo naciente conseguía difundirse y poner la Biblia en manos del pueblo.

(15) Me estoy refiriendo al Sacro Imperio Romano Germánico (Otón I, en el siglo X, se proclamó continuador del Imperio romano a través de la fórmula de la *traslatio* o *renovatio imperio*, lo que dio origen el Sacro Imperio Romano Germánico), idea que imperó hasta el siglo XVIII.

(16) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Público romano*, 12 edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, pp. 284 ss.

(17) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: DPR, cit., pp. 270 ss.

(18) Sobre esto, U. MEYER-HOLZ, *Collegia Iudicum*, Baden-Baden, 1989, pp. 124 ss.

reyes (19). No poseemos datos sobre lo que sucedería en nuestras universidades españolas, pero sabemos que la tradición universitaria se inició con las Universidades de Salamanca (1218) y Palencia (1220), a las que siguieron las de León y Valladolid, donde se procedería de la misma manera; los primeros profesores provendrían de Bolonia, donde habrían estudiado, y al regresar ocuparían cátedras y puestos relevantes en la Administración; aunque ciertamente, solo desde mediados del siglo XIII, con Alfonso X, se incorporó la enseñanza del *Corpus Iuris Civilis* en las universidades (20).

El Derecho romano había comenzado a ser estudiado como disciplina autónoma a partir de los estudios impartidos por la Escuela de Bolonia, fundada en el siglo XI, con base en la recomposición filológica del Digesto (*Littera Bononiensis*, también llamada *Vulgata*) (21), ya que hasta entonces era estudiado de manera elemental dentro de las disciplinas del *Trivium*. Ya en 1265 se había creado un Colegio español debido a la afluencia de estudiantes españoles entusiasmados por la cultura del Derecho que dimanaba de la Compilación justinianea, por lo que a su vuelta, introdujeron en España el afán por el conocimiento de ese Derecho que por primera vez iba a ser enseñado desde las cátedras, las cuales no tardaron en surgir y pudo así enseñarse la renacida ciencia del Derecho romano.

A diferencia de la actualidad, la memorización era una de las principales técnicas culturales, y existía desde antiguo. Recuérdese, tal y como relata Cicerón, que los niños aprendían a leer y escribir recitando de memoria las XII Tablas que, expuestas en el foro romano, fueron destruidas en uno de los incendios llevados a cabo por los galos. Desde la más tierna infancia aprendía uno de memoria cuantos datos fueran necesarios en relación con su vida particular y social: canciones, lenguas, derechos. Resultaba decisivo retener en la cabeza los conocimientos y los datos de importancia vital, ya que los manuscritos y los libros eran escasos y costosos, en un mundo en el que la imprenta todavía no había hecho su aparición; por eso no puede extrañarnos encontrarnos, una y otra vez presentes en las obras de los autores, pensamientos e ideas ya reflejadas por anteriores pensadores en sus obras (reglas mnemotécnicas de Aristóteles utilizadas por SHAKESPEARE; ideas de GRACIÁN en versión de SHOPENHAUER), en un intento no de

(19) STOLLEIS: "La Casa europea y su constitución", en *La Historia del Derecho como obra de arte*, cit., p. 71, y bibliografía citada en nota a pie 35.

(20) POU ORDINAS: *Historia externa del Derecho romano*, 3.ª edición, Barcelona, 1934, p. 339.

(21) Un tratamiento del tema en FERNÁNDEZ BARREIRO: *La tradición romanística en la cultura europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 30 ss. Desde otro punto de vista, la adopción del Derecho contenido en el Digesto sirvió para la reconstrucción y desarrollo del Derecho canónico. Entre los elogios que recibían los juristas medievales, se encontraba la afirmación de que podían repetir de memoria el *Corpus Iuris Civilis*, a veces incluso, además, el *Corpus Iuris Canonici*. Así, por ejemplo, P. RAVENATUS, cuya vida transcurrió entre 1448 y 1508, autor de *Phoenix seu Artificiosa Memoria*. Cfr. con M. STOLLEIS: "Textor", HRG 5, 1998, columnas 167 ss.

suplantación del primigenio autor, sino de pura economía intelectual, o de reutilización de las ideas plasmadas con anterioridad; pues son los mismos pensamientos los que surgen una y otra vez en nuestras mentes; a veces muchos siglos después (22).

Toda esta tradición, que había perdurado hasta bien entrado el siglo XX, se ha desvanecido ante la formación de un mundo documental perfecto (enciclopedias, diccionarios, bibliografías, bancos de datos, Internet, etc.), donde no es ya tan importante recordar los datos, por otra parte numerosísimos, como saber adónde puede acudirse para encontrar los conocimientos requeridos. Y si bien no hay que olvidar la importancia que tiene el ejercicio de la memoria en el desarrollo intelectual íntegro de la persona, en la práctica se ha dejado ese asunto en manos de pedagogos y psicólogos expertos en desarrollo fisiológico cerebral, o forman parte de los recuerdos melancólicos de algunos sabios y eruditos que siguen pensando que la memoria sigue siendo un factor importante para los estudios de Derecho (y de otras ciencias) antes y ahora (23).

Aunque las empresas audiovisuales y las industrias de entretenimiento e informática están interesadas en ocupar ese vacío que se produce al liberar de nuestra memoria tantas cosas que antaño la ocupaban, no se puede prescindir del empleo de esta herramienta gratuita que todos poseemos, en los procesos del pensamiento, en las más variadas situaciones y mecanismos del intelecto. Memoria en sus diferentes facetas: como recuerdos (24), como representación, como asociación de ideas, etc. Memoria que no solo relaciona las cosas vividas o visualizadas, sino también cosas que han sido leídas, no necesariamente pensadas después ni razonadas, sino solo leídas. Y es verdad, a fuerza de leer se recuerda; pero además de leer también facilita mucho para el recuerdo el empleo de pequeños trucos y reglas mnemotécnicas (25).

(22) En torno a reglas mnemotécnicas, puede verse abundante bibliografía en nota a pie 4, STOLLEIS, *Corpus Iuris Civilis par coeur*, cit., p. 34.

(23) Solo unos cuantos pedagogos rigoristas y algunos expertos en psicología del desarrollo y en fisiología cerebral, junto con un puñado de viejos eruditos melancólicos lamentan, según STOLLEIS, aun hoy, que la mayor parte de los niños, en lugar de formar una buena memoria, hayan liberado la capacidad de almacenamiento de sus cerebros para los juegos de ordenador, las series de acción televisivas, y la audición constante a través de los auriculares (*op. cit*., p. 34). Los ipod, mp3, etc., el recurso al móvil, son una constante en nuestra sociedad, que ya no emplea la memoria para retener ningún dato si puede estar inserto en las nuevas tecnologías. Esto, que puede ser un gran avance, no debería constituir un obstáculo en el desarrrollo de la mente humana, que al fin y al cabo es lo único que todos poseemos y deberíamos saber utilizar.

(24) En el caso de algunas enfermedades mentales, incluso recuerdos no vividos, sino inventados por la propia persona que luego es capaz de recordarlos como si de un sueño vivido se tratase, posiblemente utilizando el mismo mecanismo que empleamos al soñar.

(25) Baste este pequeño ejemplo: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo eran autores consagrados en la Ley de citas de Valentiniano III y Teodosio II en el

Al margen de dicha cuestión, no se discute que en los estudios de Derecho durante los siglos XIII y XVIII, alumnos y profesores dispusieran de una gran cantidad de saber, memorizado, muy superior al que poseemos en la actualidad, y que su educación, en muchos casos, estuviera encaminada para la adquisición y desarrollo de una memoria prodigiosa. Resultaría costoso escribir con pluma de ganso, tener un tintero a mano y papel que no siempre podía adquirirse, por no decir las dificultades para obtener el caro pergamino al que ya se ha hecho referencia; pero ciertamente la escritura era de gran importancia para recordar, ya que lo que se escribe fácilmente se recuerda; y quizá fuese ese el origen de toda escritura (26) y también del dibujo como herramienta memorística. Piénsese en el arte de la miniatura, en la porcelana azul de Delft con dibujos de costumbres, representando a personas en diversas faenas o actividades agrícolas; las letras unciales o capitulares que introducían en un mundo imaginario a los que leían, rico, precioso, con sus hojas de parra y enredaderas surcando los márgenes de cada página, o figurillas de graciosos angelotes, etc., en libros de ediciones antiguas que aun podemos contemplar. Siempre la representación de las ideas por medio de imágenes, o de varias palabras, la suma de cuyas iniciales pueden dar lugar a una palabra nueva, con una representación diferente.

Ahora retrocedamos en el tiempo. Medievo alemán o medievo español: Salamanca; los estudiantes están en Capilla (haciendo referencia al lugar donde esperan su turno para ser examinados; se trata de una de las capillitas que rodean el claustro de la catedral vieja, alrededor del patio Chico). Hoy puede verse un altar a Santa Bárbara y un cuadro muy antiguo de la Virgen de Balbanera (con B). En un extremo, la puerta de atrás por la que salen los que no han aprobado.

Los estudios de Derecho duraban, como en los actuales planes de estudio, cuatro años, y, al menos hasta el siglo XVIII, se enseñaba el *Codex* y el *Digestum*. El estudiante y el profesor se encontraban con el *Corpus Iuris* impreso en varios volúmenes, libros de comentarios, o cuadernos escritos por el alumno al dictado, o prestados por alguien; se ayudaba de resúme-

426 dC. Dicha constitución imperial dispuso cómo debían estimarse en juicio las opiniones de los juristas, reduciendo estas opiniones a las de estos cinco, decidiendo en caso de empate la opinión de Papiniano. En una nueva redacción de la ley contenida en el Código Teodosiano (CTh. 1.4.3), se añade que también podían ser alegadas en juicio las opiniones de aquellos juristas que fueron citados por estos cinco. Para recordar los juristas que llevaron a cabo un tipo de obras llamado *Instituciones*, basta con cambiar: Papiniano por Marciano, que acaba igual (Paulo, Ulpiano quedan igual) y Modestino por Florentino, que acaba igual (Gayo no se cambia), y así tenemos: Marciano, Paulo, Ulpiano, Florentino y Gayo.

Cada uno de nosotros podría poner numerosos ejemplos de reglas para recordar distintas cosas fácilmente.

(26) Juan Carlos BOLOGNESI: "La palabra de un lingüista", pp. 85 ss., en *El legado de los siglos*, VVAA, dirigidos por J. RINALDI, Eler, Turín, 1955, traducción de L. PLAJA, Barcelona, 1958.

nes y de colecciones de definiciones, que cuando se aproximaba la fecha de los exámenes había que memorizar. Cuenta STOLLEIS que era frecuente la aparición de quienes ofrecían cursos de repaso y se aprovechaban de esa angustia por los exámenes, que todos hemos experimentado, prometiendo, a cambio de dinero, que proporcionarían la capacidad de responder "de carrerilla" a las preguntas habituales (27). La mnemotécnica era, por tanto, en esos casos, un recurso extremo para retener y poder recordar, con ayuda del alfabeto, los epígrafes en relación con un texto determinado, las líneas principales de lo mucho escrito.

El cuarto modelo de *Memoralia*

Entre 1450 y 1700, con la nueva técnica de la imprenta, se publicaron al menos 900 escritos que trataban sobre el arte de memorizar, lo que prueba la existencia de un "mercado" de tales productos, en base ciertamente a unas necesidades reales de contener en la cabeza la máxima cantidad de saber; facilitando un sistema que presentaba todo, una vez estudiado y aprendido, ordenado.

Haremos referencia a uno de ellos; en concreto, en 1673 se le ofrece al angustiado candidato un libro de Johannes BUNO, que le promete poner ante sus ojos todos los libros y títulos del Digesto mediante los emblemas y dibujos de una especie de esquema, diríamos hoy, que le permitiría grabar y retener en la memoria tanto su contenido como su numeración (28). Parece que este debió de ser un libro bastante conocido, y junto a él aparecieron en 1695 otros dos de láminas, editados en Leiden, que también prometían el éxito.

El primero anunciaba, por supuesto en latín: *el arte grande y admirable, acreditado de diversos modos, que mediante figuras emblemáticas permite, en el menor tiempo posible y del modo más ameno y seguro, grabar en la memoria, retener firmemente y utilizar en el momento oportuno los títulos de las pandectas y sus contenidos principales* (29). Se trataba de 432 dibujitos grabados a lo largo de sus 64 páginas, ordenados en el sentido de las agujas del reloj, numerados del uno al diez (30). Si en un libro hay más de diez títulos, la numeración comenzaba de nuevo. Los títulos se agrupaban en decenas, a cada una de las cuales correspondía una representación gráfica que seguía el orden de las vocales y los diptongos, conforme a la serie A, E, I, O, U, AU, EU, OU, y AS. El prólogo, firmado con las iniciales R. C., explica el método del cifrado. El ilustrador, un tal Romeyn DE HOOGHE,

(27) STOLLEIS: *op. cit*., p. 35.

(28) Se trata de J. BUNO, *Memoriale iuris civilis Romani, quo tituli omnes et praecipue leges, quae in quinquaginta libris Digestorum seu Pandectarum sunt, emblematicus et imaginibus ita efficta exhibentur, ut una cum titulorum materias, eorum etiam numeri memoriae imprimi, contineri ac reddi…* (incompleto) Hamburgo, 1673.

(29) De la imprenta de Jordanus LUTCHMAN.

(30) Recuérdese la distribución del Digesto en libros, títulos, fragmentos y párrafos.

fue un dibujante que realizó varios trabajos en la época de Guillermo III de Orange, de Holanda, más tarde rey de Gran Bretaña (31); parece ser que también habría estudiado leyes, alcanzando el doctorado en 1689 por la Universidad de Harderwijk (32), y se ha discutido si para su realización se apoyó en uno o varios modelos anteriores, que hasta época reciente, eran desconocidos e inéditos (33). STOLLEIS refiere con detalle uno de ellos, igualmente inédito hasta ahora. Se trata de cinco grandes hojas de grabado (21 x 30 cm.). Una serie cuidadosamente compuesta, parte del libro 1, título 1, del Digesto. Cinco láminas para cincuenta libros dan diez libros para cada lámina. La dificultad que estriba en que sea desigual el número de títulos correspondientes a cada libro la soluciona el artista haciendo mayores o menores los dibujos de cada libro. Como media son unos siete títulos por libro, pero los libros 31 a 33 solo tienen uno. Y el libro 43 llega hasta los 33 títulos, por lo que el arte de la miniatura verá su cúspide en la parte de la lámina correspondiente a dicho libro. En total, en las cinco láminas del tamaño aproximado de las actuales hojas DIN A4 aparecen representados los 432 títulos del Digesto. Lo cual exigía una cuidadosa colocación de los dibujos y claridad en la sucesión para conseguir un sistema sencillo y repetitivo.

El autor considera que las láminas debieron diseñarse con un jurista al lado, que con el *Corpus Iuris* en mano iría indicando al artista alguna palabra clave para la representación correspondiente. Y señala que la pericia del dibujante se pondría de manifiesto en el arte de moldear las palabras del jurista en dibujitos que permitieran apreciar, incluso bajo la lupa, detalles del vestuario, los gestos, las herramientas, las casas, los animales, etc. De ahí que pueda pensarse en la posibilidad de que el dibujante fuese al mismo tiempo un jurista, como lo fue Romeyn DE HOOGHE.

Los elementos que aparecen en los dibujos se corresponden con los de la sociedad holandesa del siglo XVII. Figura, ropas, etc., con pocos atributos se hacen identificables pobres y ricos, niños y adultos, jueces y partes del proceso. Los demandantes siempre aparecen arrodillados (D. 5.3, 5.4, 5.5, 5.6, todos ellos tratan de la petición de la herencia; D. 6,3: reclamación de un campo vectigal, esto es, enfiteuticario), quienes juran están de pie y elevan la mano derecha, el *usufructus* se muestra con los frutos de un árbol (D. 7,1), el paso del tiempo en la edad de un hombre, mediante una escalera (D. 1,7), la *emancipatio* a través de unos grilletes abandonados en el suelo, los pactos se simbolizan con el apretón de manos, la cosa mueble que se ha de transportar en un carro, mediante el eje del vehículo; las mercancías por medio de fardos atados, el plazo, por un sol, etc., en todo caso se trata de la representación por medio de símbolos que pertenecen al mundo holandés: no solo en los trajes, sino también en la forma de sujetar

(31) Una biografía en J. LANDEWEHR: *Romeyn de Hooghe (1645-1708) as bookillustrator. A bibliography*, Amsterdam, 1970.

(32) STOLLEIS: *op. cit*., en notas a pie 12 y 13 cita las fuentes.

(33) Sobre los distintos modelos, aunque la técnica es similar, véase STOLLEIS, *op. cit*., pp. 338-339.

las mercancías y barriles, en el menaje doméstico con jarras, cazuelas y platos, en las casas cubiertas de paja, en las huertas con manzanos y sobre todo por los numerosos modelos navales que hacen alusión a las cuestiones referidas al transporte de bienes por mar (la acción *exercitoria* contra el patrón puesto al frente de una nave en D. 14,1; de la ley rodia sobre mercancías echadas al mar para aligerar la nave en caso de riesgo de naufragio D. 14,2), la caña y la red de arrastre, o la ballena.

El sistema capaz de ordenar la riqueza y la variedad de la vida tenía que ofrecer un sencillo hilo conductor que permitiera, sin gran esfuerzo, colocar uno tras otro los 432 títulos del Digesto. Ya las reglas mnemotécnicas procedentes de la antigüedad, plasmadas por vez primera por QUINTILIANO en su obra sobre oratoria (34), partían siempre de la necesidad de proporcionar a la memoria una sucesión ordenada de puntos sobre los que apoyarse con cuya ayuda pudieran enlazarse los recuerdos. Podían proceder del interior de una casa, de un camino bien conocido con sus señales indicadoras, pero también con una serie de números o de letras. Si fallara la cabeza, habría que procurar poner en relación las señales de memorización con el texto, mostrando así un ancla cuando se habla de un barco, una lanza cuando se trata de una batalla. Porque la eficacia de los signos tiene mucha importancia, y al recuerdo de lo uno se incorpora el de lo otro (35). *"Todo esto habría que memorizarlo oralmente, pero no demasiado alto, y debería repetirse frecuentemente, atendiendo a la buena salud, a la digestión ordenada y a tener la cabeza libre de otros pensamientos. Hace falta práctica y aplicación, y ha de comenzarse pronto, primero con rimas, luego con un lenguaje rimado, después con discursos, y finalmente también aquello que está menos ligado por el ritmo y más alejado del uso cotidiano, como por ejemplo el lenguaje de la jurisprudencia"* (36).

Seguramente, teniendo todo eso en cuenta, el ilustrador de estas láminas se representó como el modo más rápido para el aprendizaje de los libros y títulos del Digesto, el alfabeto, utilizándolo de dos maneras. Primero denominaba los libros del Digesto con letras. Como son cincuenta, los primeros 20, con la representación de las letras del abecedario (recuérdese, siempre en latín): *arca, ballena, cadus* (jarra), *damna* (cabra), etc., hasta *saccus* (saco), *tabula* (cuadro), *vagina* (vaina). Desde el libro 21 comienza otra vez el alfabeto con otras representaciones diferentes: *acerra* (incensario), *betula* (abedul), *centaur* (centauro), pasando por *Jesus* (libro 30),

(34) QUINTILIANO, *Institutionis Oratoriae Libri XII*. Sobre la memorización, XI, 2, esp. 28: *dandi sunt certi quidam termini, ut contextum verborum, qui est difficillisimus, continua et crebra meditatio, partis deinceps ipsas repetius ordo coniugat. Non est inutile his, quae difficilius haereant, aliquas adponere notas, quórum recordatio commoneat et quasi excitet memoriam.* Quintiliano recomienda colocar ciertos puntos extremos (*termini*) para que el contexto (*contextus*) de las palabras, que es lo más difícil, repetidas una y otra vez en su orden, una tras otra, evoque nuestra idea, hasta que las referencias representen entonces la sucesión propia del objeto.

(35) QUINTILIANO: *Inst. Orat.*, cit., XI, 2, 29-30.

(36) QUINTILIANO: *Inst. Orat., cit*., XI, 2, 41.

lectus (lecho), y hasta *velum* (vela). Del libro 41 al 50 se comienza otra vez con el orden alfabético (*armilla* = brazalete) hasta el 50, que termina con la que se representa con *juga*, un yugo. De esta manera, era posible aprender la ordenación de los libros, con tres repasos al alfabeto; bastaba con pensar en arca, ballena, jarra, cabra, cuenco, hoz, gorra, caña, red, puerta, piedra (los diez primeros), canasta, nasa, jarra, amapola, marco, radio, saco, cuadro, vaina (diez segundos), y se seguía hasta la j de *juga*, con que se llegaba hasta el libro 50.

Una vez memorizados los libros se pasaba a la memorización de los títulos, de la misma manera. Se volvía al libro 1, que comienza con *Arca*, y se comienza con la representación de los títulos: *aquila* (águila), *balbus* (el tartamudo), *Celsus*, *declaratio*, *ebriosus*, *familia*, *gradus, hircus, imperator, jus, lorica, militia, nummus, opilio, portus…* hasta que los 22 títulos del libro primero quedaban enumerados. En cada título se encuentran lemas concretos referidos a la rúbrica, muy abreviados por falta de espacio. En la combinación del dibujo y el lema funciona siempre el signo mnemotécnico que evoca la clave para reconstruir el título completo. También el contexto de los demás títulos puede contribuir a recordar el lema correspondiente. La cuestión es encontrar cuál sea la clave.

El estudio de STOLLEIS incluye una copia de algunos de los dibujos de los grabados de las láminas, lo que le sirve para realizar algunos ejemplos convincentes de interpretación de la imaginación del dibujante. Debo decir que los he ido siguiendo con atención, Digesto en mano, y no puede uno más que sorprenderse del talento y la imaginación del dibujante o del jurista-dibujante en las representaciones de libros y títulos, aunque cuesta un poco seguir la lógica del sistema propuesto si no se tiene un conocimiento previo y profundo del contenido de los mismos, lo que sin duda sirve para confirmar que el destinatario de los mismos, lo era, el opositor o estudiante, versado en latines y leyes y que el idioma holandés no fue utilizado como lenguaje culto al menos en la época de la que datan estos grabados que sirven de *Memoralia*. Animo, pues, al que quiera a echarles un vistazo, si quiere saber además de entretenerse con esta especie de acertijos.

Los 25 dibujos que aporta en esta edición STOLLEIS no agotan ni siquiera la primera lámina (hay cinco), y seguramente sería muy interesante poder verlos directamente, aunque solo fuese a través de la copia impresa. Las hojas originales fueron adquiridas en 1998 por la Württemberg LANDESBIBLIOTHEK DE STUTGART, donde pueden contemplarse bajo la signatura HB Fg 15. Ignoro si es posible cotejarlas de alguna otra forma, sin tener que desplazarnos hasta allí, o si están incluidas en alguna base de datos o a través de Internet. Para terminar, tanto este modelo de *Memoralia* como los otros, entre los que destaca el de Johannes BUNO, o el de Romeyn DE HOOGHE, reproducen imágenes típicamente holandesas, y en todas ellas se logra la imagen querida en base a que en aquel tiempo el Derecho romano era comprendido y utilizado como Derecho vigente (*ius commune*), al margen de las seguramente variaciones contenidas en el *ius patrium* de las provincias holandesas o de la propia ciudad, que no conocemos. El Derecho común se presentaba como

universal frente al Derecho particular, siendo la preferencia de unas u otras normas, un tema que surgía en todos los países donde se había producido la recepción. En ocasiones el Derecho legal y estatutario local probado y reconocido se prefería al Derecho romano, resultando este a veces, en algunas de sus partes, obsoleto e inservible. Sin embargo, para el estudiante, que todavía no era profesor o juez que tuviera que enfrentarse a problemas de colisión y roce entre ambos ordenamientos, eso no le aplacaba en su temor ante los exámenes, que continuaban siendo de Derecho romano. Si con una memorización aplicada y bien dirigida por alguno de los abundantes *Memoralia* podía superarlos, habría dado un gran paso. Sin embargo, no parece que su consumo fuera masivo, a tenor de la escasez de planchas grabadas, ni de las correspondientes series de azulejos azules de Delft como denota su buen estado de conservación, pues no parecen haber sufrido desgaste. Todo ello hace pensar que no debieron de ser demasiado utilizados. Y en todo caso cabe decir que, con independencia del fin al que iban dirigidas y aunque solo sea para deleite de aquellos que siglos después se los encuentra, debería haber servido todo el arte desplegado en las miniaturas.

EL DERECHO ROMANO Y LA FORMACIÓN DEL ESTADO MODERNO

Es el título de otro de los trabajos de STOLLEIS reunidos en este pequeño volumen (pp. 53-61). En él se recogen diversos planteamientos a propósito de si se produjo realmente la recepción del Derecho romano en Alemania, y en su caso, cuándo. Para algunos germanistas del siglo XIX e ideología nacionalsocialista el proceso constituyó lo que describen como "desgracia nacional", pues al Derecho romano achacaban todos los problemas de su tiempo relativos a la ruptura del orden considerado como tradicional: individualismo, capitalismos, profesionalización y estatalización del sistema jurídico. Por otra parte, para los pandectistas era el único Derecho de alcance mundial y susceptible de elaboración científica.

El Derecho común alemán no fue creado a partir de 1933, pero las infracciones cometidas por el nuevo Estado y en su nombre, llevaron al Derecho romano a colocarse a la defensiva y a muchos romanistas a abandonar el país. El Derecho romano se había convertido con el correr de los siglos, para los germanistas, únicamente en un Derecho natural racional, base para las codificaciones, pero nada más. A partir de ahí surgiría un nuevo Derecho, el de las nacionalidades. Posiblemente solo así puede entenderse el apoyo jurídico del régimen nacionalsocialista por parte de prestigiosos juristas, y sus consecuencias.

Tras la Segunda Guerra Mundial se vieron los escombros también científicos que había dejado el nuevo Estado. El nacionalismo germanista enmudeció, y Paul KOSCHAKER en su célebre *Historia del derecho romano* (37),

(37) P. KOSCHAKER: *Europa y el Derecho romano*, Munich, 1947.

proclamó en 1947 que la solución estaba en retornar a la tradición del *ius commune*. Las potencias enemigas del Derecho romano serían los auténticos enemigos de la cultura jurídica europea. En esta situación se produjo en los años cincuenta el auge de la investigación del Derecho romano medieval, cuyo máximo exponente está representado por la personalidad de Franz WIEACKER (38), y más tarde, en 1964, con la creación del Instituto Max Planck, en Frankfurt, para el estudio del *ius commune* europeo (39).

En 1990 apareció un artículo de enciclopedia con el resumen de las investigaciones previas sobre la Recepción en Alemania (40), donde se mostraba qué había significado en la práctica la recepción, si de hecho se habían incorporado contenidos, normas, figuras dogmáticas, métodos, una técnica de razonamiento, o se trataba solo de un estilo verbal, a la vez que se analizaban los distintos motivos de la recepción, tan complejos, como el propio proceso. Razones de política administrativa más que económicas, condicionaron la ascensión de una clase social de especialistas del Derecho romano, imprescindibles en las Administraciones, en la Judicatura, como defensores en los pleitos, que empleaban a su vez un nuevo lenguaje especializado. Su formación eficaz ante la creciente demanda de asuntos cada vez más complejos, el humanismo como corriente del pensamiento y la vuelta a las fuentes, fueron factores determinantes en la Recepción y en la formación del Estado moderno. Si bien hay que decir que una representación demasiado simplista de lo que fue el Derecho romano hacía concebir la idea de conexión entre este Derecho y el absolutismo, idea que no puede defenderse por parcial, ya que este mismo Derecho sirvió para colmar las aspiraciones tanto de absolutistas como de contrarios. Además, muchos Estados absolutistas surgieron sin Derecho romano, como por ejemplo Rusia. Por otra parte, al decir de STOLLEIS, el Derecho público romano nunca fue objeto de recepción, sino que más bien el *ius publicum* del siglo XVII se desarrolló en su contra (41), postura con la que no puede estarse del todo de acuerdo a tenor de los nuevos estudios romanísticos también en nuestro país (42), sobre todo de la Escuela española compostelana y recientes estudios de fiscalistas y administrativistas (43).

(38) El proyecto IRMAE= *Ius Romanum Medii Aevi,* dirigido por F. WIEACKER. Edición en fascículos desde 1961, a cura di VVAA, coordinados por GENZMER E. y otros.

(39) *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*.

(40) Se trataba de un artículo de Hans KIEFNER: "Rezeption (privatrechtlich)", en *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, tomo IV, 1990, pp. 970-984.

(41) STOLLEIS: "El derecho romano y la formación del Estado moderno", en *op. cit*., p. 57.

(42) En este sentido, puede verse A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN: DPR, 12 edición, pp. 238-259, y A. FERNÁNDEZ BARREIRO: *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992; STEIN*: El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Madrid, 2001; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN: "Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romanum", RGDR, www.iustel.com, 10, 2008.

(43) Véase, entre otros, el del catedrático de Derecho financiero de la Universidad de Oviedo A. APARICIO PÉREZ: "Aportaciones del Derecho romano a la fiscalidad moderna I", RGDR, www.iustel.com, 12, 2009.

La formación del Estado moderno y el Derecho romano no siguieron caminos completamente separados como algunos han afirmado; a pesar de algunas apariencias, la relación entre formación del Estado moderno y *ius commune* debe buscarse en los señores de los grandes Estados territoriales en los siglos XII y XIII, que hicieron uso (y abuso) de los aforismos del Derecho público romano para respaldar sus pretensiones de poder, de la misma forma que el Papado lo había hecho en un momento anterior. En siglos posteriores, las sentencias del Derecho romano se utilizaron tanto a favor de tendencias centralistas como contrarias a esta idea. En realidad, todo el mundo utilizaba los conceptos jurídicos y métodos de interpretación romanos por ser modelo de racionalidad y sistemática, para sus propias tendencias y aspiraciones, forzando su verdadero espíritu. Influyó de manera decisiva el conocimiento y la crítica de las fuentes llevado a cabo por la Escuela Humanista (44). La vinculación a los textos fue decisiva para la formación del Estado moderno, pues significó que la aplicación del Derecho se hizo controlable; los juristas se acostumbraron al procedimiento escrito y a tramitar expedientes. La sistemática disponibilidad de los expedientes, la posibilidad de acudir a registros y archivos, llevó a hacer posible el control de los cambios políticos, y al dominio de los territorios. El Estado moderno creaba, mediante la vinculación a los textos y mediante la imprenta, su propia burocracia, que podía ser dirigida mediante instrucciones escritas y legislación central. Lo aprendido en el Derecho romano podía ser plasmado en la Administración, en las finanzas, la economía o el ejército. Por todas partes surgió la necesidad de uniformidad y regularidad que representaba el Derecho romano, o mejor, la interpretación del mismo llevada a cabo por las Escuelas europeas que creaban la ciencia jurídica (45).

Por otra parte, a la validez, la universalidad, la versatilidad y la diversidad de reinterpretaciones imaginativas que cabe hacer de los textos jurídicos romanos, hace referencia constante el profesor D. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN en sus trabajos (46). Las palabras de ORESTANO (47), que son reproducidas con fidelidad, igualmente son aquí plasmadas:

"Padres de la Iglesia y pontífices, canonistas y teólogos, emperadores y príncipes, hombres de gobierno y reformadores, pensadores y hombres de acción, teóricos de la política o de la economía, hombres de distintas letras y doctrinarios de toda tendencia, de todo país, de toda religión o de toda época se han acercado infinitas veces a los textos del *Corpus Iuris* para los fines más heterogéneos, a propósito o despropósito, ya en casos particu-

(44) Cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN: DPR, 12 edición, pp. 278-279; R. ZIMMERMANN: *Europa y el Derecho romano*, traducción de la edición de 2001, llevada a cabo, con un estudio introductorio, por I. CREMADES UGARTE.

(45) Sobre la Recepción en Alemania véase WESENBERG, G.: *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, con la colaboración de WESENER, traducción de J. J. DE LOS MOZOS TOUYÁ, de la 4.ª edición, de 1985, Valladolid, 1998.

(46) A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN: en concreto, en su DPR, cit., p. 287.

(47) ORESTANO: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bolonia, 1987.

lares, ya como fundamento de doctrinas más o menos generales, siempre en función de intereses contingentes que les han impulsado a buscar en las fuentes romanas, y hasta en concretas palabras de ellas, el origen, la convalidación, la justificación, o bien el punto de divergencia y de contraste de las construcciones más disparatadas y hasta opuestas. Tesis güelfas y tesis gibelinas, libertad comunal y señoríos despóticos, absolutismos más o menos iluminados, y constitucionalismos de diferente matriz buscan la mayoría de las veces algún texto de la antigua jurisprudencia o de la antigua legislación imperial una base textual que dijera de su nobleza y autoridad…".

LA "CASA EUROPEA"

El tercer estudio recopilado en esta traducción lleva el título *La casa europea y su constitución,* y fue publicado en 1995 (48). La idea de Europa, su esencia y lo que la mantiene unida, son preguntas antiguas pero que resultan muy actuales. A propósito de ello la extensa bibliografía a pie de página por el autor da constancia del manifiesto interés por parte de variadas figuras de la historia del pensamiento jurídico en nuestro recién finalizado siglo XX. En la actualidad son muchos los que piensan en la idea de la unificación llevada a cabo desde todos los ámbitos. También los juristas ven llegado el momento del Derecho europeo.

Para STOLLEIS, la Historia del Derecho, considerada como una disciplina en general contemplativa, quiere y puede hacer su aportación. No solo surge una especialidad nueva: Historia europea del Derecho, sino que también se promueve la europeización del Derecho privado a partir de la tradición común (49). La unificación europea y la uniformización jurídica vinculada a ella dan nueva vida a aquellas concepciones metodológicas de la Historia del Derecho que KOSCHAKER propusiera como terapia frente a la denominada crisis del Derecho romano (50). Para STOLLEIS, quienes defienden un renovado *ius commune europaeum* inspirado en el Derecho romano, consideran que la Historia del Derecho debería ser abordada desde una doble perspectiva; por una parte, como algo contemplativo, la investigación; por otra, desde su utilidad práctica como medio que posibilita la comprensión de la realidad en base a sucesos pasados. En este trabajo el autor reflexiona sobre el Derecho público de la configuración futura de Europa (51), puesto que desde hace tiempo ya se habla de Derecho constitucional y adminis-

(48) En *Kritische Vierteljahresscrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 78, pp. 275-297.

(49) En este sentido, ZIMMERMANN: "Europaïsches Privatrecht und Studium", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht,* 2, 1993, p. 215, citado por el autor.

(50) P. KOSCHAKER: *Europa y el Derecho romano*, Munich, 1947; W. KUNKEL: "L'Europa e il diritto romano", *Studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milán, 1954, tomo I, pp. X y ss.

(51) STOLLEIS: *La casa europea*, cit., p. 65.

trativo europeo. Existen estructuras comunes por las que se puede hablar de un Derecho público común europeo a pesar de las distintas tradiciones nacionales. La Historia europea muestra una percepción de Europa de signo variable; la tensión entre la intensa pluralidad, de un lado, y la comunidad de destino, por otro, que hacen que sus rasgos característicos sean la pluralidad, el abigarramiento, la competencia y la solución de los conflictos por medio del Derecho. La pregunta que se plantea es si existen piedras angulares de un Derecho constitucional europeo y si es así cuáles son los fundamentos comunes, que no debieran ser modificados. En este sentido podrían serlo el acceso a unas elecciones libres, la división de poderes, los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa, que si bien son resultado de procesos diferentes y tienen base en una cultura política diferente, a pesar de ello, están presentes en todos los modelos occidentales. No resulta suficiente limitarse al análisis de los siglos XIX y XX, como si fueran los únicos, por ser durante su transcurso cuando se produjeron la democracia, la autonomía administrativa, los derechos fundamentales, el Estado de Derecho y Estado social, economía de mercado, con las connotaciones actuales; sino que aunque es indudable la importancia de los dos siglos transcurridos desde la Revolución francesa para el surgimiento del Estado moderno constitucional de tipo occidental, no se pueden dejar al margen las épocas anteriores; como si de una cadena se tratase, los eslabones intermedios que condujeron a dicho momento son de igual importancia, por lo que no debieran perderse de vista, o al menos conocerse. De otra manera no solo tendríamos un déficit de conocimiento, sino un déficit de orientación, pues "el anclaje de la cultura política en la Historia, su progresiva infiltración en el subconsciente, la pausada mutación de las costumbres apoyadas sobre el consenso general en rasgos normativos no escritos (…) es lo que llamamos orientación y lo que determina el funcionamiento de una comunidad y la ética pública que en ella se practica mucho más intensamente que el Derecho constitucional y legal" (52).

En definitiva, la conexión de valores socialmente compartidos que se busca en el "debate comunitarista" no se diseña sobre una pizarra, sino que solo resulta concebible como modelo de comportamiento colectivo acuñado a lo largo de la Historia. Por eso es tan valioso el estudio de la Historia, porque determinar lo que mantiene unida a una sociedad no es el resultado de operaciones lógicas, sino del cuidadoso estudio de experiencias compartidas, de conflictos superados conjuntamente y de su transformación en expectativas de conducta (53). Y las experiencias básicas que resultan típicas para delimitar qué sea la Historia europea del Derecho, vienen resumidas en los diversos apartados de su trabajo. Derecho secular, Derecho de la Iglesia, Derecho natural y Derecho internacional surgen de una misma fuente y penetra el pensamiento. En paralelo, la *Política*

(52) STOLLEIS: *op. cit*., p. 70.
(53) *Auctor, op. et loc. cit*.

aristotélica es apropiada por la Escolástica, que reproduce ideas como: buenas y malas formas de Estado, ventajas de la Constitución mixta, fines del Estado, males y su tratamiento… llegándose hasta el siglo XVII, donde el debate sobre dichas cuestiones traspasaba fronteras y confesiones religiosas, proporcionando algo que había de mostrarse fundamental para la conciencia común europea, y es: el acuerdo sobre los principios elementales de la ciencia política, sobre los fundamentos jurídicos del poder político y sobre su limitación por normas supraordenadas, incluido el (muy discutido) derecho de resistencia frente al gobernante ilegítimo, bases que conforman los presupuestos del movimiento constitucional de los siglos XVIII y XIX, sin los cuales hubiera sido impensable que se produjera. Toda la tradición aristotélico-tomista anterior facilitó que en el siglo XIX, a través de la imposición legal, se plasmasen ideas que han ido conformando el pensamiento éticosocial.

Por último, el autor dirige su pensamiento hacia concretas figuras del Derecho político que evidencian el tipo en que se encuadra una determinada comunidad política, dejando a la vista de la actual ciencia política comparada importantes coincidencias europeas en los ámbitos institucionales y normativos, que no son ni nuevas ni fruto de la época constitucional. Se trata, por ejemplo, del *Estado federal*, como el que ofrece mayores perspectivas de futuro y como una de las más inteligentes soluciones para canalizar los deseos de autonomía cultural, económica, religiosa o étnica presentes en todos los Estados, aprovechándolos a la vez, en beneficio de la unión superior (54). Señalando cómo en los países donde los regionalismos y las tendencias centralistas se entrecruzan, como en España, los problemas actuales estimulan igualmente el recuerdo histórico de las tradiciones anticentralistas. Se advierte también cómo el equilibrio político y jurídico entre los Estados viene dado por la norma fijada por escrito que desde el XIX es referida como Constitución. En ella se contiene el compendio de las decisiones políticas fundamentales dotadas de forma jurídica; las garantías de los derechos individuales y de las minorías; la distancia básica entre Estado y Sociedad, los catálogos de competencias, las garantías institucionales y procedimentales. En definitiva, una Constitución engloba los compromisos formales y públicos que aseguran la paz de la comunidad y el denominarla Ley fundamental es el culmen de la evolución a la que se llega partiendo de la idea de que la soberanía reside en el pueblo y este la traslada al rey en forma contractual y bajo determinadas condiciones (como no traspasar las fronteras que representaban el *ius divinum*, el *ius naturale*, ni las *leges* fundamentales), razones de la vinculación normativa por parte de los poderes públicos.

(54) En este sentido, la numerosa bibliografía alemana en notas a pie 57-60. Destacar la española: VVAA*, El pactismo en la historia de España,* Madrid, 1980; A. IGLESIA FERREIROS/S. SÁNCHEZ LAURO: *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVIII*, Barcelona, 1989; I. PORTILLO VALDÉS: *Monarquía y gobierno provincial*, Madrid, 1991.

Como patrimonio común de ideas con el que cuenta Europa, se incluye también la percepción de la existencia de espacios acotados en los que no pueden intervenir los poderes públicos, como son los llamados *derechos fundamentales* y también que lo que es válido para la mayoría pueda ser formulado y ser impuesto al poder público como vinculante. La necesidad de la existencia de un parlamento que represente al conjunto, y el principio mayoritario, el que impera en la toma de decisiones de conjunto. A todos estos rasgos comunes hay que añadir la tradición común de que la protección jurídica se consigue mediante decisiones judiciales.

Concluye afirmando en su búsqueda de los fundamentos de la casa europea, que las sociedades europeas actuales se caracterizan por siglos de experiencia en el contacto con una teoría del Estado aristotélica, con un Derecho secular y eclesiástico con raíces romanas. El Derecho en estas sociedades no se concibe como simple mandato derivado de la fuerza, sino que nace a partir de vínculos religiosos o éticos (*ius divinum, ius naturale*), por eso el oficio de la autoridad se entiende siempre sometido y comprometido con un interés común supraindividual, formando todo parte del subconsciente colectivo por más que existan corrientes doctrinales contrarias. Y es a partir de ahí de donde surge la idea del Estado de Derecho; probablemente idea genuinamente europea y al mismo tiempo universal y la invención más decisiva de la Edad contemporánea (55). Y aunque el término compuesto "Rechtsstaat" sea una palabra peculiar alemana, la misma idea se expresa de diferentes maneras: "rule of law", "état de droit", "stato di diritto" o "Estado de Derecho". Dígase como se diga, la Comunidad Europea es una Comunidad de Derecho (56).

Los problemas actuales solo pueden verse correcta y plenamente si se incluye su Historia. Es preciso considerar la Historia completa, no limitarnos al estudio de algunos siglos, que podrían llevarnos a conclusiones falsas y parciales. Es necesario tener en cuenta los entrecruzamientos de las culturas propias que se han producido a lo largo de los siglos, pues solo así las tareas de construcción de una Casa europea pueden ser mejor abordadas. La Historia completa proporciona un repertorio mayor de formas e ideas, ya que resulta más fácil la superación de divisiones y traumas surgidos de las fronteras nacionales, de las guerras nacionales e incluso de las codificaciones nacionales. El patrimonio común europeo brinda una fuerte presunción de utilidad, sostenibilidad y capacidad de universalización. En definitiva, para STOLLEIS, la metáfora de la casa europea puede estar desgastada por el uso excesivo y resultar instrumentalizada políticamente, pero sigue siendo fascinante.

(55) STOLLEIS parafraseando a Talcott PARSONS.

(56) En palabras de J. DELORS: La cita completa: La Comunidad Europea es una Comunidad de Derecho, no es una banda de ladrones, se vincula a reglas jurídicas y a los valores jurídicos materiales desarrollados en un esfuerzo de siglos, ciertamente interrumpido una y otra vez por el fracaso (ordre public Européen), J. DELORS, "Entwicklungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaft", en *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 1/93, de 1 de enero, 1993, p. 6, citado por el autor.

EL DERECHO ROMANO EN LA EUROPEIZACIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO, O KOSCHAKER Y ZIMMERMANN

El Derecho romano en la europeización de la ciencia del Derecho es el título del estudio introductorio que precede a la traducción de la obra de Reinhard ZIMMERMANN *Europa y el Derecho romano,* publicado en el *Archiv für die civilitische Praxis*, 2, 2001, Mohr Siebeck, Tübingen, y que aparece en una cuidada edición de la editorial Marcial Pons, Madrid, 2009. Dicha introducción, realizada por Ignacio CREMADES, señala el destino europeo del Derecho romano, y comienza haciendo referencia a dos grandes figuras del pensamiento europeísta, P. KOSCHAKER y R. ZIMMERMANN, ambos autores de sendas obras que llevan el mismo título: *Europa y el Derecho romano*.

Muy interesantes los datos biográficos que aporta sobre ambos autores. KOSCHAKER, nacido en 1879 en la ciudad austriaca de Klagenfurt, en el Land de Corintia, y muerto en Basilea en 1951, sus primeros estudios fueron de matemáticas en Gratz, para seguir con los de Derecho, doctorándose en 1903 y habilitándose dos años después como profesor de Derecho romano en Gratz, trasladándose a distintas ciudades por razones docentes. Su faceta de orientalista destaca gracias a su conocimiento de la escritura cuneiforme; su enseñanza del Derecho romano desde su pertenencia a la escuela de Mitteis y el comparatismo jurídico; autor de numerosos estudios acerca de diversas cuestiones, sigue siendo recordado como romanista insigne por su obra *Europa y el Derecho romano,* considerada por KASER (57) como única en su tiempo por su originalidad en el planteamiento de las cuestiones y su ejecución. Con esta obra reaccionaba frente a la denominada crisis del Derecho romano y de la ciencia jurídica romanista que se produjo en Alemania tras la promulgación del Código Civil y los años del nacionalsocialismo, que propugnaba la sustitución del Derecho romano por un Derecho común alemán. KOSCHAKER mostraba en su libro que al contrario de lo que había venido afirmando la propaganda nacionalsocialista, la recepción alemana del Derecho romano, no solo no había supuesto una desgracia para Alemania, sino que esa misma recepción, acaecida en la mayor parte de Europa antes que en Alemania, era uno de los cimientos que todavía sostenían la idea espiritual de Europa (58). Además incluía un programa de investigación cuyo objetivo era intentar una síntesis entre historia, dogmática y comparación jurídica. El Derecho romano solo podría llegar a asegurar su presencia en los planes de estudio de las facultades de Derecho en la medida en que se revelara útil para realizar en la docencia una exposición sistemática de los conceptos fundamentales del Derecho privado que introdujera a las ideas jurídicas europeas. En definitiva, la actualización del Derecho romano. Su misión sería ser cada vez más el punto de partida para un nuevo Derecho mundial y dejarse

(57) KASER: en el *Prólogo* a la 4.ª edición de 1966, p. VII. *Europa y el Derecho romano*, Munich, 1947.

(58) *Europa y el Derecho romano*, traducción de la versión alemana por Santa Cruz-Teijeiro, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, cit., p. 490.

absorber por un nuevo *ius gentium* privado, en frase de Rabel, discípulo también de MITTEIS (59), palabras en las que resuenan las del maestro en 1917, acerca del "perdurable contenido de verdad en relación con las categorías indispensables del pensamiento jurídico" (60) y la conexión entre sociedad liberal y Derecho romano; por otra parte, el mismo principio liberal del Derecho civil hoy perdura solo mientras no suponga un obstáculo a los principios del Estado de Bienestar, tal y como afirma STOLLEIS (61).

Respecto a ZIMMERMANN, nos refiere que nació en Hamburgo, donde se licenció en 1976 y obtuvo el doctorado dos años después; profesor en las Universidades de Hamburgo y Colonia, en 1981, pasó a ocupar una cátedra de Derecho romano y comparado en Ciudad del Cabo. Volvió en 1988 a Alemania como profesor de Derecho romano, Historia jurídica comparada y Derecho privado en la Universidad de Ratisbona, de lo que se desprende su formación interdisciplinar y disponibilidad y apertura hacia otros conocimientos. Fue decano de la facultad de Derecho, miembro académico de diversas organizaciones, director del Instituto Max Planck de Derecho comparado en 2002, presidente de la Sección de ciencias sociales, culturales y humanas de la sociedad del mismo nombre en 2006, y ha ejercido como profesor en varias prestigiosas universidades norteamericanas e inglesas. También tiene varios doctorados *honoris causa* y obtuvo el premio Leibniz en 1996 del Consejo superior de investigaciones científicas, que es el mayor galardón a la investigación en Alemania. Investigador incansable en distintas áreas del conocimiento, destaca el Derecho de obligaciones y sucesiones desde una perspectiva histórica y comparada, la relación entre *common law* y *civil law*, los sistemas mixtos como Escocia y Sudáfrica, y la armonización del Derecho privado en Europa. Autor de centenares de publicaciones y editor o coeditor de numerosas publicaciones colectivas, en esta, su *Europa y el Derecho romano*, insiste en que si la Codificación no ha significado el final de la historia del Derecho común, debería procederse desde el Derecho romano a la observación del Derecho privado actual para comprender mejor las razones de la diversidad de los ordenamientos jurídicos entre sí, pero permaneciendo una fundamental unidad; en lo que coincide plenamente con STOLLEIS, tal y como se ha visto al hablar sobre *la casa europea* (62). Nuevamente la idea de que la comparación histórico-jurídica de los distintos ordenamientos, desde y con el Derecho romano además de otros elementos (63), puede ser la herramienta más adecuada para cimentar las tareas

(59) E. RABEL: "El fomento internacional del derecho privado", en *Revista de Derecho Privado*, 1931, 18, pp. 42 ss.

(60) En su discurso ante la Sociedad de Amigos del Gimnasio Humanístico de Viena, cit. por I. CREMADES, en su "Estudio introductorio", cit., p. 9, nota a pie 7.

(61) M. STOLLEIS: "Aufgaben der neuren Rechtsgeschichte oder: Hic sunt leones", en *Rechtshistorisches Journal*, 1985, p. 257, cit. por el autor.

(62) STOLLEIS: *La casa europea*, *op. cit.*, pp. 63-90.

(63) Véase STOLLEIS: *op. cit.,* sobre los principios presentes en todos los pueblos que conforman la idea de Europa.

de armonización y unificación jurídicas y para la construcción de una ciencia del Derecho privado europeo capaz de trascender las fronteras nacionales.

NUEVA RECEPCIÓN EN ALEMANIA

De nuevo *Europa y el Derecho romano* (64), pero ahora desde la perspectiva de ZIMMERMANN, en esta obra diferente de la homónima de KOSCHAKER. Más de cincuenta años después, ZIMMERMANN sigue en la misma idea: el binomio Europa y el Derecho romano como piedra angular del análisis de la realidad. La importancia del Derecho romano como conformador de una ciencia jurídica europea actual y al mismo tiempo la sugerencia a los cultivadores del Derecho romano de que se acerquen a él con el propósito de hacerlo servir de nuevo como vínculo vivo en la formación de todos los juristas. Fundamento, por tanto, que va más allá de un Derecho de cada una de las naciones que forman Europa, una formación dirigida a un Derecho privado europeo y por tanto del jurista europeo. Propuesta enraizada en lo que H. COING llamó en 1990 la europeización de la Ciencia del Derecho (65), primer paso que habría que darse en la futura unificación del Derecho en Europa. Y es que el Derecho no consiste solo en leyes, sino en ciencia jurídica y jurisprudencia. Las vías para liberarnos de una manera de pensar jurídicamente puramente nacional vendrían a través del conocimiento de los Derechos de los otros Estados europeos diferentes del nuestro, y aquí la Historia del Derecho tendría una gran importancia; la comparación jurídica, con un papel preponderante; pero también, y sobre todo, renovar la docencia y la formación jurídica en toda Europa de manera que las materias fundamentales del Derecho privado no sigan tratando solo sobre las reglas y soluciones nacionales, creando un jurista capaz de pensar más allá de las soluciones de su propio ordenamiento cuando se encuentre ante un conflicto, entresacando las semejanzas entre los distintos ordenamientos. En definitiva, capaz de desarrollar una manera europea de considerar ese Derecho privado. Evidentemente, en la tarea de ayudar a introducirse en los diversos Derechos europeos, el protagonismo correspondería a los Historiadores del Derecho, tal y como apuntaba STOLLEIS (66).

La importancia del Derecho romano en la actualidad en los países europeos es bien diversa, pero su aplicación práctica destaca en Alemania, donde se ha cultivado en conexión con el Derecho vigente (a diferencia de Francia o España, donde se ha estudiado ampliamente pero sin consecuencias

(64) ZIMMERMANN: *Europa y el Derecho romano,* traducción de I. CREMADES, Marcial Pons edit., Madrid, 2009.

(65) COING: cit. por I. CREMADES: *Estudio Introductorio* a la obra de ZIMMERMANN, cit., p. 13, nota a pie 13.

(66) STOLLEIS: *La casa europea*, cit. En este sentido, la obra de ZIMMERMANN *The new german law of obligations. Historical and comparative perspectives*, 2005, pp. 35-38.

prácticas). En Alemania el trabajo histórico y el dogmático sobre el Derecho romano han fructificado en forma de soluciones a problemas actuales. Es decir, se ha tenido en cuenta la experiencia jurídica romana a la hora de dictar sentencias los tribunales (67).

Conocer las ideas comunes sobre las que descansa la posible formación de una casa europea (en la idea de STOLLEIS), el conocimiento de los Derechos nacionales y su historia y la renovación de la docencia y la formación de los futuros juristas en Europa pueden ser los dos pilares sobre los que descanse la idea de un Derecho privado europeo y una idea más grande de lo que sea Europa. La vuelta al Derecho romano que sugería KOSCHACKER era una mirada hacia la utilidad que reportaba su estudio a la hora de determinar una comunidad de conceptos jurídicos. Dicha postura, que ha sido fuertemente rechazada por quienes consideraron que la construcción de una ciencia jurídica europea debería hallarse libre de todas las influencias del pasado, no puede en modo alguno sostenerse; la nueva mirada hacia el Derecho romano que propugna ZIMMERMANN serviría para constatar la existencia de unas mismas bases conformadoras de un Derecho privado europeo. Por otra parte, el estudio de la Historia de la dogmática jurídica parece indispensable para la comprensión del Derecho vigente, ya que no solo posibilita la comprensión del pasado, sino que muestra cómo y por qué el Derecho se ha desarrollado como hoy lo encontramos (68). El estudio puramente humanístico y la utilidad, en palabras de ZIMMERMANN, han concurrido siempre en la historia del Derecho europeo y no tienen por qué excluirse hoy. Y ahonda más: de la misma manera que no existe un único y exclusivo legítimo interés del conocimiento, tampoco existe un solo método correcto para la investigación histórico jurídica. Lo que se necesita es que los historiadores del Derecho pongan a disposición de los dogmáticos del Derecho el resultado de su trabajo y que estos se sirvan de él; es decir, que exista un diálogo continuo entre los miembros de cada una de las disciplinas.

Ignacio CREMADES, en su *Estudio introductorio* a la obra de ZIMMERMANN *Europa y el Derecho romano*, concluye observando dos hechos que en su opinión han constituido el capítulo final de la larga historia sobre la manera de entender los estudios del Derecho que llega hasta nuestros días; se trata de la promulgación de los códigos, sobre todo del BGB, y del intento de mantener la conexión entre el Código y el Derecho romano. Respecto a lo primero, se comenzó a hablar por todas partes del valor propedéutico del Derecho romano, pero también surgió al mismo tiempo la pregunta de por qué un estudiante debería ser introducido en el estudio del Derecho privado por medio del Derecho romano, cuando podría dedicar exactamente

(67) Véase R. KNÜTEL: "Ius commune y Derecho romano en los Tribunales de justicia de la Unión Europea", en *Tópica. Principios de derecho y máximas jurídicas latinas*, traducción de G. PEREIRA MENAUT, Santiago de Compostela, 2001 (hay edición Madrid, 2010, que no varía).

(68) R. ZIMMERMANN (ed.): *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, pp. 307 ss., cit. por el autor.

igual de bien el poco tiempo de que dispone a estudiar el Derecho privado moderno (69). Y es quizá sobre la base de esta apreciación desde donde surgen las actuales tendencias aniquiladoras y el desarrollo de planes de estudio universitarios de la carrera de Derecho carentes de valoración de una formación histórico-filosófica suficiente.

Respecto a lo segundo, hubiera sido muy útil el intento de relacionar lo dogmático y lo histórico salvando la tendencia a considerar que se trata de mundos separados, o compartimentos estancos. Por otra parte, aunque los signos de decadencia que muestra la comunidad científica romanística son también observables en otras disciplinas humanísticas y sociales (70), se señala que la única posibilidad de controlar la actividad interpretativa del juez estribaría en su formación y educación jurídicas, contribuyendo el conocimiento histórico de manera muy importante a lo que parece ser la nueva vocación de nuestro tiempo, la formación no tanto de un conjunto de normas comunes, sino de un jurista común protagonista de una cultura jurídica inspirada en la tradición romanística del *Juristenrecht*. Cada vez más hoy resulta inimaginable la figura del juez como mero subsumidor de la ley, sobre todo cuando el Derecho privado está pasando en Europa continental a ser un Derecho mixto compuesto de codificación, leyes y Derecho de creación judicial (71).

A pesar de todos los argumentos sobre una utilidad del Derecho romano directamente conectada a una aproximación actual, pues observar el Derecho romano a la luz de la propia época es acercarse con él a los problemas jurídicos contenidos en los códigos, parece primar la firme voluntad de establecer planes de formación jurídica, "desarraigados culturalmente" en expresión de STOLLEIS (72), al servicio de lo actual y lo útil, donde las disciplinas de fundamentos históricos o filosóficos apenas encuentran un lugar, si es que lo encuentran, resultado de lo cual será a largo plazo seguramente, y no solo en Alemania, la aparición de juristas de baja calidad, que sin bases ya para poder reconocer las contradicciones y distinguir lo duradero de lo efímero, serán incapaces de interrogar y estructurar críticamente la masa de normas que diariamente salen en los boletines legislativos de nuestras Autonomías, del Estado y de Europa. Por otra parte, es un hecho constatado la pérdida del interés de los estudiantes extranjeros por los Derechos nacionales, y el aumento por los sistemas de corte anglosajón,

(69) I. CREMADES: en *Estudio introductorio*, cit., p. 34, nota a pie 65.

(70) F. TURF: "Droit romain et identité Européenne", RIDA, suplemento al tomo XLI, 1994, p. 159.

(71) En este sentido, VVAA, *Precedent and the law*, Bruxelles, 2007, Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2006.

(72) I. CREMADES: *Estudio introductorio*, cit., p. 41; dicha expresión, aunque en relación con Alemania, puede ser válida para toda Europa. Véase STOLLEIS: "Amputierte. Deutsche Juristenausbildung: Adieu, Wissenschaft", *Frankfurter Allegemeine Zeitung*, 12 de junio de 2001, p. 54, cit. por I. CREMADES, *op. cit*., p. 37, en nota a pie 80.

como el norteamericano, con sus peculiaridades (73). Para STOLLEIS, la pérdida en agudeza crítica, en ideas jurídicas al faltar la reflexión teórica, la comparación a escala europea o el trabajo de búsqueda histórica, es algo que previsiblemente se irá produciendo y cuyos efectos repercutirán negativamente en la nueva "clase" de juristas. Esperemos que estos pronósticos tan poco halagüeños no lleguen a producirse, y se queden tan solo en una visión pesimista del futuro de la profesión y labor del jurista, por no decir de los estudios de Derecho, a los que quizá no se deba animar alegremente a realizar a las futuras generaciones; o todo lo contrario: que sirvan de acicate para una renovación de la ciencia jurídica y el nacimiento de una categoría de juristas con las características más arriba señaladas.

Finalmente querría resaltar que, aunque referido a lo alemán, pueden servirnos de ejemplo las biografías y trayectorias científicas y pluridisciplinares como las de STOLLEIS y ZIMMERMANN, y las de tantos otros autores que conjugan diferentes parcelas del saber, para ayudar a superar planteamientos a menudo parciales o simplistas en la resolución de los problemas debido al desconocimiento de otras disciplinas cercanas; y a motivar a realizar estudios sobre otras ramas del conocimiento además de las nuestras; también para alentar a los estudios histórico-jurídicos tan repudiados entre algunos de nuestros prácticos y positivistas juristas. Solo sabiendo nuestro pasado podemos enfrentarnos al futuro con espíritu crítico en la hora presente frente a la parcialidad de la memoria histórica, superando la tentación de reconstruir racionalmente los procesos conforme a datos solo disponibles *a posteriori*. En este sentido, los trabajos comentados son una muestra de que es posible buscar una unidad intelectual para un futuro Derecho común europeo.

(73) ZWEIGERT/KÖTZ: *Introducción al derecho comparado*, traducción de la 1.ª edición, México, 2002, pp. 253 ss.

ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO

Gabriel García Cantero
Colección "El Justicia de Aragón"
Edición de "El Justicia de Aragón"
Impr. de COMETA, SA, Zaragoza, 2010
Un volumen de 798 páginas

Por José Cerdá Gimeno
Notario
Doctor en Derecho

I. LA APROXIMACIÓN A LA OBRA DESDE LA VISIÓN PERSONAL DE UN NOTARIO

Una obra como la presente aquí reseñada merecería un amplio análisis en profundidad, tanto en orden a la personalidad polifacética del autor (civilista y maestro reconocido) como en relación a la diversidad de las materias aquí recogidas en su investigación y, además, respecto del *tema genérico* del "Derecho Comparado", que *per se* podría ser objeto de un debate serio entre nosotros. Debate en el que, cómo no, podrían y deberían ser parte los muchos notarios –y el Notariado como Comparación– que dedicaron en su día su esfuerzo y sus trabajos en tantos lugares, fechas y foros internacionales.

En el presente momento cabría recordar a los muchos olvidadizos que la materia de **la comparación jurídica** como objeto de estudio e investigación ha tenido ilustres y sabios cultivadores entre nosotros y que abarca dos grandes *ámbitos* (*vertientes*): el uno, *el externo*, propio del "Derecho Internacional Privado"; el otro, *el interno*, característico del llamado "Derecho Inter-regional".

Reducida ahora esa amplia materia de la comparación jurídica al ámbito *externo*, la presente obra del profesor GARCÍA CANTERO comprende un conjunto recapitulatorio de diversos trabajos del autor caracterizadores de su amplia trayectoria personal en este campo de investigación.

En esta mi personal aproximación a la obra examinada, desde mi perspectiva exclusivamente *notarial*, trato de dar una visión esquemática de la misma desde *sus aspectos*, en mi opinión, relevantes: *el autor*, *la obra* (contenido), *la valoración*. Así se efectúa como sigue.

II. EL AUTOR (PROFESOR GARCÍA CANTERO) Y SU TRAYECTORIA

Si hubiese que abarcar los numerosos campos o ámbitos en el mundo del Derecho que han sido roturados o cultivados por el autor citado, necesitaríamos bastante más espacio que estos modestos relieves de una simple reseña bibliográfica.

Incluso, desde mi posición como notario, podría referir numerosas coincidencias o presencias comunes de uno y otro en escenarios diferentes (Congresos, Jornadas, Foros...), y en tales ocasiones no había, técnicamente dicho, un ámbito de "Derecho Comparado" en el sentido usual.

Trasladada la visión del autor a ese ámbito comparatista *externo* del "Derecho Comparado", no cabe olvidar el impulso inicial que le diera su maestro vallisoletano, el profesor Ignacio SERRANO Y SERRANO, hacia el campo del Derecho Comparado. Seguidor de la –por él llamada– "antigua escuela comparatista" (SERRANO, CASTÁN TOBEÑAS, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA...), su "bautismo comparativo" –sic– fue en el Congreso de Derecho Comparado de UPPSALA (1966). Posteriormente ha sido *Rapporteur général* en los Congresos de TEHERÁN (1974) y BRISBANE (2002). Asistente a los Congresos de BUDAPEST (1978), MONTREAL (1990), ATENAS (1994), BRISTOL (1998) y UTRECHT (2006). Su prestigio comparatista posibilita su ingreso como profesor en la célebre *Faculté International de Droit Comparé* de ESTRASBURGO, en cuya prestigiosa Universidad impartió cursos de la especialidad en primavera o verano, así como en otras Facultades europeas en cursos organizados por aquella Facultad (v. gr.: Santiago de Compostela, Salamanca, Amsterdam, Florencia, Graz, Rostock, Namur, Frankfurt a. M., Freiburg Br., etc.). Es presidente de la "Asociación Española de Derecho Comparado" y miembro titular de la "Academia Internacional de Derecho Comparado".

Buena parte de los conocimientos del autor sobre esta amplia materia los ha ido transmitiendo a los cursos monográficos de "Derecho Comparado" impartidos reiteradamente en el llamado "Tercer Ciclo de los Estudios de Derecho" en la Universidad de Zaragoza, en la que es catedrático Emérito, desde su incorporación a ella hasta la actualidad.

Al caracterizar la trayectoria profesional del autor, el prologuista de la obra (Fernando GARCÍA VICENTE, JUSTICIA de Aragón) alude a los muchos años y esfuerzos de su investigación en la materia de esta obra y señala como *notas* esenciales de esa trayectoria humana: la ilusión depositada en la materia y el esfuerzo docente por extender el interés en ese ámbito comparatista entre los profesionales y los estudiosos del Derecho.

III. LA OBRA Y SU CONTENIDO

Respecto del contenido de la obra, obviamente *recapitulatorio* por la diversidad de materias, temas y puntos tratados a lo largo de muchos años de experiencia y de docencia profesional, el propio autor ha procedido a

una sencilla sistematización mediante la agrupación de los temas y trabajos recogidos conforme a la siguiente ordenación: A) Problemas generales de Derecho Comparado; B) Codificación; C) Estudios de microcomparación; y D) Bibliografía comparativa seleccionada.

A los *problemas generales del Derecho Comparado* analizados *en el apartado A)* corresponden los trabajos siguientes: El Derecho Comparado, exigencia de los estudios de Derecho en el siglo XXI; Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho Comparado; Cien años de Derecho Comparado (Del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans de 2000); Comparatismo en España, ayer, hoy ¿y mañana?; Derecho, biografía y globalización.

El *apartado B) (Codificación)* presenta los estudios siguientes: Presencia del Derecho Español en el Código Civil de Louisiana; Significado del Código Civil cubano de 1987 en el proceso de codificación; Bicentenario festivo del *Code Civil*, reticencias francesas ante la codificación europea... Y ¿en España?; Notes Comparatives sur le régime de la répresentation contenu dans l'avant-projet de la réforme (française) du Droit des Obligations.

Los llamados por el autor *Estudios de micro-comparación* comprendidos *en el apartado C)* son englobados bajo tres aspectos: a) Fuentes del Derecho (*Civil law versus common law,*... o, viceversa?); b) Derecho patrimonial ["Numerus clausus et numerus apertus" dans la modèrne théorie des droits réels (un apperçú sur le Droit espagnol); Les différentes fonctions de la possession en Droit privé; La nullité du contrat par violence: point de vue espagnol]; c) Derecho de familia, ¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?; ¿Derecho de familia europeo? ¿Derecho europeo de familia?; Modelos de matrimonio y de Derecho de Familia en el siglo XXI; El fracaso del divorcio, en España y en Europa: anotaciones a la Ley de 2005; XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado (BRISBANE, 14-20 julio 2002). ¿Qué familia para el siglo XXI? Ponencia general; El Derecho de familia en Europa. Panorámica, entre dos siglos; ¿Hacia dónde evoluciona el Derecho patrimonial de la familia?; Estudio comparado de la tutela.

Ordenadas las materias en la forma dicha, el autor finaliza con *un apartado D)*, dedicado a la *Bibliografía seleccionada sobre Derecho Comparado*, apartado comprensivo, a su vez, de una serie de diversos *estudios*, verdaderos dictámenes magistrales sobre cada punto tratado, referidos a estos temas: Bibliografía italiana sobre Derecho comparado en el siglo XXI; Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense; El Derecho africano.

Habida cuenta de la diversidad y de la densidad de materias y de puntos específicos tratados por el autor, conviene, a mi juicio, en principio, resaltar la particular importancia e interés de este volumen *desde una perspectiva notarial,* máxime –específicamente– desde la posición de tantos y tantos notarios ejercientes en todo el arco mediterráneo y en ambos archipiélagos, y, por supuesto, en las grandes ciudades con numerosa población inmigrante.

IV. VALORACIÓN DE LA OBRA

LA VISIÓN CRÍTICA DEL AUTOR

Inicialmente el autor se muestra muy pesimista acerca de la evolución y el futuro del estudio del DERECHO COMPARADO, partiendo del dato fundamental de *la supresión* de la asignatura ahora optativa con igual denominación en los actuales Planes de Estudio del "Tercer Ciclo de los Estudios de Derecho", supresión motivada por la aplicación del llamado "Plan Bolonia". Tal circunstancia parece contradictoria con una lógica demanda de los estudiantes, que desean ampliar sus conocimientos, y –a juicio del autor– supone "un craso error que pagarán los futuros Licenciados españoles que –muy probablemente– habrán de enfrentarse en el futuro con sistemas jurídicos diferentes del español, que nadie les habrá explicado previamente; y como la omisión es grave y patente, ello se advertirá más pronto que tarde, y quienes, en aquel momento, ostenten la responsabilidad universitaria, tendrán que subsanarlo de inmediato".

Me parece relevante el dato que presenta nuestro autor partiendo de la otra parte de la balanza (un dato *también comparativo sincrónicamente*), cuando compara entre la situación vivida en 1900 (Congreso de París: los llamados "padres fundadores" de la disciplina) y la de un siglo más tarde (Congreso de Nueva Orleans de 2000), donde se percibe lo increíble del camino recorrido. Se ha escrito que el "Derecho Comparado" *puede morir de éxito*. Lo decisivo –nos dice el autor– ha sido *el ámbito de aplicación* del mismo, ya que ha dejado de girar en torno a Europa y se ha extendido a otros sistemas jurídicos diferentes del *Civil law* y del *Common law*, al Derecho musulmán y a los Derechos asiáticos. Entiende el autor que "un posible comparatista español del siglo XXI... tiene ante sí un atrayente e ilusionante campo de actuación para poner en práctica esos conocimientos (del Derecho Comparado)".

LA VISIÓN DE QUIEN SUSCRIBE

Esta muy esquemática reseña de una voluminosa obra ha pretendido dar una visión panorámica de la persona del autor, del contenido del volumen y de las apreciaciones críticas acerca de la materia tratada presentadas por el propio profesor GARCÍA CANTERO.

Todo ello bastaría para dar fin a este resumen de la obra. Parecería una omisión no justificada la no inclusión del personal punto de vista de quien esto suscribe. En tal sentido, añado muy breves reflexiones personales.

Hay que señalar, *en primer lugar*, que la densidad y la amplitud del material aquí presentado en esta obra comprende *una pequeña parte* de la actividad del profesor GARCÍA CANTERO desarrollada en torno al "Derecho Comparado". Con la matización, que aquí añado y reitero, de que se trata de un comparatismo (una técnica comparatista jurídica) que tiende a un ámbito *externo* (lo internacional) y que comprende un doble sentido *histórico* [diacrónico (evolución en el tiempo) y sincrónico (análisis actual)].

A ello añado, *en segundo lugar*, que mi única crítica posible a la excelencia de la obra apuntaría a *la ausencia* de los estudios del autor sobre el comparatismo *interno* (lo *intra*-nacional, lo inter-regional), que indudablemente existen: *¡haberlos, haylos!*

Ausencia esta que, a mi juicio, *en tercer lugar*, podría derivar de la modestia y la humildad de este maestro nuestro, que quizás considera que toda esa maraña *inter-regional* (¡ay!, ¡esos llamados "Derechos forales"!) ha quedado sepultada y olvidada tras el peso del Estado de las Autonomías y su mágica transformación en un deficiente "Derecho autonómico" a cargo de juristas áulicos...

Resultaría, *en cuarto lugar*, decisiva en la aportación presente del autor su intención de no presentar un "Manual", sino salvar un voluminoso conjunto de artículos hoy diversos y de conveniente recuperación. Lo que coincide con el actual "impasse" internacional sobre la materia tratada, donde van retirándose del escenario los comparatistas de toda la vida. Parodiando la famosa escena cinematográfica, cabe decir aquí: "¡siempre nos quedará García Cantero!".

En quinto lugar, desde mi personalísimo punto de vista, la fascinación que ejerce en nuestros jóvenes el "american way of live" oculta la lenta invasión de la llamada "*comparative law*" y la creciente colonización anglosajona que nos invade. Colonización perfectamente planificada, quizás desde el Congreso de Viena de 1977, cuyas directrices se han ido cumpliendo a rajatabla.

Trayectoria que, *en sexto lugar*, nos llevaría desde un punto inicial de no-retorno consistente en la supresión del estudio de las Lenguas Clásicas (latín y griego), siguiendo por la supresión del Derecho Romano y la negación del Derecho Canónico (absurdamente identificado, en ignorancia abismal, con un "Derecho de la Iglesia"). Luego viene la pretensión de un cierto uniformismo del "Derecho privado europeo" bajo la planta anglosajona: con jurisprudencia diferente, con valor distinto del llamado "precedente judicial", sin existencia de *Códigos*, con doctrina jurídica y su valor diferentes, etc. A lo cual se añade la pretensión (otro hito más, ¡increíble!) de la inexistencia del "ius commune", factor cultural fundamental de la formación de EUROPA. Para finalizar con la regulación de normativas comunes sobre la base de "principios generales" (?). Y en ese punto final, habidos los antecedentes, se desconoce la existencia del "Derecho Comparado".

Si a todo ello, finalmente, *en séptimo lugar*, se superponen rebajas de exigencias y de excelencias (v. gr.: no hace falta saber latín, no es precisa la raíz romana de las instituciones, *para qué* el "Derecho común", *por qué* y *para qué* de la Codificación, fragmentación y división de los Derechos históricos nacionales...), el resultado patente apunta a la destrucción de la unidad jurídica-cultural europea.

Hay que dar fin a esta reseña. Aunque mi opinión y mi voz no cuenten para nadie ni para nada, yo digo con el juglar de mi tierra: "DIGUEM NO!". Conmigo que no cuenten para ese falso camino. Yo, ¡no! Pues eso.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO AGRARIO. LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS

José A. Navarro Fernández
Editorial Tirant lo Blanch, Colección Manuales
Valencia, 2010
Un volumen de 174 páginas

Por José María de la Cuesta Sáenz
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

De nuevo tengo la satisfacción de reseñar una obra del profesor José A. Navarro Fernández, de la Universidad de Granada, destacado especialista en materia de Derecho Agrario, y si en la ocasión precedente se trataba de una obra colectiva por él dirigida y coordinada [*La explotación agraria,* en *Revista Jurídica del Notariado,* número 68 (2008)], en esta ocasión se trata de una obra enteramente debida a su pluma, y de una obra de vocación docente.

En efecto, el propio autor en su nota introductoria destaca la vocación docente de la publicación, nacida de la experiencia docente en la asignatura optativa de Derecho Agrario de su Facultad de Derecho, pero perfectamente adaptable a otras asignaturas y titulaciones académicas.

Pero no se haría justicia a la obra que nos ocupa encasillándola en la categoría de manual dirigido a una enseñanza bastante especializada y conforme a la metodología hoy al uso, lo que ya sería un importante cúmulo de méritos, porque ciertamente se trata de una obra que ofrece mucho más al lector, ya que incorpora de modo muy sintético todo lo que hoy hay que saber –que es mucho– sobre el entorno jurídico de la explotación agraria, y que lo hace además desde un punto de vista científico y sin escatimar la opinión crítica del autor sobre cada instituto jurídico y sobre el mosaico que forman en su conjunto.

La obra se divide en dos grandes apartados, dedicándose el primero de ellos a la exposición sistemática del Derecho agrario visto desde el prisma de la explotación agraria, y el segundo de ellos a los casos prácticos y materiales con que se debe completar la formación teórica. La primera parte comienza con un primer capítulo sobre el Derecho agrario como objeto de estudio, en el que el autor vuelca su profundo conocimiento de la génesis

del Derecho agrario y de su diferenciación en el pasado siglo XX, así como en el estado actual del Derecho agrario, con su impregnación de Derecho alimentario y de Derecho ambiental, que deberían actuar como obstáculos a los posibles excesos del agronegocio.

El capítulo segundo se dedica a la exposición de las fuentes del Derecho agrario actualizada en cuanto al Derecho comunitario, y seguida inmediatamente por las fuentes estatales, autonómicas y locales, sin olvidar las competencias de los poderes privados –aspecto verdaderamente original y acertado–, entre los que se trata del complejo agroindustrial, de las interprofesiones, de las organizaciones profesionales agrarias, de los convenios colectivos y de otros entes y organismos con competencias normativas, para terminar con un completo examen del control jurisdiccional de los actos normativos, en el nivel constitucional, en el nivel de legalidad ordinaria, en lo relativo a los actos normativos de entes semipúblicos, y por último al control del Derecho interno que entre en conflicto con el Derecho comunitario.

El capítulo tercero se dedica la "Organización jurídica de las explotaciones agrarias", y en él se examina el fundamento constitucional del régimen diferenciado para la agricultura, y se pasa revista con definiciones muy concisas exactas a once conceptos básicos en el Derecho agrario, desde el concepto de agricultor hasta el concepto de subvención agraria, pasando por los conceptos de actividad agraria, actividad agraria conexa, actividad agraria complementaria, explotación agraria, empresa agraria, producto agrario, contrato agrario, contrato de integración y trabajador agrícola, todos ellos proporcionados por los distintos órdenes normativos aplicables.

El capítulo IV, bajo el epígrafe general de "La estática de la explotación agraria", estudia los derechos y bienes que la integran, haciendo notar con tintes críticos la inadaptación de la realidad de la ordenación de las explotaciones a la ordenación del territorio, causada a menudo por la preponderancia de intereses ajenos a lo agrario, para seguidamente abordar la legislación sobre mejora y modernización de las estructuras agrarias y conservación de la integridad de las explotaciones que tanta importancia han tenido (a lo largo sobre todo del siglo XX) a la hora de configurar su estado actual. También se examinan en este capítulo los mercados de tierras, en propiedad y en arrendamiento, y los contratos de integración ganadera y de reproducción de semillas en lo que tanta importancia tiene la propiedad industrial y la legislación sobre obtenciones vegetales.

La "dinámica de la explotación agraria" y la organización de la actividad agraria constituyen el objeto de estudio del capítulo V, y en él se pasa a cuestiones de la máxima importancia para un cabal conocimiento del entorno jurídico de la actividad agraria, que van desde el inicio de la actividad, y la implantación de sus registros y contabilidad, las diferentes actividades agrícola, ganadera y silvícola, las buenas prácticas agrarias y la condicionalidad de los pagos directos de la PAC, hasta las condiciones de trabajo en las explotaciones, que no están contempladas por la PAC, sino por las legislaciones nacionales sobre riesgos laborales, terreno en el que todavía hay mucho por hacer.

El capítulo VI se dedica a la organización de los mercados de los productos agrarios, durante mucho tiempo presidida para los Estados integrantes de la CEE, pero que tras la creación de la OMC ha pasado a estar presidido por normas multilaterales a veces poco compatibles con el significado de la PAC, y que dan lugar a un entorno en el que habrán de cobrar mayor importancia otros estabilizadores de los mercados como las organizaciones de productores, las organizaciones interprofesionales, los Consejos Reguladores de denominaciones de origen y de indicaciones geográficas de procedencia, para terminar con una sucinta referencia a las subvenciones agrarias y a las ayudas al desarrollo rural.

Por último, el capítulo VII estudia la "seguridad alimentaria" en todos sus significados y las competencias regulatorias en la materia, así como el concepto de alimento y de empresa alimentaria y el completo sistema europeo en la materia presidido por los principios de transparencia y de precaución, y plasmado en las exigentes normas sobre trazabilidad de los alimentos y certificación en materia de seguridad alimentaria.

La segunda parte de la obra es también ciertamente novedosa, y viene precedida de una breve introducción que justifica su necesidad y explica su concepción, basada en la consideración de que el Derecho agrario es un producto histórico y social. Las resoluciones jurisprudenciales que ofrece y propone parten de lo más fundamental, las importantes sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Reforma Agraria en Andalucía, y del Tribunal Supremo sobre competencias en materia de subvenciones agrícolas y denominaciones de origen, así como la sentencia del TJCE sobre la OMC del plátano, como muy significativa de las relaciones entre la PAC y la OMC, para proseguir con un bastante amplio elenco de sentencias del TS sobre actividad agraria y actividad de servicios, sobre el agua subterránea como elemento de la explotación, sobre concentración parcelaria, sobre retracto de colindantes, sobre tipología de los agricultores, sobre SATs y sobre subvenciones, con las que se muestra un conjunto muy completo y bien seleccionado.

Por último, cierra la publicación un apartado de materiales en el que ofrece bibliografía para el estudio del Derecho agrario, del complejo agroindustrial y agroalimentario mundial y sus relaciones con las crisis alimentarias, de la cuestión acerca de la necesidad de una política agrícola, y de la situación de la agricultura española en particular.

En suma, puede decirse que estamos ante una obra muy original en su concepción, muy bien sistematizada, y por lo tanto muy útil no solo a efectos didácticos, que son los que en principio persigue su publicación, sino también a otros efectos, puesto que proporciona al lector un inmejorable y muy actualizado compendio de lo que es hoy el Derecho agrario.

LAS FUNDACIONES: DOTACIÓN Y PATRIMONIO

María Eugenia Serrano Chamorro
Prólogo de I. Serrano García
3.ª edición actualizada
Editorial Civitas Thomson-Reuters
Cizur Menor, 2010
Un volumen de 405 páginas

Por José María de la Cuesta Sáenz
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

La obra de referencia, que ha cumplido diez años de presencia en nuestras librerías, vuelve a ellas en una tercera edición actualizada, lo que habla con toda claridad de su éxito comercial, que obedece sin duda a su utilidad para los prácticos del Derecho, que no requiere por lo tanto resaltarse.

Pero se trata de un tratamiento monográfico de las fundaciones al que no se haría justicia destacando simplemente su utilidad práctica, porque se trata de un estudio que responde también a otros intereses y que ofrece una visión muy completa de la génesis de la persona jurídica fundacional.

En efecto, abre el trabajo un primer capítulo denominado evolución histórica de las fundaciones, en el que se pasa revista a su prolongada historia desde sus orígenes en el Derecho romano, hasta nuestro Derecho vigente tras la Constitución de 1978, tanto estatal como autonómico, en cuyo recorrido se detiene en los avatares más significativos de las fundaciones en el Derecho germánico y en el Derecho canónico, y en esa encrucijada que supuso para las fundaciones la legislación desamortizadora y desvinculadora, para culminar con el proceso expansivo que la persona jurídica fundacional ha experimentado en su evolución más reciente.

Seguidamente la autora aborda el estudio del negocio jurídico fundacional tanto desde el punto de vista teórico, ya que examina las distintas teorizaciones sobre su naturaleza jurídica, y su distinción de figuras afines, como desde el punto de vista más apegado a su régimen legal, destacando su carácter de negocio formal y examinando, con la sistemática habitual en la materia, el contenido del negocio fundacional y las peculiaridades que al negocio fundacional imponen la naturaleza del sujeto fundador (persona física o jurídica) y en el caso de la persona física

las especialidades de su otorgamiento *mortis causa*, para terminar con la mención de sus elementos reales, de su patrimonio, que, dada la condición de *universitas rerum* de la persona jurídica fundacional, se constituye en el objeto principal de estudio en los siguientes capítulos del libro.

El capítulo tercero, bajo el título "Dotación fundacional", examina con extensión y profundidad la noción de dotación, su evolución histórica, y su plasmación en la legislación autonómica de las doce CCAA que han ejercido su competencia legislativa en materia de fundaciones, y que ocasiona una diversidad digna de provechoso estudio. La adecuación y la suficiencia de la dotación, la cuestión acerca de su revocabilidad, la forma y las modalidades que puede revestir, con especial atención a la dotación sucesiva, constituyen el contenido de este tercer capítulo, que culmina con el estudio del funcionamiento del patrimonio y que se erige en el verdadero centro de la obra.

El capítulo cuarto se dedica a la gestión patrimonial de las fundaciones y a la realización de actividades empresariales, industriales y mercantiles por estos entes, dedicando especial atención a las relaciones entre fundación y empresa y a las distintas situaciones que pueden generar (fundación con empresas, fundación que crea una empresa y por último la propia fundación-empresa).

El capítulo quinto se dedica a la cuestión acerca de la reversibilidad o irreversibilidad del patrimonio fundacional, para lo que se procede a la exégesis de ciertos pasajes de la Ley de Beneficencia, del artículo 39 del Código Civil, de la preeminencia de la voluntad del fundador y de la regulación del tema en las leyes de las Comunidades Autónomas. También en relación con esta cuestión se examina la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por supuesto la propia Ley de Fundaciones estatal, ofreciendo como colofón del tratamiento de esta cuestión las distintas posturas doctrinales *pro et contra*.

Prosigue este capítulo con algunas cuestiones circunscritas a supuestos especiales en relación con la reversibilidad y la destinación de los bienes por el propio fundador para el caso de disolución de la fundación, en lo que concluye postulando la conveniencia de contemplar esta posibilidad en estatutos, examinando a tal efecto las previsiones contenidas en los estatutos de algunas importantes fundaciones, y defendiendo las posibilidades de que los fundadores puedan controlar ese destino subsidiario de los bienes.

Por último, cierran la obra elencos muy completos de las sentencias del Tribunal Supremo consultadas (hasta el año 2009), así como de las menos abundantes resoluciones de la DGRN, y de la verdaderamente exuberante legislación utilizada, y una referencia bibliográfica exhaustiva.

Así pues, insistiendo en la idea inicial, hay que concluir que se trata de una obra de acreditado interés para los prácticos, pero que tiene una concepción y una ordenación sistemática, así como contenidos de alto interés doctrinal.