

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXXV • Enero-Febrero 2009 • Núm. 711

---

REVISTA BIMESTRAL

La Revista no se identifica necesariamente con  
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62  
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

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

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **Presidente**

**Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### **Comisión ejecutiva**

**Don Eugenio Rodríguez Cepeda**  
Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Juan José Pretel Serrano**  
Director del Servicio de Estudios  
del Colegio de Registradores de la  
Propiedad y Mercantiles de España

**Don Francisco Javier Gómez Gáligo**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Don Juan María Díaz Fraile**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Don Manuel Amorós Guardiola**  
Académico de Número de la Real  
Academia de Jurisprudencia y Legislación

### **Consejero-Secretario de la Revista**

**Don Francisco Javier Gómez Gáligo**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

## Consejeros

**Don Eugenio Rodríguez Cepeda**  
Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Antonio Pau Pedrón**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Juan Vallet de Goytisoló**  
Notario

**Don Eugenio Fernández Cabaleiro**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don José Antonio Nortes Triviño**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don José Manuel García García**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don José Luis Laso Martínez**  
Abogado

**Don Juan Sarmiento Ramos**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Carlos Lasarte Álvarez**  
Catedrático de Derecho Civil  
UNED Madrid

**Don Ángel Rojo Fernández-Río**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Fernando Curiel Lorente**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Juan María Díaz Fraile**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil adscrito a la DGRN

**Don Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Fernando Pedro Méndez González**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Poveda Díaz**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Don Aurelio Menéndez Menéndez**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Manuel Amorós Guardiola**  
Académico de Número de la Real  
Academia de Jurisprudencia y  
Legislación

**Don Fernando Muñoz Cariñanos**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Juan Pablo Ruano Borrella**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Joaquín Rams Albesa**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.<sup>a</sup> Cabello de los Cobos y  
Mancha**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Antonio Manuel Morales Moreno**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Juan Luis Iglesias Prada**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Francisco Javier Gómez Gállico**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil adscrito a la DGRN

**Don Vicente Domínguez Calatayud**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Juan José Pretel Serrano**  
Director del Servicio de Estudios del  
Colegio de Registradores de la  
Propiedad y Mercantiles de España

## **PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»**

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

1.º La dotación del premio será de 5.000 euros.

2.º Se concederá premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2009, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.

3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.

4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como Secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.

5.º El premio será objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.



# S U M A R I O

Págs.

## ESTUDIOS

- «La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los *Santos Inocentes*», por SALOMÉ ADROHER BIOSCA ..... 13
- «Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del derecho contractual europeo y comparado?», por ESTEVE BOSCH CAPDEVILA ..... 57
- «La representación voluntaria de los incapaces: Una manifestación de la autonomía de la voluntad de quien puede prever su pérdida de capacidad», por CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ ..... 97

## ESTUDIOS LEGISLATIVOS

- «La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH, reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 2008)», por FERNANDO CANALS BRAGE ..... 143
- «Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa», por MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ ..... 215
- «Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario», por MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN ..... 261

## DICTÁMENES Y NOTAS

- «Hipotecas especiales», por ABIGAIL QUESADA PÁEZ ..... 353

**DERECHO COMPARADO**

«Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO .....	371
«La protección de los derechos reales en Estados Unidos: el seguro de títulos», por CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO .....	403

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL**

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	431
Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008, comentada por don ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES .....	440

**ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA****1. DERECHO CIVIL****1.1. Parte general:**

— Alteración en el orden de los apellidos: inexistencia de acuerdo entre los progenitores, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE .....	479
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**1.2. Derecho de familia:**

— Ponderación de los ingresos de la pareja sentimental del obligado a prestar alimentos a efectos de fijar la cuantía de la pensión, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE .....	485
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**1.3. Derechos reales:**

— El justo título para usucapir, por MARÍA GOÑI RODRÍ- GUEZ DE ALMEIDA .....	492
---------------------------------------------------------------------------------	-----

**1.4. Sucesiones:**

— Partición y liquidación de la sociedad conyugal, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL .....	498
-------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**1.5. Obligaciones y contratos:**

— Los frutos de la cosa pertenecen al acreedor desde que nace la obligación de entregar la misma, por ISA- BEL MORATILLA GALÁN .....	502
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----



— Hacia una nueva tipología locativa: arrendamiento de bienes muebles, <i>renting</i> o <i>leasing</i> operativo, especial estudio de sus caracteres esenciales, por ROSANA PÉREZ GURREA .....	505
1.6. Responsabilidad civil:	
— El ejercicio del derecho al honor como límite al derecho a la información, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ.	513
2. MERCANTIL	
— De nuevo sobre la retribución de los administradores, ¿estatutos o pactos parasociales?, por FRANCISCO REDONDO TRIGO .....	522
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— Titularidad fiduciaria de las juntas de compensación y titularidades subyacentes de sus miembros, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ .....	533
<b>ACTUALIDAD JURÍDICA</b>	
Información legislativa y de actividades .....	543
<b>INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA</b>	
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:	
«La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español», de ESTHER MUÑIZ ESPADA, por LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GONSÁLVEZ .....	587
«Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense», de ZOILA COMBALÍA, por GABRIEL GARCÍA CANTERO .....	591
<b>REVISTA DE REVISTAS</b> .....	601



# ESTUDIOS



# La nueva regulación de la adopción internacional en España.

## Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los «santos inocentes» (1)

por

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

*Profesora Propia Ordinaria de Derecho internacional privado  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL OBJETO DE LA LEY:
  - 2.1. ¿ADOPCIÓN INTERNACIONAL O ADOPCIÓN TRANSFRONTERIZA?
  - 2.2. ¿REGULACIÓN DE DIPR O REGULACIÓN «INTEGRAL»?
3. EL ESPÍRITU DE LA LEY:
  - 3.1. LA EXPLICACIÓN DEL *BOOM* DE LA AI.
  - 3.2. ¿LA ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE MENORES O COMO BÚSQUEDA DE UN NIÑO DISPONIBLE PARA UNOS *SOLICITANTES*?:
    - A) *La importancia del lenguaje.*
    - B) *La prohibición de discriminación en la idoneidad.*
    - C) *La AI tras una kafala o un programa de acogimiento temporal.*

---

(1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D nacional: SEJ2006-15286/SOCI titulado *Adopción internacional: la integración familiar y social de los menores adoptados internacionalmente. Perspectivas interdisciplinarias y comparativas* (I.P. Diana MARRE CIFOLA). Un comentario más breve de la misma autora sobre este texto legal es: ADROHER BIOSCA, S., «Breves reflexiones sobre la Ley 54/2007, de Adopción internacional», en *Sepin Net Revista Persona y Familia*, julio-agosto de 2008, núm. 79, págs. 12-21.

4. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL:
  - 4.1. MARCO LEGAL BÁSICO Y HOMOGÉNEO.
  - 4.2. DETERMINACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA TOMA DE DECISIONES DIVERSAS, ASÍ COMO LA CREACIÓN DE ÓRGANOS DE COORDINACIÓN INTER-TERRITORIAL.
5. LA REGULACIÓN DE LA FASE ADMINISTRATIVA:
  - 5.1. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS:
    - A) *Ampliación de las funciones y obligatoriedad de las mismas.*
    - B) *Presencia obligatoria de la Administración Pública española cuando los adoptantes se trasladan al extranjero.*
    - C) *Matching conjunto.*
  - 5.2. REGULACIÓN DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS Y/O MEDIADORAS:
    - A) *¿Entidades mediadoras o Entidades colaboradoras?*
    - B) *ECAIS.*
  - 5.3. OBLIGACIONES DE LOS PADRES:
    - A) *Obligaciones post-adoptivas.*
    - B) *La revelación.*
    - C) *¿Otras obligaciones?*
6. LA REGULACIÓN DE DIPr:
  - 6.1. CJI (TÍTULO III, CAPÍTULO I).
  - 6.2. LEY APLICABLE (TÍTULO III, CAPÍTULO II).
  - 6.3. EFECTOS EN ESPAÑA DE LA ADOPCIÓN CONSTITUIDA POR AUTORIDADES EXTRANJERAS:
    - A) *Control de la CJI y de la ley aplicable. ¿Un nuevo requisito gravoso?*
    - B) *Control de la Ley aplicable.*
    - C) *La apertura hacia la diversidad jurídico-cultural.*
    - D) *Prohibida la idoneidad obtenida tras la adopción.*
    - E) *La no contrariedad con el orden público.*
7. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la última sesión plenaria del Congreso de los Diputados de la VIII legislatura celebrada el 20 de diciembre de 2007 se aprobaba, entre otras, la nueva Ley de adopción internacional (AI) simbólicamente firmada por el presidente del Gobierno el día de los «santos inocentes» (2). La prensa se hacía

---

(2) Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE, núm. 312, de 29 de diciembre). A lo largo de este trabajo iré estudiando el trámite parlamentario de la Ley haciendo alusión a los siguientes documentos, y de la forma abreviada que señalo:

- Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de marzo de 2007 (inédito), como Informe CGPJ.
- Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de adopción internacional, de 30 de mayo de 2007 (inédito) como Informe FGE.

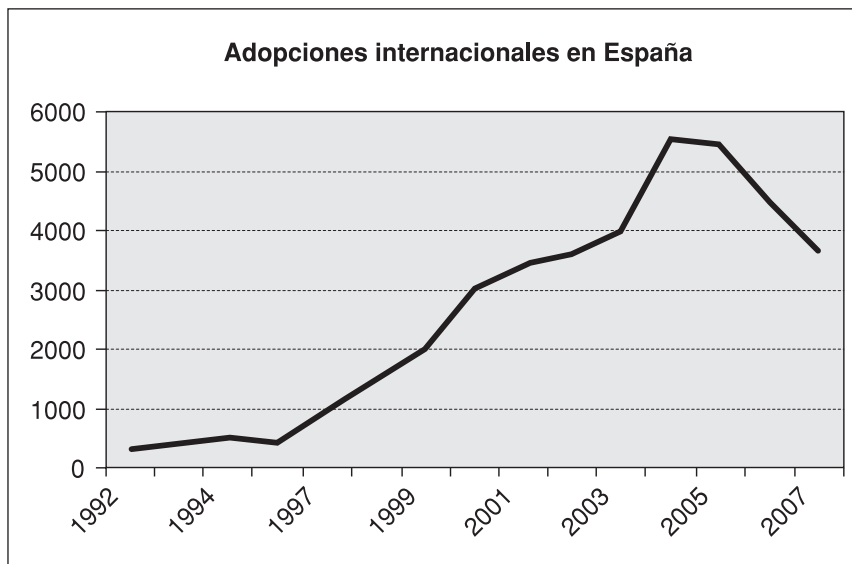
eco de ella, no tanto por su contenido central y fundamental sino sobre todo por la supresión que, a través de su Disposición Final primera, se ha hecho del último párrafo del artículo 154 del Código Civil, en el que entre los diversos derechos/deberes que inherentes a la patria potestad se señalaba que los padres «podrán corregir razonable y moderadamente a sus hijos». Con esta supresión se pretende deslegitimar legalmente el «cachete», y esta cuestión, cuestionable por otra parte (3), ha focalizado el último debate de una Ley cuyo objetivo esencial es otro y sobre el que me propongo reflexionar.

La necesidad de una Ley que abordara la regulación de la AI era evidente, tanto por razones sociológicas como jurídicas. Por una parte, España ha pasado en diez años de ser un país que no aparecía en las estadísticas mundiales de AI, a convertirse en términos relativos en el primer país del mundo receptor de menores adoptados en el extranjero, el segundo en términos absolutos después de Estados Unidos (4), y eso a pesar de que en los últimos tres años las cifras han comenzado a disminuir significativamente confirmando una tendencia que ya se produjo hace años en países de nuestro entorno: en 1992 fueron 305 adopciones; en 1993, 400; en 1994, 501; en 1995, 435; en 1997, 942; en 1998, 1.487; en 1999, 2.006; en 2000, 3.062; en 2001, 3.428; en 2002, 3.625; en 2003, 3.951; en 2004, 5.541; en 2005, 5.423; en 2006, 4.472, y en 2007, 3.648.

- Proyecto de Ley (BOCG. CD. VIII Legislatura, 29 de junio de 2007, núm. 143-1) como Proyecto de Ley.
- Enmiendas e índice de enmiendas al articulado (BOCG. CD. VIII Legislatura, 12 de noviembre de 2007, núm. 143-11) como Enmiendas del Congreso de los Diputados.
- Enmiendas [BOCG Senado. VIII Legislatura, 10 de diciembre de 2007, núm. 140 d)] como Enmiendas del Senado.
- Comisiones, Justicia, VIII Legislatura, CG-Diario de Sesiones del CD. Jueves, 22 de noviembre de 2007, VIII legislatura, núm. 1, 949, como Comisión de Justicia.
- Sesión plenaria, núm. 288, Cortes Generales. Diario de Sesiones del CD, Jueves, 20 de diciembre de 2007, Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, núm. 310, como Sesión plenaria.

(3) El maltrato familiar tiene ya su sanción en el Código Penal y sin embargo se advierte una preocupante actitud educativa en una parte no desdeñable de familias españolas (casi un cuarto del total) cuyo estilo pedagógico permisivo/libertario desdeña la educación en límites, el respeto a la autoridad y las sanciones (VIDAL FERNÁNDEZ, F., *Situación social de la infancia, 2001*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales —MTAS— e Instituto Universitario de la Familia —Universidad P. Comillas—, 2002, pág. 45 y sigs.). Esta opinión es compartida por el *Informe FGE*, que señala «que de lo que se está pecando en la actualidad es por defecto en el ejercicio de las facultades de corrección con la consiguiente aparición de situaciones de grave riesgo para menores que carecen de cualquier tipo de disciplina». Un incisivo artículo sobre esta reforma es el de YZQUERDO TOLSADA, M., «El cachetito al niño es ilegal», en *La tribuna del Derecho*, 16-31 de enero, pág. 22.

(4) SELMAN, P., *Towards a Demography of Adoption: making sense of official statistics on child adoption and the search for origins*. Paper presentado en la *Second international conference in adoption research*. 17-21 de julio de 2006. Universidad de East Anglia, Norwich, Reino Unido (<http://www.uea.ac.uk/swk/icar2/welcome.htm>).



Se puede hablar de un «boom» de la AI en nuestro país que ha exigido, y sigue exigiendo, un notable y rapidísimo esfuerzo de adaptación de los recursos de las administraciones, de los profesionales, de los sistemas educativo y sanitario, de la sociedad en su conjunto y, naturalmente, del ordenamiento jurídico. Y es que esta «revolución social» se ha producido en España coincidiendo con una importante «revolución normativa» en el Derecho internacional, estatal y autonómico de protección de menores desde los noventa, desde las siguientes claves:

- Reconocimiento internacional de los derechos del niño en general y del adoptado en particular. Por vez primera la comunidad internacional los consagra en un texto normativo con un elevadísimo nivel de ratificaciones como es la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CNUDN) (5), dedicando el artículo 21 al niño adoptado. Además, y fruto de que la AI era ya desde los setenta un fenómeno mundial de gran envergadura, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado elaboró en 1993 un convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (CH) al que España prestó de forma inmediata su adhesión (6) a pesar de que en 1995 el número de AI en nuestro país

(5) *BOE*, núm. 313 de 1 de diciembre de 1990.

(6) Instrumento de ratificación español publicado en el *BOE* núm. 182 de 1 de agosto de 1995.



era poco significativo: esta incorporación española tan rápida al Convenio fue como un presagio de lo que se nos avecinaba. Pues bien, estos dos textos marcan de forma singular los acentos y principios de la regulación española como explicaré enseguida.

- Transición en España de un modelo de protección de menores «privatista» a uno «publicista» en el cual la competencia de las administraciones públicas es esencial. Es la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor (LOPJM) (7) la que da el paso definitivo (iniciado ya con la reforma del Código Civil —CC— por Ley 21/1987 de 11 de noviembre) de una concepción de la adopción como negocio privado a la consideración de la misma como medida pública de protección a la infancia (8).
- Profundización en la descentralización del Estado. Justamente en los noventa se comienzan a desarrollar normativamente las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia, de manera que, básicamente a partir de la LOPJM, asistimos a una profusa publicación de normas autonómicas de infancia, normativa especial sobre adopción y acogimiento, Decretos de habilitación de ECAIS, etc...
- Y, finalmente, las normas de Derecho Internacional Privado (DIPr.) fueron, sin embargo, las grandes olvidadas: retocadas o parcheadas en sucesivas reformas, no se llegó en estos años a abordar una reformulación de las mismas en profundidad y sistemática adaptada a la nueva realidad emergente (9).

En suma: la revolución que nos ha venido desde fuera (el boom de la AI en España) ha coincidido con una profunda transformación de las «entrañas» de nuestro sistema jurídico de protección de menores, y todo ello en tan sólo diez años. Por ello esta nueva ley era necesaria y urgente, social y jurídicamente, y así se había puesto de manifiesto en la Comisión sobre adopción internacional creada en el Senado en 2002 y que presentó sus conclusiones generales el 10 de diciembre de 2003 (10). Me propongo, en estos breves

---

(7) *BOE* de 17 de enero de 1996.

(8) Así se expresan CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, 2008, pág. 11.

(9) Reformas recogidas en ADROHER BIOSCA, S., y ASSIEGO CRUZ, V., «La adopción internacional», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 414, nota 261. Como señala el *Informe FGE*, «las normas de DIPr., en materia de adopción, adolecen en el ordenamiento jurídico español de graves deficiencias, puestas de manifiesto con frecuencia por la doctrina: fragmentariedad, dispersión, ambivalencia de contenidos y reiteradas reformas aparecen como rasgos caracterizados de un panorama normativo que algunos autores no dudan en calificar de caótico».

(10) *Conclusiones y recomendaciones del Senado*. 20 de diciembre de 2003. <http://www.coraenlared.org/contenidos/senado.htm>

comentarios, destacar alguno de los aspectos de la misma que considero más relevantes.

## 2. EL OBJETO DE LA LEY

En la determinación del objeto de la Ley se aprecian diversas disfunciones tanto respecto del concepto mismo de AI como respecto del sector normativo que se está modificando. Estas disfunciones son claramente fruto de la excesiva urgencia en su tramitación, y ya han sido criticadas por la doctrina (11) y puestas de relieve en el Congreso de los Diputados donde llegó a calificarse como «ley exprés» (12). Una de las pruebas más evidentes de esta excesiva precipitación en su elaboración es la inexistencia de Disposiciones Transitorias en el texto, que suponen su entrada en vigor el 30 de diciembre de 2007, también respecto de las AI que en ese momento estuvieran en trámite. Esta omisión puede tener especiales repercusiones en relación a las nuevas exigencias que la Ley prevé para el reconocimiento de las AI en sus normas de DIPr. y a las que haré alusión más adelante: las familias que estaban tramitando y todavía no habían inscrito en el RC la AI, se encontraron con la sorpresa de que se les iban a exigir unos requisitos nuevos, en ocasiones de difícil prueba, como veremos (13).

### 2.1. ¿ADOPCIÓN INTERNACIONAL O ADOPCIÓN TRANSFRONTERIZA?

En primer lugar, existe una disfunción entre el título de la Ley y su contenido; entre la terminología empleada por la Ley y la utilizada por los Servicios de Protección de Menores (y la opinión pública en general) que puede plantear algún problema práctico. En el artículo 1 del *Proyecto de*

---

(11) Así ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El proyecto de ley sobre adopción internacional. Una crítica para sobrevivir a su explicación docente», en *Actualidad Civil*, núm. 22, diciembre de 2007, pág. 2597 y sigs. En la página 2598 se refiere, en una evidente descalificación desproporcionada, a «un texto que parece haber sido encargado al peso, en el que no escasean los tópicos sin contenido... hecho, parece, que con prisa y descuidado». Un tono similar emplea este mismo autor en su comentario a la Resolución Circular de la DGRN, de 30 de agosto de 2006, en su artículo «Reconocimiento e inscripción en el RC de las adopciones internacionales», en *REDI*, vol. LVIII (2006), 2, pág. 685 y sigs.

(12) En *Sesión plenaria* el señor JANÉ Y GUASCH (de CIU) señalaba: «el trabajo no deja de ser precipitado (...). Ha sido un proyecto de ley exprés. Visto y no visto». En esa misma sesión la señora URÍA ETXEBARRÍA (Grupo P. Vasco) afirmaba: «una normativa de este estilo... no debiera haberse efectuado en este tramo final de la legislatura, no con estas prisas, no vinculando a determinadas noticias en medios de comunicación...».

(13) Así lo respondía a una familia que me hacía esta consulta en una entrevista virtual realizada un día antes de la aprobación de la Ley en el Congreso: <http://www.parasaber.com/familia/adopciones/entrevista/salome-adroher/2219/>

Ley (14) se definía la AI tal y como se entiende en general: un niño en desamparo y declarado adoptable que no puede ser entregado a una familia adoptiva o atendido adecuadamente en su país, es adoptado por una familia que reside en España y se desplaza con ella para integrarse y vivir en su nuevo hogar y su nueva sociedad; en este desplazamiento o «migración singular» están implicados los servicios de protección del país de origen del niño y los españoles, cabe la intermediación a través de ECAIS, etc... En realidad, quizá debería denominarse a esta adopción (como hace el CH), adopción «transfronteriza» (15) o «transnacional» (según el *Informe FGE*). Este era en el proyecto *especialmente* el objeto de la Ley, si bien se partía de una concepción amplia, según la cual una adopción es internacional cada vez que alguno de los elementos de la relación adoptiva es «extranjero» (16), dado que las normas de DIPr. deben regular naturalmente todos los supuestos posibles, no sólo los estadísticamente más relevantes (por ejemplo, adopciones de menores extranjeros declarados en desamparo en España, que los servicios de protección denominan, sin embargo, «adopciones nacionales»). No obstante el artículo 1 definitivo (17) (a pesar de que ninguna enmienda lo había cuestionado) (18) adopta una definición genérica de AI que no coincide ni con el concepto de AI del CH, ni con el empleado por las Entidades de

---

(14) «Se entiende por adopción internacional aquélla que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos y especialmente aquélla en cuya virtud un niño con residencia habitual en un Estado ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado, bien después de su adopción, bien con la finalidad de constituir la adopción en otro Estado».

(15) Artículo 2 del CH: «un niño con *residencia habitual* en un Estado contratante ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante, bien después de la adopción en el Estado de origen (...) por cónyuges o por una persona con *residencia habitual* en el Estado de recepción (...), bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen». De hecho, el Convenio en su versión inglesa se refiere a *intercountry adoption*, no a *international adoption*, y quizá tomando este término, y muy certeramente, la DGRN en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (*BOE* de 30 de agosto de 2006) se refería a «adopción transfronteriza» para distinguirla de la internacional.

(16) BOUZA VIDAL, N., «La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado», en *RGLJ*, 1987 (II), pág. 921 y sigs., contabilizó hasta catorce supuestos distintos de AI autorizada por autoridad española en España (al margen de las adopciones consulares y de las autorizadas por autoridad extranjera y reconocidas posteriormente en España). En todos estos supuestos, los elementos «extranjeros» que la autora española combina son la nacionalidad y residencia de adoptante y adoptado.

(17) «Se entiende por AI el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos».

(18) Sí había sido precisamente objeto de una observación del FGE (*Informe FGE*) que proponía precisamente la redacción que al final ha quedado. En contraste el *Informe CGPJ* respaldaba la definición inicial, ya que «comprende tanto las AI como las transnacionales (intercountry adoptions) asumiendo la noción más extendida en la doctrina».

protección de menores (y no coincide tampoco con la propia Exposición de Motivos de la Ley (19), a pesar de que prácticamente los capítulos I y II del Título I se refirieren y regulan realmente la adopción *transfronteriza*. Esta «disfunción» entre la definición de AI y su regulación posterior puede plantear algunos problemas de interpretación (20). De hecho, ya antes de su entrada en vigor, la definición de AI ha generado algún problema jurídico de cierta envergadura, concretamente problemas de delimitación competencial en el ámbito del RC (21).

## 2.2. ¿REGULACIÓN DE DIPR. O REGULACIÓN «INTEGRAL»?

El objetivo inicial principal de esta ley eran precisamente las normas de DIPR. a las que se dedican dos Títulos de la misma: el II relativo a la AI y el III a otras medidas de protección de menores. Como he señalado más atrás, estas normas a lo largo de doce años habían sido modificadas varias veces parcial-

(19) «Esta nueva norma concibe la AI como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos».

(20) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El proyecto...», *op. cit.*, pág. 2597 y sigs., se refiere a las disfunciones que pueden producirse en la aplicación del artículo 4. Este precepto señala determinadas circunstancias que impiden o condicionan la adopción. Entre ellas *no se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: b) si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción...* Si ponemos este artículo en relación con la definición de AI del artículo 2, ¿significa eso que un niño gambiano declarado en desamparo en España y residente en nuestro país no puede ser adoptado aquí por adoptantes españoles ya que en su país no existe una autoridad con las condiciones requeridas por nuestra legislación? Técnicamente eso dice la norma, pero claramente la misma se refiere a los casos de adopción transfronteriza, no a los casos de adopción «nacional» de menores extranjeros (que según la definición de la ley son casos de adopción internacional). Otro ejemplo: El derecho a la preparación pre-adoptiva (art. 5.b), ¿lo tienen sólo los que se ofrecen para una adopción en el extranjero o también para los que adoptan en España a un menor, sea éste de la nacionalidad que sea?

(21) Es el caso planteado en la RDGN (4.ª) de 14 de marzo de 2007 (BIMJ, núm. 2060 de 1 de mayo de 2008, pág. 206 y sigs.). Se trataba de la solicitud de inscripción en el RC del domicilio de los padres de la adopción ante juez español de un menor respecto del que previamente se había constituido una tutela en la India. El Juez Encargado del RC se considera incompetente, dado «que no se trata de una adopción internacional» y por tanto, a su juicio, debía instarse la inscripción en el RC central. La DGRN señala al respecto: «es cierto que la mayor parte de las adopciones internacionales son también “transnacionales” en el sentido de implicar el traslado o desplazamiento del menor adoptado desde su país de origen hacia el país de acogida de los adoptantes, pero también lo es que ni todas las AI implican dicho desplazamiento, siempre que concurra en el caso algún otro elemento de extranjería, ni en todas las adopciones transnacionales en que aquel desplazamiento concurre, la adopción es constituida *a fortiori* ante un juez u otra autoridad del país de origen del niño, pudiendo tener lugar la formal constitución de la adopción *stricto sensu* ante juez o autoridad del país de acogida del menor, en este caso, España».

mente pero nunca reformuladas sistemáticamente. Por ello la Exposición de Motivos (22) y el artículo 1.1 (23) señalan como objeto y finalidad de la Ley precisamente las normas de DIPr., y sin embargo, en el Título I («Disposiciones generales») se regula la fase administrativa de la adopción transfronteriza, es decir, el Derecho estatal de protección de menores (que no es DIPr.) (24).

Esta ampliación del objeto y finalidad de la Ley debe ser bienvenida, toda vez que era imprescindible dotar de una regulación sistemática a todo el proceso de la AI (25), pero a mi juicio se ha perdido una gran oportunidad de abordar la regulación de la AI de una forma todavía más completa, a través de una «Ley integral» en la que se contemplaran aspectos que quedan pendientes de regular, y lagunas evidentes que todavía perduran (26).

Así, por ejemplo, y en relación a la fase post-adoptiva, las sucesivas reformas de la normativa laboral (la más reciente propuesta en la Ley Orgánica de Igualdad de 2007) (27) no han recogido de forma satisfactoria las necesidades específicas de conciliación de la vida laboral y familiar de estas familias (28). Por otra parte, aspectos íntimamente relacionados con la materia, que sí ha sido objeto de la Ley, y que estaban regulados en otras normas especiales (legislación registral) (29) o que nunca han sido regulados en De-

---

(22) «El transcurso de los años ha proporcionado perspectiva suficiente para apreciar la oportunidad de una ley que pusiera fin a la dispersión normativa característica de la legislación anterior y reuniera una regulación completa de las cuestiones de Derecho internacional privado necesariamente presentes en todo proceso de adopción internacional».

(23) «La presente ley regula la competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales, así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras».

(24) CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley 54/2007...», *op. cit.*, págs. 24 y sigs. y 34 y sigs., explican esta disfunción en la propia preparación del anteproyecto: con un origen inicial en el Ministerio de Justicia en un grupo de expertos dirigido por la catedrática de DIPr., profesora Pilar BLANCO MORALES LIMONES (Directora General de los Registros y del Notariado) fue objeto de adiciones y correcciones por parte de otros dos Ministerios: Trabajo e Inmigración y Asuntos Exteriores y Cooperación.

(25) Si bien hubiera sido necesario hacer referencia a ella en la Exposición de Motivos y el artículo 1 en aras de la coherencia necesaria.

(26) No coincido con CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, pág. 27 y sigs., cuando afirman el carácter integral de esta ley.

(27) *BOE* núm. 71, 23 de marzo de 2007.

(28) ADROHER BIOSCA, S., «Conciliación de la vida familiar/laboral y adopción internacional: nuevas realidades familiares, nuevas demandas sociales», en *ALARES, Sociedad, Familia y Competitividad Empresarial*, núm. 2, 2007, pág. 40, y más extensamente ADROHER BIOSCA, S., «Desafíos jurídicos de la etapa post-adoptiva», en PÉREZ TESTOR, C., (coord.), *Post-adopción y vínculo familiar*, Fundación Vidal y Barraguer, Barcelona, 2008, págs. 119-146. En este sentido, Enmiendas del PP, núm. 119 (*Enmiendas Congreso de los Diputados*) y 31 (*Enmiendas Senado*).

(29) Como señala el *Informe FGE*: «sorprende, sin embargo, que a la vista de los objetivos propuestos, se omita el tratamiento registral de las AI, cuyo actual marco jurídico ha generado un sinfín de problemas interpretativos (...) se pierde así la oportunidad de superar la fragmentariedad e insuficiencia del vigente marco jurídico registral en materia de AI».

recho español (sistema de reconocimiento en España de actos de jurisdicción voluntaria de extranjeros) deberían haber sido regulados en este texto legal para evitar problemas interpretativos importantes: normativa de Registro civil, de procedimiento administrativo, de enjuiciamiento civil... Incluso normativa de nacionalidad y sobre todo de extranjería que no ha tomado en consideración esta «inmigración singular», produciéndose problemas en muchos casos. A algunos de ellos haré alusión más adelante.

### 3. EL ESPÍRITU DE LA LEY

La Ley que analizo, como iré señalando a lo largo de este trabajo, mejora de forma muy notable aspectos esenciales de la regulación de la AI, atendiendo al interés superior del niño, que es el que principalmente debe garantizarse (art. 2.1) considerando, en todo caso, como principios informadores los previstos en la CNUDN y los del CH, incluso, en relación a este último, respecto de adopciones procedentes de países que no lo hayan suscrito. Si bien el CH es *inter partes*, es decir, establece un procedimiento que sólo se aplica entre países que lo hayan ratificado, sus principios han inspirado los protocolos bilaterales de cooperación administrativa suscritos por España con diversos países y la propia legislación interna española desde el principio, por lo que algún autor, refiriéndose ya hace diez años a la regulación de la LOPJM de 1996, habló del efecto de «contaminación de la regulación estatal, de incorporación por referencia, y en algunos casos también material de las disposiciones convencionales» (30). Esta tendencia se acentúa en la presente Ley y debe ser bienvenida (31).

---

(30) GUZMÁN ZAPATER, M., «Adopción internacional: ¿cuánto queda del Derecho Internacional Privado Clásico?», en CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Mundialización y familia*, COLEX, Madrid, 2001, pág. 83 y sigs.

(31) A pesar de algunas críticas recibidas, como es el caso de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El proyecto de ley...», *op. cit.*, págs. 2601-2, que señala que «cooperar es cosa de dos y las normas que regulan la cooperación de uno no son necesariamente eficaces». Apoya su afirmación, poniendo como ejemplo el último párrafo del artículo 9 de la Ley (al que califica de innecesario y de declaración de buena voluntad, pero poco más) que tras señalar que la comunicación entre las autoridades españolas y las del país de origen del niño se realizará de acuerdo a lo previsto en el CH, apunta que «con respecto al resto de Estados se procurará seguir el mismo procedimiento».

Es evidente que el cauce más adecuado para garantizar el interés superior del niño en la AI es la cooperación internacional convencional, pero si un Estado de origen no ha ratificado el CH y no tenemos protocolo bilateral con él, el que la fase «española» del procedimiento administrativo de la AI, siga «el protocolo Haya», aunque la fase posterior en el país no lo siga necesariamente, garantiza mejor el interés superior del niño que lo contrario. Es favorable a la redacción de este artículo 9 a la que califica de «prudente», CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional», en *IURIS*, núm. 25, marzo de 2008, pág. 59.

Sin embargo a pesar del indudable avance que en muchos aspectos supone esta Ley y que irá poniendo de relieve a lo largo del trabajo, paradójicamente, se han «colado» algunos preceptos que plantean serias dudas de que tanto alguno de los autores del texto como diversos diputados que han intervenido a lo largo de su tramitación, tengan una comprensión cabal y completa del fenómeno al que asistimos. Percibo una cierta «esquizofrenia» al leer el texto de la ley y las intervenciones que han tenido lugar en el Congreso y en el Senado: en algunas ocasiones se denota un conocimiento cercano de los instrumentos con los que mejor se protege el interés del niño, y en otros parece que los intereses que prevalecen son otros. Señalo algunos ejemplos ilustrativos.

### 3.1. LA EXPLICACIÓN DEL *BOOM* DE LA AI

La Exposición de Motivos (32) cifra las causas del aumento de la AI en España a «las circunstancias económicas y demográficas de determinados países... unido al descenso de la natalidad en España» lo cual es, a todas luces, simplista (33). ¿Por qué entonces China, con unas condiciones demográficas y económicas no especialmente precarias, es el país del que provienen más niños adoptados en España? O ¿por qué en el Reino Unido, país con una tasa de natalidad similar a la española tiene apenas un 5 por 100 de adopciones internacionales y un 95 por 100 de adopciones nacionales?

Las causas de este *boom* quizá puedan explicarse con más perspectiva dentro de varios años, y si bien en el trasfondo están las apuntadas en la Ley, a ellas deberían añadirse el cambio en el perfil de las familias adoptantes y sobre todo las políticas de protección de menores de España y de los países de los que provienen estos niños.

Por una parte, hay más candidatos a padres adoptantes, no sólo por el aumento de problemas de fertilidad, sino también por el aumento significativo de nuevas formas familiares que están adoptando ahora y antes apenas lo hacían: adopciones de personas solteras, de familias reconstituidas, la adopción como «opción» (la adopción «humanitaria»)...

---

(32) De la que afortunadamente ha desaparecido la afirmación que en el anteproyecto cifraba las causas de este *boom* al carácter solidario de la sociedad española, «dicha situación refleja el talante generoso de la sociedad española, extraordinariamente abierta a acoger en su seno a los niños que no pueden encontrar un ambiente propicio para su desarrollo en sus países de origen». Como muy bien señalaba el *Informe FGE*, «la adopción es una medida legal de protección e integración familiar de menores que no puede conceptuarse como una manifestación caritativa o exponente de generosidad».

(33) En este mismo sentido, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley 54/2007...», *op. cit.*, págs. 15-17.

(34) En torno a estos nuevos «perfiles» puede verse CASALILLA GALÁN, J. A.; BERMEJO CUADRILLERO, F. A., y ROMERO GONZÁLEZ, A., *Manual para la valoración de la idoneidad*



Por otra parte, las políticas de protección a la infancia son un factor explicativo evidente. En España han disminuido las tasas de abandono y por tanto el número de niños pequeños susceptibles de adopción (debido a la generalización de los medios anticonceptivos y el aborto, la desestigmatización de la maternidad fuera del matrimonio, el aumento de ayudas a la familia...) y sin embargo, el número de niños tutelados por las administraciones públicas ha aumentado en los últimos años: de 18.705 en 1996 a 26.878 en 2004 (35). Es evidente que no todos estos menores pueden ni deben ser adoptados, pero también lo es que el sistema español de protección de menores no ha sido suficientemente eficaz y ágil en las declaraciones de desamparo que pueden desembocar en que muchos de estos menores a los que su familia biológica no va a poder cuidar nunca adecuadamente sean dados en adopción. A corregir esta situación va precisamente encaminada la Disposición Final segunda cuatro y cinco de la Ley.

Paralelamente, las políticas de infancia de los países de origen son también un factor explicativo clarísimo de estos «peculiares movimientos migratorios»: en algunos países de origen hay políticas no explícitas de promoción de la AI como fórmula de financiar su propio sistema de protección de menores (36), y así ha sucedido en Corea que comenzó a enviar niños al extranjero en los sesenta con motivo de la guerra y desde entonces no ha desarrollado un sistema adecuado de protección de menores, o China que con su política del hijo único, unida a las costumbres tradicionales familiares, ha desencadenado el abandono de las niñas por sus familias (37).

La AI, como respuesta a esta situación, es, por tanto un fenómeno complejo que no puede explicarse, al igual que los movimientos migratorios, ni única ni principalmente por causas económicas y demográficas, sino sobre todo por factores jurídico/políticos en los países de origen y de destino y también por comportamientos sociales y motivaciones personales, hoy en día fuertemente influidos por los medios de comunicación social.

---

*en adopción internacional*, Madrid, Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Comunidad de Madrid, 2006.

(35) CIIMU, *La infancia en cifras*. Observatorio de Infancia. MTAS, Madrid, 2006, págs. 142-146.

(36) FERRÁNDIS, A., «La adopción internacional», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS, I. (eds.), *Jornadas sobre Derecho de Menores* (Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003), págs. 203-212.

(37) CANTWELL, N., «La adopción internacional. Un comentario sobre el número de niños adoptables y el número de personas que buscan adoptar internacionalmente», en *Protección internacional del niño. Boletín de los jueces*, V (<http://www.hcch.net.e/conventions/news28e.html>).



3.2. ¿LA ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE MENORES O COMO BÚSQUEDA DE UN NIÑO DISPONIBLE PARA UNOS SOLICITANTES?

A pesar de las alusiones a lo largo de todo el texto al superior interés del menor, si se concibe la adopción como una medida de protección a la infancia y por tanto como la búsqueda de una familia para un niño y no a la inversa, siendo evidente que no existe un derecho a adoptar o a ser padre sino, en todo caso, un derecho del niño a vivir en familia, hay diversos aspectos del texto que entran en contradicción con el espíritu que anima gran parte de la norma. Voy a poner tres ejemplos.

A) *La importancia del lenguaje*

El menos importante, pero simbólicamente significativo es el lenguaje. Hubiera sido más adecuado y «pedagógico», a mi juicio, utilizar la terminología que alguna Comunidad Autónoma como Madrid emplea en su legislación: referirse a las «personas que formulan un ofrecimiento», en lugar de a los «solicitantes» o denominar «ofrecimiento» en lugar de «solicitud» a la presentación inicial que realizan los futuros padres. El lenguaje también explica y acompaña un necesario camino en el que estas personas van a ser evaluadas y en su caso asignadas a un niño y no a la inversa (38).

B) *La prohibición de discriminación en la idoneidad*

En segundo lugar, un precepto que ha pasado inadvertido durante la tramitación parlamentaria y que llama poderosamente la atención es el artículo 10.5 que al regular la idoneidad de los adoptantes señala: «en el proceso de declaración de idoneidad se prohíbe cualquier discriminación por razón de discapacidad o cualquier otra circunstancia». Como he tenido lugar de exponer ampliamente en otro trabajo (39), en la normativa autonómica que regula los criterios de idoneidad se tienen en cuenta diversas circunstancias de los adoptantes, entre ellas, la edad, la estabilidad emocional, las circunstancias socioeconómicas, las competencias educativas, las motivaciones... y, ciertamente, determinadas enfermedades o minusvalías son consideradas por la

---

(38) BERÁSTEGUI PEDRO VIEJO, A.; GÓMEZ BENGOCHEA, B., y ADROHER BIOSCA, S., *Adopción internacional en la Comunidad de Madrid. Una guía para orientar y ayudar a las personas que estén pensando adoptar un niño en el extranjero*. Madrid, Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Comunidad de Madrid, 2006.

(39) ADROHER BIOSCA, S., «Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. abril-mayo de 2007, núm. 701, pág. 949 y sigs.

jurisprudencia como causas de no idoneidad. Es más: la declaración de idoneidad debe tener en cuenta además los criterios de capacidad o idoneidad del país en el que quiere adoptarse y en los países de origen, la salud puede ser un elemento decisivo. En China, por ejemplo, país del que provienen más niños, la legislación que entró en vigor en mayo de 2007, exige estrictas condiciones de salud de quienes se ofrecen para adoptar (40). El precepto estudiado, que claramente no responde al interés superior del niño sino de los adoptantes, no debe por tanto interpretarse en el sentido de que una discapacidad o cualquier otra circunstancia no puedan tenerse en cuenta como causa de inidoneidad: esta interpretación no es compatible con la CNUDN, el CH y toda la normativa autonómica española. Cabe hacer dos lecturas del mismo atendiendo a los criterios interpretativos de nuestro Código Civil (art. 3.1). Según la interpretación literal y contextual no son los «criterios», sino el «procedimiento» de declaración de idoneidad en el que no puede discriminarse: por ejemplo, que se realice el informe psico-social más rápidamente a determinadas personas por circunstancias tales como su mayor nivel económico, influencia social, etc... (41). Sin embargo, una interpretación «atendiendo al espíritu y finalidad de la norma», es decir, teleológica (que es el criterio interpretativo definitivo propuesto por el CC) y además más adecuada a la

---

(40) «Ambos cónyuges deben estar sanos física y mentalmente y no padecer SIDA, discapacidad mental, enfermedad infecciosa, problemas de visión (ceguera), pérdida de capacidad auditiva o pérdida de la función del lenguaje. Queda exenta de esta limitación la adopción de menores con necesidades especiales que presenten padecimientos idénticos; falta de función o disfunción de extremidades o tronco causado por discapacidad, mutilación o deformación. Deformación facial severa. Enfermedades tales como: cáncer, lupus eritematoso, epilepsia, nefrosis, esquizofrenia, cirugía posterior al implante de órganos principales que fuera fechada en los últimos diez años. Medicación para los trastornos mentales graves, como depresión, manía o neurosis con ansiedad, que haya cesado menos de dos años atrás. Índice de masa corporal igual o superior al 40 por 100».

(41) Como señala ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El proyecto de ley...», *op. cit.*, pág. 3215, «la prohibición de discriminación significa que hay que tratar igual a un blanco que a un negro, a una mujer que a un hombre, a un homosexual que a un heterosexual, ¿a un discapacitado psíquico igual que a una persona plenamente capaz?, ¿a una persona con paraplejía o tetraplejía que a una persona en plenas facultades físicas? Supongo que no será esta su intención. Supongo, más bien, que se tratará de evitar que discapacidades menores sean utilizadas para negar la idoneidad de adoptantes con capacidad para garantizar el interés superior del adoptando, porque dicho interés sí puede estar condicionado, o en ocasiones determinado, por la situación de discapacidad del adoptante...». Ni siquiera, desde mi punto de vista, la prohibición de discriminación debe llevarse a los extremos que se señalan por este autor al principio si la declaración de idoneidad es «relativa» para un país en concreto. Así en China (hasta mayo de 2007 en que podían adoptar personas solteras) éstas debían jurar que no eran homosexuales; una Entidad pública española que a través del estudio psico-social conociera de la homosexualidad del adoptante o de su epilepsia, debía declararlo inidóneo por razón de su orientación sexual o de su enfermedad; en algunos países sólo pueden adoptar mujeres solteras, no hombres solteros, como en Etiopía, India, Nepal o Mongolia; pues bien, a un varón soltero que solicitara la idoneidad para adoptar en Etiopía, la entidad pública española debe negársela por razón de sexo.

realidad práctica (y que es la que se están haciendo en algunas Comunidades Autónomas), es que la no discriminación se refiere a los niños, no a los padres (42). Esta interpretación, menos literal pero más finalista, tiene también sus inconvenientes: en el proceso de valoración psico-social de la familia adoptante, ésta puede señalar que no se encuentra preparada para una «adopción con necesidades especiales» (referida a niños mayores, con alguna enfermedad o discapacidad, etc...).

C) *La AI tras una kafala o un programa de acogimiento temporal*

En tercer lugar, dos modificaciones que se han producido durante la tramitación del texto, llaman poderosamente la atención y caben serias dudas de que respondan al interés superior del niño o más bien de los adoptantes. El Proyecto pretendía limitar la adopción en España de niños previamente «kafalados» en países islámicos (43) o de niños que hubieran llegado a nuestro país a través de programas de acogimiento temporal (44), y esta limitación se ha suavizado mucho debido a las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados (45). La razón fundamental de esta limitación era la de impedir que se utilicen «cauces alternativos» al establecido con carácter general, para traer niños a España sin las suficientes garantías en el procedimiento. Están todavía demasiado recientes los casos «Chad» o «Etiopía» como para que se tome conciencia de la importancia de lo que está en juego.

El tratamiento que el Proyecto de Ley daba a la kafala era el de reconocer en España los efectos que produce en el país de origen, y así se regulaba en

---

(42) Puede sustentarse esta interpretación en los principios informadores de la Ley (proteger el interés superior del menor) y en la propia Exposición de Motivos, ya que la única referencia que hace a la no discriminación se refiere a evitar y prevenir «la no discriminación del menor por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultural opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social».

(43) Artículo 19.4 del *Proyecto de ley*: «En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o desconozca la adopción, se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad pública española de protección de menores y no sea posible su repatriación...».

(44) Artículo 4.3 del *Proyecto de ley*: «Con carácter general no podrán tramitarse solicitudes para la adopción de aquellos menores extranjeros que hayan sido acogidos en programas humanitarios de estancia temporal por motivo de vacaciones, estudios o tratamiento médico».

(45) La número 62 de Izquierda Unida-ICV, la número 84 de CIU y la número 129 del Partido Popular (*Enmiendas Congreso de los Diputados*). Llama poderosamente la atención la justificación de IU: «se intenta dar respuesta a una realidad sociológica relativamente frecuente no sólo en Cataluña, sino en Andalucía y en otras comunidades, de familias que marchan a Marruecos a buscar un hijo y al que acogen en kafala tras declarar formalmente su conversión al Islam».

el artículo 34 en el que se establecían las condiciones para ser reconocida en España una kafala constituida en el extranjero (46). Sin embargo, el proyecto prohibía su conversión posterior en adopción ante juez español. Son tres razones las que justifican, a mi juicio, tal posición: en primer lugar dicha adopción es «claudicante», toda vez que no es válida en el país de origen del niño y por tanto puede comprometer su seguridad jurídica (47). En segundo lugar, las kafalas no se llevan a cabo con los estándares «Haya»: la determinación de idoneidad de los adoptantes, la adoptabilidad del niño y sobre todo la asignación, siguen cauces alternativos a los del procedimiento administrativo general de la AI y no siempre garantizan el interés superior del niño (48). Finalmente la utilización de la kafala para proceder posteriormente a una adopción puede suponer un fraude a las normas del país de origen que exigen para dar a un menor en *kafala* la profesión de fe islámica de quienes le acogen, dándose casos de españoles que se convierten «temporalmente» al Islam (49). Pues bien: la norma propuesta pretendía terminar con esa prác-

---

(46) Un muy completo estudio sobre la institución de la kafala y su tratamiento jurídico en España es el de OUALD ALI, K. y SAGUIR, T., «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», en ESTEBAN DE LA ROSA, G., *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Aranzadi, 2007, pág. 84 y sigs.

(47) En el Derecho islámico la adopción está prohibida, y por eso existe como figura alternativa de protección de menores la kafala, que ha sido definida por la DGRN en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE de 30 de agosto de 2006): «La kafala del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación entre el “kafils” o persona que asume la “Kafala” del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español... En efecto, el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente en el estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (vid., versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII), tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio».

(48) Es ilustrativa la narración de una madre española que ha «kafalado» a dos menores en Marruecos y explica en su libro su conversión al Islam, su llegada a Marruecos con un certificado de idoneidad para adoptar en India (ya que la administración española no puede dar la idoneidad para adoptar en un país en que la adopción está prohibida) y el peculiar proceso de asignación que sigue (conociendo previamente a los niños ingresados en el orfanato). VILASECA, M., *Un mar d'amor. Diari d'una doble adopció*. Ed. Mediterrània, Barcelona, 2006.

(49) ADROHER BIOSCA, S., «Adopción de menores africanos en Europa», en AA.VV., *Derecho Internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*. BOE,

tica, haciéndose eco de reciente jurisprudencia del Tribunal de casación francés (50) refrendada por la Ley de 6 de febrero de 2001, relativa a la AI del país vecino (51). En ella se excluye la posibilidad de adoptar en Francia a menores cuya ley nacional prohíba la adopción (normalmente marroquíes o argelinos) salvo que, nacidos y residentes habitualmente en Francia puedan adquirir la nacionalidad francesa a través de la adopción. De esta manera, se acaba con el traslado de menores a territorio francés para constituir allí una adopción tras una kafala previa en origen, pero sin embargo se permite la adopción de menores islámicos declarados en desamparo en territorio francés, ya que de mantenerse la norma en la rigidez de su formulación inicial, estos últimos devendrían inadoptables de por vida (52).

Las enmiendas presentadas al artículo 19.4 del Proyecto han hecho desaparecer esta prohibición (53), si bien se permite al juez español (a petición de los adoptantes o del Ministerio Fiscal) ante el que se pretende constituir la adopción *ex novo* (tras una kafala en origen) que tome en consideración la ley del niño a efectos de que dicha adopción sea válida en «otros países conectados con el supuesto», lo cual podría, en algunos de estos casos, llevarle a negar la constitución de una adopción que jamás será reconocida en el país de origen del niño (54).

---

Universitat Illes Balears; Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales; Fundación La Caixa, 1999.

(50) Cour de Cassation, 10 mai 1995. Recueil Dalloz Sirey, 1996, núm. 27, pág. 240.

(51) RCDIPr 90 (2) de 2001, pág. 377 y sigs.

(52) Expongo largamente esta evolución legal y jurisprudencial en ADROHER BIOSCA, S., «Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional», en ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S. (coord.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Colex, Madrid, 2004.

(53) La razón se pone claramente de manifiesto en el debate (la cursiva es mía): «se soluciona un problema especialmente relevante, como es el de la kafala o adopción en Marruecos que hasta ahora había quedado fuera de este texto legislativo con los consiguientes perjuicios que suponía a los padres que adoptaran niños de esta procedencia» (Intervención de la señora NAVARRO CASILLAS. *Comisión de Justicia*).

Críticos también con esta supresión se manifiestan CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley 54/2007...», *op. cit.*, pág. 134 y sigs.

(54) Artículo 20: «la autoridad española, competente para la constitución de la adopción, podrá exigir además los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando siempre que concurren estas circunstancias: a) que la exigencia de tales con consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando. Se entenderá que concurre interés del adoptando particularmente si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita, según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así. b) que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones sea solicitada por el adoptante o por el Ministerio Fiscal». Este precepto es muy similar a uno de los párrafos del artículo 9.5 del Código Civil derogado, en virtud del cual se produjeron casos en que el fiscal «activaba» la ley nacional del menor impidiendo la constitución de una adopción en España posterior a una

En segundo lugar, el proyecto pretendía acabar con otra práctica que ha dado lugar a numerosos incidentes, y es la de constituir una adopción en España de niños que llegan a nuestro país a través de programas humanitarios de acogimiento temporal por motivo de vacaciones, tratamiento médico o estudios. Quienes hasta ahora han terminado adoptando a estos menores no han seguido el procedimiento general, han podido constituirse adopciones existiendo una familia en el país de origen en el que no se ha realizado una declaración de abandono, etc... El precepto permanece, pero se ha suavizado (55) debido a una enmienda (56) que si bien técnicamente es irreprochable, denota un cierto «buenismo» o ingenuidad (57). En todo caso, para que las garantías sean las adecuadas, estas adopciones posteriores a un acogimiento temporal deberán seguir los cauces generales del procedimiento general a rajatabla (idoneidad, declaración de adaptabilidad, asignación...).

#### 4. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL

Una de las cuestiones más debatidas a lo largo del proceso de aprobación de la Ley ha sido la articulación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia. Con independencia de la carencia absoluta de rigor argumental de dos enmiendas de devolución a la totalidad de la ley que la consideran como una «invasión competencial» acusando al gobierno de «legislar de manera expansiva en una materia que es competencia exclusiva» de las Comunidades Autónomas (58), enmiendas que ignoran que los títulos II y III de la Ley regulan normas de DIPr., que son competencia exclusiva del Estado (art. 149.5 y 8 de la Constitución), la «cuestión competencial» ha sido uno de los principales caballos de batalla a lo largo de la tramitación parlamentaria referida básicamente al Título I que recoge la fase administrativa del procedimiento. La defensa a ultranza de las competencias autonómicas en la materia se ha simbolizado en la última frase que se ha añadido a la Exposición de Motivos en el último tramo de su tramitación y que puede suponer en la práctica, la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley en algunas Comunidades Autónomas: «estas reformas serán de aplicación supletoria respecto del dere-

---

kafa en Marruecos, dado que dichos consentimientos, según su ley, no podrían prestarse por estar prohibida la adopción. Ver ADROHER BIOSCA, S., «Algunas cuestiones...», *ibid.*

(55) Se permite adoptar a estos niños siempre que «tales acogimientos hayan finalizado conforme a las condiciones para las que fueron constituidos y que en su país participen en programas de adopción debidamente regulados».

(56) La número 28 de IU-ICV. *Enmiendas Congreso de los Diputados.*

(57) Se exigía esta enmienda en relación a la situación de niños rusos y ucranianos (intervención de la señora NAVARRO CASILLAS, *Comisión Justicia*).

(58) Enmiendas número 1 de ERC y número 6 de CIU, *Enmiendas Congreso de los Diputados.*

cho propio de aquellas Comunidades Autónomas que lo posean». Paralelamente, diversas enmiendas iban destinadas en sentido contrario, justamente a garantizar el establecimiento de un marco legal estatal homogéneo con una estructura administrativa que lo posibilitara (59).

Como he señalado al comienzo, la generalización de la AI en España ha coincidido temporalmente con la asunción y desarrollo por parte de las diversas Comunidades Autónomas de competencias en materia de servicios sociales y la consecuente aprobación de una cantidad ingente de normativa autonómica diversa reguladora de esta materia, ante la pasividad del legislador estatal (60). El resultado ha sido un tratamiento absolutamente desigual de cuestiones tan delicadas como la idoneidad, que, de todos los aspectos en los que ha existido una falta de coordinación, simbólicamente ha representado con más claridad la quiebra del principio de igualdad que se estaba produciendo en esta materia. Como he tenido ocasión de señalar en otro lugar (61), la evidente necesidad de homogeneizar tanto los textos legales como los manuales y procedimientos técnicos (62) (en la que está empeñada el Ministerio de Trabajo e Inmigración hace ya años como se manifiesta en las diversas Jornadas inter-autonómicas en la materia celebradas desde 1998 y ha sido una de las principales recomendaciones de la Comisión especial del Senado) (63) responde a necesidades de seguridad jurídica inter-territorial e internacional. Seguridad jurídica y equidad inter-territorial, ya que no parecer razonable pensar que las familias que se ofrecen para adoptar en Madrid sean *a priori* menos idóneas que las riojanas, y sin embargo en 2004, en La Rioja se declararon un 0 por 100 de no idoneidades y en Madrid un 5 por 100. Si la homogeneidad no existe se pueden producir, y se producen, «empadronamientos de conveniencia» en Comunidades Autónomas menos exigentes. Seguridad jurídica internacional, ya que el certificado de idoneidad es un documento con eficacia internacional y el propio Convenio de La Haya estable-

---

(59) Así, la Enmienda número 25 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (*Enmiendas Senado*) justamente señalaba este objetivo como una de las finalidades de la Ley.

(60) Coincido plenamente con CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley 54/2007...», *op. cit.*, pág. 38 y sigs., cuando refiriéndose a la «explosión de normas autonómicas» en esta materia, cuestionan en muchos de los temas regulados su título competencial.

(61) ADROHER BIOSCA, S., «Capacidad, idoneidad...», *op. cit.*

(62) Esta diversidad que se produce tanto en relación al procedimiento administrativo, el coste del estudio, la posibilidad de acudir a organismos intermediarios acreditados para la realización del informe psico-social... se pone de manifiesto especialmente en el análisis comparativo de los criterios establecidos para la declaración de idoneidad en la normativa autonómica.

(63) En ellas se pedía la revisión de los procedimientos «de manera que se trate por igual a los solicitantes del mismo, tanto en lo que se refiere a su coste como a su plazo de emisión», y «establecimiento por acuerdo de las autoridades competentes de criterios generales para la concesión o denegación de la idoneidad».



ce unos criterios generales para las adopciones realizadas en su marco (64). Que una ECAI española acreditada en un determinado país represente a padres residentes en diversas Comunidades Autónomas que han sido valorados de forma diversa —situación que puede producirse en virtud del acuerdo de colaboración autonómica— no parece lo más adecuado.

Pues bien, esta necesidad de coordinación inter-autonómica se ha planteado a lo largo de la tramitación en relación a dos cuestiones:

#### 4.1. MARCO LEGAL BÁSICO Y HOMOGÉNEO

En este primer sentido, y como señalaré con más detalle en el siguiente apartado, el resultado es claramente positivo: basta leer el Título I de la Ley y compararlo con el artículo 25 de la LOPJM (su antecedente más inmediato) para concluir que el marco legal estatal se ha ampliado de forma muy notable. Se han ampliado y concretado las obligaciones de las Entidades públicas de protección de menores y también de los adoptantes, se ha regulado con más detalle la intervención de las Entidades mediadoras, etc... Bien es verdad que para algunos hubiera sido deseable un nivel de concreción todavía mayor, particularmente en lo relativo a la regulación de la declaración de idoneidad, pero a veces lo mejor es enemigo de lo bueno (65). En este aspecto estamos claramente mucho mejor que antes (66).

#### 4.2. DETERMINACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA TOMA DE DECISIONES DIVERSAS, ASÍ COMO LA CREACIÓN DE ÓRGANOS DE COORDINACIÓN INTER-TERRITORIAL

Este es quizá uno de los aspectos más conflictivos de la norma y cuyo resultado es claramente insatisfactorio y puede generar serios problemas de futuro.

En la tramitación de AI existen, por una parte, aspectos de política exterior, en los que claramente la competencia debe ser estatal, y por otra, aspectos de regulación de la fase administrativa española, respecto de la cual las

---

(64) «Identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, situación personal, familiar y médica, su medio social y los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional, así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo» (art. 15).

(65) El FGE señalaba en su informe: «creemos que de optarse por dar un concepto de idoneidad, la seguridad jurídica aconsejaría un mayor nivel de precisión».

(66) En este mismo sentido, DURÁN AYAGO, A., «La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción internacional en la normativa extremeña», en *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, 2008, pág. 467.



Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva si bien parece evidente la necesidad de que exista en este ámbito y un órgano de coordinación interno que evite disfunciones y desigualdades que podrían llegar a ser inconstitucionales. Voy por partes.

Respecto de los aspectos de política exterior, dos son los preceptos a tener en consideración. El artículo 9, que regula la comunicación entre autoridades competentes españolas y autoridades competentes de otros Estados y se remite genéricamente al instrumento de ratificación español del CH (67), el cual «centraliza» en el Ministerio de Trabajo e Inmigración, la comunicación exterior, en su caso. Pues bien, esta solución debería haberse adoptado, desde mi punto de vista, respecto de la regulación prevista en el artículo 4, que es, claramente, otra cuestión de política exterior: la decisión de con qué países no van a tramitarse AI por sus circunstancias (conflicto bélico, falta de garantías...). Sin embargo, a pesar de la existencia de enmiendas en este sentido (68), el texto final incluye un párrafo 4, en el que se posibilita, pero no se exige a las Entidades públicas autonómicas una coordinación efectiva (con términos tales como *se procurará, pudiendo...*), pero en la práctica puede producirse la situación de que con un determinado país esté prohibido adoptar en Valencia pero permitido en Andalucía, lo cual es, a todas luces, un disparate (69).

Respecto de la regulación de la fase administrativa, siendo evidente e innegable la competencia autonómica en la materia, lo es también la necesidad de coordinación inter-autonómica (70). Para ello es esencial que exista un orga-

---

(67) España, haciendo uso de la posibilidad prevista en el artículo 6.2 del Convenio, en el momento de la ratificación, formuló una declaración designado como Autoridades Centrales a las Entidades públicas de cada una de las CCAA (*BOE*, núm. 182 de 1 de agosto de 1995). No obstante, la necesidad de que las Autoridades Centrales de los otros Estados no sufran confusiones con relación a su interlocutor español, ha llevado a que en el instrumento de ratificación se señale que en relación con el artículo 6.2 del Convenio, la Autoridad Central para la transmisión de comunicaciones será la Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia del MTAS (hoy Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad del Ministerio de Trabajo e Inmigración).

(68) Enmienda número 115 del PP (*Enmiendas Congreso de los Diputados*) y número 27 del mismo grupo en el Senado (*Enmiendas Senado*).

(69) «A efectos de la decisión de adoptar por la Entidad pública competente de cada CA en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se *procurará* la correspondiente coordinación autonómica *pudiendo* someterse dicha decisión a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre AI, así como al Consejo Consultivo de AI». Este disparate hubiera sido todavía mayor de prosperar la Enmienda número 71 de CIU que incluso propone suprimir el artículo 4.4, justificándolo en el «respeto a las competencias autonómicas» (*Enmiendas Congreso de los Diputados*).

(70) Llama la atención en este sentido las enmiendas número 3 de Entesa Catalana de Progrés (*Enmiendas Senado*), y número 39 de IU-ICV (*Enmiendas Congreso de los Diputados*) que muy oportunamente proponen que el sistema de información sobre los países de origen de los menores esté centralizado en la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad.

nismo cuya función sea precisamente la de facilitar y posibilitar esta coordinación. ¿Cuáles son los organismos existentes? Por una parte, existen las jornadas inter-autonómicas que anualmente convoca el Ministerio de Trabajo e Inmigración (pero sin articulación jurídica y de funciones atribuidas al respecto), y por otra, el Consejo Consultivo de adopción internacional, recientemente creado y que ha tenido participación activa en esta ley, desempeña un papel «consultivo» como su nombre indica y además entre funciones no está la que señalamos (71). En este sentido, el Partido Popular proponía en su enmienda 137 la creación de una Agencia para la adopción internacional que se enmarcaría en la *Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos* y con competencias que garantizarían la homogeneidad en el tratamiento de la AI en todo el territorio español (72). De haber prosperado esta iniciativa, se hubiera garantizado adecuadamente la coordinación de manera funcional sin perjuicio de las competencias de las CCAA. Sin embargo, en su defecto, esta materia se ha resuelto a lo largo de la Ley con las palabras mágicas o para algunos melífluas (73) «se procurará» (la coordinación, la homogeneización...) que, obviamente, no implican obligación alguna y al final va a depender de la posibilidad de que los técnicos autonómicos de protección de menores, lamentablemente y en muchas ocasiones, demasiado ignorados o condicionados por los políticos de turno, tengan posibilidad real de coordinarse (74). Como señala el profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ «una característica

---

(71) Real Decreto 521/2005, de 13 de mayo, por el que se crea el Consejo Consultivo de Adopción Internacional (Boletín Oficial del Estado de 8 de junio de 2005). Su artículo 3 establece como funciones: «el análisis permanente de la adopción internacional en sus diferentes ámbitos, la recogida y el análisis de la información disponible en las distintas fuentes nacionales e internacionales, la formulación de recomendaciones y propuestas para una mejora de la intervención en adopción internacional, proponer estudios e informes técnicos; el análisis, el estudio y la valoración de los procesos de adopción, en particular, de situaciones problemáticas concretas y de propuestas de actuación, proponer la celebración de jornadas y seminarios para el intercambio de buenas prácticas y la mejora continua de los procesos, efectuar el seguimiento sobre la evolución de la adopción internacional».

(72) Enmienda 137 (*Enmiendas Congreso de los Diputados*) y 47 (*Enmiendas Senado*). Entre sus funciones se señalan la aprobación de tarifas, de modelos de contratos de gestión de servicios públicos y de los conciertos de colaboración, y de contratos entre adoptantes y ECAIS; normas de calidad, modelos de evaluación y criterios básicos de supervisión y seguimiento de las ECAIS; fijación de criterios homogéneos en materia de acreditación y control de ECAIS y de expedición de certificados de idoneidad... etc.

(73) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», en *Diario La Ley*, núm. 6910, martes 25 de marzo de 2008, pág. 2.

(74) Artículo 5 *in fine*: «En sus actuaciones en materia de adopción internacional, las Entidades Públicas competentes promoverán medidas para lograr la máxima coordinación y colaboración entre ellas. En particular, *procurarán* la homogeneización de procedimientos, plazos y costes». Este precepto es fruto de la enmienda número 38 de IU-ICV (*Enmiendas Congreso de los Diputados*).

Artículo 7.1 (...) «Las entidades públicas competentes procurarán la mayor homogeneidad posible en los requisitos básicos para la acreditación. En el supuesto de que el país

que adorna las disposiciones de este título I es su buena voluntad desprovista de todo viso de efectividad» (75). O como señala la profesora DURÁN AYAGO, la «LAI da consejos, ofrece pautas de regulación, ilumina acerca del camino que deberían seguir las CCAA en esta materia, sin embargo de nada servirán si luego no se halla en éstas la voluntad de coordinarse» (76).

## 5. LA REGULACIÓN DE LA FASE ADMINISTRATIVA

La regulación de la fase administrativa de la AI está recogida en el capítulo II del Título I, y de ella quiero destacar la determinación de las funciones de las Entidades públicas, la regulación de las Entidades colaboradoras de AI y las obligaciones de los adoptantes.

### 5.1. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Como he señalado más atrás, esta regulación tiene su antecedente inmediato en el artículo 25 de la LOPJM, derogado por esta norma, y claramente está Ley la ha mejorado muy sustancialmente por varias razones:

#### A) *Ampliación de las funciones y obligatoriedad de las mismas*

En primer lugar se amplían las funciones de las Entidades públicas de protección de menores y además, las nuevas funciones se califican de obligatorias, concibiendo su papel de una forma más global e integral en el que se apoya a la familia con recursos tan esenciales como la información, formación o preparación pre-adoptiva y el apoyo post-adoptivo, que garantizan en gran medida, tal y como se ha visto en países de nuestro entorno, la integración familiar (77). Las entidades públicas ya no son exclusivamente,

---

extranjero para el que se prevé la acreditación de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional fije un límite en el número de las mismas, se establecerá la oportuna coordinación entre las Entidades Públicas competentes españolas a efectos de acreditar las que corresponda. 8. Para el seguimiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional se establecerá la correspondiente coordinación inter-autonómica con respecto a aquéllas que estén acreditadas en más de una Comunidad Autónoma».

Artículo 10 (...) «Las Entidades Públicas competentes procurarán la necesaria coordinación con el fin de homogeneizar los criterios de valoración de la idoneidad».

(75) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 3.

(76) DURÁN AYAGO, A., «La incidencia...», *op. cit.*, pág. 477.

(77) En este sentido, MARTÍN GARCÍA, M. L., «Vicisitudes en torno al procedimiento para adoptar a un menor en el extranjero: la obtención del certificado de idoneidad», en

como señalaba la LOPJM, intermediarios en la tramitación, evaluadores de la idoneidad y acreditadores de entidades colaboradoras: están presentes en todo el proceso de una manera integral. Claramente, como he tenido ocasión de señalar en otro lugar (78), la legislación y los programas de muchas Comunidades Autónomas concebían ya la intervención pública como una intervención integral en este sentido. Sin embargo, hay todavía excepciones, y esta norma estatal exige que aquellas Comunidades Autónomas que no han legislado lo hagan en este sentido, y respecto del resto, les obliga a precisar el alcance obligatorio de estos recursos.

B) *Presencia obligatoria de la Administración pública española cuando los adoptantes se trasladan al extranjero*

La Comisión Especial del Senado había demandado que el Servicio exterior del Estado fuera la administración española cercana a los adoptantes cuando viajan a buscar a su hijo. Si bien el proyecto de Ley no contemplaba esta obligación, una enmienda de IU-ICV (la núm. 35), aceptada en la tramitación, ha supuesto afortunadamente la inclusión de un párrafo en el artículo 5 en este sentido (79).

C) *Matching conjunto*

El procedimiento administrativo previsto en el CH supone que tras la inicial preasignación del niño por parte de la Autoridad Central de su país, de la que es informada la Autoridad Central del Estado de residencia de los adoptantes, la primera sólo confiará al niño a los futuros padres adoptivos si estos han manifestado su acuerdo, la Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión *si así lo requiere alguna de las leyes de los respectivos Estados*, las Autoridades Centrales acuerdan que se siga el procedimiento de adopción y se ha constatado la idoneidad de los padres y la autorización de que el niño salga del país de origen y pueda entrar y residir permanentemente en el país de destino [art. 17.c)]. La asignación o *matching*

---

*Actualidad Civil*, núm. 21, diciembre de 2007, pág. 2469 y sigs., consideraba necesario recoger como obligatoria la información y formación pre-adoptiva.

(78) ADROHER BIOSCA, S., «Desafíos jurídicos de la etapa post-adoptiva», *op. cit.*

(79) Artículo 5.f) *in fine*. «A lo largo del proceso de adopción internacional ofrecerán apoyo técnico dirigido a los adoptados y a los adoptantes, prestándose particular atención a las personas que hayan adoptado menores con características o necesidades especiales. Durante la estancia de los adoptantes en el extranjero podrán contar para ello con la colaboración del Servicio Exterior».

se basa por tanto en el acuerdo entre las Autoridades Centrales. Sin embargo, este acuerdo conjunto no se exigía en una norma estatal si el niño no proviene de un Estado miembro del CH (80), y se han dado en estos años multitud de problemas en casos en que la administración autonómica ha rechazado la asignación realizada por el país de origen en base a la propia normativa autonómica (81). Por ello, una de las previsiones más importantes, a mi juicio, de esta Ley, es el artículo 5.f), que obliga a este *matching* conjunto en todo caso y en todo el territorio nacional (82).

## 5.2. REGULACIÓN DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS Y/O MEDIADORAS

En relación a esta cuestión, son varios los aspectos que merecen resaltarse:

### A) *¿Entidades mediadoras o Entidades colaboradoras?*

La Ley regula en sus artículos 6 y 7 la actividad de intermediación de la AI, denominando a las entidades que la realizan como «entidades colaboradoras» (ECAIS). Sin embargo, hoy en día en muchas CCAA existen otras Entidades «colaboradoras» cuya función no es la intermediación, sino la participación en otras fases del proceso: preparación pre-adoptiva y apoyo post-adoptivo, fundamentalmente. A estas entidades no hace referencia la Ley y hubiera sido deseable regularlas, aprovechando además para diseñar un marco jurídico homogéneo para las mismas que dotara de suficientes garantías a estas fases del proceso que son también esenciales. Su marco legal administrativo habría quedado mejor precisado de prosperar la enmienda nú-

---

(80) Aunque como he señalado en otro lugar podría considerarse incluido en la previsión del artículo 9.5 del Código Civil («Capacidad, idoneidad...», *op. cit.*).

(81) Hubo un supuesto que incluso tuvo repercusión mediática y que se produjo en Aragón en el que la Entidad Pública de esta Comunidad Autónoma no aceptó la preasignación de un menor procedente de un país «no Haya» realizada por el país de origen, debido a la diferencia de edad del niño y los padres. Esta decisión se basaba en el Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, relativo a la protección de menores aragonés (BO de Aragón, de 7 de octubre de 2005, núm. 120) que regula en su artículo 48 la «conformidad y aceptación de la preasignación» en cuyo párrafo 4 se señala: «recibida la información de la preasignación, el Instituto Aragonés de Servicios Sociales realizará un estudio de la misma, correspondiendo al Director Gerente resolver sobre la conformidad o disconformidad a dicha propuesta».

(82) «En materia de adopción internacional corresponde a las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores (...) f): Dar la conformidad respecto a la adecuación de las características del niño asignado por el organismo competente del país de origen con las que figuren en el informe psico-social que acompaña al certificado de idoneidad».

mero 116 del PP, en la que se enmarcaba la peculiar figura de estas entidades privadas que desempeñan servicios públicos en la legislación estatal y autonómica aplicable (83).

## B) ECAIS

En relación ya más concretamente a las ECAIS, a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley, diversos grupos parlamentarios (IU-ICV, ERC, Entesa Catalana de Progrés) plantearon enmiendas tendentes a que la función de intermediación fuese exclusivamente pública y por tanto las ECAIS desaparecieran (84). Estas enmiendas no han prosperado, y la regulación de las ECAIS se mantiene. Es de advertir, sin embargo, un hecho llamativo: el Proyecto de ley presentado por el Gobierno (85) establecía muy oportunamente que la intermediación sólo podría ser pública o a través de Entidad acreditada (ECAI), prohibiendo expresamente cualquier otro tipo de intermediación (que suele generar no pocos problemas en los que la legalidad se roza) (86) si bien no señalaba un régimen sancionador para estos «intermediarios privados» (87). En el texto remitido al Senado por el Congreso de los Diputados (88), esa prohibición había ya desaparecido, y así sucede en el

---

(83) «El ejercicio de las anteriores competencias (...) podrán ser objeto de gestión indirecta por medio de un contrato administrativo de gestión de servicio público en su modalidad de concierto administrativo con aquellas entidades que cumplan los requisitos señalados en el artículo 5 de esta Ley en los términos de los artículos 154 a 170 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2/2000, de 16 de junio, sin perjuicio de la legislación de las Comunidades Autónomas que resulten de aplicación en materia de contratación administrativa de la gestión de servicios públicos en esta modalidad de concierto» (*Enmiendas Congreso de los Diputados*).

(84) Las enmiendas número 17, 25, 26, 40 (*Enmiendas Congreso de los Diputados*) y las enmiendas número 4, 9 (*Enmiendas Senado*).

(85) Artículo 6.2: «Las funciones de intermediación en la adopción internacional únicamente podrán efectuarse por entidades previamente acreditadas o autorizadas por la Entidad Pública española competente y por la correspondiente autoridad del país de origen de los menores. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de intermediación para adopciones internacionales».

(86) Como se señala en el *Informe CGPJ*, «las adopciones independientes, abandonadas a la pura iniciativa privada y materializadas mediante contacto directo de las partes con la mediación normalmente interesada de profesionales, son fuente inagotable de prácticas de riesgo, que comprometen la dignidad de los menores convertidos por esta vía en sujetos pasivos de un mercado lucrativo».

(87) De hecho, el FGE señalaba en su informe al proyecto que «quizá sería conveniente que la Ley estableciese un régimen sancionador de ámbito estatal para reaccionar contra conductas de realización de actividades de mediación en la adopción sin previa acreditación. Con ello se unificaría el tratamiento disperso que actualmente existe». Pues bien, ni régimen sancionador ni siquiera prohibición de intermediación privada.

(88) BOCG. Senado. 28 de noviembre de 2007, núm. 140 (a).

texto final que la permite expresamente, salvo en relación a países claramente «peligrosos» (89): la enmienda número 17, muy oportuna de ERC, proponía nuevamente su inclusión, pero fue desestimada.

El juicio global acerca de estos dos preceptos es que mejoran la regulación estatal vigente, precisando extremos que, en 1996 probablemente ni se intuían, si bien la modificación no ha sido tan profunda como la relativa a las entidades públicas. Así, se añade como función de las ECAIS la de intervenir en las gestiones para el cumplimiento de las obligaciones post-adoptivas cuando éstas hayan sido encomendadas por la Entidad pública; se establece la posibilidad de acuerdos entre ECAIS, se regula más detalladamente el procedimiento de suspensión o retirada de la acreditación... pero es especialmente relevante la determinación del *status* jurídico del representante de la ECAI en el país de origen (art. 6.7) que se considera personal adscrito a la ECAI y será evaluado consecuentemente. Podría, no obstante, haberse profundizado todavía más en ofrecer un marco estatal homogéneo en relación al contrato de los adoptantes con la ECAI, reclamado por la Comisión del Senado (90) y en el propio informe del FGE (91).

### 5.3. OBLIGACIONES DE LOS PADRES

La Ley no sólo establece obligaciones de la Administración y las ECAIS, sino también de los padres. Voy a hacer alusión a dos de ellas y a otras que podrían haberse recogido también.

#### A) *Obligaciones post-adoptivas*

En el artículo 11 se señalan las obligaciones post-adoptivas de los adoptantes (92), referidas a los informes de seguimiento exigidos por muchos de

---

(89) Así debe interpretarse *sensu contrario* el artículo 4.2: «Las Entidades Públicas de Protección de Menores españolas podrán establecer que, con respecto a un determinado Estado, únicamente se tramiten solicitudes de adopción internacional a través de Entidades Colaboradoras acreditadas o autorizadas por las autoridades de ambos Estados, cuando se constate que otra vía de tramitación presenta riesgos evidentes por la falta de garantías adecuadas».

(90) «Establecimiento de un modelo de contrato básico para regular las relaciones entre los solicitantes de AI y las ECAI, aplicable con carácter general en todo el territorio español.

(91) «Parece conveniente que el Anteproyecto regule el contenido mínimo de ese contrato de mediación con el fin de establecer unos parámetros uniformes, contrato que ya ha generado litigiosidad».

(92) «1. Los adoptantes deberán facilitar en el tiempo previsto la información, documentación y entrevistas que la Entidad Pública de Protección de Menores española

los países de origen de los niños. Sin embargo, como señala el FGE, «parece correcto regular las obligaciones post-adoptivas de los adoptantes, pero quizá debería preverse en forma de un específico régimen sancionador, las consecuencias de los incumplimientos. No es este ámbito de las adopciones internacionales un espacio adecuado para introducir lo que la doctrina denomina normas *leges imperfectae*».

## B) *La revelación*

En segundo lugar, el artículo 12 señala el derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado, y si bien este derecho supone un correspondiente deber de las Entidades públicas y de las ECAIS de facilitar la información que obre en su poder a los adoptados mayores de edad (93), hay un deber anterior y esencial de los padres de revelar el hecho adoptivo a sus hijos, así como el conocimiento que tengan acerca de sus orígenes (94).

De forma paradójica, este precepto incluido en la Ley entra «filosóficamente» en colisión frontal con las recientes reformas de la LRC y del RCC que denotan una creciente política de opacidad respecto de la identidad filial del adoptado en los casos de AI (y que se han justificado en el derecho a la intimidad del adoptado y su familia frente a terceros) posibilitando que, a petición de los adoptantes, en el RC figuren como padres, los adoptivos y como lugar de nacimiento del adoptado el de su domicilio en

---

competente, o Entidad Colaboradora por ella autorizada, precise para la emisión de los informes de seguimiento post-adoptivo exigidos por la Entidad Pública de Protección de Menores competente en España o por la autoridad competente del país de origen. 2. Los adoptantes deberán cumplir en el tiempo previsto los trámites post-adoptivos establecidos por la legislación del país de origen del menor adoptado, recibiendo para ello la ayuda y asesoramiento preciso por parte de las Entidades Públicas de Protección de Menores y las Entidades de Colaboración de Adopción Internacional».

(93) «Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin. Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia. Las entidades colaboradoras que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor».

(94) En torno a su importancia psicológica, su regulación jurídica y las herramientas prácticas en esta comunicación, BERÁSTEGUI PEDRO VIEJO, A., y GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Esta es tu historia. Identidad y comunicación sobre los orígenes en adopción*. Universidad P. Comillas, Madrid, 2007.



España (95). Estas reformas suponen en la práctica que revelación queda en manos de los padres adoptivos, ya que el RC no va a aportarle pistas de su origen al adoptado si éste no sabe que lo es y solicita un certificado simple de nacimiento. La situación creada es por tanto esquizofrénica: reformamos la legislación del RC para blindar la información sobre los orígenes en dicho Registro, pero paralelamente obligamos a las Entidades públicas de protección de menores y a las ECAIS a facilitar la información necesaria. Obviamente, sólo acudirán a estos registros administrativos los adoptados cuya familia les ha revelado su origen. Afortunadamente, los estudios de campo señalan que antes de que el niño haya cumplido seis años, el 95 por 100 de las familias españolas le han revelado su adopción (96).

---

(95) Estas reformas comenzaron con la Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999, la de 1 de julio de 2004, la Ley 15/2005, el Real Decreto 820/2005 y, finalmente, la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad. En esta última se da una nueva redacción al artículo 16 de la Ley de Registro Civil en los siguientes términos: «En los casos de adopción internacional, el o los adoptantes de común acuerdo pueden solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, así como la extensión en el folio que entonces corresponda de una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la oportuna referencia al matrimonio de éstos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado».

Varias de las últimas Resoluciones de la DGRN sobre adopción internacional publicadas en el BIMJ versan sobre casos de menores adoptados que habían sido inscritos en el RC español constando en el mismo como lugar de nacimiento el real, y tras las reformas aludidas, los padres instan un cambio solicitando que en la inscripción registral se haga constar como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres. LA DGRN sistemáticamente confirma la decisión de los Jueces encargados del RC que deniegan el cambio aludiendo a la irretroactividad de la Instrucción de 1 de julio de 2004 en aquellos casos en que la inscripción ya se había trasladado al RC del domicilio de los padres adoptivos [RDGN (4.ª) de 20 de marzo de 2007, BIMJ, núm. 2061, de 15 de mayo de 2008, pág. 77 y sigs.; RDGN (3.ª) de 6 de marzo de 2007, BMJ, núm. 2060 de 1 de mayo de 2008, pág. 132 y sigs., RDGRN (1.ª) de 21 de febrero de 2007, BIMJ, núm. 2058, de 1 de abril de 2008, pág. 157 y sigs.].

Curiosamente, en el caso de la RDGRN (1.ª) de 14 de marzo de 2007 (BIMJ, BMJ núm. 2060 de 1 de mayo de 2008, pág. 200 y sigs.) sucede exactamente lo contrario: el encargado del RC al practicar la inscripción de nacimiento con la marginal de adopción, inscribe como lugar de nacimiento el del domicilio de la madre, y es ésta la que acude a la DGRN para solicitar que «en la inscripción de nacimiento de su hija se haga constar aquél en el que realmente acaeció», petición acogida por la DGRN. Es una madre consciente de la importancia de la revelación sobre los orígenes, pero es llamativa la actuación del encargado del RC en este caso.

(96) PALACIOS, J.; SÁNCHEZ SANDOVAL, Y. y LEÓN, E., *Adopción internacional en España: un nuevo país una nueva vida*, MTAS, Madrid, 2005, pág. 115 y sigs.

C) *¿Otras obligaciones?*

Parece que hubiera sido deseable subrayar el carácter obligatorio para los padres de participar en determinadas fases del procedimiento administrativo. Es fundamentalmente el caso de la asistencia a las sesiones de información previa (normalmente ofrecidas por la Entidad pública de protección autonómica) y la formación pre-adoptiva (que en muchos casos está encomendada a otras entidades colaboradoras). Subrayo esta necesidad, dado que la regulación autonómica de esta fase del proceso de la AI es desigual. Así en relación a la formación pre-adoptiva, existen CCAA en las cuales se establece la obligación legal de asistencia a los cursos de formación (Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y La Rioja), otras cuya normativa contempla dichas sesiones pero sin considerarlas obligatorias (Cataluña y Extremadura), Galicia, cuya normativa peculiar exige la preparación sólo tras una inidoneidad, y otras CCAA como Madrid, que ni siquiera contemplan la formación en su normativa aunque de hecho la exijan (97).

## 6. LA REGULACIÓN DE DIPR

El título III de la Ley se refiere a las normas de DIPr., distinguiendo en sus tres capítulos los tres grandes apartados de esta disciplina: competencia judicial internacional (CJI), ley aplicable y efectos en España de la adopción constituida por autoridad extranjera.

Debe advertirse que, generalmente, la AI «transfronteriza» se constituye en el país de origen del niño ante la autoridad competente allí, y posteriormente se solicita su reconocimiento en el RC español. Por tanto, de este título III es el capítulo III (que regula los efectos en España de una AI), el que va a tener una aplicación más frecuente.

Sin embargo, los otros dos regulan los casos en que la AI es constituida por una autoridad española, generalmente un juez y muy excepcionalmente un cónsul. La adopción judicial puede ser relevante en diversos supuestos: casos de adopciones de menores extranjeros residentes en España declarados en desamparo, casos de adopciones de menores respecto de los que se ha constituido una tutela en su país de origen para ser posteriormente adoptados en España (v. gr., India), casos de menores respecto de los cuales en su país de origen se ha constituido una kafala que no puede ser reconocida en España como adopción plena, siendo entonces exigible constituir ex novo otra adop-

---

(97) ÁLVAREZ LÓPEZ, P., *El procedimiento administrativo en la adopción internacional* (Tesis doctoral inédita. Toledo, mayo de 2007) págs. 297-300.

ción en España... Son estos supuestos los que son objeto de regulación de los Capítulos I y II.

### 6.1. CJI (TÍTULO III, CAPÍTULO I)

La regulación de la Ley, estableciendo los criterios competenciales que tienen las autoridades españolas en una AI, suponen en general una mejora de la regulación hasta ahora vigente contenida en la Ley Orgánica 6/1085, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), por tres razones:

A) Si bien se reproducen básicamente los criterios previstos en la LOPJ (que quizá deberían haberse limitado debido a la naturaleza de la institución regulada) (98), sin embargo, por un lado se precisa el momento en el que el foro (nacionalidad/residencia) es operativo («en el momento de la presentación de la solicitud de la adopción ante la Entidad Pública competente») y, por otro, los criterios competenciales no se limitan a la constitución, sino también a la modificación, revisión, nulidad o conversión de la adopción. En relación a esta cuestión cabe la duda de a qué se refiere el legislador cuando hace referencia a la «modificación» y a la «revisión» de una AI, figuras no previstas en nuestro Derecho Civil (99), si bien es evidente la necesidad y oportunidad de regular desde el punto de vista del DIPr. la nulidad de la adopción, habida cuenta de los cada vez más numerosos casos en los que en la constitución de la adopción se han producido causas que justifican tal nulidad (100).

B) La competencia territorial y objetiva se mejora incluyendo la sumisión como criterio, lo cual dota de una mayor flexibilidad al sistema (art. 16.2), y se resuelven de esta manera determinados problemas que pueden generarse

---

(98) Para algunos claramente exorbitantes e incluso «imperialistas» (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El proyecto de ley...», *op. cit.*, págs. 2602-3; el mismo autor en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 4). En el mismo sentido se pronuncia CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica», *op. cit.*, pág. 60, que considera que debía haberse eliminado el foro de la nacionalidad.

(99) El *Informe FGE* es enormemente crítico con ello: «por ello esta espita abierta, sin límites aparentes, a la revocación y revisión, entendemos es improcedente. Abrir la cuestión a unos supuestos de modificación, revisión o nulidad no preestablecidos legalmente, resulta gravemente peligroso para la seguridad jurídica de la adopción». CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley 54/2007...», *op. cit.*, pág. 94 y sigs., señalan, en relación a la modificación, la posibilidad de modificar una sentencia extranjera de adopción previamente reconocida en España, y en el caso de la revisión, aludiendo a esta figura tal y como es regulada en Derechos extranjeros como el artículo 66 de la Ley belga de DIPr. (ver también pág. 151 y sigs.).

(100) ALONSO CRESPO, E., «Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto —o variar— una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional», en *Diario La Ley*, núm. 6925, martes 25 de abril de 2008, pág. 1 y sigs.

por la falta de correspondencia de los foros de CJI y los de competencia territorial interna (101).

C) La competencia de los cónsules españoles se determina territorialmente de una forma más cerrada que la de los jueces (el adoptante debe ser español y el adoptado residir en la demarcación consular) y además se limita expresamente en los casos de oposición del Estado local en coherencia con la Convención de Viena de relaciones consulares de 1963 (art. 17). Para algunos esta ley debería haber erradicado la «vetusta» figura de la adopción consular (102).

## 6.2. LEY APLICABLE (TÍTULO III, CAPÍTULO II) (103)

En relación a esta segunda cuestión, llama poderosamente la atención la distinción establecida por la Ley entre «adopción regida por la ley española» (Sección 1.<sup>a</sup>) y «adopción regida por una ley extranjera» (Sección 2.<sup>a</sup>). La diferencia entre ambas en que en el primer caso, el niño reside o va a residir tras la adopción en España, y en el segundo, ni reside en nuestro país ni es previsible que lo haga en el futuro. Esta segunda situación es tan excepcional, y está regulada además con tal grado de imprevisibilidad (104) que no acaba de quedar claro su sentido (105).

---

(101) En el *Informe CGPJ* se señala al respecto que esta es una fórmula posible para solventar estos problemas (que el CGPJ denomina «francesa»), y sin embargo es incompatible con la propuesta en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que deberá en el futuro adecuarse a esta Ley.

(102) CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica», *op. cit.*, pág. 60.

(103) Una detallada explicación y defensa de las soluciones adoptadas por el legislador en esta materia es la de CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre: aplicación de la ley española», en *Diario La ley*, núm. 6953, lunes 26 de mayo de 2008, pág. 1 y sigs.

(104) «Cuando el adoptado no tenga su residencia habitual en España, y además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España...». ¿Cómo puede asegurarse, hoy en día, con la extrema movilidad laboral y familiar algo así? El *Informe CGPJ* señala que «debe dotarse de mayor firmeza a estos puntos de conexión, pues apoyarlos en la mera declaración de intenciones de los adoptantes, en cuanto a la fijación de su residencia definitiva, puede dejar campo libre a manifestaciones falsas e interesadas para manipular la selección de la ley».

(105) Podría pensarse con ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 8 («lo excéntrico del supuesto me conduce a pensar que será una situación altamente infrecuente y... quedará reducida a las adopciones consulares») que su razón de ser son las adopciones consulares, y sin embargo, no sólo se aplica el precepto en esos casos: la adopción de un niño colombiano por parte de un matrimonio de español y francesa residentes todos ellos en Colombia, puede constituirse ante juez español, según los criterios de CJI previstos que, en este caso, deberá aplicar Derecho colombiano. Es crítica también con esta previsión DURÁN AYAGO, A., «La incidencia...», *op. cit.*, pág. 472. En este mismo sentido, las Enmiendas número 57 (*Enmiendas Senado*) y número 85 (*Enmiendas Congre-*

En relación a la primera, la regulación no modifica sustancialmente la prevista en el artículo 9.5 del Código Civil derogado. Se parte de una regla base: se aplicará la ley española (*lex auctoritatis*) a los requisitos de la adopción. Esta aplicación garantiza el control de la Administración pública sobre todas las adopciones que se constituyan en España (106). Sin embargo, la *lex auctoritatis* va a ser aplicada cumulativamente con otras leyes en dos supuestos, uno opera con carácter imperativo y el otro facultativo. La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios se regirán *imperativamente* por su ley nacional pero en supuestos totalmente excepcionales (107). Por otra parte, y *facultativamente* el juez español podrá exigir «los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridos por la ley nacional o de la residencia habitual de adoptante o adoptando». Este es el precepto (art. 20) al que me he referido ya y que puede suponer en la práctica que el juez impida constituir en España una adopción tras una kafala constituida en origen. La condición de que esta aplicación cumulativa se supedita a «la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así» ha sido criticada, por considerar que el interés superior del niño es desplazado en el precepto por el de la «armonía de soluciones» (108), y sin embargo, parece claro que el interés superior del niño es garantizado a través de la articulación de la fase administrativa ya analizada, y en la fase judicial, la armonía de soluciones (es decir, que la adopción sea válida en España y en su país de origen) es una clara manifestación de este interés que en todo caso es el criterio teleológico e interpretativo de toda la Ley.

Por otra parte, es muy adecuada la redacción que se da a la cláusula de orden público como límite a la aplicación de leyes extranjeras (art. 23) en la que se prevé su efecto positivo, se orienta materialmente («se tendrá en cuenta el interés superior del menor) y se apunta una posible atenuación de

---

*so de los Diputados*) de CIU proponen la supresión del artículo 21. CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica», *op. cit.*, pág. 61, es especialmente crítica aludiendo a la patológica «fecunda imaginación del legislador», y también ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 4, que califica al legislador del «gusto por la regulación de lo casi inverosímil, cuando no inapropiado».

(106) BOUZA VIDAL, N., «La nueva Ley 21/1987...», «La disociación en el Derecho Internacional Privado de la ley aplicable al fondo y de la ley aplicable al procedimiento en los actos de administración pública del Derecho Privado conducen a frecuentes desajustes y faltas de equivalencia, dado el distinto régimen a que están sujetos estos actos en los ordenamientos que resultan aplicables», *ibid.*, pág. 916.

(107) «Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción (y esta excepción, a su vez, se excepciona señalando en el art. 19.2 que dicha aplicación procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando) y si el adoptando no adquiere la nacionalidad española (lo cual sucede exclusivamente si el adoptado es mayor de edad)».

(108) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El proyecto de ley...», *op. cit.*, pág. 2605.

la misma («se tendrá en cuenta los vínculos sustanciales del supuesto con España») (109).

### 6.3. EFECTOS EN ESPAÑA DE LA ADOPCIÓN CONSTITUIDA POR AUTORIDADES EXTRANJERAS

La Ley regula, por una parte, el reconocimiento de las AI constituidas ante autoridad extranjera, y por otra, los efectos en nuestro país de las adopciones simples y otras medidas de protección de menores adoptadas en el extranjero.

En relación al reconocimiento, la Ley señala, en primer lugar, que si existen normas convencionales el sistema previsto en ellas prevalece, y menciona particularmente el CH (art. 25). Ahora bien, además de este importantísimo Convenio, España tiene suscritos Convenios bilaterales sobre AI (con Bolivia de 2001, con Filipinas de 2002 y con Vietnam de 2008), diversos protocolos administrativos de cooperación en esta materia con otros países (Rumanía, Perú, Colombia, Ecuador...) y además la AI puede estar incluida en el ámbito de aplicación de diversos convenios bilaterales de cooperación jurídica internacional que habitualmente exigen el *exequatur* ante un juez como condición de reconocimiento. En relación a estos últimos, el sistema de reconocimiento previsto en ellos debe permitir verificar los controles necesarios para comprobar «que la adopción ha respondido al interés superior del niño, y el régimen previsto no sea más gravoso que el contenido en nuestro marco jurídico autónomo» (110), de manera que nunca se ha exigido el *exequatur* en el reconocimiento de adopciones de niños chinos o rusos, a pesar de lo previsto en los convenios bilaterales con estos países.

¿Cuál es entonces el régimen autónomo? En España no está regulado el sistema de reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria (y la adopción lo es), y ante este vacío legal, la Ley 54/2007, y dada la existencia de un Anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria que disciplinaría esta cuestión, opta por no regular el procedimiento (111), si bien, los artículos 27 y 29 pueden inter-

---

(109) En relación a esta segunda limitación, puede verse la doctrina del orden público atenuado en relación a la mayor o menor conexión del supuesto con el foro o *Inlandsbeziehung* en CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 8.ª ed., Madrid, 2007, pág. 308 y sigs.

(110) CALVO BABÍO, F., «Reconocimiento en España de la adopción constituida por autoridad extranjera», en ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, págs. 284-5.

(111) El Anteproyecto de Ley de AI contenía una Disposición Transitoria única que remitía en este punto a la Ley de jurisdicción voluntaria, cuyo anteproyecto remite, a su vez, al artículo 9.5 del Código Civil (hoy a la Ley que analizo). En definitiva, una ley remite a la otra y la otra a la una, y la cuestión sigue sin regularse. Como señala el *Informe*

pretarse en la práctica como una sanción al sistema que ha venido funcionando hasta ahora: un reconocimiento incidental ante el encargado del RC que verifica si la AI reúne las condiciones previstas en el Derecho español (hasta ahora en el 9.5, a partir de ahora en esta Ley). Sin embargo, este procedimiento sólo es accesible a los adoptantes españoles, que son quienes pueden, según las normas de competencia registral, inscribir en el RC una AI. ¿Qué sucede entonces con las adopciones de adoptantes extranjeros residentes en España? ¿Cuál sería el sistema de su reconocimiento en España? La cuestión no está resuelta en la Ley y se ha planteado ya en alguna ocasión (112).

Por otra parte, la Ley establece una serie de presupuestos o condiciones de reconocimiento que reproducen básicamente las ahora vigentes. No voy a exponer con detalle cada una de ellas, sino más bien fijarme en cuatro cuestiones sobre las que quiero llamar la atención:

A) *Control de la CJI y de la ley aplicable. ¿Un nuevo requisito gravoso?*

a) Control de la CJI del tribunal de origen. El derogado artículo 9.5.4 del Código Civil del que comenzaba señalando: «En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera...». Esta alusión a la autoridad «competente» se había venido interpretando en el sentido de que la primera condición de reconocimiento era la comprobación de la competencia del juez o autoridad extranjera que pronunció la adopción. Pero ¿con arreglo a qué criterios? La doctrina mayoritaria (113) y gran parte de la «jurisprudencia registral» (114) se inclinó por considerar que el Encargado del Registro debería «bilateralizar» el artículo 22.3 de la LOPJ (es decir, considerar a la autoridad extranjera competente si la española lo hubiera sido en un caso similar). Sin embargo, doctrina (115) y jurisprudencia regis-

---

*FGE*, «si se pretende, como parece ser el objetivo, una regulación completa de la AI, deberían abordarse las singularidades procesales en el propio texto sin recurrir a remisiones genéricas que, una vez analizadas, no aportan nada».

(112) Es crítica también con esta evidente laguna legal, CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica...», *op. cit.*, pág. 61, y pone como ejemplo la adopción de dos alemanes residentes en España hace veinte años de un menor en Colombia. Efectivamente, en zonas de España con fuerte presencia de residentes extranjeros europeos (como Baleares), este problema ya se está planteando.

(113) Ver, por todos, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Filiación y alimentos», en *VV.AA., Derecho Internacional Privado. Parte especial*. EUROLEX, Madrid, 1995, pág. 372.

(114) Resoluciones de 9 de junio de 1993 (Anuario 1993, pág. 1583 y sigs.); 28 de abril de 1994 (BIMJ, núm. 1712, pág. 134); 4 de julio de 1994 (BIMJ, núm. 1721, pág. 94); 10 de noviembre de 1997 (Anuario DGRN 1997, pág. 2388 y sigs.) y de 6 de mayo de 1998 (Anuario DGRN 1998, pág. 2581 y sigs.) entre otras.

(115) VARGAS GARCÍA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia,*



tral (116) minoritaria consideraron que dicha competencia debería analizarse según las normas competenciales de dicho Estado extranjero (117). Pues bien, esta es la tesis que sigue la Ley, si bien se modula en el supuesto de que las normas de CJI extranjeras sean exorbitantes, en cuyo caso tampoco se reconoce la AI en España (118).

Este nuevo requisito no me parece adecuado por dos razones: En primer lugar, porque es un requisito ajeno al sistema español interno de reconocimiento de decisiones extranjeras. En efecto, en el régimen de *exequatur* o de reconocimiento de sentencias extranjeras español, este requisito actualmente se traduce en la comprobación de la no «invasión de competencias exclusivas españolas» por el juez extranjero, y en la no existencia de competencias exorbitantes de éste. En ningún caso, el juez español investiga si el juez extranjero era competente según «sus» normas, sino según las nuestras (119). Pero además, esta nueva condición complica, innecesariamente, el procedimiento de reconocimiento registral de la AI, ya que para que el encargado del RC pueda hacer esta comprobación, los adoptantes deben probar el DIPr. extranjero (no la legislación sobre adopción de ese país, bien conocida por parte de las ECAIS, las Administraciones o las Asociaciones de padres), y la prueba del Derecho extranjero en España es compleja e incluso a veces imposible (120). Es, por tanto, un nuevo requisito que supondrá un papeleo

---

*legislación autonómica e internacional. Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Granada, 1994, pág. 441; MARÍN LÓPEZ, A., Derecho Internacional Privado español. II. II Parte especial. Derecho Civil Internacional. Granada, 1994, cit., pág. 215.*

(116) Resolución de la DGRN de 9 de febrero de 1989 (BIMJ, núm. 1523, 1989, págs. 49-50).

(117) CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley 54/2007...», *op. cit.*, pág. 168, denominan este método el *Anerkennungsprinzip* y aportan razones teóricas que a su juicio justifican su inclusión. En síntesis, se trata del respeto al sistema jurídico extranjero y realizar un control de origen y no de destino. El argumento es impecable desde un punto de vista teórico, pero presenta, como señalaré, grandes desventajas prácticas.

(118) «La adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos: 1.º Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente. La adopción debe haberse constituido por autoridad pública extranjera, sea o no judicial. Se considera que la autoridad extranjera que constituyó la adopción es internacionalmente competente si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho. No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecesores familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional».

(119) En este mismo sentido. Enmiendas número 58 (*Enmiendas Senado*), y número 88 (*Enmiendas Congreso de los Diputados*) de CIU.

(120) MIRALLES SANGRO, P. P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*. Dykinson, Madrid, 2007, si bien hace referencia a la prueba procesal, gran parte de sus consideraciones son aplicables a la prueba «registral».



importante y que además no redundaba en un mayor control de la «limpieza» del proceso (121).

### B) *Control de la Ley aplicable*

El artículo 9.5 del Código Civil exigía comprobar que «la autoridad extranjera haya aplicado la ley del adoptando en relación con la capacidad y consentimientos necesarios», condición criticada por la doctrina (122) y muy excepcionalmente exigida por la jurisprudencia (123), máxime cuando ni siquiera en el procedimiento de *exequatur* nuestro Derecho lo exige. Pues bien: la nueva Ley introduce este control pero yendo más allá del punto de partida (debe probarse que la ley que aplicó el juez era la aplicable según «sus» normas de DIPr), control absolutamente ajeno a la tradición jurídica española y que, al igual que en el tema anterior, va a suponer una complicación añadida para los padres en la prueba del Derecho extranjero (124).

Pues bien, se trata de dos nuevos requisitos introducidos en el sistema de reconocimiento y que afectaron a los padres que estaban tramitando su adopción en el momento de la entrada en vigor de la Ley a los cuales se les aplicó, por la inexistencia de disposiciones transitorias a las que hacía alusión al principio (125).

---

(121) Críticas también con este sistema de control y por las mismas razones son CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica...», *op. cit.*, pág. 62, y DURÁN AYAGO, A., «La incidencia...», *op. cit.*, pág. 474.

(122) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Filiación y alimentos*, cit., pág. 372.

(123) En la Resolución de la DGRN, de 6 de marzo de 1997 (BIMJ, núm. 1823, pág. 90) se señala: «la adopción cuestionada no se ajusta a la Ley china del adoptando que debería regir en cuanto a la autoridad competente para la constitución y en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios (cfr. art. 9.5 CC) e incluso en cuanto a la forma de constitución (cfr. art. 11 CC). En efecto..., según el artículo 4 de esta Ley (*sic.*, china) sólo está prevista la adopción de los menores de catorce años (y el menor en cuestión tenía dieciséis) y que según su artículo 20, la adopción hecha por extranjeros requiere inexcusablemente su inscripción en el RC chino —que aquí no consta— y su posterior elevación a escritura pública ante notario —que aquí tampoco consta—».

(124) «Que se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción. A tal efecto, si la autoridad española comprueba que no se ha prestado alguna declaración de voluntad o no se ha manifestado el consentimiento exigido por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción, dicho requisito podrá ser completado en España ante las autoridades competentes españolas con arreglo a los criterios contenidos en esta Ley, o ante cualquier otra autoridad extranjera competente». CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley 54/2007...», *op. cit.*, pág. 187, vuelven a justificar con los argumentos que aportaba anteriormente este nuevo método de realizar el control «en origen y no en destino».

(125) Son criticados con dureza por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El proyecto de ley...», *op. cit.*, págs. 2606-9.

C) *La apertura hacia la diversidad jurídico-cultural*

Como he tenido ocasión de señalar tiempo atrás (126), la AI ha supuesto también un desafío intercultural en el terreno jurídico: la cultura jurídico-familiar es muy diversa en los países de los que provienen los niños y en el nuestro, pero en el momento del reconocimiento debemos inscribir, denominándola «adopción», una resolución extranjera que aplica un Derecho con concepciones familiares diversas a las nuestras: ¿Cuáles son los límites para esa «adopción» extranjera sea reconocible, y por tanto, inscribible para nosotros? La Ley recoge una consolidada doctrina de la DGRN al respecto (127), en la cual se han establecido unos mínimos para ese reconocimiento, exigiendo una equivalencia sustancial (no absoluta) y desde luego evitando el nominalismo. Bienvenida sea esta sanción legal de una consolidada doctrina registral (128).

Pero sin embargo, la Ley va más allá: prevé expresamente la posibilidad de conversión de adopciones simples en plenas, posibilidad reclamada hace años ya por la doctrina (129), que tenía una base sólida en el propio CH (130), y que sin embargo, había sido sistemáticamente denegada por la

---

(126) ADROHER BIOSCA, S., «Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional», en ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S. (coord.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Colex, Madrid, 2004, págs. 137-160.

(127) «Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español. Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero. En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes. Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el encargado del Registro Civil» (art. 26.2).

(128) Acogida también favorablemente en el *Informe FGE*, ya que el texto «acoge sustancialmente la doctrina de la DGRN en punto a determinar la correspondencia sustancial, con lo que se otorga rango legal a la misma con los consiguientes beneficios desde el punto de vista de la seguridad jurídica».

(129) Por todos, RODRÍGUEZ BENOT, A., «La eficacia extraterritorial de la adopción simple (el reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas al amparo de ordenamientos iberoamericanos)», en GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ BENOT, A., *Estudios sobre adopción internacional*, México, 2001, pág. 365 y sigs. En este trabajo el profesor sevillano plantea una relectura del artículo 9.5 del Código Civil a la luz del Convenio de La Haya, que permitiría la conversión de las adopciones simples en plenas en atención al *favor filii* o al principio del superior interés del menor que está en juego en estos casos. Pues bien, la Ley que analizamos refrenda esta interpretación.

(130) Artículo 27.1: «Si una adopción realizada en un Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de la filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio, dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto si: a) La Ley del Estado de recepción lo permite...».

DGRN en relación a adopciones simples procedentes de diversos iberoamericanos tales como Paraguay, México, República Dominicana o Guatemala, Brasil o Argentina o de otros continentes como Líbano. Esta posibilidad está prevista tanto en las normas de CJI (art. 15) como en las de ley aplicable (art. 30) y debe ser bienvenida (131). El gran problema de esta previsión es que no se establece el cauce legal para dicha conversión: ¿se trata de un procedimiento judicial de conversión? A esta solución podrían apuntar el artículo 15, que señala la competencia de los «juzgados y tribunales» (132), y el artículo 30, que se refiere a un «expediente judicial» (133). Sin embargo, nuestro Derecho procesal interno no contempla este proceso especial de transformación, por lo que podría considerarse que se trata, al igual del proceso de reconocimiento, de un proceso «registral» en el que el «juez» encargado del RC verifica la concurrencia de una serie de requisitos (134). Bienvenida, por tanto la posibilidad de conversión, pero hubiera sido deseable una precisión del sistema a adoptar en la misma o una regulación *ad-hoc* del mismo.

Aparte de esta novedad, la ley prevé la posibilidad de que tanto adopciones simples, kafalas, acogimientos o cualquier otra medida de protección de menores adoptada en el extranjero, puedan desplegar efectos en España siempre que reúna los requisitos previstos en ella (art. 34). Es una indudable apertura a la diversidad de medidas posibles existentes en países con tradición cultural diversa. Hubiera sido de agradecer, sin embargo, que el artículo 33 en lugar de dejar intocado el artículo 9.6 del Código Civil, claramente superado por la realidad actual de la protección internacional de menores y mayores, hubiera acometido una reforma del mismo en profundidad.

#### D) *Prohibida la idoneidad obtenida tras la adopción*

Finalmente, creo importante destacar la reforma que se ha producido en el tratamiento de la idoneidad en los casos de reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero.

Hasta ahora, la regulación prevista en el artículo 9.5 del Código Civil (*«tampoco lo será —reconocida como adopción— mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante si éste fuera*

(131) Así lo señala también ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 5.

(132) «2. Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena en los casos señalados en el apartado anterior».

(133) «Para instar el correspondiente expediente judicial no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente».

(134) «En todo caso, para la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción plena, la autoridad española competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos...» (art. 30.4 *in fine*).

*español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción*) suscitaba la duda de si los adoptantes debían haber sido declarados idóneos antes viajar al extranjero a constituir legalmente la adopción, o podían serlo después a dicha constitución pero, obviamente, antes de la solicitud de inscripción en el registro. Es decir, ¿podía reconocerse en España una adopción constituida en el extranjero cuando el certificado de idoneidad se había emitido tras la llegada a España?

Si los niños provenían de países que habían ratificado el CH, era evidente la respuesta negativa. Sin embargo, lamentablemente si los niños provenían de países «no Haya» la respuesta era afirmativa (135), a pesar de que, evidentemente, éste no fue el propósito del legislador español, y no es una solución compatible con el superior interés del niño (136): en estos casos las administraciones se encontraban «forzadas» a conceder la idoneidad ante el hecho consumado de un niño que ya se encontraba en España hacía uno o dos años (137). La nueva regulación (138) termina con esta lamentable situación, si bien al limitar su exigibilidad a los casos de adoptante español y residente en España, deja fuera de esta previsión a aquellos casos de españoles que tienen su residencia «legal» fuera de España aunque vivan aquí, como ha sucedido con algún caso célebre.

#### E) *La no contrariedad con el orden público*

Llama la atención que en el capítulo III de la Ley, destinado a regular los efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras, no se incluya, entre los requisitos a verificar con carácter general, la no oposición de la adopción con el orden público español, más aún cuando el CH establece un sistema de reconocimiento automático que «sólo podrá denegar-

---

(135) Así lo reconoce la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (*BOE* de 30 de agosto): «el rigor queda atenuado por el reconocimiento de la posibilidad de que el certificado de idoneidad se obtenga después de constituida la adopción en el extranjero, no siendo necesario que sea previo (cfr. Resolución de 25-3.ª de junio de 1999)».

(136) AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B., «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español», en *BIMJ*, núm. 1888, pág. 5 y sigs.

(137) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC: normas sobre adopción internacional». *REDI XLVIII* (1996) 1, pág. 504.

(138) «Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma» (art. 26.3).

se... si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el superior interés del niño» (139). La Ley 54 únicamente hace referencia a esta cláusula en su artículo 31 en relación con el reconocimiento de las adopciones simples pero no en todos los casos (140).

Considero, no obstante, que dicha cláusula puede alegarse, ya que «el sistema proporciona mecanismos interpretativos para ello y el descuido del legislador no debe pasar de mera anécdota» (141), y me parece adecuado señalar, con la DGRN, determinados casos paradigmáticos: *Podrá intervenir la cláusula del orden público en España en relación con los siguientes supuestos: 1.º Adopciones de descendientes (vid. Resolución de 22 de junio de 1991). 2.º Cuando se ha prescindido de consentimientos o audiencias absolutamente indispensables para garantizar el interés del menor, como el consentimiento o audiencia del adoptando mayor de doce años; y 3.º Cuando se constate que el consentimiento se obtuvo mediante pago monetario* (142).

Creo que son especialmente importantes los números 2 y 3, dada la tremenda realidad (más frecuente de lo deseable) de adopciones en las que los padres biológicos no han consentido (143). Si esta situación se detecta en el momento de solicitar el reconocimiento de la adopción constituida ante autoridad extranjera, entiendo que es un caso claro de no reconocimiento por oposición de la misma al orden público español. No creo que deba aplicarse en estos casos la previsión del artículo 26.2 (144). Y si la situación se detecta una vez reconocida, es, a mi juicio, un caso claro de nulidad.

---

(139) Artículo 24.

(140) «En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple, o menos plena, si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español. A tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor». Advierte también esta ausencia críticamente CALVO BABÍO, F., «Revisión crítica...», *op. cit.*, pág. 63, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 7.

(141) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Id.*

(142) Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (BOE de 30 de agosto).

(143) Ver el escalofriante reportaje «Niños arrancados en Etiopía», en el que se pone de manifiesto cómo en este país africano no siempre se garantiza que los consentimientos de los padres biológicos se han prestado adecuadamente.

([http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Ninos/arrancados/Etiopia/elpepusoc/20071217elpepusoc\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Ninos/arrancados/Etiopia/elpepusoc/20071217elpepusoc_2/Tes))

(144) «A tal efecto, si la autoridad española comprueba que no se ha prestado alguna declaración de voluntad o no se ha manifestado el consentimiento exigido por la ley extranjera, reguladora de la constitución de la adopción, dicho requisito podrá ser completado en España ante las autoridades competentes españolas con arreglo a los criterios contenidos en esta Ley, o ante cualquier otra autoridad extranjera competente».

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

Una valoración final sobre esta Ley debería responder a la pregunta fundamental de si mejora la situación de los principales protagonistas y destinatarios de la misma, «los santos inocentes» o, dicho de otro modo, si acerca la regulación española de la AI al interés superior del menor respecto de la regulación anterior. La respuesta a esta pregunta es claramente afirmativa por tres grandes razones:

En primer lugar, se refuerza la intervención de las Entidades públicas de protección de menores, extendiendo su obligatoriedad a fases del proceso no previstas en la regulación estatal anterior que claramente redundan en una previsible mejora de la integración familiar (preparación pre-adoptiva y apoyo post-adoptivo).

En segundo lugar, se «contamina» la regulación estatal por la prevista en el CH, incluso en AI provenientes de países que no son parte, exigiendo en todo caso el *matching* conjunto o la idoneidad previa a la AI como condición de reconocimiento de la misma.

Finalmente, se afianza la apertura intercultural de la legislación española al reconocimiento de AI constituidas al amparo de Derechos diversos al nuestro, posibilitando incluso la conversión de adopciones simples en plenas.

Sin embargo, si estos son, a mi juicio, los méritos principales de esta Ley, señalo, como carencias de la misma, las siguientes:

Por una parte, se han perdido dos grandes oportunidades. La primera, que responde seguramente a la coyuntura política española, es la de haber salvado de forma efectiva, las grandes diferencias legales existentes en las diversas Comunidades Autónomas y que comprometen seriamente la igualdad de las familias adoptantes en territorio español. La segunda, que probablemente se debe al escaso tiempo de su tramitación, es la de haber acometido una regulación verdaderamente integral de la AI en aspectos esenciales de la misma no contemplados en esta Ley.

En segundo lugar, algunas disposiciones de la Ley, ajenas al espíritu que informa gran parte de su texto, parecen responder al interés superior de los adoptantes y no al del niño. El caso más claro es el de la prohibición de discriminación en la idoneidad.

Finalmente, se han introducido modificaciones técnicas en las normas de DIPr., alguna de las cuales (básicamente el control de la CJI y de la ley aplicable en el reconocimiento de AI realizadas en el extranjero) pueden poner en serios aprietos a los adoptantes a la hora de solicitar el reconocimiento de su adopción constituida en el extranjero.

RESUMEN

ADOPCIÓN INTERNACIONAL

*La nueva Ley española de adopción internacional responde a una evidente necesidad tanto social como jurídica. En sólo diez años, España se ha situado entre los primeros países a los que llegan niños procedentes del extranjero para ser integrados en familias españolas; justamente han sido años caracterizados por una auténtica «revolución» del sistema de protección de menores que reclamaba una reformulación de esta institución singular de la adopción internacional desde las nuevas «claves».*

*En este artículo se analiza críticamente el nuevo texto legal pretendiendo deslindar su objeto y discernir su espíritu, analizar si ha resuelto adecuadamente la delicada cuestión competencial y cómo ha dado respuesta a la regulación de la fase administrativa y a la judicial/registral de Derecho internacional privado.*

ABSTRACT

INTERNATIONAL ADOPTION

*The new Spanish law on international adoption responds to an obvious social as well as legal need. In just ten short years Spain has taken a place amongst the leading makers of international adoptions, as children have arrived from abroad in order to join Spanish families. These have been years characterised precisely by an authentic child protection system «revolution», which called for the singular institution of international adoption to be reformulated from the standpoint of the new «key concepts».*

*This article gives a critical analysis of the terms of the new law. It endeavours to mark the bounds of the law's object, discern the spirit behind the law and analyse whether the law has adequately addressed the delicate question of competence and how the law has responded to the regulation of the administrative phase and the judicial/registration phase of international private law.*

*(Trabajo recibido el 10-07-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)*





# «Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?» (\*)

por

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universitat Rovira i Virgili*

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
2. EL ALCANCE DE LOS CONCEPTOS DE VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL:
  - 2.1. REFERENCIA HISTÓRICA:
    - 2.1.1. *Derecho romano.*
    - 2.1.2. *Derecho histórico castellano.*
    - 2.1.3. *Proyectos de Código Civil español.*
  - 2.2. LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL VIGENTE:

---

(\*) El presente trabajo constituye uno de los frutos de una estancia de investigación en el *Institute of European and Comparative Law*, de la Universidad de Oxford, durante los meses de abril a julio de 2007, estancia que fue posible gracias a una ayuda de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, dentro del Programa de «Estancias en centros extranjeros y excepcionalmente españoles, de profesores de Universidad e investigadores españoles, incluido el Programa Salvador de Madariaga», concedida por Resolución de 25 de mayo de 2006.

- 2.2.1. *En la violencia, al igual que en la intimidación, existe consentimiento, pero éste se encuentra viciado.*
  - 2.2.2. *La distinción entre violencia e intimidación:*
    - 2.2.2.1. La violencia como «fuerza irresistible».
    - 2.2.2.2. Las especialidades del régimen de la violencia frente al de la intimidación:
      - A) La persona que sufre el mal con el que se amenaza.
      - B) El amenazante. Causación de la amenaza y utilización de la amenaza.
    - 2.2.2.3. Conclusión.
3. APUNTES DE DERECHO EUROPEO Y COMPARADO:
- 3.1. REFERENCIA A LAS PROPUESTAS ARMONIZADORAS DEL DERECHO CONTRACTUAL. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO:
    - 3.1.1. *La intimidación.*
    - 3.1.2. *La excesiva desproporción entre las prestaciones de las partes.*
  - 3.2. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y SU PROPUESTA DE REFORMA:
    - 3.2.1. *El concepto de violence en el Derecho francés.*
    - 3.2.2. *El estado de necesidad como «violencia económica»:*
      - 3.2.2.1. Doctrina tradicional.
      - 3.2.2.2. Doctrina, legislación y jurisprudencia más moderna. Estado de necesidad y situación de dependencia económica.
      - 3.2.2.3. La nueva concepción de la violencia en el *Avant Projet de Reforme du Droit des Obligations*.
  - 3.3. REFERENCIA A LA CONSIDERACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS.
4. RECAPITULACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES:
- 4.1. RECAPITULACIÓN.
  - 4.2. APUNTES DE *LEGE FERENDA* Y NUEVAS PERSPECTIVAS PARA EL DERECHO ESPAÑOL.

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El artículo 1.265 del Código Civil enumera como vicios del consentimiento, que determinan la anulabilidad del contrato, el error, el dolo, la violencia y la intimidación. El error (error en los motivos o «error vicio») (1) y el dolo suponen un conocimiento equivocado de la realidad —ya sea por una causa imputable al propio sujeto (el error), o a un engaño producido por el otro contratante (el dolo)—, y dan lugar a una declaración de voluntad emi-

---

(1) El denominado error obstativo supone una discordancia entre la voluntad interna y la voluntad emitida, y debe reconducirse a la ausencia de voluntad.

tida de manera libre (aunque viciada por tal desconocimiento). En cambio, la violencia y la intimidación constituyen una presión exterior sobre el sujeto, que provoca una declaración de voluntad privada de libertad; el sujeto conoce la realidad y es consciente de que, probablemente, no le conviene tal declaración, pero la emite a causa de la presión que sobre él se ejerce.

Los conceptos de violencia y la intimidación se encuentran definidos en el artículo 1.267 del Código Civil: «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». En ambos casos, y conforme con el citado artículo 1.265 del Código Civil, «será nulo el consentimiento». Mientras el concepto de intimidación parece relativamente claro —la amenaza de un mal que induce al amenazado a consentir—, el de violencia ha planteado dudas. El hecho de que la violencia se defina como una «fuerza irresistible» ha generado un cierto desconcierto, en tanto que, si la fuerza es realmente irresistible, estaríamos, más que ante una voluntad viciada por falta de libertad, ante un supuesto de falta de voluntad, que quedaría fuera del ámbito de los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, y que daría lugar a la nulidad radical del negocio por la falta de uno de sus elementos esenciales: el consentimiento (art. 1261.1 Cc) (2).

La regulación que el Código Civil español hace de la violencia y la intimidación parece presuponer que la fuerza o amenaza proceden de la otra parte contratante, o de un tercero (art. 1.268 Cc). Pero también falta la libertad, presupuesto de ambos vicios, cuando la declaración se emita a consecuencia de una presión externa, por hallarse el contratante en una situación de urgencia, peligro o necesidad. Esta situación de necesidad no está, sin embargo, contemplada de manera autónoma en el Derecho Civil español (3).

---

(2) Véase § 2.2.1.

(3) Sí lo está, en cambio, en el Derecho sancionador. El artículo 20 CP dice: «Están exentos de responsabilidad criminal: [...] El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. b) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. c) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse». La STS (Sala de lo Militar, Sección 1.<sup>a</sup>), de 22 de diciembre de 2006, definió el estado de necesidad de la siguiente manera: «[...] el estado de necesidad equivale a la situación de conflicto entre dos bienes en la que la salvación de uno exige el sacrificio del otro. Su esencia, tanto en su versión completa como incompleta, radica en la inevitabilidad del mal, es decir, en el hecho de que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que infligir un mal al bien jurídico cuya transgresión se produce, en este caso el interés del servicio y la disciplina militar. Para el reconocimiento de la circunstancia, el “peligro actual” que se pretende evitar debe implicar la posibilidad de un daño inminente que, casi con toda seguridad, va a tener lugar si no se adopta inmediata-

El objeto del presente trabajo es el análisis de las consecuencias del contrato celebrado en estado de necesidad, esto es, la indagación de si, como ocurre en otros ordenamientos (4), en el Derecho Civil español es posible anular el consentimiento contractual forzado por una situación de necesidad (5). Ello se hará desde una doble perspectiva. La primera atenderá al Derecho Civil español vigente, en el que, al no aparecer contemplado el estado de necesidad como un vicio autónomo del consentimiento, deberán precisarse los conceptos de violencia e intimidación para dilucidar si tales vicios permiten incluir dentro de su ámbito la situación de necesidad (6). El segundo punto de vista es el del Derecho europeo y comparado, y nos referiremos a los mecanismos que prevén para conceder trascendencia jurídica al estado de necesidad como causa de anulación del contrato (7). El trabajo concluirá con una reflexión respecto a si las normas del Derecho europeo y comparado sólo pueden influir en el Derecho español desde un punto de vista de *lege ferenda*, o si son susceptibles de propiciar una reinterpretación de los conceptos clásicos de violencia e intimidación que permitan incluir en su tenor el estado de necesidad, como ha ocurrido, por ejemplo, en el Derecho francés.

---

mente la medida salvadora. Asimismo, el estado de necesidad requiere que el conflicto “no se pueda evitar de otra manera” según la jurisprudencia [...]».

(4) Véase § 3.

(5) No existe una abundante bibliografía al respecto. En el Derecho comparado cabe destacar el trabajo de Fernando HINESTROSA, «Estado de necesidad y estado de peligro. ¿Vicio de debilidad?», en *Revista de Derecho Privado* (Colombia), núm. 8, 2005, págs. 111-134. Además, pueden verse también los trabajos que comentan las normas al respecto de los Principios de Derecho Contractual Europeo y de los Principios Unidroit, entre los que cabe citar: Marina TIMOTEO, «Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'articolo 3.10 dei Principi UNIDROIT», en *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, págs. 140-175; Tomás Mariano ADRIÁN HERNÁNDEZ, «Las ventajas desproporcionadas en los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», UNIDROIT (ed.), en *The UNIDROIT Principles: a Common Law of Contracts for the Americas?*, 1998, págs. 293-298; Ulrich DROBNIG, «Protection of the Weaker Party», en M. J. BONELL, F. BONELL (eds.), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Giuffrè, Milano, 1997, págs. 215-224; Michael Joachim BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (3.<sup>a</sup> ed.), Transnational Publications Inc., Ardsely, New York, 2005, págs. 165-172.

(6) Como ha hecho el Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones en Francia, siguiendo la posición de la doctrina y jurisprudencia francesa mayoritarias. El artículo 1114.3.1 del Anteproyecto establece: «Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif». Véase § 3.2.

(7) En la línea, por ejemplo, de los Principios de Derecho Contractual Europeo o los Principios Unidroit, y las reglas de algunos Estados que los han acogido. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la simple situación de necesidad no es suficiente para solicitar la nulidad del contrato, sino que debe ir acompañada de otros requisitos, uno de ellos la excesiva desproporción entre las prestaciones de las partes; véase § 3.3.

## 2. EL ALCANCE DE LOS CONCEPTOS DE VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

El Código Civil español no contempla el estado de necesidad como un vicio autónomo que pueda posibilitar la anulación del contrato, por lo que conviene dilucidar el alcance de los conceptos de violencia e intimidación —conceptos que, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de ordenamientos (8), el Código Civil español separa y distingue— para ver si

---

(8) La distinción entre violencia e intimidación no es ni mucho menos general en el Derecho comparado, sino que existen muchos ordenamientos que las asimilan. El Código Civil francés habla exclusivamente de *violence* (art. 1.109 y sigs.), al igual que el italiano (*violenza*, art. 1.427 y sigs.). El BGB (§ 123.1) utiliza el concepto de *Drohung*, amenaza. El Código Civil portugués considera la *coacção moral* como un vicio de la voluntad que hace anulable el negocio (arts. 255 y 256), mientras que no produce ningún efecto la declaración en que el declarante fue *coagido pela força física e emiti-la* (art. 246). El Código Civil de Chile habla de «fuerza» como vicio del consentimiento, junto al error y al dolo (art. 1.451), siempre que sea «capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio», al igual que los Códigos de Colombia (art. 1.513) y Ecuador (art. 1.499). También en esta misma línea podemos citar el Código Civil de Cuba, artículo 69, que habla de «amenaza», definida en el artículo 72 como el «temor provocado por medio del anuncio de un mal contra la vida, el honor o los bienes de él o de un tercero», y los artículos 1.812 y sigs. del Código Civil de México (para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal concordado), en los que se define la violencia como la «fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado».

Algunos Códigos sudamericanos, posiblemente por la influencia del Proyecto de GARCÍA GOYENA, siguen la línea del Código Civil español de 1889, y distinguen entre violencia e intimidación. Así, por ejemplo, los artículos 293 a 295 del Código Civil de Paraguay tratan de la «fuerza y del temor», el primero de los cuales establece: «Habrà falta de libertad en el agente, cuando se empleare contra él fuerza irresistible. Se juzgará que hubo intimidación cuando por injustas amenazas alguien causare al agente un temor fundado de sufrir cualquier mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o en la de su cónyuge, descendientes, ascendientes o parientes colaterales [...]»; en términos similares se pronuncian los artículos 936 a 943 del Código Civil de la República Argentina (en cambio, el Proyecto de Código Civil argentino de 1998, dentro del capítulo que lleva por título «violencia», establece en el artículo 324, bajo la rúbrica de «Fuerza e intimidación»: «La fuerza irresistible y las injustas amenazas que causan a la parte a la cual se dirigen el temor de sufrir un mal grave e inminente en su persona, en sus bienes o en la persona o bienes de un tercero, provocan la invalidez del acto. Para juzgar la trascendencia de las amenazas, deben tenerse en cuenta las condiciones del amenazado»; por tanto, la «violencia» es un concepto amplio, que incluye la «fuerza irresistible» y la «intimidación»). El Código Civil de Uruguay distingue entre la violencia física y la moral; dice el artículo 1.272: «La violencia es también causa de nulidad y puede ser física o moral. Habrá violencia física cuando para producir el contrato, se empleare una fuerza física irresistible. Habrá violencia moral cuando se inspire a uno de los contratantes el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes legítimos o ilegítimos». Por otra parte, el Código Civil de Brasil distingue entre la *coacção* (arts. 151 a 155) y el *estado do perigo* (art. 156: «Configura-se o estado

permiten incluir en su tenor no solamente el contrato contraído bajo las amenazas del otro contratante o de un tercero, sino también el celebrado en estado de necesidad.

## 2.1. REFERENCIA HISTÓRICA

Una breve aproximación histórica nos ayudará a comprender tanto el concepto de violencia e intimidación, como la razón por la que el Derecho español vigente distingue entre ambos vicios del consentimiento y no contempla explícitamente el contrato celebrado en estado de necesidad.

### 2.1.1. *Derecho romano*

La aproximación histórica debe empezar necesariamente por una mínima referencia al Derecho romano. La Ley primera del título II del libro IV del Digesto era clara cuando establecía: «Dice el Pretor: «No consideraré válido lo que se haya hecho por intimidación». Antiguamente, el edicto contenía la expresión «lo que por violencia o por intimidación», porque se hacía mención de la violencia con referencia a la coacción de la voluntad (la intimidación es la claudicación de la mente a causa de un peligro inminente o futuro). Pero después se suprimió la mención de la violencia, porque lo que se hace por violencia irresistible parece que se hace también por intimidación» (9). Por tanto, se separaba conceptualmente la violencia y la intimidación; la intimidación se definía en la Ley primera como «la claudicación de la mente a causa de un peligro inminente o futuro», y en la Ley segunda se decía que la violencia era «la presión más fuerte que no se puede rechazar» (10). Ahora bien, por otro lado, y aunque tales conceptos podían distinguirse en el terreno conceptual, se consideraba que la violencia estaba incluida dentro del concepto de indemnización: «lo que se hace por violencia irresistible, parece que se

---

de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa»).

Finalmente, en otros Códigos la confusión conceptual parece evidente. Es el caso, por ejemplo, del Código Civil del Perú, que en el artículo 214, que lleva por título «Violencia», dice que «la violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él»; y el artículo 215, titulado «intimidación», se limita a definir ésta, pero no la violencia.

(9) «Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebit; vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrarium voluntati, metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodeunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur».

(10) «Vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest».

hace también por intimidación». Puede así comprenderse por qué algunos Códigos utilizan un solo concepto para referirse al vicio de la coacción de la voluntad (11), mientras que otros, como el Código Civil español, mantienen la distinción entre violencia e intimidación.

Por el contrario, no se considera impugnabile el contrato celebrado en estado de peligro o de necesidad. El apartado 1 de la Ley novena del título II del Libro IV del Digesto dice «Se debe, empero, advertir, que en este Edicto el Pretor habla en general y con relación a la cosa, y no añade por quién se obró; y por tanto, ya sea una persona o particular, la que infundió el miedo, ya un pueblo, o curia, o colegio, o corporación, tendrá lugar este Edicto. Pero aunque el Pretor comprenda la fuerza hecha por cualquiera, sin embargo, dice discretamente Pomponio, que si porque mejor te defienda o te libre de la fuerza de enemigos, o de ladrones, o de un pueblo, hubiere yo recibido de ti alguna cosa, o te hubiere obligado, no debo quedar sujeto a este Edicto, salvo si yo mismo envié secretamente contra ti esta fuerza; pero que si soy ajeno a la fuerza, no debo quedar obligado, porque antes bien parece que recibí el pago de mi trabajo» (12). Por tanto, si el tercero contratante era ajeno a la situación de necesidad, el contrato no se podía anular.

### *2.1.2. Derecho histórico castellano*

Las Partidas distinguían la «fuerza» del «miedo»: «La fuerza se debe entender de esta manera, cuando á alguno aducen contra su voluntad, ó le prenden ó ligan. E otrosí el miedo se entiende cuando es fecho en tal manera, que todo ome, magüer fuesse de gran corazon, se temiesse dél; como si viesse armas, ó otras cosas con quel quissiesen ferir ó matar, ó le quissiesen dar algunas penas, ó si fuesse manceba virgen é la amenazassen que yacerian con ella» (Ley 15, título II, Partida IV). Pero los efectos de uno y otro vicio eran los mismos: «Por miedo, ó por fuerza, ó por engaño quel ficiese, prometiendo un ome á otro de dar ó de facer alguna cosa, maguer se obligue so cierta pena, jurando de cumplir lo que promete, non es tenuto de cumplir la promision, nin de pechar la pena» (Ley 28, título XI, Partida V).

---

(11) Véase la nota 8.

(12) «Animadvertendum autem, quod Praetor hoc Edicto generaliter et in rem loquitur, nec adiicit, a quo gestum; et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic Edicto locus erit. Sed licet vim factam a quocunque Praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si, quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc Edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim submisi; ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accipisse videor».

Por su parte, la Ley 56, título V, Partida V, contemplaba la rescisión por lesión «en la mitad del derecho precio», con un fundamento subjetivo (el miedo o la fuerza): «*Por miedo, o por fuerça comprando, o vendiendo algun ome alguna cosa, non deve valer; ante decimos, que deve ser desfecha la compra, si fuer provado, que la fuerça o el miedo fue atal, que lo ouo de fazer maguer le pessasse. E como quier que la vendida fuesse fecha por jura, o por peño, o por fiadora, o por pena, que fuesse y puesta, non debe valer. Ca despues que la vendida, o la compra, que es el principal, non vale, non deven valer las otras cosas que fuessen puestas por razon della. Otrosi decimos, que se puede desfazer la vendida que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio [...]*» (13).

### 2.1.3. *Proyectos de Código Civil español*

El Proyecto de 1836 siguió el modelo francés, y hablaba exclusivamente de «violencia». El artículo 966 establecía «No es válido el consentimiento cuando ha sido prestado por error, arrancado por violencia o conseguido por dolo», y el artículo 975 señalaba que «la ley declara que hay violencia cuando se pone a uno en estado de no poder hacer uso de sus facultades físicas para resistir el acto, o cuando dejándole el libre uso de ellas, tiene motivos fundados para temer que por la resistencia se le seguirá un mal grave e inminente en su persona o en sus bienes. En estos casos debe tenerse en consideración la edad, el sexo y la condición de las personas». Por tanto, bajo la denominación de violencia se incluían tanto las amenazas, como lo que después se denominaría «fuerza irresistible» (14). En cuanto al estado de necesidad, no aparecía contemplado.

---

(13) Véase también la Ley única, título XVII del Ordenamiento de Alcalá, la Ley 9, título 5, libro 2, y la Ley 3, título 4, libro 5 del Fuero Juzgo, la Ley 4, título 11, libro 1, y las Leyes 3 y 5, título 10, libro 3 del Fuero Real, y la Ley 2, título 1, libro 10 de la Novísima Recopilación.

(14) Los artículos 1.041 y siguientes regulaban la rescisión por lesión. El artículo 1.041 establecía: «Si en la venta de una cosa inmueble hubiere sido perjudicado el vendedor en más de la mitad del justo precio, tiene derecho para pedir el suplemento de éste, y en su defecto la rescisión del contrato, aunque por pacto haya renunciado esta facultad de reclamar». Si atendemos al articulado, la acción rescisoria parecía tener un puro fundamento objetivo (la simple lesión); ahora bien, de la Exposición de Motivos del Proyecto (véase en Juan Francisco LASO GAITE, *Crónica de la codificación española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1979, págs. 102-104) se deduce que, si bien es fundamental la idea de equilibrio entre las prestaciones, el desequilibrio vendrá determinado por circunstancias subjetivas: el engaño o la falta de libertad: «[...] El dolo, el error y el miedo son causas de restitución aun para los mayores de edad, porque entre otras razones se presume que no ha intervenido verdadero consentimiento de parte del engañado o atemorizado: *errantes aut decepti nullus*



El Proyecto de 1851 volvió a la línea de las Partidas, y distinguió la violencia de la intimidación (15). Después de establecer en el artículo 988 que «no es válido el consentimiento prestado á virtud de instrumentos falsos ó por error, ni el arrancado por violencia, intimidación ó dolo», en los apartados primero y segundo del artículo 990 disponía: «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza física irresistible. Hay intimidación cuando se inspira á uno de los contrayentes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona ó bienes, ó de sus cónyuges, descendientes ó ascendientes». En el *Comentario* a este último precepto, GARCÍA GOYENA aludía a la distinción entre violencia e intimidación: «*Hay violencia*. El artículo francés, y los que le siguen, usan sólo de esta palabra, comprendiendo en ella al miedo. El Derecho romano usó al principio de las dos, y después se concretó á la del miedo; las leyes de Partida usaron de una y otra, lo mismo el Fuero Juzgo: *Per vim et metum: violenter et per metum extorta, nulla valeat ratione*, leyes 1, título 2 y 3, título 4, libro 5» (16). En este sentido, y basándose en el citado artículo 990 Pr. 1851 y en el Derecho histórico castellano, son claras las palabras de Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (17): «La fuerza hecha á una persona puede ser de dos modos: física ó exterior y moral o interna: en la ley y en la vida, aunque no se diferencian los resultados, se distinguen la violencia y la intimidación: las dos destruyen la espontaneidad, las dos invalidan el contrato, empleadas como dice la ley, pues este objeto cumplen sus definiciones».

El Código Civil español vigente, siguiendo la redacción del Anteproyecto de 1888 (art. 1.280), eliminó la referencia a que la fuerza irresistible debía ser «física», supresión realmente importante, y que permite acercar todavía más, como veremos, los conceptos de violencia e intimidación.

---

*est consensus*. ¿Y se podrá decir que el que ha sufrido lesión enorme hubiera accedido al contrato si hubiese conocido dicha lesión, o *hallándose en situación bastante libre* para no tolerarla?».

(15) Asimismo, suprimió la rescisión por lesión. Véase la nota 80 del presente trabajo.

(16) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III-IV, Barcelona, Editorial Base, 1973, pág. 23.

(17) *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo cuarto, Madrid, 1871, pág. 38.

## 2.2. LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL VIGENTE

### 2.2.1. *En la violencia, al igual que en la intimidación, existe consentimiento, pero éste se encuentra viciado*

El artículo 1267.1 del Código Civil dice que «hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible» (18). Son numerosos y prestigiosos los autores que entienden que el artículo 1267.1 del Código Civil se refiere a la *vis absoluta*. Entre ellos se encuentra ALBALADEJO, quien después de señalar que «hay declaración obtenida mediante violencia física, *vis absoluta*, *vis phisica* o *vis corpori illata*, cuando el acto en que aquélla consiste se arranca *materialmente* por la fuerza al violentado», dice que «realmente no se está, en el caso presente, frente a una verdadera declaración de voluntad, sino meramente ante una *apariencia* de la misma; pues ni siquiera existe un *acto* del sujeto violentado (al que, por ejemplo, se le mueve a la fuerza la cabeza para que parezca que hace un signo afirmativo), sino un acto del que violenta, que, utilizando al otro como simple instrumento, es quien produce el resultado exterior» (19).

No obstante, los precedentes del artículo 1.267 del Código Civil, junto a su ubicación sistemática, parecen dejar claro que la violencia no supone una ausencia del consentimiento, sino que es un vicio de la voluntad. En este sentido, son ilustrativas las palabras de Federico DE CASTRO: «El Código, siguiendo siempre aquí el Proyecto de 1851, dice: “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible” (art. 1.267). Estas palabras, por sí solas, llevarían a pensar que se está definiendo la *vis absoluta* o *vis ablativa*, la que privando del todo o excluyendo la voluntad, hace que falte también la declaración de voluntad. A esta conclusión se opone el que la violencia es considerada en el artículo 1.267, no con el efecto de privar del consentimiento, sino con el propio de un vicio de la voluntad; ya que el Código estima que el consentimiento prestado por violencia da lugar a un contrato en el que concurre el consentimiento de los contratantes, aunque, eso sí, adolece de un vicio que permite invalidarlo (arts. 1.300, 1.301). Es necesario, por tanto, concluir que el Código se refiere a la *vis impulsiva*, que vicia, pero que no excluye la voluntad (*voluntas coacta, sed tamen voluntas*)» (20).

---

(18) Respecto a la interpretación que la doctrina española ha dado sobre tal precepto, véase con detalle el estado de la cuestión en Antonio GORDILLO, «Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual», en *Revista de Derecho Privado*, 1983, pág. 219 y sigs.

(19) Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil, I. Introducción y parte general*, vol. II, 15.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Librería Bosch, Barcelona, 2002, pág. 668.

(20) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 170. También es clara, en este sentido, la opinión de Antonio Manuel MORALES

Por tanto, la violencia del artículo 1.267 del Código Civil no supone la inexistencia de voluntad; la declaración de voluntad se emite de forma consciente, la voluntad existe, si bien para conseguirla se utiliza una presión que no puede resistirse. La fuerza no debe calificarse como física, sino como moral, al igual que la intimidación, si bien la violencia no admite respuesta posible (21). Sería el caso, por ejemplo, que el contratante se ve obligado a levantar la mano en la subasta, ya no porque le empujan a ello física e irresistiblemente, sino porque a su lado un tercero le está apuntando con una pistola (la fuerza es irresistible, pero no física). En función de la intensidad de la fuerza o amenaza, se podría establecer la siguiente gradación:

- a) La mano se levanta por la fuerza física de un tercero: no hay consentimiento (art. 1261.1 Cc).
- b) La mano se alza debido a una fuerza moral de tal calibre que no admite negativa racional posible (amenaza con una pistola, art. 1267.1 Cc: violencia).
- c) La mano se levanta por una amenaza grave, pero que permite una alternativa razonable (la puja en la subasta se realiza ante la amenaza de recibir una paliza, art. 1267.2 Cc: intimidación).

### 2.2.2. *La distinción entre violencia e intimidación*

La violencia y la intimidación tienen en común que ambas suponen una amenaza al contratante, amenaza que lo priva de libertad para contratar y que, en consecuencia, determina que el consentimiento quede viciado, lo que produce la anulabilidad del contrato (art. 1.265 Cc).

Ahora bien, la distinción que hace el Código Civil español entre uno y otro vicio del consentimiento no es gratuita, sino que tiene algunas consecuencias trascendentes. Por ello conviene, en primer lugar, intentar separar ambos conceptos —esto es, determinar cuándo las amenazas graves constituyen violencia y cuándo constituyen intimidación—, y después establecer las consecuencias de la distinción.

---

MORENO, en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1-B, Madrid, EDERSA, 1993, pág. 347: «“Fuerza irresistible” no significa *vis ablativa* (fuerza que suprime la voluntad), sino fuerza que no ha podido ser repelida por el sujeto que la padece. La voluntad se produce en una situación en la que no se ofrece otro camino para librarse de la fuerza que el de consentir».

(21) Recordemos que ya no se habla de fuerza irresistible «física», como hacía el artículo 990 Pr. 1851.

### 2.2.2.1. La violencia como «fuerza irresistible»

El consentimiento prestado por una persona a quien se está apuntando con una pistola es el supuesto paradigmático de violencia, en el que concurren las notas de extrema gravedad, imposibilidad racional de negativa, y que es el emisor de la voluntad quien sufre la amenaza de manera directa. Pero, ¿y si falta alguno de estos requisitos? Por ejemplo, el consentimiento se presta porque una persona tiene secuestrado al hijo del contratante; o éste recibe una llamada diciendo que, de no contratar, se hará estallar una bomba en la sede de su empresa.

Debe intentar separarse entre lo que es una fuerza —moral— «irresistible», y la amenaza de un «mal inminente y grave», tarea no sencilla (22).

- a) Un primer criterio distintivo es el de la inmediatez del mal. En la violencia, el mal no es que sea inminente, sino que es actual; de esta manera, calificaríamos de fuerza irresistible el consentimiento prestado por quien es amenazado con una pistola, o por quien sabe que en este momento tiene a su familia retenida o secuestrada. La violencia excluye la posibilidad de reacción contra la amenaza. En cambio, si la amenaza no es actual como, por ejemplo, si una persona recibe una llamada diciendo que, o contrata en las condiciones indicadas, o se atentará contra él o su familia, aunque la amenaza sea inminente, deberíamos calificar tal amenaza como intimidación, ya que el sujeto puede reaccionar frente a tal amenaza (podría, por ejemplo, desaparecer, o contratar un servicio de seguridad, o denunciar la amenaza y poner el caso en manos de las autoridades); en la intimidación el mal es grave, es también inminente [en el sentido, como señala LUNA SERRANO (23), que no es remoto, que no se encuentra muy alejado en el tiempo], pero no podemos decir que se trate de «una fuerza irresis-

---

(22) Respecto al concepto de intimidación, la STS número 881/1994 (Sala de lo Civil), de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7458), declaró que: «[...] el vicio de intimidación ha de quedar integrado para su virtualidad según constante jurisprudencia [así sentencia de 5 de marzo de 1992] por una amenaza injusta e ilícita, con marcado matiz antijurídico y tan fuerte que obligue a quien la padece a que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses». En cuanto a la violencia, la SAP de Madrid (Sección 10.<sup>a</sup>), de 1 de abril de 2005 (*AC* 2005/478) señaló: «Por último, respecto de la denunciada violencia que el Código Civil define como el empleo de una fuerza irresistible para arrancar el consentimiento (art. 1.267) igualmente causante anulabilidad contractual (art. 1.265 CC) además de tenerse que acreditar (SSTS de 13 de octubre de 1967 y 21 de marzo de 1970) cuando se trate de violencia moral, como es el caso, ha de ser de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda originar influya en su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus intereses (STS de 31 de diciembre de 1979) [...]».

(23) En José Luis LACRUZ BERDEJO y cols., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., José M.<sup>a</sup> Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1987, pág. 83.

tible». La violencia excluye la capacidad de reacción, mientras que en la intimidación el sujeto amenazado tiene, en mayor o menor medida, una capacidad de respuesta.

- b) Un segundo criterio de distinción es la entidad de la amenaza. En la intimidación, se amenaza con un mal «grave», concepto impreciso que plantea la cuestión de cuál debe ser el calibre mínimo de las amenazas para que puedan dar lugar a la posibilidad de anulación del contrato —esto es, si toda amenaza que atente contra la libertad de contratar posibilita la anulación del contrato, o hacen falta una serie de requisitos para que la intimidación sea jurídicamente relevante—. En la violencia, en cambio, la amenaza es «irresistible». Mientras en la violencia no hay, por tanto, otra alternativa racional frente a la amenaza, en la intimidación sí existe otra opción; de ahí que el artículo 1267.3 del Código Civil diga que «para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona» (24). La violencia ya no es que sea simplemente «grave», sino que es absoluta o irresistible. En cambio, la intimidación es relativa; así, lo que puede «intimidar» a una persona, puede ser que no cause «miedo» a otra.

#### 2.2.2.2. Las especialidades del régimen de la violencia frente al de la intimidación

##### A) La persona que sufre el mal con el que se amenaza

Mientras en la intimidación el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave recae sobre «su persona o bienes» (del contratante), o en la persona o bienes de «su cónyuge, descendientes o ascendientes»

---

(24) MORALES MORENO, *Comentarios EDERSA*, cit., pág. 355, señala: «La referencia del Código Civil a la edad y condición de la persona impone al Juez apreciar la intimidación en relación con lo que sería la actitud normal de una persona de la misma condición, en esas circunstancias. Hay, pues, una referencia a un modelo. Pero la determinación del modelo (grupo de sujetos que lo integra) es flexible. La delimitación del círculo subjetivo que el modelo comprende se produce en función del caso concreto. Para llevar a cabo dicha delimitación se ha de partir de la consideración del sujeto que ha padecido la intimidación y de las circunstancias en que la misma se ha producido. La pregunta debe ser ésta: ¿hubiera resistido a la intimidación una persona como ésta (de su misma condición) en las mismas circunstancias?». Por otro lado, el concepto de «condición» de la persona lo debemos interpretar en sentido amplio, de manera que hará referencia a su educación, formación, fortuna o ánimo; incluso podría comprender el sexo (mención que desapareció del art. 1267.3 del Código Civil tras la reforma del Código Civil por Ley 11/1990, de 15 de octubre), y también la edad (aludida expresamente en el art. 1267.3 del Código Civil, quizá innecesariamente, en tanto que estamos hablando, en cualquier caso, de personas con capacidad para contratar).

(art. 1267.2 Cc) (25), en la violencia, el mal con el que se amenaza puede recaer sobre *cualquier* persona o bienes. En la violencia lo determinante es la fuerza irresistible, con independencia de quién o cuál es la persona o bien amenazado. En este sentido, constituiría violencia el caso en que quien es apuntado con una pistola no es el propio contratante, sino una niña que aquél no conoce, o la amenaza de hacer estallar inmediatamente una bomba en un lugar determinado. En cambio, la amenaza de un secuestro, sería intimidación si recae sobre el contratante, su cónyuge, descendientes o ascendientes, pero no si se amenaza con secuestrar a otra persona.

#### B) El amenazante. Causación de la amenaza, y utilización de la amenaza

La segunda diferencia entre el régimen de la violencia y la intimidación es que mientras ésta se origina por un acto del otro contratante o de un tercero, la violencia puede derivar también de una situación, siempre que el otro contratante se aproveche de ésta.

El artículo 1.268 del Código Civil establece que «la violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato». Se trata de una regla importante, porque viene a decir que el contrato podrá ser anulado aunque el contratante beneficiado sea ajeno a la violencia o intimidación. GARCÍA GOYENA justificaba la norma diciendo que «como el consentimiento para obligarse debe ser perfectamente libre, importa poco la persona que nos priva de libertad» (26). La pugna entre, por un lado, la protección a la libertad del consentimiento contractual, y, por otro, la seguridad del tráfico, se resuelve a favor de la primera (27).

---

(25) Ello ha merecido las críticas de la doctrina (entre otros, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., § 187); algunos autores cuestionan que tal enumeración sea taxativa (ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I.1. cit., pág. 611). Sin embargo, la redacción del Código parece clara al respecto.

(26) *Concordancias*, cit. artículo 991.

(27) Se plantea entonces por qué no ocurre lo mismo en materia de dolo. Si el engaño es provocado por un tercero, a pesar de que la voluntad se haya viciado, el contrato no se puede anular (art. 1.269 Cc). La diferencia de trato tiene una discutible justificación. Se ha apuntado por la doctrina que la razón podría encontrarse en la mayor gravedad del acto causante de la violencia o intimidación (una amenaza puede que contra la vida frente a un simple engaño; LUNA SERRANO, en LACRUZ, *Elementos*, II.2, cit., habla del «más acusado aspecto antisocial que tiene la intimidación») pero lo cierto es que, en ambos casos, el consentimiento aparece viciado. Pueden existir, además, otros argumentos. Con el dolo, tanto como proteger la libertad del consentimiento, lo que se hace es castigar a la otra parte que produce este engaño, y ésta es la principal característica que separa el dolo del error: en ambos casos existe un conocimiento equivocado de la realidad, pero en el dolo este conocimiento equivocado es imputable a la otra parte, de ahí el «castigo» de la posibilidad de anulación del contrato. Pero si el beneficiado es ajeno a tal conocimiento equivocado, y éste se produce por una causa imputable a quien lo sufre (error) o al engaño

Por el contrario, si no existen amenazas, sino una situación de necesidad, la regla general es que no se puede anular el contrato. Surge entonces la cuestión de por qué esta diferencia de trato entre el consentimiento prestado a consecuencia de las amenazas causadas por un tercero, y el prestado en un estado de necesidad. La respuesta parece inmediata: porque en el primer caso estamos ante un acto punible causado por un agente externo, punibilidad que no se produce en las situaciones de necesidad. Ahora bien, tal solución no parece del todo coherente con la teoría de los vicios del consentimiento. Obsérvese que, conforme a la regulación del Código Civil español, puede ocurrir que un contrato se anule a pesar de que el otro contratante sea completamente «inocente», es decir, que no haya tenido nada que ver con las amenazas. La razón es que, el consentimiento de la otra parte se encuentra viciado. Ahora bien, en el caso en que una parte, conociendo la situación angustiosa de la otra, obtiene provecho de tal situación al celebrar el contrato en unas condiciones muy ventajosas para ella, conforme a la regulación del Código Civil español, el contrato no podría anularse, a pesar de que el consentimiento de la parte perjudicada se halla viciado por la falta de libertad ocasionada por su angustiosa situación. El problema se agrava en el Derecho español al no admitirse la rescisión por lesión, a diferencia de lo que ocurre en otros países y en otros Derechos Civiles españoles como Cataluña y Navarra.

Pues bien, una segunda consecuencia de la distinción entre violencia e intimidación será que el estado de necesidad podrá dar lugar, si se cumplen ciertas circunstancias, a un vicio de violencia, pero no a la intimidación.

El artículo 1.268 del Código Civil establece expresamente que «la violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato». De tal precepto, y del artículo 1267.2 del Código Civil —«se inspira»—, la doctrina ha entendido que el temor determinante de la intimidación ha de ser infundido o provocado por

---

de un tercero (que no haya actuado de acuerdo con el beneficiado), el beneficiado no debe sufrir ninguna sanción, y las consecuencias negativas de tal contrato deberán ser asumidas por quien ha padecido el error (salvo, cuando el error sea excusable, en los supuestos del art. 1.266 Cc) o por quien ha causado el engaño, pero no por el otro contratante ajeno a tales vicios. En la violencia e intimidación, en cambio, no existe un conocimiento equivocado de la realidad, sino unas amenazas para contratar de una determinada manera. El contratante sabe que el contrato no le conviene, pero, dadas las circunstancias, lo celebra. El Código Civil español trata de distinta manera estas circunstancias en función de quien procedan: de las amenazas del otro contratante o de un tercero, o de otras circunstancias. Si es el otro contratante quien amenaza, es obvio que el contrato debe poder ser anulado. Si provienen de un tercero, es una opción del legislador la de dar primacía a la protección de la libertad contractual, o a la seguridad del tráfico jurídico. El legislador español se ha decantado, como hemos dicho, por la protección de la libertad contractual, sin exigir que el contratante beneficiado conozca la existencia de tal amenaza y trate de sacar beneficio de ella; no puede existir otra justificación para ello más que el carácter punible de toda amenaza.

otro sujeto (28). ¿Ocurre lo mismo en la violencia? Entendemos que no. El verbo utilizado en relación a la violencia por el artículo 1267.1 del Código Civil —«se emplea»— permite entender que la otra parte contratante utiliza o se aprovecha de las circunstancias, pero no es necesario que sea ella misma quien provoque esta situación. El significado de «se emplea» (se aprovecha) es distinto de «se inspira» (se causa). Imaginemos casos como el siguiente: después de un alud de nieve, llega la patrulla de salvamento, que exige para el rescate el pago de una cantidad diez veces superior al coste normal del servicio. La alternativa es aceptar el precio, o bien esperar otra hipotética patrulla que no se sabe si algún día llegará. Lógicamente, los montañeros aceptan las condiciones que les son impuestas. En este caso, parece evidente que existe una fuerza irresistible, un estado de necesidad, que debe encajar dentro del concepto de violencia del artículo 1267.1 del Código Civil. La situación no ha sido creada ni por el otro contratante ni por un tercero, más nadie puede negar que el consentimiento no es libre, y el carácter irresistible de la fuerza que impulsa a contratar (29).

### 2.2.2.3. Conclusión

El concepto que hemos propuesto de violencia permitirá anular un contrato en el que la amenaza constituya una «fuerza irresistible», aunque tal amenaza no haya sido provocada por el otro contratante o por un tercero, o no recaiga sobre la persona o el patrimonio del contratante que sufre el vicio, o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Lo esencial y lo que caracteriza la violencia es la «fuerza irresistible», con independencia de quién amenace o sufra el mal con el que se amenaza.

En consecuencia, la separación que hace el Código Civil español entre violencia e intimidación no es inútil, sino que tiene su trascendencia, ya que posibilita anular ciertos contratos celebrados en una situación de necesidad tal que no admite resistencia. El Derecho Civil español vigente no contempla el estado de necesidad como un vicio autónomo del consentimiento que permite

---

(28) Véase, por todos, Antonio Manuel MORALES MORENO, *Comentarios EDERSA*, cit., pág. 349.

(29) Para el salvamento marítimo, el artículo 8 de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos, establece: «Todo convenio de auxilio y de salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro podrá ser, a petición de una de las partes, modificado por el Tribunal Marítimo Central, si se estima que las condiciones estipuladas no son equitativas. En todos los casos en que se pruebe que el consentimiento de una de las partes ha sido viciado por dolo o engaño, o, cuando la remuneración esté, por exceso o por defecto, fuera de proporción con el servicio prestado, el convenio podrá ser anulado o modificado por el Tribunal a requerimiento de la parte interesada».



la anulación del contrato, si bien el concepto apuntado de violencia posibilita la impugnación del contrato celebrado en una situación de necesidad tal que constituya una «fuerza irresistible». La posibilidad de dar un paso un más, y posibilitar la anulación de todo contrato celebrado en estado de necesidad, exista o no una «fuerza irresistible», requerirá una reformulación del concepto de intimidación, algo que como más adelante se verá (30), y en aras de una mayor armonización con el Derecho europeo y comparado, no es descartable.

### 3. APUNTES DE DERECHO EUROPEO Y COMPARADO

El proceso de armonización del Derecho contractual europeo y la revisión de la regulación de los contratos en algunos ordenamientos que nos son próximos pueden influir en el Derecho español. Resulta por ello conveniente hacer una referencia, siquiera mínima, al Derecho europeo y comparado, con especial atención a los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) —que en esta materia constituyen la base del borrador del Marco Común de Referencia (CFR)—, y al Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones Francés; en ellos, bajo distintas fórmulas y con diferentes requisitos, se posibilita la anulación del contrato celebrado en estado de necesidad.

#### 3.1. REFERENCIA A LAS PROPUESTAS ARMONIZADORAS DEL DERECHO CONTRACTUAL. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Las propuestas armonizadoras del Derecho Contractual Europeo permiten anular tanto el contrato celebrado mediante amenazas (irresistibles o no), como el celebrado en situación de necesidad (siempre que exista una desproporción entre las prestaciones de las partes, y la parte beneficiada se haya aprovechado de tal situación). La falta de libertad ocasionada por la situación de necesidad no se incluye dentro del concepto de violencia considerado en su sentido amplio, sino dentro de lo que se denomina *excessive benefit* o *unfair advantage*, esto es, la desproporción entre las prestaciones de las partes de un contrato (desproporción que puede deberse al estado de necesidad, pero también a otras circunstancias como la ignorancia, inexperiencia o situación de dependencia). Vamos a tomar como referencia las reglas de los PECL, muy coincidentes con las equivalentes de los Principios Unidroit, artículos 3:9 (intimidación, *threat*) (31), y 3:10 (excesiva desproporción, *gross*

(30) En el § 4.2 del presente trabajo.

(31) «Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa

*disparity*) (32). A su vez, las reglas del CFR al respecto, artículos II, 7:206 (*Coercion or threats*) (33), y II, 7:207 (*Unfair exploitation*) (34), prácticamente reproducen las correlativas de los PECL (35).

razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato».

(32) «1. Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

b) la naturaleza y finalidad del contrato.

2. A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

3. El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las previsiones del artículo 3.13».

(33) Artículo 7:206: *Coercion or threats*: «1. A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract.

2. A threat is not regarded as inducing the contract if in the circumstances the threatened party had a reasonable alternative».

(34) Artículo 7:207: *Unfair exploitation*: «1. A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and

b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.

2. Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.

3. A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it».

(35) Asimismo, el denominado Proyecto de Pavía establece en el artículo 152, dedicado al «Contrato viciado por intimidación»: «1. Con independencia de lo previsto en el apartado 3 del artículo 30, es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus allegados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas.

2. La amenaza de ejercitar un derecho sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas.

### 3.1.1. *La intimidación*

Al igual que la mayoría de Códigos Civiles, y como ocurre también en el *common law*, los PECL no distinguen la violencia de la intimidación, sino que bajo una sola denominación («*threats*»: intimidación) se comprende el vicio consistente en la falta de libertad debida a amenazas. El artículo 4:108 establece: «Una parte puede anular el contrato cuando la otra ha conseguido que la primera preste su consentimiento por la amenaza inminente y grave de un hecho: *a*) ilícito de por sí, *b*) o cuyo uso como medio para lograr la conclusión del contrato es ilícito, salvo que en las concretas circunstancias la primera de las partes hubiera tenido una solución alternativa razonable». Para que la intimidación pueda dar lugar a la anulación del contrato se precisan, por tanto, los siguientes requisitos:

- a*) Una amenaza de un hecho que sea ilícito en sí mismo, hecho ilícito que puede ser tanto penal (por ejemplo, la amenaza de quemar una propiedad) o civil (amenaza de incumplir un contrato para conseguir renegociar algún aspecto del mismo) (36). Al hecho ilícito en sí mismo se equipara el hecho cuyo uso como medio para lograr la conclusión del contrato sea ilícito, como ocurre, por ejemplo, con el chantaje (por ejemplo, para conseguir un contrato ventajoso, amenaza a la otra parte con sacar a la luz pública ciertas irregularidades que ha cometido).
- b*) El mal con el que se amenaza debe ser «inminente y grave».
- c*) La parte amenazada no debe tener una alternativa razonable; si existe tal alternativa (que, en su caso, deberá ser probada por la parte que provocó la intimidación) no existirá la posibilidad de anular el contrato.
- d*) El mal con el que se amenaza puede ser causado por la otra parte o por un tercero (por ejemplo, el acto de matar con el que se amenaza lo podría realizar tanto uno como otro: «te mataré», o «contrataré a

---

3. Salvo lo previsto en el artículo 156, el temor reverencial sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas». Por el contrario, no prevé la anulabilidad por excesiva onerosidad de las prestaciones.

(36) Ahora bien, como se pone de relieve en los comentarios a los *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II*, ed. española de los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo, coordinados por Ole LANDO y Hugh BEALE, a cargo de Pilar BARRÉS BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO y Fernando MARTÍNEZ SANZ, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 370, no todas las advertencias de incumplimiento pueden considerarse amenazas; si, por ejemplo, una de las partes avisa a la otra de que, si no se revisa el contrato, irá a la quiebra y no podrá cumplir el contrato, ello supone, más que una amenaza, la advertencia de un hecho inevitable.

un sicario para que te mate»). Aunque la redacción del artículo 4:108 deja entrever que la amenaza debe proceder de la otra parte contratante —«la otra [parte] ha conseguido que la primera preste su consentimiento»—, el artículo 4:111 se refiere de manera expresa a la intimidación causada por un tercero, y prevé que «se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo», esto es, se podrá anular el contrato si es un tercero quien provoca la intimidación, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: *a)* Si se trata de un tercero de cuyos actos responde una de las partes, o participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma. *b)* Si la parte [beneficiada] conocía o debería haber tenido conocimiento de la intimidación. *c)* Si la parte [beneficiada], en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato, esto es, no debe haber actuado confiada en la existencia del contrato». Por tanto, y a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil español, si la parte beneficiada era ajena a la intimidación, el contrato no se podrá anular; quizá el problema se encuentre en apreciar cuándo se «debería haber tenido conocimiento de la intimidación» (37).

### 3.1.2. *La excesiva desproporción entre las prestaciones de las partes*

Hemos visto como, en los PECL, el vicio de la intimidación permite anular el contrato cuando una parte es amenazada por la otra, o, en los casos previstos por el artículo 4:111, por un tercero. Por el contrario, no constituyen intimidación aquellos supuestos en que una persona se ve coaccionada u obligada a celebrar un contrato, sin que exista una amenaza directa; sería el caso, por ejemplo, en que alguien, a consecuencia de su desesperada situación económica, vende un valioso cuadro por un precio muy inferior al real. Ni el comprador ni un tercero lo amenazan, pero parece claro que su consentimiento no es libre. En estos casos podrá resultar de aplicación el artículo 4:109, que obliga a la otra parte a cargar con las consecuencias de tal falta de libertad si es de mala fe y obtiene un beneficio excesivo. Dice el apartado primero del artículo 4:109: «Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:

---

(37) Los citados comentarios a los *Principios de Derecho Contractual Europeo* llevan bastante lejos esta posibilidad de conocimiento, y ponen el siguiente ejemplo: «Un banco presta dinero al negocio de un hombre casado. El préstamo se garantiza con un aval sobre la casa de la familia, firmado por su esposa. El aval es totalmente contrario a los intereses de la esposa y el marido había obtenido la firma de su mujer a la fuerza. El banco debería saber que no era nada probable que la mujer hubiera firmado voluntariamente y el banco no puede admitir el aval. El banco debería haber averiguado si la mujer había actuado libremente» (pág. 393).

- a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, *se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes*, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y
- b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo» (38).

Por tanto, tres son los requisitos:

- a) La situación de debilidad de una de las partes, que puede producirse bien por las condiciones subjetivas de esta persona (por su ignorancia o falta de destreza negociadora, por ejemplo), por su relación con la otra parte (porque confiaba o dependía de ella), o por su situación de necesidad (dificultades económicas o necesidades urgentes). Se incluyen, por tanto, situaciones muy variadas: defectos de capacidad, engaño y falta de libertad. Lo esencial es que esta persona no presta el consentimiento de una manera totalmente libre, sino que toma su decisión condicionada por alguna circunstancia.
- b) La mala fe de la otra parte: que ésta conozca —o deba conocer— la situación de debilidad; de no exigirse esta mala fe se generaría una inaceptable inseguridad.
- c) Que la parte «fuerte» se hubiese aprovechado de tal situación de debilidad para obtener de esta manera un «beneficio excesivo»; si no existe este «beneficio excesivo», no se puede anular el contrato.

De esta manera, para que proceda la nulidad (o adaptación) del contrato por beneficio excesivo (*excessive benefit or unfair advantage*) se requiere una circunstancia subjetiva (la debilidad de una de las partes y la mala fe de la otra) y un elemento objetivo (la lesión, o excesiva desproporción entre las proporciones de las partes). Se distingue, por tanto, de los vicios del consentimiento o los defectos de capacidad (que actúan con independencia de la cuantía del perjuicio producido), y de algunos modelos de rescisión por lesión [aquéllos que, como por ejemplo, el catalán, arts. 321 a 325 CDCC, requieren

---

(38) Se permite que, a instancia de cualquiera de las partes y si se dan ciertos requisitos, el contrato se mantenga y se proceda a su adaptación; sigue diciendo el artículo 4:109: 2. «A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

3. La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella».

la simple lesión, prescindiendo de todo requisito subjetivo (39), al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en Navarra, leyes 499 y sigs. CN].

### 3.2. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y SU PROPUESTA DE REFORMA

La especial referencia al Derecho francés se justifica, además de por su tradicional relación e influencia en el Derecho Civil español, por el hecho de que la regulación de los vicios del consentimiento, y en concreto la *violence*, se encuentra afectada por el proceso de reforma del Derecho de Obligaciones, que en este punto, y de acuerdo con la más moderna doctrina y jurisprudencia, parece encaminado a considerar el estado de necesidad como una modalidad de violencia y, por tanto, como un vicio del consentimiento.

El Código Civil francés regula los vicios del consentimiento en los artículos 1.109 y siguientes, el primero de los cuales establece que «Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol». En tales casos, es decir, si el consentimiento se ha prestado por error, violencia o dolo, el contrato será anulable (art. 1.117). A la violencia se refieren los artículos 1.111 a 1.115, con una regulación que ofrece ciertas similitudes con la del Código Civil español pero que, como anteriormente se ha apuntado, se caracteriza por ofrecer un concepto amplio de violencia que, en realidad, se corresponde con el concepto —ampliado— de intimidación del artículo 1.267 del Código Civil.

#### 3.2.1. *El concepto de violence en el Derecho francés*

El Código Civil francés no contiene un concepto de violencia. DOMAT la definió como «toute impression illicite, qui porte une personne contre son gré, par la crainte de quelque mal considérable, à donner un consentement qu'elle ne donnerait pas, si la liberté était dégagée de cette impression» (40). De los artículos 1.111 a 1.115 *Code*, y de las enseñanzas de la doctrina, se deduce que, en el Derecho francés, la violencia es una violencia moral. La violencia física (por ejemplo, actuar directamente sobre la mano de la persona que escribe) supone una falta de voluntad y, en consecuencia, la ausencia de consentimiento, lo que supondrá la nulidad absoluta del acto (41). En la violencia moral, en cambio, hay voluntad: *voluntas coacta, est voluntas*; la víc-

---

(39) Y se encuentra limitada a la lesión que sufre quien enajena un inmueble a título oneroso.

(40) Jean DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, li. I, ti. XVIII, sect. II:I.

(41) MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, 9.<sup>a</sup> ed., Montchrestien, pág. 191, quienes citan, como otros ejemplos de violencia física, los actos concluidos bajo los efectos de la hipnosis o en estado total de embriaguez.

tima acepta contratar para evitar un mal, por lo que existe consentimiento, pero viciado, y la consecuencia es la anulabilidad del contrato.

No es muy claro el *Code* respecto a la influencia de las condiciones subjetivas de la persona violentada. Mientras el apartado primero del artículo 1.112 señala que hay violencia cuando ésta es de tal naturaleza que «impresiona a una persona razonable», el apartado segundo dispone que para apreciar la violencia se deberá atender a «la edad, al sexo y a la condición de la persona amenazada». Parece existir, por tanto, una contradicción entre ambos preceptos, abstracto uno y concreto el otro. La explicación de tal redacción puede deberse, según apunta la doctrina (42), a los precedentes del precepto. Mientras en Derecho romano la gravedad de la violencia se apreciaba *in abstracto*, DOMAT y POTHIER se mostraron disconformes con dicha concepción. DOMAT afirmaba que «[...] Il est juste de protéger aussi les plus faibles et les plus timides: et c'est même pour eux principalement que les loix punissent toutes sortes de voyes de fait, et d'opressions», y POTHIER señalaba que «On doit en cette matière, écrivait-il, avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes». Como se puede apreciar, el artículo 1.112 *Code* recoge en su primer apartado la concepción romana, y en el segundo la doctrina de DOMAT y POTHIER, reproduciendo prácticamente de manera casi literal las palabras de este último. A pesar de que algunos autores hayan intentado buscar una explicación que salve el sentido del artículo (43), la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia ha seguido la concepción de DOMAT y POTHIER.

El artículo 1.112 *Code* establece los requisitos para que exista violencia: «Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes». De este precepto, y de la doctrina jurisprudencial y de los autores, pueden señalarse los siguientes requisitos de la violencia moral:

- a) La violencia debe ser ilegítima. En el Derecho romano, el *metus* constituía un delito penal, y comprendía únicamente la violencia injusta, esto es, la contraria a derecho. Esta fue la teoría seguida por POTHIER (44), mientras que DOMAT, por el contrario, entendía que toda violencia, en tanto que suponía un ataque a la libertad contractual, debía ser considerada como vicio del consentimiento, fuese legítima o ilegítima. Los redactores del *Code* no se pronunciaron expresamente

(42) MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, cit., pág. 194.

(43) Entre ellos DEJEAN DE LA BÂTIE y CHEVALIER, quienes consideran que debe atenderse no al sujeto que sufre la violencia en concreto, sino a un sujeto de la misma edad, sexo y condición.

(44) R. J. POTHIER, *Traité des Obligations*, Barcelona, Banchs editor, 1974, núm. 26, pág. 100.

sobre esta cuestión (45), y la jurisprudencia siguió la tradición romanista (46). De esta manera, no se consideran como violencia, por ejemplo, los casos del deudor que suscribe un reconocimiento de deuda, o acepta vender sus bienes para evitar la reclamación judicial de su acreedor, o el empresario que acepta una subida de salarios ante la amenaza de una huelga. Por el contrario, aunque los trabajadores puedan amenazar al empresario con una huelga, no pueden amenazar con secuestrarlo, por muy justas que sean sus reivindicaciones. Para que la coacción sea legítima, debe existir una relación directa entre el derecho que el autor de la violencia amenaza con ejercer, y el acuerdo que surge de tal amenaza; un cónyuge tiene el derecho de denunciar los malos tratos del otro, pero no puede utilizar la amenaza de denuncia para obtener un reconocimiento de deuda.

- b) La violencia puede emanar de un tercero. En el Derecho romano se concedía una acción penal no solamente contra el autor de la violencia, sino también contra toda persona que de ella se beneficiaba. Y, en este sentido, el artículo 1.111 *Code* califica la violencia como vicio del consentimiento, aunque emane de un tercero distinto de aquél en cuyo provecho se hubiese hecho el contrato.
- c) A pesar de que se hable de un mal «presente» (art. 1112.1.fin), la doctrina ha entendido que, al igual que ocurre en el Derecho español, no hace falta que el mal con el que se amenaza sea actual, sino que simplemente debe ser próximo. En palabras de DEMOGUE (47), «le terme «imminent» traduirait donc mieux la pensée de la loi».
- d) La violencia puede recaer sobre la persona o sobre los bienes del amenazado: «exposer sa personne o sa fortune» (art. 1112.1). El concepto de persona ha sido interpretado por la doctrina francesa en sentido amplio, referido no solamente a su vida o salud, sino también a su honor (48), y a sus sentimientos; la «fortuna» no se refiere a la totalidad de su patrimonio, sino a valores de cierta importancia para tal persona (49).

---

(45) Si bien en el artículo 1.114 rechazaron, de manera expresa, un supuesto de «temor legítimo», el denominado temor reverencial: «La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat».

(46) MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, cit., pág. 191.

(47) «De la violence comme vice du consentement», *RTDCiv.*, 1914, pág. 460.

(48) El término «honor», introducido por DOMAT, ha sido recogido expresamente en el artículo 30.1 del Código de las Obligaciones Suizo: «La crainte est réputée fondée lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave et imminent la menaçait elle-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens».

(49) MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, cit., pág. 195.



### 3.2.2. El estado de necesidad como «violencia económica»

Observamos, por tanto, cómo el Código Civil francés, al igual que el español (art. 1.268 Cc), admite expresamente que la violencia pueda ser provocada por un tercero que no intervenga en el contrato (art. 1.111). La cuestión es si tal violencia puede ser ocasionada por un acontecimiento o situación, y no por un acto humano.

#### 3.2.2.1. Doctrina tradicional

La doctrina que podemos calificar como de «tradicional» no es unánime. Algunos autores, posiblemente por influencia del Derecho romano (50), parecen excluir tácitamente que la violencia pueda venir ocasionada por un acontecimiento o situación; alegan el artículo 1.109 *Code*, que habla del consentimiento «arrancado» (*extorqué*) con violencia, expresión que da a entender la intervención del hombre (51).

Dado que en tales supuestos es evidente que no existe libertad contractual, se han dado diversas soluciones para proteger a quien contrata encontrándose en una situación de necesidad. POTHIER, siguiendo la doctrina romanista, rehusaba la posibilidad de pedir la nulidad del contrato contraído en una situación de necesidad, pero permitía al juez reducir la suma prometida (52). La doctrina denominada «clásica» (53), consideraba, paralelamente, que la situación de necesidad no podía encuadrarse dentro del concepto de violencia, si bien admitía que el acuerdo hecho en tales condiciones podía dar lugar a una reducción de la prestación por una falta parcial de causa, o incluso a su anulación por un defecto de causa; asimismo, se había apuntado la posibilidad

---

(50) En el Derecho romano la violencia era un delito, condenado a través de la acción penal *metus causa*; como tal delito, presuponía la acción de una persona, y un elemento intencional. Por tanto, si el temor no derivaba de un acto humano, no existía un culpable ni tampoco un delito, por lo que el contrato no podía ser anulado (MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, cit., pág. 193).

(51) Así lo entienden, entre otros, PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome VI, Obligations, première partie, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, pág. 234, citando la opinión de DEMOLOMBE, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, y BUFNOIR.

(52) POTHIER, *Traité des Obligations*, t. 1, núm. 24: «si, étant attaqué par des voleurs, j'aperçois quelqu'un à qui je promets une somme pour qu'il vienne me délivrer d'entre leurs mains, cette obligation, quoique contractée sous l'impression de la crainte de la mort, sera valable [...] Néanmoins, si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m'a été rendu».

(53) En palabras de François TERRÉ, Philippe SIMIER y Yves LEQUETTE, *Droit Civil. Les obligations*, 9.<sup>a</sup> ed., 2005, Dalloz, pág. 249, quienes, dentro de tal doctrina, citan a DEMOLOMBE, LAURENT, BAUDRY-LACANTINEIRE y BARDE.

de considerar el contrato contraído en tales circunstancias como inexistente, al menos cuando la falta de libertad fuera tal que permitiera equipararse al contrato concluido en estado de demencia.

Sin embargo, se ha ido imponiendo la opinión de incluir el contrato celebrado en estado de necesidad dentro del concepto de violencia (54). Ya DEMOGUE afirmaba que «Il y a également violence lorsque la pression exercée sur la volonté vient non du fait des hommes, mais des événements extérieurs eux-mêmes» (55). Si la violencia implica una falta de libertad contractual, debería ser independiente de si la causa que la ocasiona es un acto de un tercero o un acontecimiento. Y lo cierto es que, a pesar del artículo 1.109, la redacción del Código Civil francés no excluye que la violencia no provenga de las personas, sino de una situación. Efectivamente, al contrario de lo que ocurre en el Código Civil español, en que la expresión «se inspira» parece aludir a un acto humano, el artículo 1.112 *Code* habla de que «existe violencia» y de que «ésta» «puede inspirarle [...]»; por tanto, es la propia situación de violencia la que causa el temor, sin que se especifique el origen de tal situación, que podrá ser tanto un acto de un tercero (así lo permite expresamente el art. 1.111) como un acontecimiento o situación externa.

### 3.2.2.2. Doctrina, legislación y jurisprudencia más moderna. Estado de necesidad y situación de dependencia económica

En los tiempos más recientes se ha ido consolidando en Francia la doctrina según la cual la denominada «violencia económica», esto es, la que no deriva de un acto de un tercero, sino de un acontecimiento o una situación, constituye un vicio del consentimiento subsumible dentro del concepto de violencia de los artículos 1.111 y siguientes. Se puede afirmar que, actualmente, la mayoría de la doctrina es favorable a su admisión (56). A nivel legislativo, las leyes de

---

(54) MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, cit., pág. 193.

(55) DEMOGUE, *De la violence comme vice du consentement*, cit., pág. 466.

(56) Philippe STOFFEL-MUNCK, «Autour du consentement et de la violence économique», en *Revue des Contrats*, Janvier, 2006, pág. 53, hace el siguiente estado de la cuestión:

a) A favor: S. SZAMES, «La violence économique, vice du consentement», en *Les Petites Affiches (LPA)*, 22 nov. 2000, pág. 18; B. EDELMAN, «De la liberté à la violence économique», en *Daloz (D.)* 2001, 2315; B. MONTELS, «La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrente», en *RTD com.* 2002, 417; G. LOISEAU, «L'éloge du vice ou les versus de la violence économique», en *Dr. Et patr.*, sept. 2002, pág. 26; M. BOIZARD, «La réception de la violence économique en droit», en *LPA*, 16 juin 2004, pág. 5; Y.-M. LAITHIER, «Remarques sur les conditions de la violence économique», en *LPA*, 22 nov. 2004, pág. 6, y 23 nov. 2004, pág. 5.

b) A favor, pero con matices: J. MESTRE, «Violence et difficultés économiques», en *RTD civ.*, 1984, pág. 708; G. PARLÉANI, «Violence économique, versus contractuelles, vices concurrentiels», en *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, pág. 881.

reforma del Código de Comercio han concedido relevancia a la situación de dependencia económica. En concreto, el artículo L. 420-2 establece que «[...] estará prohibida la explotación abusiva, por parte de una empresa o un grupo de empresas, del estado de dependencia económica en el que se encuentre con relación a una empresa cliente o proveedora, si pudiera afectar al funcionamiento o a la estructura de la competencia han concedido relevancia a la situación de dependencia económica (57)». Y, en el plano jurisprudencial, tras algunas sentencias en las que tímidamente se daba entrada a la apreciación de la situación de necesidad como causa de nulidad del contrato (58), ha resultado determinante la sentencia de la *Cour de cassation*, 1re. civ., de 3 de abril de 2002, el denominado caso Kannas *versus* Larousse-Bordas (59). Los hechos fueron los siguientes: la señora Kannas, una escritora asalariada empleada desde 1972 por la sociedad Larousse-Bordas, firmó el 21 de junio de 1984 un acuerdo por el que reconocía, a cambio de 30.000 francos, la propiedad de la empresa sobre todos los derechos de explotación de un diccionario elaborado por la señora Kannas que llevaba por título *Mini débutants*. La señora Kannas fue despedida en 1996, y al año siguiente demandó la nulidad del contrato de cesión por causa de *violence* (60), alegando tres argumentos principales: 1) su temor a ser despedida, temor propiciado por las perspectivas de una reducción de plantilla en el momento en que se firmó el contrato; 2) su *status* laboral, que la colocaba en una situación de dependencia económica que la conminaba a aceptar el contrato propuesto por la editorial y sin posibilidad de rechazar unas cláusulas que ella estimaba contrarios tanto a sus intereses personales como a las disposiciones protectoras de los derechos de autor; 3) su obligación de lealtad respecto a

---

c) En contra: C. NOURRISSAT, «La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien», *D.* 2000, *chron.*, 369.

(57) Artículo redactado por la Ley número 2001-420 de 15 de mayo de 2001: «Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur». Casi un siglo antes, la Ley de 29 de abril de 1916, de asistencia y salvamento marítimo, contempló, en su artículo 7, la posibilidad del juez de modificar el contrato celebrado en una situación de peligro.

(58) Así, las sentencias de 27 de abril de 1887, que afirmó que el estado de necesidad constituye una causa de nulidad del contrato, y la de 5 de julio de 1965.

(59) Existen varias notas y comentarios respecto a tan trascendental sentencia; entre ellos se pueden citar el de Jean Pierre GRIDEL y el de Jean Pascal CHAZAL, «Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérent au statut salarial», en *Le Dalloz*, 2002, núm. 23, págs. 1860-1865; «Régime de la violence économique», Denis MAZEAUD, en *Le Dalloz*, 2002, núm. 37, págs. 2844-2845; Jacques MESTRE y Bertrand FAGES, «Violence morale et dépendance économique», *RTDciv.*, julio-septiembre de 2002, págs. 502-503.

(60) Y, como consecuencia de ello, solicitó el pago de 500.000 francos en concepto de daños e intereses, y de 6 millones de francos en concepto de derechos de autor, habida cuenta de los grandes beneficios económicos que había proporcionado la edición de aquella obra.

la empresa, que no le permitía, sin riesgo de perder su empleo, ofrecer el original a la competencia. El *Tribunal de grande instance* de París, por sentencia de 22 de enero de 1999, declaró prescrita la pretensión de la demandante, pronunciamiento que fue apelado ante la *Cour d'appel de Paris*, que, en sentencia de 12 de enero de 2000, decretó la nulidad del contrato de renuncia a los derechos de edición por parte de la señora Kannas. Esta sentencia fue casada por la *Cour de cassation civil* (3 de abril de 2002), que, sin embargo, admitió, fijando los requisitos para ello, que una situación de dependencia pudiera invalidar el consentimiento por un vicio de violencia: «[...] seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement».

### 3.2.2.3. La nueva concepción de la violencia en el Avant Projet de Reforme du Droit des Obligations

La sentencia de la Corte de Casación de 3 de abril de 2002 influyó, sin duda, en la nueva regulación de la violencia como vicio del consentimiento que se hace en el Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones de 2005, elaborado por el *Groupe de Travail Catala*. El artículo 1.114 establece: «Hay violencia cuando una parte se compromete bajo la presión de una amenaza que le produce el temor de ver expuesta su persona, su fortuna o las de sus allegados a un mal considerable»; el artículo 1114-1 precisa que «la amenaza de ejercicio de un derecho no constituye violencia sino en caso de abuso. Hay abuso cuando el ejercicio del derecho se desvía de su fin o se hace para obtener un provecho manifiestamente excesivo». En la misma línea que los actuales artículos 1.111, 1.113 y 1.114 *Code*, el artículo 1114-2 dice: «La violencia vicia el consentimiento de la parte que se obliga, cuando ha sido ejercida por la otra parte o por un tercero, y no solamente cuando ha sido ejercida sobre la parte contratante, sino también cuando lo ha sido sobre su cónyuge o alguno de sus allegados. El mero temor reverencial frente al padre, la madre u otro ascendiente, sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato». Pero el precepto más relevante y novedoso es, sin duda, el artículo 1114-3, que introduce el concepto de violencia económica: «Hay igualmente violencia cuando una parte se compromete *bajo el imperio de un estado de necesidad* o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad para obtener de la convención una ventaja manifiestamente excesiva. La situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de circunstancias, teniendo en cuenta especialmente la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes y su desigualdad económica». Por tanto, los requisitos para que se pueda hablar de

violencia económica son: 1) la «situación de debilidad» de una de las partes, concretada en un estado de necesidad o de dependencia; 2) la explotación por la otra parte de esta situación de debilidad; y 3) la obtención de una «ventaja manifiestamente excesiva».

### 3.3. REFERENCIA A LA CONSIDERACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS

A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil español, son muchos los ordenamientos jurídicos —de los cinco continentes— en los que se concede relevancia a la situación de necesidad para posibilitar la anulación o rescisión del contrato (61).

a) En Europa, podemos citar los siguientes:

- Italia: el artículo 1.447 del Código Civil italiano permite que el juez, a petición de la parte perjudicada, pueda rescindir el contrato celebrado en «estado de peligro» (62). Y el artículo 1.448 posibilita la rescisión por lesión en mitad del valor de la prestación, si la desproporción es producto del estado de necesidad de una parte (63).
- Alemania: el § 138.2 BGB declara la nulidad de aquellos contratos en los que exista una desproporción considerable entre las prestaciones de las partes, cuando esta desproporción sea consecuencia, entre otras circunstancias, de la situación de necesidad de uno de los contratantes (64).

---

(61) En sentido contrario podemos apuntar un ejemplo pintoresco, el del Código Civil de Irán, que en su artículo 206 dispone expresamente: «If a person makes a transaction through *distress* he is not regarded as being under duress; and a transaction made under *distress* is valid» (*The civil code of Iran*, traducción del persa por M. A. R. TALEGHANY, Rothman & Co, Littleton, Colorado, 1995).

(62) Artículo 1.447. Contratto concluso in istato di pericolo: «Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata. Il giudice nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata».

(63) Artículo 1448. Azione generale di rescissione per lesione: «Se vi è sproporzione tra la prestazione (att.166) di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di *bisogno* di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto».

(64) «Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen

- Suiza: El artículo 21 del Código de las obligaciones suizo (OR) contempla la posibilidad de que la parte perjudicada pueda rescindir el contrato celebrado en estado de necesidad (65).
- Holanda: el artículo 44.1 y 4 del libro III del Código Civil holandés prevé la posibilidad de anular los contratos celebrados con «abuso de circunstancias», que se producen, entre otras, cuando una parte ha contratado en una situación de «emergencia», conocida o debida de conocer por la otra parte (66).
- Finlandia: la sección 31.1 de la Ley 228/1929 (*Finland Contracts Act*) establece que si una persona ha obtenido un beneficio desproporcionado a causa, entre otras circunstancias, de la necesidad de la otra, el contrato no será vinculante para la parte perjudicada (67).
- Lituania: el artículo 6.228 del Código Civil de Lituania permite anular el contrato en el que una de las partes ha obtenido una ventaja injusta al aprovecharse, entre otras circunstancias, de la urgente necesidad de la otra parte (68).

---

blichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen».

(65) «Verificandosi una sproporzione manifesta fra la prestazione e la controprestazione in un contratto, la cui conclusione fu da una delle parti conseguita abusando dei *bisogni*, della inesperienza o della leggerezza dell'altra, la parte lesa può, nel termine di un anno, dichiarare che non mantiene il contratto e chiedere la restituzione di quanto avesse già dato».

(66) «Een rechtshandeling is vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen. [...] 4. Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden».

(67) «If anyone, taking advantage of another's *distress*, lack of understanding, imprudence or position of dependence on him/her, has acquired or exacted a benefit which is obviously disproportionate to what he/she has given or promised or for which there is to be no consideration, the transaction thus effected shall not bind the party so abused».

(68) Artículo 6.228. Gross disparity of parties: «A party may refuse from the contract or a separate condition thereof if at the time of the conclusion of the contract, the contract or its condition unjustifiably gives the other party excessive advantage. In such cases, among other circumstances, regard must also be paid to the fact that one party has taken unfair advantage of the other's dependent position, or of the other party's economic difficulties, *urgent needs*, or of the latter's economic weakness, lack of information or experience, his inadvertence or inexperience in negotiations; regard shall also be taken of the nature and purpose of the contract». De manera similar, el artículo 80 del Código Civil de Turkmenistán dispone: «Invalidity con contract through duress»: «The transaction may be considered void, if there is an obvious disparity between the execution specified by the transaction and the reward stipulated for this execution and the transaction was concluded

- b) En los sistemas de *common law* se conoce la denominada *unconscionability*, concepto amplio que alude a los casos en que, por razones diversas, el contrato «va contra la conciencia», en el sentido que se revela injusto y poco equitativo, contrato que podrá, en determinados casos, ser anulado (69). La sentencia del caso *Bull HN Information Systems Inc. v. Hutson* (Massachusetts, 1999), declaró: «“Unconscionability” is a determination that a term or an agreement is as grossly unconscionable bargain and it refers to a contract which no man in his senses, not under delusion, would make, on the one hand, and which no fair and honest man would accept on the other». Y la Section 2-302.1 del Uniform Commercial Code, que lleva por título «Unconscionable Contract or Clause», dispone: «If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result» (70).

---

only due to the fact that one of the parties had abused its market power or had taken advantage of a difficult position of the other party or of its inexperience». Asimismo, según señala Fernando HINESTROSA («Estado de necesidad y estado de peligro. ¿Vicio de debilidad?», cit., pág. 117, nota 27), el artículo 33 del Código Civil de la República Soviética de Rusia disponía: «Cuando una persona, movida por *necesidad extrema*, celebre una transacción manifiestamente perjudicial para ella, el tribunal, a solicitud de la víctima o de los órganos del Estado y organizaciones sociales competentes, podrá declararla nula o hacer cesar sus efectos futuros».

(69) En el Código Civil de Etiopía encontramos una referencia expresa a la situación de necesidad; el artículo 1.710 dispone: «Unconscionable contract: 1. A contract may not be invalidated on the sole ground that its terms are substantially more favourable to one party than to the other party. 2. Where justice requires, any such contract may be invalidated as un conscionable where the consent of the injured party was obtained by taking advantage of his *want*, simplicity of mind, senility or manifest business inexperience».

(70) Existe una copiosa bibliografía sobre la *unconscionability* en los sistemas de *common law*. A título indicativo podemos citar la siguiente: a) Para el derecho inglés e irlandés: John CARTWRIGHT, *Unequal Bargaining. A Study of Vitiating Factors in the Formation of Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1991; Robert W. CLARK, «The unconscionability doctrine viewed from an Irish perspective», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 31, núm. 2, 1990, págs. 114-146. b) Para el Derecho norteamericano: Robert BRAUCHER, «The unconscionable contract or term», 31 *U. Pitt. L. Rev.*, 1969-1970, págs. 337-347; David CAPPER, «Undue influence and unconscionability: a rationalisation», *L.Q.R.* 1998, 114, págs. 479-504; William B. DAVENPORT, «Unconscionability and the Uniform Commercial Code», 22 *U. Miami L. Rev.*, 1967-1968, págs. 121-150; John P. DAWSON, «Unconscionable Coercion: The German Version», *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 6 (Apr., 1976), págs. 1041-1126; M. P. ELLINGHAUS, «In Defense of Unconscionability», 78 *Yale L.J.*, 1968-1969, págs. 757-815; Richard A. EPSTEIN, «Unconscionability: A Critical Reappraisal», *Journal of Law and Economics*, Vol. 18, No. 2 (Oct., 1975), págs. 293-315; Ronald L. HERSBERGEN, «Unconscionability: the approach of the Louisiana Civil Code», 43



- c) En China, la *Contract Law of the People's Republic of China* (1999) dispone, en su artículo 54.2: «If a contract is concluded by one party against the other party's true intentions through the use of fraud, coercion or *exploitation of the other party's unfavorable position*, the injured party shall have the right to request the people's court or an arbitration institution to modify or revoke it».
- d) En Argelia, el artículo 90 de su Código Civil dispone: «Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec les obligations de l'autre contractant et s'il est établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de sa légèreté notoire ou d'une *passion effrénée*, le juge peut, sur la demande du contractant lésé, annuler le contrat ou réduire les obligations de ce contractant».
- e) Finalmente, también podemos citar algunos Códigos latinoamericanos, entre ellos:
  - El artículo 954 del Código Civil argentino: «[...] También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la *necesidad*, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación [...]» (71).

---

*La. L. Rev.*, 1982-1983, págs. 1315-1454; Robert A. HILLMAN, «Debunking some myths about unconscionability: a new framework for U.C.C. Section 2-302», 67 *Cornell L. Rev.*, 1981-82, págs. 1-44; Richard J. HUNTER JR., «Unconscionability revisited: a comparative approach», 68 *N.D. L. Rev.*, 1992, págs. 145-170; Arthur Allen LEZT, «Unconscionability and the Code. The Emperor's New Clause», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 115, No. 4., feb., 1967, págs. 485-559; Cristiana CICORIA, «The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States Doctrine of Unconscionability. A Comparative Analysis», *Global Jurist Advances*. Vol. 3: Iss. 3, 2003, Article 2, págs. 1-35. c) Respecto a Australia, puede verse, entre otros; John GOLDRING, «Certainty in contracts, unconscionability and the Trade Practices Act: the effect off section 52A», *Sidney Law Review*, 1986-1988, págs. 514-536; Mark SNEDDON, «Unconscionability in Australian Law: Development and Policy Issues», *Loyola L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1991-1992, págs. 545-568; Tyrone M. CARLIN, «The Contracts Review Act 1980 (NSW) - 20 years on», 23 *Sidney Law Review*, 2001, págs. 125-144. d) Y, con un carácter más general: Steven R. ENMAN, «Doctrines of Unconscionability in Canadian, English and Commonwealth Contract Act», 16 *Anglo-Am. L. Rev.*, pág. 191, 1987.

(71) En cuanto al Proyecto de Código Civil argentino de 1998, el artículo 327 prevé que «puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la *necesidad*, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que junto a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza [...]».



- Los Códigos Civiles de algunos estados mexicanos, entre ellos los de Oaxaca (72), Tabasco (73), Querétaro (74) y Chiapas; este último, que data de 1938, dispone en el artículo 1.799: «Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o *extrema miseria* de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato y de ser imposible, la reducción equitativa de su obligación».
- El Código Civil de Brasil, que en el artículo 156 contempla el «estado de peligro» (75), y en el 157 la lesión «cuando una persona, por *necesidad apremiante* o por inexperiencia, se obliga a prestación manifiestamente desproporcionada frente al valor de la contraprestación» (76).

f) Y no podemos olvidar que la rescisión por lesión de las leyes 499 a 507 de la Compilación de Navarra tiene, a diferencia del modelo catalán (77), un fundamento subjetivo. La Ley 499, en su apartado

---

(72) Artículo 16 del Código Civil de Oaxaca de 1944: «Cuando alguno explotando la ignorancia, inexperiencia, miseria o *estado de necesidad de otro*, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la nulidad del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año contado desde el día de la celebración del contrato».

(73) Artículo 27 del Código Civil de Tabasco de 1997: «Si alguno, explotando o aprovechándose de la ignorancia, *necesidad de otro* o de su debilidad cultural, social o económica, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tendrá derecho a obtener la declaración de nulidad del contrato o, en su caso, la reducción equitativa de su obligación».

(74) Artículo 1.685 del Código Civil de Querétaro de 1990: «Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o *extrema miseria de otro*, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año».

(75) Artículo 156: «Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias».

(76) Artículo 157: «Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifiestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito».

(77) Los artículos 321 a 325 CDCC regulan la rescisión por lesión *ultradimidium*, caracterizada porque sólo la puede pedir el enajenante en los contratos onerosos referidos

primero, dice: «Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por *apremiante necesidad* o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo».

#### 4. RECAPITULACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar, debemos hacer una breve recapitulación de lo apuntado hasta el momento, y plantear las perspectivas existentes al respecto en el Derecho Civil español, donde el Legislador se ha mostrado insensible, por el momento, a las modernas propuestas del Derecho europeo y comparado.

##### 4.1. RECAPITULACIÓN

El vigente estado de la cuestión puede sintetizarse de la siguiente manera:

- a) Ante la necesidad de hallar un mecanismo que proteja al contratante que, debido a la situación de necesidad en que se encuentra, haya celebrado un contrato en condiciones claramente desfavorables, la respuesta del Derecho europeo y comparado ha sido la de permitir la anulación de tal contrato si la situación de necesidad ha dado lugar a una desproporción entre las contraprestaciones en perjuicio del contratante débil. Así se ha puesto de relieve en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual (principios Unidroit, PECL, y CFR, entre otras), en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales, tanto del *civil* como del *common law*, y en recientes propuestas de reforma del Derecho de obligaciones de ordenamientos que nos son próximos (en Francia con el *Avant Projet de Reforme du Droit des Obligations*).
- b) Para posibilitar la anulación del contrato celebrado en estado de necesidad, el Derecho europeo y comparado exigen que la falta de libertad originada por la situación de necesidad haya dado lugar a la suscripción de un contrato en condiciones desfavorables, esto es, que se haya producido un perjuicio para la parte débil del contrato (se habla de lesión, desproporción, lucro excesivo, prestación excesivamente onerosa, ventaja patrimonial notablemente desproporcionada, ventaja injusta, *excessive benefit*, *grossly unfair advantage*, o *gross disparity*). Por tanto, para poder anular el contrato, ni basta con que

---

a bienes inmuebles, y por requerir la simple lesión *ultradimidium* (en más de la mitad del precio justo), sin que exija ningún requisito subjetivo como podría ser la situación de necesidad o debilidad del lesionado.

éste se haya celebrado en situación de necesidad (al contrario de lo que ocurre con los vicios del consentimiento, que pueden actuar con independencia de si se ha generado o no un perjuicio), ni es suficiente tampoco la simple lesión (no se impone la exigencia de un precio justo: el Derecho no condena la simple desproporción entre las prestaciones). Los elementos subjetivo (estado de necesidad determinante de la falta de libertad) (78), y objetivo (desproporción entre las prestaciones de las partes, lógicamente en perjuicio de quien se halla en la situación de necesidad), van unidos. A estos dos elementos se añade, en algunos ordenamientos o propuestas, un tercer requisito: la mala fe del contratante beneficiado, que se traduce en el conocimiento de la situación de la otra parte, y el aprovechamiento de tal situación para lograr una ventaja que de otro modo no podría conseguir.

- c) El Código Civil español no contempla ningún remedio específico que permita anular los contratos celebrados en estado de necesidad. No se admite la rescisión por lesión y, conforme al tenor del artículo 1.267 del Código Civil, el recurso a la violencia y a la intimidación únicamente permitirá anular el contrato celebrado en una situación de necesidad tal que constituya una «fuerza irresistible» (79).

#### 4.2. APUNTES DE *LEGE FERENDA* Y NUEVAS PERSPECTIVAS PARA EL DERECHO ESPAÑOL

Visto el estado de la cuestión en el Derecho europeo y comparado, y en el Derecho español, conviene referirnos a dos cuestiones. La primera, desde un punto de vista más *de lege ferenda*, es si el Derecho español debería adaptarse a la tendencia mayoritaria del Derecho europeo y comparado, que posibilita la anulación del contrato celebrado en estado de necesidad. La segunda es si, a la luz del Derecho vigente, puede existir alguna vía para dar entrada a la situación de necesidad como causa de anulación de los contratos:

- a) En cuanto a la primera cuestión, debe partirse de la base de que el Derecho español, cuando menos a partir del Proyecto de 1851, ha sido enemigo de la posibilidad de rescindir el contrato por la desproporción entre las prestaciones de las partes, aunque tal desproporción tenga su origen en la situación de necesidad del perjudicado. A este

---

(78) Como se ha visto, el estado de necesidad no es la única situación que el Derecho toma en consideración, sino que se atiende también a la situación de debilidad y dependencia y, en algunos casos, el desconocimiento, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural, la ignorancia o la miseria.

(79) Véase § 2.2.2.2.

respecto, son ilustrativas las palabras de GARCÍA GOYENA alegando la fuente de conflictos que ello supondría, el carácter relativo del precio justo de la cosa, y los mecanismos que podrían urdirse para burlar el remedio (80). Ahora bien, resulta evidente que argumentos del

---

(80) Florencio GARCÍA GOYENA, en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, págs. 177-181, exponía una serie de argumentos para rechazar la rescisión por lesión en los contratos: «[...] La Comisión, en vista de tanta discordancia y contradicción entre los Códigos, y pesado el pro y contra bajo el doble aspecto de justicia y conveniencia, se decidió por fin a rechazar esta especie de rescisión.

Tenía por sí la autoridad de algunos Códigos modernos, y la más respetable (al menos para mí) del Fuero Juzgo y de los municipales que encierran la primitiva y verdadera legislación española: generalmente los primeros Códigos de todos los pueblos se acercan mas á la recta y sencilla razón.

Una sola observación, cuya certeza práctica no podrá negarse por ningún hombre versado en negocios, basta para inutilizar todos los argumentos favorables á la rescisión.

¿Queréis favorecer con ella al vendedor necesitado?

Pues, bien, nunca lo conseguiréis, y frecuentemente le arruinaréis.

En la escritura de venta figurará mayor precio que el realmente entregado: ¿qué prueba quedará al vendedor contra un instrumento auténtico, y cuando el escribano y testigos están interesados en sostenerlo? Será, pues, siempre ineficaz el remedio ó beneficio; y será segura la ruina del vendedor si la cosa llega a salir incierta, pues, según vuestros Códigos, habrá de restituir el precio recibido, es decir, el figurado en la escritura.

El precio y rentas de las fincas suelen ser más permanentes: el del dinero y sus intereses son muy variables. Si la finca rinde el 2 ó 3 por 100 de su capital, y el dinero seis ú ocho; ¿con que socolor de justicia prohibiréis ó rescindiréis la venta hecha capitalizando en razón de las rentas de la finca y de los intereses del dinero? El verdadero valor de la cosa está en su rendimiento: el comprador recibirá mas del duplo en capital de la finca, perdiendo realmente en productos: el vendedor ganará en estos aunque pierda algo mas que el duplo en capital: ¿y será justo que después de aprovecharse de esta ventaja ó de haber salido de un gran conflicto, si por la abundancia del dinero ú otra causa llegan a bajar los intereses, venga pidiendo la rescisión?

Habláis de dolo real, aplicando bien ó mal á este caso la ley 56, título 1, libro 44 del Digesto, *ipsa res in se dolum habet*, que seguramente no lo nombra, ni podía nombrar, como que su autor es Ulpiano, muerto muchos años antes de haber nacido el emperador Diocleciano, autor de la célebre ley 2, título 44, libro 4 del Código; y olvidáis le la razón dicta, y la Jurisprudencia Romana, la de todos los pueblos, ha sancionado la 145 *de regulis iuris*. *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt, et consentiunt*, “el que se deja engañar entendiéndolo, non se puede querellar como ome engañado” (regla 23, título 34, Partida 7): es decir, que hacéis prevalecer una presunción ó ficción puramente voluntaria contra la certeza de los hechos y la realidad de las cosas.

¿Quién puede y debe conocer el valor y rendimientos de su cosa mejor que el vendedor? ¿Ni qué juez mas competente para apreciar lo crítico ó indiferente de su posición particular? Si vende, es porque así le conviene, ó porque no encuentra quien le dé más: y en tal caso resulta que ha vendido por lo que entonces valía la cosa, pues que la escasez de compradores ó la afluencia de vendedores puede rebajar indefinidamente su precio.

¿Y cuál es el precio justo que escogéis para regular la lesión? Vosotros reconocéis tres justos precios para cada cosa, sumo, medio, é ínfimo; y según el que se escoja, puede, ó no, resultar la lesión.

¿Y por un real mas ó menos de la mitad del justo precio, quizá por maravedises, ha de quedar incierta la propiedad de una finca que ha podido costar millones, y tal vez se

siglo XIX difícilmente pueden seguir vigentes en el siglo XXI, y que actualmente resulta manifiesta la necesidad de proteger a la parte débil del contrato frente a los posibles abusos de la otra (81). Por otro lado, en un mundo globalizado, el Derecho español no puede seguir de espaldas a las corrientes del Derecho europeo y comparado. Ahora bien, la protección al contratante débil debería conjugarse necesariamente con la exigencia de seguridad en el tráfico jurídico, por lo que, a nuestro juicio, la regulación que, llegado el caso, se pueda hacer en el futuro sobre la materia debería hallar un punto de equilibrio entre ambos factores: libertad contractual y seguridad jurídica. Y, a este respecto, aceptando los requisitos exigidos por el Derecho contractual europeo para la anulación del contrato (la excesiva desproporción entre las prestaciones de las partes, la mala fe de la parte beneficiada, y que la acción de anulación se interponga dentro de un plazo), la precisión de tales requisitos genéricos —la fijación o no de la cuantía del perjuicio, la carga de la prueba y el establecimiento de presunciones respecto a la mala fe del contratante beneficiado, y la duración e inicio del cómputo del plazo de ejercicio— podrá condicionar en gran medida el alcance del remedio, y perturbar en mayor o menor medida la seguridad del tráfico.

Se trata, en definitiva, de buscar el justo equilibrio entre la protección a la parte débil del contrato y la seguridad del tráfico jurídico. Deben condenarse los casos flagrantes de explotación de la situación de necesidad, sin debilitar, para ello, la certeza del tráfico jurídico.

- b) Además de las consideraciones *de lege ferenda* que acabamos de exponer, debemos plantearnos la cuestión de si, conforme al Derecho vigente, puede intentar irse más allá de lo que parece permitir al respecto la regulación legal vigente. Y, en este sentido, y a pesar de que el Código Civil español no contemple de manera expresa la posibilidad de anular el contrato celebrado en estado de necesidad, y que ésta sólo podría encajar dentro del concepto de violencia, cuando

---

halle en poder de un tercero ó hipotecada? Cuidado, que á los malos efectos de este inconveniente, ni se ocurre, ni puede ocurrirse en ningún sistema hipotecario, aun el mejor combinado.

Y no olvidéis, que las ventas y negociaciones industriales son hoy día mas importantes que las de los bienes inmuebles: si no envolvéis en la rescisión las primeras, sois inconscientes: si las envolvéis, introducís el caos; matáis la industria y el comercio.

Últimamente, cualquiera que esté medianamente versado en la materia, sabe la infinidad de cuestiones que la embarazaban, y convertían en un manantial perenne de pleitos difíciles de resolver: este manantial queda cegado».

(81) Además, algunos de los argumentos dados por GARCÍA GOYENA para la inadmisión de la rescisión por lesión no son de fácil aplicación hoy en día; por ejemplo, es difícil pensar que, para evitar la desproporción, en la escritura pueda constar mayor precio que el recibido, si atendemos a las consecuencias fiscales que ello entraña.

constituya una «fuerza irresistible» (82), pueden proponerse los siguientes mecanismos para conceder trascendencia jurídica al estado de necesidad como vicio del consentimiento:

1. Una primera vía sería mediante la reformulación del concepto de intimidación, en aras a la armonización con el moderno Derecho europeo de contratos (83). A pesar de que el artículo 1.267 del Código Civil restringe el concepto de intimidación a las amenazas del otro contratante o de un tercero, excluyendo implícitamente la falta de libertad que deriva de una situación de necesidad, consideramos que no sería descabellado proponer un concepto más amplio de intimidación que permita incluir cualquier amenaza que ataque la libertad contractual, sea cual sea su origen (84). Conforme al artículo 3.1 del Código Civil, la interpretación de las normas debe hacerse conforme a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas, y no cabe duda que el Derecho europeo y comparado y su proceso de armonización forman parte de tal realidad social (85).
2. Además, el principio general de la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 Cc), contemplado también expresamente en materia de contratos en el artículo 1.258 del Código Civil, debe facilitar la condena de aquellas actuaciones que supongan, por parte de uno de los contratantes, el aprovechamiento o explotación de la situación de debilidad de la otra parte y que le reporte un beneficio excesivo.
3. Y también, cabe en nuestra opinión, el recurso a la analogía, al cumplirse los requisitos previstos en el artículo 4.1,2 del Código Civil: *a)* Existe una laguna legal, que no una exclusión del supuesto, respecto a las consecuencias del contrato en que no existe libertad para contratar a consecuencia de la situación de necesidad. *b)* Se da una identidad de razón entre el supuesto previsto

---

(82) Véase § 2.

(83) Si bien a través de una vía diferente; mientras los principios de Derecho europeo contemplan un vicio específico (la excesiva desproporción entre las prestaciones de las partes), en el Derecho español se seguiría el modelo francés, esto es, una ampliación del concepto de intimidación.

(84) Así ha ocurrido, como decimos, en Francia, donde la jurisprudencia ha interpretado que la «violencia económica», esto es, la que no deriva de un acto de un tercero, sino de un acontecimiento o una situación, constituye un vicio del consentimiento subsumible dentro del concepto de violencia de los artículos 1.111 y sigs. (véase § 3.2.2.2).

(85) Algunas sentencias han aplicado principios de Derecho europeo; la SAP de Lleida (Sección 2.ª) de 13 de septiembre de 2007 (ponente: Antoni VAQUER ALOY), en su Fundamento de Derecho Tercero invocó los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 4:102) y los Principios Unidroit (art. 3.3) para perfilar el alcance del concepto de imposibilidad de llevar a cabo la prestación.

en el artículo 1267.2 del Código Civil —el contrato celebrado mediante la intimidación— y el contrato celebrado en estado de necesidad: en ambos casos falta la libertad en una de las partes. Y c), a pesar de que las normas sobre nulidad puedan tener naturaleza sancionadora, y que ello pudiera constituir aparentemente un obstáculo para la analogía (art. 4.2 Cc), lo cierto es que, como afirma GULLÓN BALLESTEROS, no existe en el del Código Civil español ninguna disposición que consagre el principio de origen francés *pas de nullité sanus textu*. No olvidemos, además, que la nulidad del contrato se contempla, más que como sanción para quien se aprovecha de la situación de necesidad de la otra parte, como un beneficio para proteger a la parte débil que sufre el perjuicio.

Todo ello nos lleva a concluir que, si se cumplen determinadas circunstancias, el estado de necesidad podrá posibilitar, en el Derecho español vigente, la anulación de un contrato lesivo. La posible inseguridad que ello pueda suponer quedaría compensada por el componente de equidad que tiene tal solución, y porque constituye un castigo a la mala fe del contratante beneficiado (arts. 3.2 y 7.1 Cc).

#### RESUMEN

##### CONTRATOS. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

*La respuesta del Derecho europeo y comparado a la necesidad de hallar un mecanismo que proteja al contratante que, debido a la situación de necesidad en que se encuentra, haya celebrado un contrato en condiciones claramente desfavorables, ha sido la de permitir la anulación de tal contrato si la situación de necesidad ha dado lugar a una desproporción entre las contraprestaciones en perjuicio del contratante débil. Así se ha puesto de relieve en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual (Principios Unidroit, Principios de Derecho Contractual Europeo y Marco Común de Referencia, entre otras), en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales, tanto del civil como del com-*

#### ABSTRACT

##### CONTRACTS. DEFECT OF CONSENT

*The response of European law and comparative law to the need to find a mechanism to protect a party who, due to a situation of need, has entered into a contract under clearly unfavourable conditions has been to permit such a contract to be annulled if the situation of need has given rise to a lack of proportion in considerations that is to the detriment of the weaker party. So stress the proposals seeking to harmonise contractual law (inter alia, the Unidroit Principles, the Principles of European Contract Law and the Common Frame of Reference), numerous nations' legislations in the tradition of both civil law and common law, and recent proposals to reform the law on obligations in legislations similar*

mon law, y en recientes propuestas de reforma del derecho de obligaciones de ordenamientos que nos son próximos (en Francia con el Avant Projet de Reforme du Droit des Obligations).

El Código Civil español no contempla ningún remedio específico que permita anular los contratos celebrados en estado de necesidad. No se admite la rescisión por lesión y, conforme al tenor del artículo 1.267 del Código Civil, el recurso a la violencia y a la intimidación únicamente permitirá anular el contrato celebrado en una situación de necesidad tal que constituya una «fuerza irresistible». Ante ello, cabe proponer una reformulación del concepto de intimidación, en aras a la armonización con el moderno Derecho europeo de contratos, para darle un alcance más amplio que permita incluir cualquier amenaza que ataque la libertad contractual, sea cual sea su origen.

to ours (in France, with the Avant Projet de Reforme du Droit des Obligations).

The Spanish Civil Code does not envisage any specific remedies permitting the annulment of contracts made in a state of need. Rescission due to injury is not admissible, and pursuant to article 1267 of the Civil Code, resorting to violence and intimidation will only permit the annulment of a contract made in a such situation of need as to constitute an «irresistible force». In response, a reformulation of the concept of «intimidation» could be proposed, for the sake of harmonisation with modern European contract law, in order to broaden the scope of the term to include any threat against contractual freedom, regardless of the threat's origin.

(Trabajo recibido el 04-04-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)



# La representación voluntaria de los incapaces: Una manifestación de la autonomía de la voluntad de quien puede prever su pérdida de capacidad (1)

por

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ  
*Profesora Contratada Doctora U.C.M.*

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
- II. PODER Y MANDATO.
- III. LOS PODERES PREVENTIVOS.
- IV. FORMA DEL PODER PREVENTIVO.
- V. PODERDANTE Y APODERADO.
- VI. MOMENTO DESDE EL CUAL EL PODER HA DE DESPLEGAR SUS EFECTOS.
- VII. OBJETO Y CONTENIDO DEL PODER.
- VIII. LA VALIDEZ DEL NEGOCIO CONCLUIDO EN REPRESENTACIÓN. EL PROBLEMA DE LA INCAPACIDAD DEL PODERDANTE ANTES DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE:
  - A) INCAPACITACIÓN JUDICIAL DEL PODERDANTE.
  - B) INCAPAZ NO INCAPACITADO JUDICIALMENTE:

---

(1) Este trabajo forma parte del Proyecto SEJ 2004-02771, concedido por el Ministerio de Educación y dirigido por el Profesor RAMS ALBESA titulado: «Los mayores: estudio sobre su capacidad y libertad de obrar», y del Proyecto PR3/04-12418, concedido por la Universidad Complutense de Madrid y dirigido igualmente por el Profesor RAMS ALBESA.

- a) *Argumentos a favor de la invalidez del negocio representativo.*
- b) *Argumentos a favor de la validez del negocio representativo.*

IX. PODER Y TUTELA. CONVIVENCIA DE AMBOS:

- A) INCAPACITACIÓN JUDICIAL.
- B) INCAPAZ NO INCAPACITADO JUDICIALMENTE.

X. EXTINCIÓN DEL PODER Y LIQUIDACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, lleva a cabo importantes modificaciones en el Código Civil, entre las que cabe destacar la del artículo 1.732, relativo a las causas de extinción del mandato.

En su redacción originaria, este precepto establecía como causa de extinción del mandato la interdicción del mandante o del mandatario. Con este término el legislador decimonónico se refería, no sólo a la pena de interdicción civil, sino también a la incapacitación legal por cualquier causa —pues era una traducción desafortunada de la «interdiction» del Código Civil francés— y este segundo sentido es el que, según entendía la doctrina civilista de forma unánime, utilizaba tal precepto.

La Ley 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción, tomando como punto de partida, por una parte, la desaparición de la pena de interdicción como causa de incapacitación que se llevó a cabo mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, por otra, y con anterioridad, la desaparición de tal pena por la Ley de 25 de junio de 1983, de reforma del Código Penal, suprimió sin más reflexión la palabra interdicción de todos los preceptos donde aparecía, sin pararse a discernir si con ese término se hacía referencia a «pena de interdicción» o a «incapacitación». Entre otros preceptos en que se aplicó esta supresión indiscriminada, se encontraba el artículo 1.732 del Código Civil. Esto determinó la eliminación de la incapacitación del mandante o del mandatario como causa de extinción del mandato. Sin embargo, y a pesar de tal supresión del texto del artículo 1.732 del Código Civil, nuestra doctrina (2), con buen criterio, siguió

---

(2) GORDILLO CAÑAS, A., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1582; ROMERO CANDAU, P. A., *Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad*, Academia Sevillana del Notariado, t. VIII, Edersa, 1995, pág. 453.

considerando la incapacitación de los sujetos del mandato como causa de extinción del mismo, por la evidencia del error del legislador al suprimir sin más la palabra interdicción de tal precepto en una ley que no tuvo entre sus intenciones plantear, sobre otras bases, la trascendencia de la incapacitación sobrevenida como causa extintiva del mandato.

Para salvar este desatino legislativo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dio nueva redacción al artículo 1.732 del Código Civil, para recuperar en su texto la incapacitación como causa de extinción del mandato.

El artículo 11 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, modifica nuevamente el artículo 1.732 del Código Civil (3), que queda redactado en los siguientes términos:

*«El mandato se acaba:*

- 1. Por su revocación.*
- 2. Por renuncia o incapacitación del mandatario.*
- 3. Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.*

*El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».*

La nueva redacción mantiene igual la regulación sobre la revocación por el mandante y la renuncia del mandatario como causas de extinción del mandato. No sucede lo mismo en relación a las demás causas, pues antes el número 3 del único párrafo del artículo 1.732 del Código Civil se refería a «muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario». Ahora distingue, en ciertos casos, entre los supuestos que afectan al mandante y el mandatario.

La muerte se sigue considerando causa de extinción tanto para el mandante como para el mandatario, aunque no siempre señala el fin de la actividad,

---

(3) La redacción del artículo 1.732 del Código Civil se mantuvo prácticamente igual durante toda la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Sólo fue objeto de dos enmiendas, ambas del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) tanto en el Congreso como en el Senado, de las que fue admitida una para sustituir la referencia a la «quiebra» del mandante o del mandatario como causa de extinción del mandato, que era la que aparecía en el Proyecto de Ley remitido por el gobierno, por el «concurso» en orden a «unificar el lenguaje a lo dispuesto en el Ley concursal».

pues se mantiene la eficacia de lo actuado por el mandatario ignorando la muerte del mandante, u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, respecto a los terceros que hayan contratado con aquél de buena fe (art. 1.738 CC). En caso de fallecimiento del mandatario, en principio la extinción es automática, pero el artículo 1.739 del Código Civil dice que los herederos deben comunicarlo al mandante y tomar entretanto las medidas pertinentes.

También se mantiene como causa de extinción la declaración de prodigalidad y la insolvencia, tanto del mandante como del mandatario. Se modifica la referencia a la quiebra para sustituirla por el «concurso» del mandante o del mandatario y así adaptar el texto del artículo 1.732 del Código Civil a la Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio (4).

También constituye causa de extinción la incapacitación del mandatario, mientras que la incapacitación del mandante no siempre producirá la extinción del mandato, como se disponía antes, sino sólo cuando no ha establecido otra cosa el mandante: bien porque el mandato se celebra precisamente para ese supuesto (lo que se viene llamando mandato de protección) o bien porque se establece que subsiste el mandato ya otorgado, a pesar de la incapacitación (el llamado mandato prorrogado). En definitiva, se reconoce la subsistencia del mandato a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante, cuando así lo desea y hace constar el mandante.

Mediante esta reforma del artículo 1.732 del Código Civil la ley afronta una cuestión de gran trascendencia, como es la representación voluntaria del incapaz. Antes sólo existía el representante del enfermo (que normalmente será un discapacitado de hecho) para el caso de tratamientos médicos en el ámbito del documento de instrucciones previas (art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Ahora, con la admisión de la representación voluntaria del incapaz, se abre una puerta muy importante para el mantenimiento de la autonomía de la voluntad de las personas mayores y de todas aquéllas que puedan prever su posible pérdida progresiva de capacidad, siempre que dicha voluntad se hubiese manifestado antes de llegar a tal situación. Ha sido acogida con satisfacción por los notarios, que oían con frecuencia a las personas mayores que, siendo plenamente capaces, además de testar, disponiendo de sus bienes para

---

(4) Como hemos expuesto anteriormente, esta modificación es fruto de la enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) presentada primero en el Congreso (núm. 55), donde no fue aceptada, y posteriormente en el Senado (núm. 29), donde ya fue admitida. BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 10 de septiembre de 2003, pág. 40, y 16 de septiembre de 2003, pág. 47, BOCG, Senado, Serie II: Proyectos de Ley, 13 de octubre de 2003, pág. 32, y 17 de octubre de 2003, pág. 39.

después de su muerte, querían dejar las «cosas preparadas» para el caso de que fueran perdiendo facultades, e incluso personas jóvenes que tenían ese mismo deseo porque tenían que someterse a una operación quirúrgica complicada de la que podía resultar una incapacidad psíquica, temporal o permanente; o estaban aquejadas de una enfermedad degenerativa (5).

La admisión de este tipo de mandato se sitúa en la línea de lo previsto en otros ordenamientos como el inglés, el alemán y el quebequés (6) y es consecuencia de una idea que se va imponiendo cada vez con mayor fuerza y que aparece inmersa en la Ley 41/2003: la primacía de la autonomía de la voluntad en el campo patrimonial y personal de quien, a consecuencia de la edad o de una enfermedad degenerativa, puede prever la pérdida de su capacidad. Se introducen nuevos mecanismos de protección, esencialmente patrimonial, de las personas con discapacidad, reforzando la autonomía de

---

(5) LEÑA FERNÁNDEZ, R. («El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, MARTÍNEZ DÍE (dir.), Consejo General del Poder Judicial-Civitas, Madrid, 2000, pág. 194) da cuenta de esta realidad, expresándose en los siguientes términos: «En la práctica notarial no es raro el caso de personas que, antes de afrontar una operación complicada de la que puede resultar una incapacidad psíquica temporal o permanente, otorga un poder a un familiar para que pueda actuar en su nombre durante esa situación. Y la pregunta es, ¿cuál será la eficacia de los negocios jurídicos otorgados por ese representante una vez producida esa incapacidad? Pero aún hay más. Es también cada vez más frecuente que las personas mayores, previendo un deterioro progresivo de sus facultades psíquicas, otorguen poder a un familiar o a varios de ellos, mancomunada o solidariamente, para que pueda ser utilizado cuando se produzca la situación prevista de discapacidad. Y la pregunta sigue siendo, ¿cuál será la eficacia de los negocios jurídicos realizados por el apoderado en el ejercicio de ese poder cuando el poderdante haya llegado a esa situación de incapacidad natural o de hecho? (...) En muchas ocasiones, esas personas silencian ante sus familiares el otorgamiento del poder y encomiendan su copia a una persona de su confianza, en muchos supuestos distinta del apoderado, para que la haga llegar a éstos «cuando se necesite». CABRERA HERNÁNDEZ, J. M. («La modificación del número 3 del artículo 1.732 del Código Civil», en *RJN*, núm. 24, octubre-diciembre de 1992, pág. 103) se refiere a una reunión de notarios en la que se planteó esta problemática: si era posible otorgar un poder que previese la futura actuación de otra persona en su nombre y representación para un tiempo en que no sea plenamente capaz el poderdante. Ante la falta de una previsión legal al respecto y dada su discutible admisibilidad en ese momento (el trabajo es de 1997), CABRERA HERNÁNDEZ expone que se plantearon opiniones divergentes: desde la que negaba la admisibilidad de los poderes preventivos, hasta la que pensaba que se podía llegar al mismo resultado a través de la constitución de un organismo de administración de los propios bienes —«cosa posible, pero indudablemente más complicada»— o la constitución de una sociedad a la que se aportase el patrimonio en cuestión y en la que nombrase administradores solidarios al dueño de los mismos y a la persona a la que quisiera conferirle su administración para el caso de incapacidad.

(6) Vid. ARROYO I AMAYUELAS, E., «Del mandato “ordinario” al mandato de protección», en *RJN*, núm. 49, enero-marzo de 2004, pág. 25; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Sinopsis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania», en *Revista Electrónica de Geriátría y Gerontología*, 2002, [www.geriatrionet.com](http://www.geriatrionet.com), y «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *AC*, núm. 21, 1999, pág. 553 y sigs.

la voluntad, en la medida en que se deja en manos del propio interesado la facultad de disponer aquello que estime conveniente para continuar gestionando sus bienes y decidiendo lo que considere conveniente para su cuidado personal a pesar de su incapacitación judicial o pérdida de capacidad natural. Buena muestra de ello son la introducción por esta misma ley de la autotutela (arts. 223.2 y 234.1.1.º CC) y la legitimación reconocida al mayor de edad para solicitar su propia declaración de incapacitación (art. 757.1 LEC). En este sentido, la Exposición de Motivos dice que como complemento de la regulación de la autotutela se reforma el artículo 1.732 del Código Civil, «con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor».

Pero además de ser un claro indicio de la tendencia del legislador a dar prioridad a la voluntad del individuo para el caso de que pueda prever su pérdida de capacidad, la presente reforma también constituye un cierto correctivo del sistema que introdujo la reforma del derecho la tutela basado en la tutela de autoridad, en la medida en que da mayor protagonismo a la familia, pues será generalmente uno de sus miembros (cónyuge, hijos, hermanos del poderdante) quienes sean apoderados. Este planteamiento es quizá el que mejor responde a la realidad social, donde el cuidado de enfermos y personas mayores recae mayoritariamente en las familias. Esto no quiere decir que no exista una demanda creciente para que la Administración desempeñe los deberes de protección que constitucionalmente le incumben, ayudando a las personas dependientes y a sus cuidadores, finalidad ésta que persigue la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, sino que en el momento actual lo cierto es que descansa sobre la familia esta importantísima labor. Si es la familia la que cuida a sus mayores y enfermos, también es conveniente dejar en sus manos el desempeño de otras funciones también en el ámbito patrimonial, de acuerdo con los deseos del propio interesado, y de esta manera suplir con soluciones familiares las determinaciones judiciales (7).

---

(7) Destaca con gran acierto MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. («¿Confianza en la familia?», en *El notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2006, núm. 8, págs. 34 y 35) que la solidaridad familiar, llamada por los romanos *officium pietatis*, que lleva al cuidado de las personas dependientes, se concentra mayoritariamente en el seno del grupo familiar compuesto de padres e hijos comunes, con la inclusión de los abuelos. Por eso es necesario alentar la confianza en este tipo de familia, que aglutina una comunidad generacional, formada, cuando menos, por los hijos y los padres comunes. Concluye este autor que «se trata del modelo típico, que por su misma naturaleza absorbe con entereza todas las cargas familiares. No pretendo con esta llamada a la confianza la creación de un estatuto privilegiado

## II. PODER Y MANDATO

El poder es el conjunto de facultades que, mediante una declaración de voluntad recepticia (el apoderamiento), son delegadas de manera unilateral por un sujeto en otro para que éste pueda actuar en nombre del delegante (8). Debemos distinguir entre el poder y otros conceptos próximos a él. El apoderamiento es la declaración de voluntad de la que el poder nace; el negocio representativo es el que el apoderado concluye con un tercero en nombre y representación del poderdante; y la relación subyacente es la causa del otorgamiento del poder. Esta relación entre poderdante y apoderado puede ser de índole muy variada (arrendamiento de obra o de servicios, sociedad, comisión mercantil, etc.) si bien normalmente está constituida por un contrato de mandato y, a su vez, generalmente el mandato viene unido a la representación, siendo el mandato representativo el más frecuente.

Nuestra doctrina siempre ha delimitado con claridad el apoderamiento y el mandato, y también lo hace nuestro Código Civil, que admite el mandato con o sin poder de representación (art. 1.717 CC), de la misma manera que pueden existir apoderamientos cuya relación subyacente esté constituida por un mandato o por otro tipo de relación de gestión.

La relación entre poder y mandato tiene una importante manifestación como es que, a falta de regulación específica de la representación voluntaria en nuestro ordenamiento, se entiende de forma unánime que su disciplina ha de construirse con principios extraídos de la regulación del mandato, conjugada con el artículo 1.259 del Código Civil, único que alude directamente y con propiedad al instituto sin interferencia de otras figuras (9). Por ello, acudiremos a las normas del mandato para construir el régimen del poder preventivo, siempre que tales normas se adecuen a la naturaleza unilateral que caracteriza al poder frente a la bilateralidad del mandato.

---

respecto de las demás familias, tales como las denominadas de tejido secundario (con hijos no comunes). Entiendo que el hecho de que tales menesteres y cuidados se desarrollen en la vida diaria calladamente, en el interior de la comunidad doméstica, sin alharacas, y de forma eficaz, ausentes los abusos salvo en contados casos, entiendo que este hecho obliga a replantear la posibilidad de que tales familias se otorguen un estatuto propio, que respete su intimidad».

(8) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos”», en *La Notaría*, núm. 2, 2000, pág. 57.

(9) LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 3.º, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 270.

### III. LOS PODERES PREVENTIVOS

Son aquellos negocios jurídicos unilaterales —nos dice MARTÍNEZ DÍE— en que una persona plenamente capaz, en previsión de padecer una futura patología incapacitante, faculta a otra u otras para realizar en su nombre actos y negocios, que produzcan sus efectos en su persona y bienes, dentro de los límites y en la forma establecidos (10).

Partiendo del artículo 1732.2 del Código Civil podemos distinguir dos modalidades de apoderamiento preventivo: el apoderamiento normal u ordinario en el que se prevé su subsistencia o continuación a pesar de la incapacidad sobrevenida del poderdante (único al que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003); y el previsto expresamente para el supuesto de incapacidad del poderdante. Ambos son compatibles con una situación tutelar. Prueba de ello es que pueden extinguirse *«posteriormente a instancia del tutor»*. Por tanto, han convivido durante cierto tiempo.

Estos apoderamientos constituyen generalmente un ejemplo de los poderes *ad cautelam*, es decir, de poderes que todavía no están asentados en una relación jurídica previa, sino que se otorgan en previsión de que pueda producirse una determinada situación que ha sido específicamente contemplada por el poderdante (11).

El poder preventivo constituye una medida de autodeterminación en previsión de una futura incapacidad, pues otorga al propio interesado la posibilidad de prever o regular su futuro en el ámbito personal y patrimonial, para el caso de que sufra una pérdida de capacidad. Los importantes avances de la medicina han originado un aumento de la expectativa de vida y, como contrapartida a ese avance, lo cierto es que se han incrementado las dolencias que, por razón de la edad, disminuyen de modo más o menos gradual la capacidad natural de las personas y la capacidad de autogobierno. En el caso de las personas mayores, generalmente nos encontramos con una persona capaz, pero con una discapacidad que le afecta de modo progresivo y de la cual muchas veces son conscientes. Por otra parte, no hay que olvidar que hoy en día es posible la detección precoz de un importante número de enfermedades degenerativas. Todo ello nos sitúa ante una persona que, estando en plenitud de facultades, puede otorgar un poder para trazar las líneas que marcarán su cuidado personal y la administración de su patrimonio.

---

(10) MARTÍNEZ DÍE, R., en *Instituciones de Derecho Privado*, DELGADO DE MIGUEL (coord. general), t. IV, vol. 2.º, GARRIDO DE PALMA (coord.), Civitas, Madrid, 2002, pág. 656.

(11) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La reforma de los artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pág. 423.



Son muchas las razones que abonan la admisión de los poderes preventivos. En primer lugar y como base sobre la que se asientan, hay que destacar el respeto a la autonomía de la voluntad: nadie mejor que uno mismo para determinar cómo quiere que se lleve a cabo la gestión de su patrimonio y el cuidado de su persona.

Por otra parte, la falta de medios de la administración de justicia sumado a la ingente volumen de trabajo que llena los juzgados, hace que ni la autoridad judicial ni el Ministerio Fiscal sean siempre las instituciones más adecuadas para conocer las actuaciones que deben llevarse a cabo en la administración del patrimonio —ni de la persona— del incapacitado. En la regulación de la tutela se impone a la autoridad judicial, después de oír al Ministerio Fiscal (art. 273 CC), la obligación de decidir sobre la conveniencia de realizar actos puntuales de disposición o de administración extraordinaria (art. 271 CC), sin que en realidad puedan llegar a conocer de forma integral la situación patrimonial ni personal del incapaz. Sólo la conoce de verdad el propio sujeto afectado —antes de llegar a la situación de incapacidad— o las personas más cercanas, que generalmente son los familiares. Pero es que además se impone la enajenación a través de subasta judicial, sometándose la tramitación de la venta al procedimiento previsto por los artículos 2.001 y siguientes de la antigua LEC, vigentes por aplicación de la Disposición Derogatoria única 1.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, que mantiene en vigor el Libro III de la anterior. Toda esta tramitación, que en un principio está diseñada para garantizar los intereses del tutelado, puede volverse contra él, produciendo una inmovilización de su patrimonio (12). A todo esto hay que sumar que la rapidez que caracterizaba al tráfico mercantil hoy es aplicable al civil. Buena muestra de ello es la modificación de las normas relativas a la contratación entre ausentes, en que se ha unificado el régimen aplicable en los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio (Disposición Adicional cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico). Por eso, constituye una verdadera traba para la gestión eficaz de un patrimonio la necesidad de autorización judicial, dado que tal gestión engloba la realización de muchos de los actos para los que el tutor necesita autorización judicial y esto retrasa o a veces impide su realización.

Estos inconvenientes se pueden evitar mediante el otorgamiento de un poder preventivo, que permite al interesado decidir, en previsión de su propia incapacitación, qué actos se van a poder realizar o no, según la forma en que ha venido gestionando su persona o bienes; y designar a la persona que, por

---

(12) DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», en *RD*, 2006, pág. 41.

su trayectoria personal, considera adecuada para tomar las decisiones que el propio afectado consideraría convenientes.

En los últimos años se percibe una necesidad cada vez mayor de flexibilizar las instituciones tutelares permitiendo que se adapten a la situación de cada sujeto y se alzan voces que reclaman la modificación de la incapacitación, pues a los efectos normales que produce la incapacidad natural sobrevenida en el normal desarrollo de las relaciones familiares y en la organización de la economía doméstica, se suman los derivados de la judicialización de esta situación (13). Generalmente, la incapacitación judicial no se adecua correctamente a las situaciones particulares de las personas mayores, y en general de las personas que sólo tienen ciertas discapacidades, ya que pueden tener importantes deficiencias en ciertos ámbitos, pero no en otros. Todo ello desaconseja, desde el punto de vista personal y anímico, un procedimiento judicial muy doloroso y hasta traumático para el incapaz y su familia, pero al que a veces se ven abocados, para resolver problemas patrimoniales de trascendencia (v. gr., venta o arrendamiento de inmuebles). Por eso, aunque no existen estadísticas oficiales, se calcula que las incapacitaciones decretadas no llegan ni al 10 por 100 de las que tendrían que producirse (14). Frente a estos inconvenientes derivados generalmente de la rígida regulación de la tutela, podemos señalar que los poderes preventivos permiten mantener el ámbito de protección de la persona mayor dentro de su familia o en el entorno en que ya se venía desarrollando.

En conclusión, constituyen un régimen de protección privado basado en la voluntad del sujeto que permite resolver, de acuerdo con el deseo del interesado, los problemas derivados de la reducción o desaparición de su capacidad de autogobierno; de modo que podemos decir que es una importante alternativa a la tutela para las personas que ven como pierden gradualmente su capacidad. Esto no quiere decir que el apoderamiento preventivo constituya la solución de todos los inconvenientes que plantea la tutela, ni, en absoluto, que constituya un instrumento eficaz que la sustituya, sino que, en algunos casos, que el propio interesado valorará, se puede utilizar este importante medio que el Derecho pone a su alcance para que, en atención a sus circunstancias, pueda adoptar las medidas más adecuadas. Puede ser especialmente adecuado cuando se inicia una pérdida progresiva de capacidad si en ese momento la falta de capacidad le impide actuar, y quizá no sea aconsejable acudir a una incapacitación, pero han de realizarse urgentemente ciertas actuaciones en defensa de sus intereses. También puede ser aconsejable en los supuestos de pérdida transitoria de capacidad. En estos casos puede, por ejemplo, otorgar un poder para vender un bien

---

(13) Vid. FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F., «La autotutela», en *La protección jurídica del discapacitado*, SERRANO GARCÍA (COORD.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 60 y sigs.

(14) MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, pág. 656.

en caso de que sea necesario para atender a los gastos ocasionados por su enfermedad, constituir una hipoteca, comprar o vender acciones, dar en arrendamiento bienes inmuebles, etc. (15).

En contra de la admisión de los apoderamientos preventivos, tal como los configura la ley, se alegan tres razones (16): en primer lugar, escapan totalmente al control judicial; en segundo lugar, dejan al poderdante incapaz totalmente desprotegido frente a terceros ya que, a pesar del poder, podrá concluir negocios jurídicos perjudiciales cuya validez se va a presumir, y en tercero, impiden la impugnación *a posteriori* de los actos realizados por el representante, alegando la incapacidad del representado, ya que al preverse expresamente esta contingencia en su otorgamiento, se excluye tal posibilidad.

En relación a la primera razón creo que puede ser entendida, ciertamente, como un defecto del sistema admitido por nuestro legislador, pero también como una ventaja. Si la intención del legislador ha sido precisamente potenciar la autonomía de la voluntad del individuo y evitar el intervencionismo judicial, a mi juicio, más que un inconveniente, la exclusión del control judicial en los poderes *ad cautelam* constituye una nota a su favor. Por otra parte, y dentro del marco de la autonomía de la voluntad, el propio interesado puede poner cualquier tipo de control que estime conveniente para salvaguardar la protección de sus intereses en la actuación del representante. Por tanto,

---

(15) SERRANO GARCÍA («Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, octubre-diciembre de 2004, núm. 52) considera que puede ser útil para la fase intermedia entre la aparición de la dificultad o imposibilidad de autogobierno y el momento final de declaración de incapacitación y nombramiento de tutor. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (*ob. cit.*, pág. 424) también señala certeramente que «los poderes preventivos vienen a enfrentar esas situaciones de incapacidad que se van produciendo de una manera gradual en el sujeto hasta acabar convirtiéndose en causa de incapacitación; también pueden servir para hacer frente a situaciones transitorias de pérdida de capacidad que inhabiliten temporalmente a la persona para su autogobierno (por ejemplo, situaciones temporales de depresión profunda) impidiéndole atender asuntos que no admitan demora sin perjuicio grave (por ejemplo, necesita urgentemente contestar a una demanda, o tomar dinero a préstamo para hacer algún pago, o vender una propiedad, o hacer en plazo sus declaraciones a la Hacienda Pública, etc.). Obviamente, los poderes preventivos pueden servir también para soslayar los duros y enojosos trámites del proceso de incapacitación». Por el contrario, PEREÑA VICENTE («La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, núm. 665, año XXVIII, 6 de marzo de 2007, pág. 1867) considera que «aunque el apoderamiento preventivo puede ser útil en la gestión de intereses puntuales, especialmente patrimoniales, no es la mejor manera de proteger a la persona incapaz, porque debemos tener en cuenta que, a pesar del poder, el mandante puede seguir actuando, y si no está judicialmente incapacitado, se presume que tiene capacidad...». Como ya apunto en el texto, no creo que un apoderamiento de este tipo tenga como pretensión ser la mejor manera de proteger al incapaz. Pero tampoco considero que, en todos los supuestos lo sea la incapacitación, como lo demuestra el hecho de que no se solicite en la mayoría de los casos. El artículo 1.732 del Código Civil pone a disposición de cualquier persona con plena capacidad la posibilidad de otorgar un poder de este tipo, pero sin excluir la posible declaración de incapacitación.

(16) PEREÑA VICENTE, M., *loc. cit.*

no es que no exista ningún tipo de control sobre los poderes a que nos estamos refiriendo, sino que no existe ningún control impuesto por la ley, pero queda a salvo la libertad del interesado para establecer el control que estime pertinente. En este sentido me parece trascendental la labor de los Notarios a la hora de aconsejar este tipo de medidas. Además, no olvidemos que siempre se puede instar la declaración de incapacitación por cualquiera de las personas legitimadas para ello.

En cuanto a la segunda nota contraria a los poderes preventivos, considero que no es un inconveniente de éstos, sino una consecuencia de la incapacidad no declarada judicialmente, y a la que los poderes *ad cautelam* no aportan ni quitan nada. El incapaz puede concluir negocios perjudiciales cuya validez se va a presumir, haya otorgado un poder de este tipo o no lo haya hecho.

Finalmente, en cuanto al tercer inconveniente apuntado, comparto la consideración de la dificultad de impugnar los actos del representante alegando la incapacitación, ya que desde el momento en que el interesado ha otorgado este tipo de poder, ha excluido la alegación de tal causa de extinción del poder. Sin embargo, esto no excluye que si el representante ha obrado dentro de los límites del poder pero en contra de los intereses del representado o no sigue las instrucciones dadas, el negocio representativo sería válido, pero el representante debería responder frente al representado. Sí se podría impugnar si el negocio perjudicase al representado y el tercero fuera consciente del abuso. Si lo que ha existido no es abuso de poder sino que el representado ha actuado sin poder bastante, el negocio sería ineficaz para el representado, salvo ratificación posterior. Y todo ello siempre que se solicitase antes la incapacitación, ya que entonces el juez podría revocar el poder y nombrar tutor, siendo éste quien podría exigir al representante la consiguiente responsabilidad (17).

#### IV. FORMA DEL PODER PREVENTIVO

El artículo 223.2 del Código Civil, que contempla la autotutela, exige el documento público notarial para que una persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, adopte cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Este tipo de documento se comunicará de oficio por el notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado (art. 223.3 CC). Por lo tanto, la única vía posible para formalizar la autotutela es el documento público.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en

---

(17) Vid. *infra* VIII.

materia de información y documentación clínica (18), exige la forma escrita para el llamado testamento vital, documento de últimas voluntades o documento de instrucciones previas, que es la institución mediante la cual una persona expresa las instrucciones relativas a los cuidados y tratamientos de su salud que quiere que se sigan cuando no se encuentre en condiciones de expresarla personalmente, pero también impedir que se le aplique cualquier tipo de eutanasia activa o pasiva, indicando que se agoten todas las posibilidades acordes con el estado de la ciencia (19). En dicho documento también se puede nombrar un representante que sirva de interlocutor válido con el médico o el equipo sanitario, para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. El destinatario del documento es el médico y es a él a quien corresponde interpretar y cumplir las instrucciones de otros profesionales que participen en las actuaciones asistenciales, así como de las comisiones o Comités de Bioética, siendo los Servicios de Salud los encargados de regular el procedimiento que garantice el cumplimiento de la voluntad declarada por el paciente (20). Además se prevé la creación en el Ministerio de Sanidad y Consumo del Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

---

(18) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 11: «1. *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.* 2. *Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.* 3. *No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.* 4. *Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.* 5. *Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de Instrucciones Previas, que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud».*

(19) SEUBA TORREBLANCA, J. y RAMOS GONZÁLEZ, S., «Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica», en *Indret*, pág. 10.

(20) BERROCAL LANZAROT, A., «El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 2004, pág. 117.

Existe una gran similitud entre los poderes preventivos y estos documentos: tanto aquél donde se nombra al propio tutor como el de instrucciones previas, pues todos ellos recogen la voluntad de una persona capaz para el supuesto de que, en un momento determinado, carezca de capacidad de autogobierno que le impida expresarse válidamente. En la autotutela, una persona con capacidad de obrar suficiente, manifiesta su voluntad en cuestiones relativas a su persona y bienes para el caso de que llegue a ser incapacitada judicialmente, y puede designar a un tutor. En el caso del documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos médicos que se le deben aplicar en caso de que se encuentre en un estado que le impida expresarse personalmente, y además puede nombrar un representante para procurar el cumplimiento de tales instrucciones. Y en ambos casos se trata de actos formales. Sin embargo, y a pesar de las importantes razones que abonan la conveniencia de la documentación pública del poder preventivo —constituye la mejor manera de asegurar la certeza de su otorgamiento y de procurar el control de la capacidad del poderdante y del perfecto conocimiento por éste del objeto y alcance de su actuación—, el artículo 1732.2 del Código Civil no exige forma determinada para el mandato otorgado en previsión de incapacitación. Por ello debemos acudir al artículo 1.710 del Código Civil, relativo a las formas de celebración del contrato de mandato, que la doctrina y la jurisprudencia estiman aplicable a la concesión del poder de representación. En base a dicho precepto podemos decir que hay dos formas de apoderamiento: expresa y tácita. La primera puede ser pública o privada, y esta verbal o escrita. Si se otorgan al apoderado facultades para «transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesitará mandato expreso» (art. 1723.2 CC). En definitiva, y salvo que exista norma en contrario, rige el principio de libertad de forma y por lo tanto, el apoderamiento no precisa forma específica (21).

La documentación del poder puede hacerse por voluntad del poderdante o para cumplir la ley cuando se impone una forma determinada. A tenor del artículo 1280.5.º del Código Civil deben constar en documento público: el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos, los especiales que deban presentarse en juicio, el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado a que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero. Este precepto se haya modalizado por el artículo 1.279 del Código Civil, que permite llenar aquella forma, no afectando la misma, en opinión de la mayoría de la doctrina, a la validez del negocio en cuestión, salvo en los casos en que la ley exija expresamente la

---

(21) Como señala Díez PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, pág. 149): «el problema del negocio de apoderamiento no es, en línea de principio, un problema de forma, sino un problema de prueba».

forma solemne. Para algunos autores, la eficacia de la forma en este caso es *ad probationem*, de manera que el representante no podrá acreditar de otro modo su condición de tal ante los terceros o ante los funcionarios que por razón de su cargo deban intervenir o ser destinatarios de la acción representativa. En consecuencia, los terceros o los funcionarios podrán alegar, al menos en vía de principio, que no les consta la existencia del poder y que, por consiguiente, no pueden admitir la eficacia del acto como acto del representado. La negativa a admitir la eficacia del acto a causa del defecto formal del poder no estaría justificada si con anterioridad el tercero había admitido la existencia de la representación. En tales casos existe una confesión o un *factum proprium* con el cual no es posible ponerse en contradicción. Otros autores (22), por el contrario, estiman que la forma establecida por el artículo 1.280 del Código Civil no se exige para la validez del negocio ni tampoco para permitir que el negocio pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita (*ad probationem*) sino para permitir que los interesados puedan compelerse a hacer constar en la forma exigida el acto de que se trate, que en este caso es el poder.

Un caso particular es el relativo al poder para contraer matrimonio, en que el documento público tiene el valor de forma *ad solemnitatem*, pues así lo exige el artículo 55 del Código Civil al referirse a la necesidad de «poder especial en forma auténtica». En este supuesto no tiene cabida los poderes preventivos, pues el matrimonio es un acto personalísimo; por eso el apoderado no es verdadero representante sino un *nuntius*.

También se considera forma *ad solemnitatem* la exigencia de documento público para los poderes generales para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio. A juicio de Díez PICAZO (23), aunque a primera vista el requisito del documento público parece ligado a la generalidad del poder, el resto del inciso denota con claridad que la forma se impone para todo poder que deba ser utilizado ante un órgano jurisdiccional. Por tanto, cualquiera que sea su alcance —general o especial—, la naturaleza de la actuación —proceso contencioso o acto de jurisdicción voluntaria— y el carácter o cualidad con que se deba intervenir. Normalmente, el poder deberá constar en escritura pública. Excepcionalmente, cabe también que la representación sea conferida a través de otro cauce formal (v. gr., por acta o ante el propio órgano jurisdiccional).

El apartado quinto del artículo 1.280 del Código Civil se refiere a la constancia en documento público de los «*poderes para administrar bienes*». Según la opinión mayoritaria, únicamente se comprenden los poderes generales para administrar toda clase de bienes del poderdante, es decir, la clásica

(22) Entre otros, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, t. I, 16.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, pág. 819; LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *ob. cit.*, págs. 293 y 294.

(23) *Ob. cit.*, pág. 147.



*procuratio omnium bonorum*, y no cuando se trata de administrar bienes concretos y determinados (24). En este caso, la forma del poder de administración no tiene carácter constitutivo, sino que se trata de un supuesto integrado plenamente en el principio de libertad de forma. La exigencia del documento público encuentra su fundamento en la necesidad de informar fehacientemente al tercero que va a contratar con el representante del carácter con el que actúa, así como precisar los límites de la vinculación del poderdante a la actividad de aquél. De esta manera, el poderdante puede oponer al tercero que contrate con el apoderado las limitaciones expresadas en el poder, aunque dicho tercero no las conociera. Ahora bien, la facultad del poderdante para oponer esta limitación al tercero es muy limitada, sobre todo en el ámbito de la contratación mercantil mediante representante (25).

En cuanto al poder que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, se entiende referido a los supuestos en que el negocio representativo ha de documentarse en escritura pública, ya sea por imperativo legal o por voluntad de las partes. En este caso, la exigencia del documento público encuentra su fundamento en la fehaciencia y la estructura misma del documento notarial (26).

El último inciso del artículo 1280.5.º del Código Civil dispone que deben constar en documento público los poderes que hayan de perjudicar a terceros. Esta expresión parece que debe interpretarse en relación con el acto que podrá realizar el apoderado como consecuencia del apoderamiento, siempre que el tercero no lo hubiere aceptado y cuyo efecto determine, en su esfera jurídica, la necesidad de repeler una pretensión dirigida contra él, respecto de la subsistencia, conservación o extinción de un derecho del que el tercero sea titular.

Cabe también el apoderamiento tácito, esto es, aquel en que la declaración de voluntad de apoderar se deduce de hechos concluyentes del poderdante: palabras, actitudes o comportamiento que, interpretados en un contexto determinado de relaciones, revelan inequívocamente la voluntad de apoderar. La mayor dificultad que se plantea en este caso gravita sobre la interpretación de tales hechos concluyentes: cabe, de acuerdo con la tesis subjetiva, buscar fundamentalmente la voluntad del poderdante, o bien, siguiendo la tesis objetiva, valorar esos hechos y actitudes para sacar la conclusión pertinente, desde la perspectiva de las personas ante quienes se han producido o a quienes iban dirigidos, y para las cuales racionalmente podían o no significar voluntad de apoderamiento. La doctrina (27) considera preferible la segunda

---

(24) Díez Pícazo, L., *ob. cit.*, pág. 148; Cámara Álvarez, M.; Lora Tamayo, I. y Bolas Alfonso, J., «La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional», en *RDN*, julio-diciembre de 1989, pág. 68.

(25) Reglero Campos, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII-1.º - B. Albaladejo (dir.), Edersa, Madrid, 1993, pág. 763.

(26) Díez Pícazo, L., *ob. cit.*, pág. 148.

(27) Lacruz Berdejo, J. L. y cols., *ob. cit.*, pág. 319.



tesis, teniendo en cuenta la seguridad del tráfico jurídico y la protección de los terceros, amén de los principios de responsabilidad y de confianza en relación con las declaraciones de voluntad.

Lo importante en estos casos es la conducta o comportamiento del *dominus*, que puede ser positivo o negativo. Existe un comportamiento positivo cuando aquél es el creador de la situación cuestionada, o cuando con anterioridad y reiteradamente ha autorizado a la misma persona para llevar a cabo negocios de la misma especie frente al mismo tercero (v. gr., ha puesto al frente del establecimiento mercantil a un dependiente o el doméstico que diariamente acude a un establecimiento para el consumo ordinario de la familia, respectivamente). Por el contrario, existe un comportamiento negativo cuando la situación representativa deriva de la tolerancia del *dominus* (28). La cabida del apoderamiento tácito en el caso de quien ha perdido su capacidad en base a hechos realizados antes de dicha pérdida me parece muy dudosa y en caso de admitirse debe tener un campo muy limitado, pues en este caso el *dominus* ya no puede manifestar su voluntad de revocación y no existe ningún control.

Siguiendo la regla general de los apoderamientos voluntarios, que no están sujetos a inscripción en ningún Registro (art. 284.3 RRC), en la Ley 41/2003, de 11 de noviembre, no se prevé la inscripción de los apoderamientos preventivos en el Registro Civil, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 223 del Código Civil para la autotutela (29), o del documento de instrucciones previas, que se inscribirá en el Registro nacional de instrucciones previas dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo. En la proposición «relativa a la regulación del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad» que el Grupo Popular envió al Ministerio de Justicia, a los efectos de su posible consideración en el marco de los estudios que estaba realizando la Comisión General de Codificación sobre Protección de los Discapacitados, se preveía la creación de un Archivo de Voluntades Anticipadas, de Autotutelas y Poderes Preventivos, a cargo del Consejo General del Notariado, al que el Notario autorizante de la correspondiente escritura pública debería enviar de oficio una comunicación. Este Archivo no sería público y únicamente facilitaría los datos inscritos al juez que conociese de un proceso de incapacitación. Sin embargo esta proposición no se llevó al Proyecto de Ley que dio origen a la Ley 41/2003. La cuestión de la publici-

(28) Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. I, Tecnos, Madrid, 11.ª ed., 2003, reimp. 2004, pág. 562.

(29) No ocurre así en el Código de Derecho de Familia de Cataluña, que prevé su inscripción en el Registro de Nombres Tutelares no Testamentarios. Este Registro se denominó inicialmente Registro de Tutelas y Autotutelas y fue creado por la Ley 11/1996, de 29 de julio, por la que se modificó la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, denominación que se sustituyó por la actual en la Disposición Adicional de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña.

dad de los apoderamientos que estudiamos, tan importante para conocer su existencia, se contempla en el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. En él se añade un nuevo artículo 46.ter, que prevé que el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante, las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante. En definitiva, nuestro legislador estatal ha optado por el Registro Civil para dar publicidad a los poderes preventivos, y recordemos que tiene competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8.º CE).

La cercanía de los poderes preventivos con la autotutela plantea diversos interrogantes (30). El artículo 1.732 del Código Civil se refiere a la subsistencia del mandato a pesar de la «*incapacitación sobrevenida*» del mandante, siempre que se hubiera dispuesto por éste, o al otorgado para el caso de «*incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*». Y el artículo 223 del Código Civil, que acoge la autotutela, alude a la posibilidad de que una persona «*en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro*» adopte «*cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes*», y entre esas disposiciones puede designar tutor. La incapacitación sobrevenida o incapacidad apreciada de acuerdo con lo expresado por el poderdante a que se refiere el artículo 1.732 del Código Civil puede ser una mera incapacidad de hecho o bien una declaración judicial de incapacidad, pues este artículo lo deja a la libre determinación del mandante. Es decir, el tipo de incapacidad (judicial o de hecho) que determina la continuación del poder o fija el momento a partir del cual comienza su vigencia, es cuestión que depende de lo dispuesto libremente por el poderdante. Si esta interpretación es correcta, como creo, y el supuesto de incapacidad del poderdante previsto por éste es la incapacitación judicial (por ejemplo, nombra un apoderado para que gestione su cartera de acciones y mantenga tal gestión aunque se nombre tutor a otra persona, de forma que la gestión de tales bienes quedan excluida del ámbito de funciones del tutor) se plantea un dilema: ¿estamos ante un

---

(30) Como señala PÉREZ DE VARGAS (*ob. cit.*, pág. 434): «es evidente que se trata de dos figuras diferentes, como lo pone de manifiesto que la una tiene por objeto el nombramiento de un representante legal (tutor), mientras que los poderes preventivos persiguen el nombramiento de un representante voluntario. Otra posible diferencia sería que mientras la autotutela puede también tener por objeto el nombramiento de un curador (que no es representante legal), en cambio los poderes preventivos siempre tendrán por objeto el nombramiento de un representante (en este caso voluntario)».

caso regido por el artículo 1.732 del Código Civil o por el artículo 223 del Código Civil?, ¿rige el principio de libertad de forma o es necesario el documento público notarial?, ¿sería válido el poder otorgado en documento privado para el caso de incapacidad judicial del poderdante?, ¿cualquier previsión para el caso de incapacidad judicial debe guardar la forma solemne del artículo 223 del Código Civil o rige la libertad de forma que se deriva de los artículos 1.710 y 1.732 del Código Civil? Todas estas cuestiones se resolverían otorgando los poderes preventivos en documento notarial, como de hecho se hace generalmente. De no hacerse así se plantearían importantes problemas, pues la interpretación armónica de estos dos preceptos creo que aconseja entender que las previsiones relativas a la incapacidad judicial deben estar sometidas al artículo 223 del Código Civil y las relativas a cualquier otro tipo de incapacidad de hecho al artículo 1.732 del Código Civil. Realizando cualquier previsión en documento público notarial se evita la impugnación del poder por cuestiones formales y otros problemas como los relativos a la prueba de la fecha y contenido del poder.

#### IV. PODERDANTE Y APODERADO

Ante la falta de una norma específica que exija cierta capacidad para el otorgamiento de un poder preventivo, debemos acudir a las normas generales para el otorgamiento de poderes. De acuerdo con la doctrina más extendida, el poderdante precisa, para otorgar el poder, la misma capacidad que se exige para llevar a cabo personalmente el acto o negocio para el que lo otorga, y por tanto, necesita también de los mismos complementos que necesitaría para celebrar el negocio representativo. Otros autores, por el contrario, consideran que tal complemento no es necesario para otorgar el poder. Una persona puede, por sí sola, conceder el poder para realizar actos que realizados por él necesitarían para su validez el consentimiento de otro. Pero cuando el apoderado vaya a realizar tales actos representativos, necesita el consentimiento que proceda si los hubiese celebrado personalmente el poderdante (31). Por ejemplo, el menor emancipado puede, por sí sólo, conceder poder para que el representante venda sus bienes inmuebles, pero necesita el consentimiento de sus padres o del curador (art. 323 CC) no al otorgar el poder, sino cuando se celebre la venta que en uso del poder realice el representante. La capacidad del poderdante deberá ser apreciada por el Notario autorizante, si el otorgamiento se hace en forma notarial (art. 167 RN). Las reglas para tal apreciación deberían ser las mismas que se aplican para cualquier otro poder o un testamento (art. 665 CC).

---

(31) ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 808.

En cuanto al apoderado, puede serlo cualquier persona física o jurídica. A efectos de recibir apoderamiento, las normas sobre capacidad de obrar son las generales, salvo que se admite la capacidad del menor emancipado, incluso para aquellos actos que, si fuesen para él, requerirían de asistencia de otras personas (padre, curador) o la mayoría de edad (art. 1.716 principio), y la de quienes tienen limitada su capacidad, con tal que el negocio representativo pudiesen realizarlo para sí (32). Normalmente se dará una relación de confianza entre poderdante y apoderado, que en este caso, por las especiales circunstancias innatas al mismo —apoderamiento para el supuesto de falta de capacidad del poderdante, y no como ocurre en el poder ordinario, de capacidad del poderdante durante la vigencia del poder— mayor que la que se da en un poder normal. Es posible que coincida la persona del apoderado con la del designado tutor en caso de autotutela, y puede también coincidir con el representante del enfermo (que normalmente será un discapacitado de hecho) para el caso de tratamientos médicos en el ámbito del documento de instrucciones previas.

Si el poder se refiere al cuidado personal del poderdante para el caso de pérdida de capacidad y el apoderado es una persona jurídica, quizá habría que tener en cuenta la limitación del artículo 242 del Código Civil que dispone: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados». Ahora bien, si el contenido del poder sólo contempla la administración de sus bienes, quizá sea admisible otorgarlo en favor de una persona jurídica con ánimo de lucro (v. gr., una sociedad de gestión de activos financieros, para que pueda seguir invirtiendo el dinero del poderdante tal como ha venido haciéndolo antes). En este caso me parece especialmente importante prever en el mismo poder un eficaz sistema de control de la actividad del apoderado.

## VI. MOMENTO DESDE EL CUAL EL PODER HA DE DESPLEGAR SUS EFECTOS

Sobre esta cuestión han de distinguirse dos supuestos: 1.º Si se ha dispuesto que el poder continúe a pesar de la incapacidad sobrevenida del poderdante, el poder despliega sus efectos desde el momento del otorgamiento —salvo que exista otro tipo de previsión—, y una vez sobrevenida la incapacidad del poderdante, se mantiene su vigencia. Por tanto, si el poderdante no hace esta previsión, el poder se extinguirá por esa causa. 2.º Si el poder se ha otorgado para el caso de incapacidad sobrevenida del poderdante, hasta que no tenga lugar ese hecho, no será eficaz el poder.

---

(32) ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 811.

Cabe cuestionarse si la incapacidad a que se refiere el artículo 1732.2 del Código Civil es incapacitación judicial o natural. Algún autor se ha manifestado a favor de entender que tal precepto se aplica sólo a los judicialmente incapacitados (33), tal como se deriva de la misma Exposición de Motivos de Ley 41/2003, de 18 de octubre, que se expresa en los siguientes términos: «Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1.732 del Código Civil, con objeto de establecer que la *incapacitación judicial* del mandante, sobrevinida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación...» (34). Sin embargo, a mi juicio, la referencia del párrafo 2 del artículo 1.732 del Código Civil a la «*incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*», y la finalidad de la norma —permitir que sea el sujeto quien, en uso de la autonomía de la voluntad, decida sobre su futuro, con las limitaciones que se derivan de la misma protección de los incapaces y que pueden dar origen a la constitución de la tutela—, nos permiten entender que el momento en que se inicia la eficacia del poder queda supeditado a lo dispuesto por el poderdante. A este argumento cabe añadir el texto del artículo 223.2 del Código Civil, relativo a la tutela y modificado también por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que contempla la posibilidad de que una persona adopte cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor en previsión de ser «*incapacitada judicialmente*» en el futuro. En este caso es evidente la necesidad de que el hecho a que se somete la eficacia del documento de autotutela sea la incapacitación judicial. Sin embargo creo que en el caso del poder no ha de ser así necesariamente.

En cuanto al hecho de que la Exposición de Motivos se refiera a la «*incapacitación judicial*» debemos destacar, por una parte, su imprecisión, pues parece que va a referirse a cualquier supuesto de mandato preventivo, como creo que debería haber hecho, pero luego sólo se refiere a uno de ellos: al que prevé su subsistencia a pesar de la incapacitación sobrevinida del mandante, pero no al celebrado precisamente para el supuesto de incapacidad del mandante. Por otra parte, las Exposiciones de Motivos sólo tienen valor interpretativo, es decir, constituyen un elemento que ha de usarse para hallar el verdadero sentido de la norma en sí. En este sentido, la STS de 14 de octubre de 1965, cuya doctrina recogen la de 19 de abril de 1971 y 22 de marzo

(33) SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, núm. 25, octubre-diciembre de 2004, pág. 257; REPRESA POLO, P., en DÍAZ ALABART y otros, *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuatur, 2004, pág. 200; SEDA HERMOSIN, M. A., «El Proyecto de Ley de Patrimonio Especialmente Protegido. Su incidencia y límites como instrumento de garantías para el futuro de las personas con discapacidad. Las reformas del Código Civil planteadas. La autotutela», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Fundación Aequitas, 2004, pág. 174.

(34) La cursiva es mía.

de 1965, entre otras, dice en su considerando tercero que «todas las exposiciones de motivos de los textos legales son un elemento importante que ayuda a las tareas interpretativas en cuanto contienen opiniones personales muy respetables por venir de alguien que estuvo en íntimo contacto con la obra legislativa, pero que carecen de fuerza vinculante que sólo puede tener la misma ley una vez aprobada, a la que deberá darse total preferencia en caso de discrepancia entre ambas, según precisó la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 25 de febrero de 1943».

En consecuencia, el hecho que determina el momento en que ha de despegar sus efectos el poder —o mantenerse— sólo habrá que entenderlo referido a la incapacidad judicial cuando esa sea la voluntad del representado. Pero si el poderdante así lo expresa, puede referirse sin más a una situación de incapacidad de hecho, sin que medie una declaración judicial (35).

Si el apoderamiento se ha previsto precisamente para el caso de incapacidad del representado, esta incapacidad actúa como condición suspensiva de la eficacia del poder. Sobre esta cuestión nos parece que el hecho de padecer una enfermedad degenerativa no implica que el apoderamiento esté sujeto a termino y no a condición, ya que los avances de la ciencia médica son imprevisibles y pueden permitir que no llegue a producirse la situación de incapacidad que, en momento determinado, puede parecer irremediable (36).

En cuanto al modo en que se acredita esa incapacidad, lo más conveniente sería quizá que en el mismo poder se determinase el condicionamiento a un dictamen pericial. El problema surge cuando el poderdante no establece cómo ha de ser apreciada su incapacidad para que cobre eficacia el poder. Otros ordenamientos, como el quebequés, establecen un control judicial, o en el caso del Derecho inglés, se somete a la decisión del mandatario (37). Ante el silencio de nuestra ley, me parece importante destacar la labor que desempeñarán los Notarios a la hora de asesorar sobre la determinación de esta cuestión, en orden a evitar conflictos sobre la interpretación de la voluntad del poderdante. Así se ha propuesto la posibilidad de redactar una cláusula en el contrato en que el mandante requiriera al notario a no entregar el poder al mandatario, sino en el caso en que éste le entregase un certificado médico en el que constase que, efectivamente, el mandante sufre una alteración de sus facultades mentales. Naturalmente, se presupone la voluntad del mandatario de «instar» la efec-

---

(35) Así lo entiende también PÉREZ DE VARGAS (*ob. cit.*, pág. 429), quien afirma: «es cierto que el artículo 1732.3.º del Código Civil se aplica a los judicialmente incapacitados (...) Pero no sólo a éstos; también tendrá aplicación *«para el caso de incapacidad [no confundir con incapacitación] del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste»*.

(36) MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, pág. 657.

(37) ARROYO I AMAYUELAS, E., *ob. cit.*, págs. 36 y 37; JIMÉNEZ CLAR, A., «Un sistema de autotutela mediante apoderamiento preventivo: Los *enduring powers of Attorney*», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 8, septiembre de 2003, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

tividad del mandato, pues se entiende que estamos ante un encargo que es de confianza (38). En cualquier caso habrá que aplicar las normas sobre interpretación de las declaraciones de voluntad, teniendo en cuenta el principio de autodeterminación del poderdante que preside esta materia, y únicamente en último término, deberá acudir a la autoridad judicial.

También cabe plantearse si es necesario que estemos ante una persona discapacitada de acuerdo con el concepto definido en el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 41/2003, según el cual, a los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

El artículo 13 de la Ley 41/2003, que introduce una nueva Disposición Adicional en el Código Civil, establece que la referencia a las personas con discapacidad que se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041 del Código Civil hay que entenderla referida a la definición que da el artículo 2 de dicha ley. Por tanto ese concepto no afecta a todos los preceptos de la Ley 41/2003, y entre los afectados no se halla el artículo 1.732 del Código Civil. En consecuencia, a mi juicio, y salvo que así lo haya establecido el poderdante, no será necesario encontrarnos ante un discapacitado en el sentido utilizado por el citado artículo 2. Basta hallarse en una situación de discapacidad, pero no es necesaria, salvo que así lo disponga el representado, la declaración de discapacitado a que se refiere tal precepto.

## VII. OBJETO Y CONTENIDO DEL PODER

Por su objeto, el apoderamiento puede ser general o especial (art. 1.712 del Código Civil). Es general cuando comprende la generalidad de los asuntos o cosas del poderdante, y especial cuando se confiere para asuntos o recae sobre cosas determinadas. Dado que no hay ninguna limitación para el apoderamiento preventivo, a mi juicio, comprende cualquiera de estos dos tipos.

El ámbito a que se puede extender la representación otorgada mediante un poder preventivo es libre y creo que coincide con el de la representación voluntaria sin ningún tipo de límite: puede referirse a la esfera personal o patrimonial del poderdante, o ambas cosas, teniendo en cuenta que queda excluida la representación para los actos personalísimos, como contraer matrimonio u otorgar testamento. En definitiva, comprende todo el campo de la autonomía de la voluntad.

---

(38) ARROYO I AMAYUELAS, E., *ob. cit.*, pág. 44.



La extensión de las facultades del representante depende de la voluntad del representado, teniendo en cuenta que el primero no puede traspasar los límites del poder (art. 1.714 CC), y dichos límites no se considerarán traspasados si el poder fuese cumplido de una manera más ventajosa para el poderdante que la señalada por éste (arg. art. 1.715 CC).

Si el contenido es personal podrán contenerse temas como el internamiento o instrucciones al apoderado sobre los cuidados y tratamientos médicos que se deban aplicar al poderdante para el caso de pérdida o disminución de su capacidad, e incluso el apoderado puede tener entre sus atribuciones la de representante del enfermo que actúe como interlocutor con el equipo médico que en su día pueda asistir al poderdante para procurar el cumplimiento de esas instrucciones. Como este contenido coincide con el del documento de instrucciones previas, creo que podrá instarse su inscripción en el Registro Nacional de Instrucciones Previas a que se refiere la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Entre las atribuciones otorgadas al representante voluntario puede estar la de emitir el consentimiento informado a que se refieren los artículos 8, 9 y 10 de ese mismo texto legal.

Si se designan varios apoderados, deberá señalarse su régimen de actuación: simultáneo o sucesivo y solidario o mancomunado. Por ejemplo, se pueden otorgar poderes recíprocos entre los cónyuges y subsidiariamente, en caso de muerte o pérdida de capacidad del otro cónyuge, un poder mancomunado a favor de todos los hijos.

Para cualquier acto de riguroso dominio, dice el artículo 1713.2 del Código Civil, se necesita mandato expreso. La jurisprudencia ha venido reconociendo insistentemente que esto no significa que no sea tácito, sino que la atribución de la facultad de realizar este tipo de actos sea específica o que haya seguridad de que se ha querido conferir, quedando así excluida la posibilidad de su atribución mediante apoderamiento concebido en términos generales (39).

Si se trata de un poder ordinario en que se expresa su vigencia a pesar de la incapacitación del poderdante, hemos de tener en cuenta que si el poder se da a efectos de administración, la prórroga no da la posibilidad de disponer (art. 1.713 CC); y si se dio la facultad de disponer, la prórroga también lo mantiene, pues no se modifica, salvo previsión expresa en contrario, el contenido del poder que ya existía.

---

(39) En este sentido —señala ALBALADEJO (*ob. cit.*, pág. 812)— de la sentencia de 18 de diciembre de 1973 se sigue que la concesión del poder especial o específica para hacer cierta cosa no ha de ser realmente una concesión específica de la facultad de hacerla, es decir, otorgamiento *en particular* de la facultad de hacer esa cierta cosa, sino a que, basta que sea concesión de poder que la *alcance* o *englobe* de forma segura, de manera que, aun sin mencionarla en concreto, quede comprendida en las facultades que se confieren al representante. No se trata sólo de otorgamiento de poder singular para el acto que sea, sino también de aquél que, aun no siendo específico para ese acto, hay seguridad de que realmente lo comprende.



No se prevé ningún tipo de control sobre el apoderado, por lo que no hay más control que el previsto por el propio poderdante, el que se deriva de la condición de administrador que, cuando así se dispone, puede tener el apoderado con las obligaciones que ello conlleva, como es la de rendir cuentas, y el relativo a la posibilidad de que las personas que señala el artículo 757 LEC promuevan la declaración judicial de incapacidad. En este caso el juez, en su resolución, puede optar por poner fin al poder, o bien mantenerlo. Entonces puede ser el tutor, posteriormente, quien inste del juez la finalización de la vigencia del poder.

Como ya he señalado anteriormente, me parece correcto que no se imponga de modo obligatorio un control judicial, pues lo contrario sería imponer el intervencionismo judicial, que es precisamente lo que se trata de evitar. Nadie como el interesado para saber a quién otorga el poder, qué actos le faculta para realizar y si debe o no ser sometido a un control particular. Por eso podemos calificar este supuesto, no ya confianza, sino de máxima confianza (*uberrimae bonae fidei*), pues el poderdante carece de control directo sobre la actividad del apoderado y carece también de la posibilidad de revocación. Por todo ello creo muy conveniente prever algún tipo de control, que quizá pueda desarrollarse en el mismo ámbito familiar. Por ejemplo, si el poder se otorga a favor de varias personas (por ejemplo, cónyuge e hijos o hijos únicamente) que su actuación sea mancomunada o la necesidad de autorización de un asesor externo, nombrado en el poder, para realizar cierto tipo de actos. Quizá haya supuestos en que el poderdante estime conveniente la constitución de un órgano similar al Consejo de tutela regulado en los artículos 226 a 230 del Código de Familia catalán. De acuerdo con estos preceptos se constituirá tal órgano en la tutela deferida por la persona interesada o por su padre o su madre y debe ser formalizado por el Juzgado. Su función consiste en velar por el buen desarrollo de la tutela, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial y, con esta finalidad, la persona que ostente su presidencia, debe mantener una relación regular con quien ejerce la tutela y, en su caso, con el titular de la administración patrimonial, resolver los desacuerdos entre tutores, si hay varios, y entre el tutor y el administrador patrimonial, y otorgar las autorizaciones previstas en los artículos 212, 215.2 y 219, que sustituyen a la autorización judicial. El Consejo de tutela debe ser oído por el juez en todos los casos en que es necesaria la audiencia del titular de la tutela o de la persona tutelada, y puede dirigirse al mismo en solicitud de las medidas que crea adecuadas para el buen desarrollo de la tutela, incluida la remoción del tutor o del administrador del patrimonio.

Si el poderdante fijó límites y dio ciertas instrucciones al apoderado, éstas se mantienen, y si hay instrucciones que por la situación del mandante ya no son útiles, quizá sea conveniente entender con gran cautela que, siempre que se actúe dentro de los límites del poder, hay una modificación en beneficio

del poderdante, pues sólo así cabe ir adaptándose a las circunstancias si la situación personal, y quizá también patrimonial, ha cambiado. Es un criterio muy extendido en la jurisprudencia de nuestros tribunales que la interpretación de los poderes de representación ha de hacerse de manera exclusivamente literal o gramatical y, en la duda, se opta por una interpretación restrictiva, entendiendo excluido del poder todo aquello que en él no aparezca incluido de una manera expresa y terminante (40). Esta interpretación, tratándose de un poder preventivo, debe estar presidida por la idea de que se trata de un encargo de máxima confianza y por el respeto a la voluntad expresada por el poderdante, para adaptarla a la situación a la que se va a aplicar.

#### VIII. LA VALIDEZ DEL NEGOCIO CONCLUIDO EN REPRESENTACIÓN. EL PROBLEMA DE LA INCAPACIDAD DEL PODERDANTE ANTES DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

Entre los sujetos que intervienen cuando se da el fenómeno representativo (representante, representado y tercero) surgen dos tipos de relaciones: la relación entre representante y representado, que llamaremos relación jurídica representativa, y la relación entre representado y tercero, que surge del negocio representativo celebrado por el representante, en nombre del representado, con el tercero, denominado acto concluido en representación.

Cuando el representante celebra el negocio representativo ha de actuar dentro de los límites del poder (art. 1.714 CC) y según las instrucciones del representado. A falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (art. 1.719 CC). Debe actuar en interés del representado, pues la representación se ejerce en beneficio de éste (arts. 1.715 y 1.719 CC). En caso de actuación dentro de los límites del poder, pero en contra de los intereses que se deben proteger, o en general, no siguiendo las instrucciones del representado, se produce el llamado abuso de poder. Entonces, lo hecho por el representante, siempre que se haya desarrollado dentro de los límites del poder, es válido frente a terceros; pero siendo el representante responsable frente al representado, constituye una justa causa de revocación, aun del poder irrevocable (art. 1692.1 CC) y da lugar a la impugnabilidad del negocio, si perjudica al representado y el tercero con el que aquél lo celebró, actuó de mala fe, es decir, era consciente del abuso (arg. ex art. 1.738 y principio de buena fe). Si se trata de un poder preventivo y existe una situación de coexistencia de la representación legal y la voluntaria porque se ha declarado la incapacidad judicial y nombrado tutor, éste podrá revocar el poder. Pero si el poderdante es un incapaz no incapacitado, nos encontramos

---

(40) Vid. Díez Pícazo, L., *ob. cit.*, pág. 185.

con que no existe ninguna persona legitimada para revocar el poder, ya que el poderdante ha perdido la capacidad de actuar y no puede ni otorgar nuevos poderes ni revocar los otorgados previamente. En este caso posiblemente no quepa más solución que instar el procedimiento de incapacitación por cualquiera de las personas legitimadas (art. 757 LEC), y en la resolución judicial dictada al constituirse el organismo judicial, se podrá poner fin al poder, y el representante legal que se nombre podrá pedir la responsabilidad que proceda al apoderado que abusó del poder.

En relación al negocio concluido en representación es de gran trascendencia determinar en qué medida participan el representante y el representado y sus respectivas voluntades, esto es, si en el acto concluido en representación interviene la voluntad del representante, la del representado o ambas, pues a esa voluntad, y en definitiva, al sujeto que la emite, deberán ir referidas las condiciones de capacidad y la ausencia de vicios de la voluntad.

Para algunos autores, el único que declara una verdadera voluntad negocial es el representado, y el representante es sólo un transmisor de su voluntad. Otros autores, por el contrario, sostienen que la única voluntad relevante en el negocio concluido en representación es la del representante, que es el único que emite la declaración. El representado sólo es el destinatario del interés contemplado en el acto concluido por el representante. Una tercera teoría intermedia mantiene que intervienen y son relevantes tanto una voluntad como la otra. El representado emite su voluntad a través del poder y de esta manera interviene en la formación de la voluntad negocial. El representante emite la declaración de voluntad negocial de acuerdo con el contenido señalado por el representado en el poder. Precisamente la amplitud del poder es determinante para atribuir mayor o menor relevancia a la voluntad de apoderado y poderdante: en la medida en que sean mayores las posibilidades de decisión que se atribuyen al representante, mayor será la relevancia de su voluntad. Finalmente, cabe citar una cuarta teoría que parte de los mismos presupuestos de la última, pero con ciertas matizaciones: ambas voluntades concurren al nacimiento del negocio, pero no en una medida cuantitativamente diferente, según los casos, sino con una función diversa por naturaleza y por cualidad: el representado emite el acto de decisión y su manifestación volitiva constituye el elemento formal de la voluntad negocial, y el representante aporta la voluntad de contenido. Creo, con LACRUZ BERDEJO (41) que de entre las diversas teorías, parece aceptable la última: «El negocio (representativo), que afecte a la esfera jurídica de determinada persona (representado) tiene que contar con la voluntad de ésta de quedar obligado por el mismo. En otro caso quedaría violado el principio fundamental de la autonomía privada, y preterida la idea del negocio jurídico como medio o mecanismo para la autorregulación de intereses: el único que puede «autorre-

---

(41) LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *ob. cit.*, pág. 281.

gular» sus intereses es el propio interesado (representado), sea expresando su voluntad previamente, a través del poder, sea mediante la ratificación. Pero también participa (en el negocio) el representante, de quien procede la declaración de voluntad, y que determina el contenido y efectos negociales dentro del margen de opción y decisión que le haya dejado su principal según los términos del poder».

Partiendo de esta última teoría podemos concluir que el representado ha de tener la capacidad precisa para el negocio concreto de que se trate, mientras que el representante sólo necesita la capacidad de obrar general. Si la ley somete la validez o eficacia de la declaración de voluntad negocial a la concurrencia de ciertas cualidades personales, éstas sólo han de concurrir en el representado, no en el representante, pues el acto no afecta a su esfera jurídica. Por lo que respecta a los vicios de la voluntad, es necesaria su ausencia tanto en la declaración del representante como en la del representado. Algunos autores distinguen entre vicios de la voluntad del negocio de apoderamiento y del negocio representativo, si bien la doctrina dominante entiende que, como representante y representado participan en el negocio representativo con verdadera voluntad negocial, el vicio de la voluntad sufrido por cualquiera de ellos va a determinar su anulabilidad.

La teoría que se mantenga sobre la participación del representante y del representado en el negocio representativo es esencial para considerar si la falta de capacidad del representado en el momento de concluirse el negocio representativo, determina la invalidez del mismo. Esta cuestión era esencial, antes de la reforma, para la admisión o no de la validez de los actos celebrados por un apoderado (generalmente un hijo o el cónyuge) cuando el poderdante se encontraba privado de la capacidad en el momento de celebrar el negocio representativo, dado que no se admitía el otorgamiento del apoderamiento con previsión expresa de subsistencia tras la incapacitación y el artículo 1732.3.º del Código Civil disponía que el mandato se extinguía por la incapacitación del mandante. La cuestión mantiene toda su actualidad para todos los casos de poderes en que no se recoge esta previsión y, a pesar de la incapacitación, siguen siendo utilizados por los representantes en actos con terceros.

Podemos distinguir dos supuestos: que el poderdante ya estuviese incapacitado judicialmente en el momento de la celebración del negocio representativo o que se tratase sin más de una falta de capacidad natural no declarada.

#### A) INCAPACITACIÓN JUDICIAL DEL PODERDANTE

En caso de incapacitación judicial, algunos autores estimaban que, puesto que se aplican al poder por analogía las normas del mandato, no cabe otra

opción que estimar que el poder se extingue en caso de incapacitación del poderdante, pues así se derivaba del artículo 1.732 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Por otra parte, argumentan, como el poderdante, por la incapacitación, queda privado de la posibilidad de revocar el poder, la adecuada protección de sus intereses exige que el poder quede automáticamente extinguido.

Otros rechazaban esta extinción automática, basándose en que en nuestro ordenamiento el alcance de la incapacitación no es el mismo en todos los casos, pues depende de lo que disponga la sentencia de incapacitación. En consecuencia, no habría fundamento para entender que el poder quedaría extinguido en relación a las facultades que el poderdante conserva después de la sentencia de incapacitación (42). Algunos autores incluso mantienen que el poder subsiste de forma latente respecto de las facultades de las que el poderdante incapacitado ha sido privado por la sentencia judicial. El poder no podrá ser utilizado en relación a esas facultades puesto que el apoderado no puede realizar aquello que está vetado a su poderdante, pero en caso de recuperación de la capacidad, el poder mantendría su vigencia sin necesidad de un nuevo otorgamiento (43).

#### B) INCAPAZ NO INCAPACITADO JUDICIALMENTE

En caso de falta de capacidad natural del poderdante que no ha sido declarada judicialmente, hay que distinguir entre la situación del poder, es decir, su subsistencia o no a pesar de la falta de capacidad del sujeto representado, y por otra parte, las cuestiones relativas al negocio representativo, es decir, si es o no eficaz el negocio celebrado por el representante con un tercero cuando, al tiempo de celebrarse éste, el poderdante carecía de capacidad natural para celebrarlo por sí.

Respecto a la primera cuestión, la doctrina predominante consideraba que el poder no se extingue por la incapacidad de hecho sobrevenida del poderdante. Aplicando analógicamente lo que disponía para el mandato el artículo 1732.3.º del Código Civil, entendían que, puesto que este precepto sólo daba por extinto el mandato por la incapacitación del mandante, a *sensu contrario* podíamos entender que el mandato, y por analogía, el poder otorgado por quien sobreviene incapaz de hecho, pero no ha sido judicialmente incapacitado, sigue en vigor. Por lo tanto, es causa de extinción la incapacitación del poderdante declarada judicialmente, pero no la falta de capacidad

---

(42) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *ob. cit.*, pág. 196; en sentido similar, vid. Díez PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 295; MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, pág. 664.

(43) BÁDENAS CARPIO, J. M., *ob. cit.*, págs. 231 y 232.

de hecho del apoderado. Frente a esta postura cabe mantener que uno puede realizar, a través de un representante voluntario, los actos que puede realizar por sí, salvo los personalísimos. En consecuencia, lo que uno no puede obrar por sí, tampoco podrá obrarlo por medio de apoderado voluntario, sí a través de un representante legal, sometido a un fuerte control de Jueces y Fiscales. Por otra parte, la razón de que la incapacitación produzca la extinción del poder no es otra que la incapacitación natural del poderdante, de manera que la incapacitación judicial sólo añade la constatación oficial de dicha incapacidad previa liberando de la carga de la prueba de dicha ineptitud a quienes la esgriman. En este sentido no faltan autores que entienden que la sentencia de incapacitación es meramente declarativa y no constitutiva de la incapacidad. Luego, por analogía *legis*, la regla general ha de ser que los poderes, si no se extinguen por la incapacidad de hecho del poderdante, sí que quedan, al menos, desactivados (44).

a) *Argumentos a favor de la invalidez del negocio representativo*

Sobre la segunda cuestión, se alega a favor de la ineficacia del negocio representativo en caso de incapacidad de hecho del poderdante que, a diferencia de lo que sucede en la representación legal, en que el representante puede realizar aquellos actos que el representado no puede hacer por sí, en la representación voluntaria la validez del negocio representativo está supeditada, en principio, a la capacidad del poderdante para realizarlo por sí en el momento de su celebración, no en el momento de otorgar el poder. También se argumenta que el poder es esencialmente revocable, pues se basa en la confianza del poderdante respecto al apoderado, y si el poderdante sufre una incapacidad que le impide celebrar un negocio, esa misma incapacidad le impedirá revocar el poder, y al carecer de representante legal, porque no ha sido incapacitado judicialmente, nadie podrá revocarlo por él. En consecuencia, el poder es ineficaz por falta de su esencial sustrato jurídico especialmente en los supuestos de una incapacidad provocada por una enfermedad mental continua e irreversible, o una edad avanzada unida a una demencia senil o a una enfermedad de tipo degenerativo, sin posible mejoría (45).

---

(44) MUÑOZ DE DIOS, L., «¿Y si el poderdante deviene incapaz de hecho?», en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2006, pág. 203.

(45) En este sentido, CAMPO GUERRI («La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *RJN*, núm. 34, abril-junio de 2000, pág. 21) considera que una vez que el poderdante deviene incapaz de manera permanente, desaparece la facultad que fundamenta la eficacia del poder, esto es, la facultad de revocarlo. El apoderado no puede seguir actuando, ya que lo que haga en nombre del poderdante es ineficaz. Todo negocio celebrado por el apoderado podrá ser atacado por

También se argumenta a favor de esta tesis que nuestra jurisprudencia sostiene que los actos del incapaz, por ejemplo sus contratos, son nulos de pleno derecho, por falta de uno de sus elementos esenciales, el consentimiento (art. 1261.1 CC). Ciertamente esta postura del Tribunal Supremo es cuestionable, ya que la sanción a tales actos, en principio debería ser la anulabilidad, que es la sanción que afecta a los actos del incapacitado (art. 1.301 y sigs.), pues no hay razón atendible para tratar peor los actos del incapaz que los del incapacitado, cuando a ambos los aqueja el mismo problema: la falta de capacidad de obrar. Pero mientras nuestro Alto Tribunal se mantenga en la distinción señalada, resultará de lo más chocante que, si el incapaz contrata por sí, el negocio sea radical y absolutamente nulo, mientras que si contrata por medio de apoderado, el contrato sea perfectamente válido e inatacable. Más bien parece que, de igual manera que los actos del incapaz de hecho son meramente anulables, así también los actos del apoderado del incapaz de hecho realizados en nombre de éste habrán de tenerse por anulables (46). Y para lograr la anulación habrá que probar el perjuicio para el poderdante, en el caso de que el apoderado sea considerado como su guardador de hecho. La anulabilidad será oponible al tercero con quien celebró el negocio representativo, salvo que éste ignorese la falta de capacidad del representado de acuerdo con el artículo 1.738 del Código Civil.

b) *Argumentos a favor de la validez del negocio representativo*

Otros autores, sin embargo, estiman que, como regla general, en caso de incapacidad natural no declarada del poderdante, hay que considerar válido lo actuado por el apoderado, con la única excepción de que no haya redundado en utilidad de su poderdante, y ello con independencia de que la falta de capacidad natural sea conocida por el representante. Como excepción, podrán ser invalidados a instancia de quien más tarde ostente la representación legal, los actos que perjudiquen los intereses del representado. El poder fue otorgado válidamente cuando el poderdante estaba en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y, a pesar de la discapacidad sobrevinida, el representado sigue siendo capaz, al menos formalmente, puesto que las restricciones a la capacidad de obrar sólo pueden producirse en virtud de sentencia (47).

En defensa de esta tesis, se alega también que hay ciertos supuestos en que nuestro Código mantiene la validez de lo actuado por un representante volun-

---

adolecer de uno de los requisitos fundamentales del artículo 1.261 del Código Civil: el consentimiento.

(46) MUÑOZ DE DIOS, L., *ob. cit.*, pág. 205.

(47) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *ob. cit.*, pág. 62; BÁDENAS CARPIO, J. M., *ob. cit.*, pág. 232.

tario a pesar de la posible falta de capacidad del representado. Concretamente, en la regulación de la ausencia legal se dispone que se considerará en tal situación al desaparecido de su domicilio o de su última residencia pasado un año desde las últimas noticias o, a falta de éstas, desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes, y pasado tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes, salvo muerte o renuncia justificada del mandatario, o caducidad del mandato, que determinarán la ausencia legal siempre que al producirse estos hechos se ignorase el paradero del desaparecido y hubiese transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias y, en su defecto, desde la desaparición (art. 183 CC). En definitiva, la existencia de un poder prolonga el tiempo de incertidumbre, durante el cual no es necesario constituir representación legal, de lo que se deriva que lo actuado por el representante en principio es válido con independencia de la capacidad concreta del representado. Se trata de un supuesto que guarda cierta analogía con el caso que estudiamos: El poderdante es una persona «formalmente» capaz de actuar eficazmente en relación a cualquier clase de actos, pero su situación (en sentido amplio) física (la desaparición o la deficiencia somática) o psíquica, le impide hacerlo personalmente (48).

Por su parte, el artículo 304 del Código Civil también ofrece un argumento a favor de esta tesis cuando establece una excepción a la regla general del artículo 1.259 del Código Civil, y dispone que «los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad». En consecuencia, se mantiene la validez de lo actuado por el guardador en nombre del incapaz no incapacitado, siempre que se cumplan dos presupuestos: que la actuación del guardador sea útil y que hubiera actuado en interés del protegido por esta guarda de hecho, y todo ello, con independencia de que se trate de actos de administración, ordinaria o extraordinaria, o de disposición. Si lo actuado por el guardador, que no ostenta una representación directa del incapaz es válido, no se ve por qué no ha de ser lo actuado por un apoderado al que le han sido conferidas facultades de representación (49). No ha de ser de mejor condición el guardador de hecho, que no siempre ostenta una verdadera representación del incapaz, que el apoderado, al que sí le han sido conferidas facultades representativas (50).

---

(48) BÁDENAS CARPIO, J. M., *ob. cit.*, pág. 232.

(49) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 2000, pág. 61.

(50) Esta tesis —dice MUÑOZ DE DIOS (*ob. cit.*, pág. 203)— parece que nos obliga a los notarios a abstenernos de autorizar o intervenir documentos, ante la imposibilidad de saber con certeza, *a priori*, si le va a ser útil o perjudicial al incapaz lo actuado por el apoderado.



En contra del argumento de la revocabilidad esencial del poder que se mantiene para sostener la invalidez del negocio representativo en el caso que estamos examinando, se contesta (51) que no es esencial al apoderamiento que su concedente mantenga aptitud para su revocación, como lo demuestra lo siguiente: *a)* la admisión de los poderes irrevocables; *b)* la subsistencia de los apoderamientos conferidos por quienes hayan desaparecido de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haber tenido en ella más noticias; *c)* el tenor literal del artículo 1732.3.º del Código Civil (antes de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) que se refería a la «incapacitación» y no la incapacidad sobrevenida; *d)* la autorización contenida en el endoso de apoderamiento, que no cesará por la muerte del mandante, ni por su incapacidad sobrevenida (art. 21 *in fine* de la Ley Cambiaria y del Cheque); *e)* el representante del enfermo designado en el documento de voluntades anticipadas, cuando el paciente todavía gozaba de plena capacidad natural, tiene su ámbito ordinario de actuación cuando el representado no pueda ya expresar su voluntad; *f)* el carácter irretroactivo con que operan las causas extintivas del apoderamiento impide que se atribuya eficacia conclusiva a un hecho natural borroso, imposible de fechar de forma objetiva; *g)* de sostenerse la extinción de los apoderamientos por incapacidad sobrevenida del poderdante, habría que reconducir la operativa posterior del ex representante a la gestión de negocios ajenos, produciéndose así una peculiar conversión negocial sin apoyo racional alguno; *h)* los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueran expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido.

Por otra parte, se señala también que el argumento de la revocabilidad esencial del poder puede tener su fundamento cuando el poderdante se encuentra aquejado de una incapacidad indubitada, constante, permanente y persistente, pero no en los casos de incapacidades transitorias, pues entonces habría que estar planteando eficacias e ineficacias sucesivas del poder de difícil, cuando no imposible, precisión. Además, en el supuesto de incapacidad persistente y permanente se mantiene que el poder ha de perder necesariamente su eficacia porque en caso contrario el discapacitado quedaría a merced del apoderado, dada la imposibilidad de revocar el poder. Sin embargo, en contra de esta tesis (52), cabe señalar que no es cierto que el discapacitado quede en situación de total indefensión y en manos de apoderado, ya que, cualquiera de los familiares o cualquier persona, podrán instar, aunque sea poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, la incapacidad del poderdante (art. 757 LEC), que una vez declarada, producirá la extinción

---

(51) MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, págs. 661 y 662; vid. CABRERA HERNÁNDEZ, J. M., *ob. cit.*, págs. 107 y 108.

(52) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *ob. cit.*, págs. 197 y 198.

del poder (art. 1.732 CC). Además, durante el proceso de incapacitación, y para evitar que el apoderado pueda seguir actuando de manera perjudicial para el poderdante, el artículo 762.1 LEC permite al tribunal competente tomar de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento, las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio. Entre tales medidas puede estar la suspensión cautelar del apoderamiento hasta que recaiga la sentencia que declare o no la incapacidad del poderdante.

Finalmente, los autores que defienden esta postura señalan que la muerte y la revocación del poder no son causas automáticas de extinción del mandato, pues éste sigue produciendo sus efectos frente a los terceros que, de buena fe, contraten con el apoderado, aunque éste conozca la causa de extinción, de acuerdo con el artículo 1.738 del Código Civil. Si ni la muerte ni la revocación, que son causas legales extintivas del poder, producen automáticamente su ineficacia, se pregunta LEÑA FERNÁNDEZ (53) «¿por qué va a producirla la existencia de una circunstancia no incluida dentro de esas causas legales extintivas cual es la existencia de una incapacidad natural o de hecho del poderdante al tiempo de la actuación negocial del apoderado?».

Toda esta problemática queda en parte soslayada con la admisión del apoderamiento preventivo. Supone la atribución a la representación voluntaria de una nota propia de la representación legal: el representante puede realizar actos que no puede realizar por sí el representado. Como apunta certeramente MARTÍNEZ GARCÍA (54) estamos ante un especie de *tertium genus* a caballo entre la pura representación voluntaria y la representación legal: el interesado adopta su propia (en esto se aproxima a la representación voluntaria) «medida cautelar» (y en esto a la legal) para la fase previa a la incapacitación judicial, supliendo la previsión del artículo 299 bis del Código Civil. Por consiguiente, en estos casos de representación voluntaria, la validez del negocio representativo ya no queda supeditada a la capacidad del poderdante para realizarlo por sí en el momento de su celebración. Ahora bien, es importante destacar que debe indicarse en el poder su carácter preventivo, es decir, que se otorga precisamente para el caso de que el poderdante pierda su capacidad, o que se mantenga el que ya era eficaz antes de la pérdida de capacidad, pues la regla general sigue siendo la contraria. Por tanto, si no se dice nada, rigen las normas generales de la representación con las consecuencias que hemos visto anteriormente.

---

(53) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *ob. cit.*, pág. 202.

(54) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *ob. cit.*, pág. 62.

## IX. PODER Y TUTELA. CONVIVENCIA DE AMBOS

Antes de la admisión del poder preventivo, MARTÍNEZ DÍE (55) planteaba si cabía alegar en contra de este tipo de apoderamiento su ilicitud causal, si entendemos que su formulación se dirige a burlar el sistema tuitivo diseñado imperativamente por la ley para dotar de protección a los incapaces. Sin embargo, señala este mismo autor, «el otorgamiento de este tipo de poderes no impide ni obstaculiza el normal desenvolvimiento de las instituciones tutelares típicas, limitándose a ser un precepto emanado de la capacidad de autodeterminación jurídica del interesado, orientado a reglamentar la defensa de sus intereses, constituyendo de esa manera un acto por el que se desarrolla libremente su personalidad».

En efecto, frente a la tutela ordinaria, que se constituye por imperativo legal y en cuyo desarrollo el tutelado no tiene control, salvo que haya adoptado alguna medida de autotutela conforme al nuevo artículo 233.1 del Código Civil, el poder preventivo, en cualquiera de sus dos modalidades, permite al sujeto mantener su autonomía y se adapta a las necesidades de cada caso, con un régimen y contenido flexible, que depende de la voluntad del poderdante. Su desarrollo será, de una forma u otra, según el deseo del representado y la confianza que tenga en el representante: puede dejar órdenes muy concretas que limiten en gran medida los actos del apoderado, o dada la confianza que le inspire éste, dejar la gestión de su persona o patrimonio, o ambas cosas, a su arbitrio. Quizá se pueda interpretar como un acercamiento al sistema de tutela de familia, en función de la voluntad del sujeto, frente al sistema de tutela de autoridad impuesto por la ley y que tantos problemas ocasiona para la gestión ágil de un patrimonio. En este sentido, permite desjudicializar la gestión relativa a la protección de personas mayores que son capaces de prever la gestión de su patrimonio y el cuidado de su persona.

Hasta ahora la representación del mayor incapacitado no sujeto a la patria potestad se atribuía sólo al tutor. Ahora puede corresponder también sólo a un representante voluntario, o al representante voluntario junto al tutor, si conviven ambos representantes. Tal posibilidad de convivencia de representaciones se deriva claramente del artículo 1732.2 del Código Civil, teniendo siempre en cuenta el contenido de la sentencia judicial, tanto en lo relativo al grado de incapacitación como al funcionamiento del organismo tutelar que se hubiera previsto. Si dicha institución fuera la tutela, por ejemplo, podrían corresponder al tutor únicamente las funciones relativas a la esfera personal del incapacitado, si existe un poder que otorga al representante voluntario la gestión de todo su patrimonio. En cualquier caso, creo que todas estas cuestiones deberán estudiarse caso por caso, en función de la extensión y límites

---

(55) MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, pág. 658.

de la incapacitación y del régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado, así como los términos del poder, sin que pueda darse una regla general, pero siempre teniendo en cuenta que, para que subsista la representación voluntaria y pueda desempeñarse en toda la extensión conferida, debe pasar por el control judicial que supone que no haya sido revocado en la sentencia que declare la incapacitación.

La cuestión más controvertida es la de determinar el valor que se atribuye a la voluntad del sujeto, expresada en un poder, y en qué medida esa voluntad del sujeto puede oponerse a las disposiciones del Código Civil sobre el funcionamiento de la tutela, concretamente, si el poderdante puede eliminar la necesidad de autorización judicial para los actos en que sí la impone el Código o sustituir dicha autorización por la de otro órgano de fiscalización que se prevea en el poder.

Para resolver esta cuestión creo que han de distinguirse dos supuestos: si la situación de incapacitación sobrevinida del poderdante da origen a una incapacitación judicial y el supuesto en el que se queda en una mera incapacidad de hecho.

#### a) *Incapacitación judicial*

Para el primer supuesto creo que la cuestión se resuelve en el artículo 224 del Código Civil: «Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo harán mediante decisión motivada». Este precepto se refiere a las disposiciones de los padres expresadas en testamento o documento público notarial sobre la tutela de sus hijos menores o incapacitados y las expresadas en documento público notarial por persona capaz de obrar en previsión de ser incapacitado judicialmente, pero cabe su aplicación analógica al supuesto que estudiamos. Ahora bien, creo que es difícil señalar la frontera entre el apoderamiento preventivo y la tutela cuando se atribuyen al apoderado funciones que, de acuerdo con la regulación de la tutela estarían atribuidas al tutor y además con un régimen distinto al legal. En realidad estamos ante previsiones sobre el funcionamiento de la tutela, pues, mediante la facultades atribuidas al representante se está interviniendo en el funcionamiento del organismo tutelar. Desde este punto de vista, el poder no podría contener modificaciones al funcionamiento de la tutela que constituyesen una vulneración de normas imperativas, con lo cual el ámbito de actuación de representante quedaría muy reducido, y con ello también el ámbito en que puede intervenir la voluntad de interesado.

Sin embargo, a mi juicio, también cabe una interpretación más respetuosa con la autonomía de la voluntad manifestada por el interesado y entender

que cabe mantener dicha voluntad, salvo que existieran razones justificadas que aconsejasen prescindir de ella. Por ello coincido plenamente con PÉREZ DE VARGAS cuando afirma que «existiendo razones justificadas, el Juez debe ser muy respetuoso con la voluntad del poderdante, y, en consecuencia, no debe proceder sin más a nombrar tutor y a declarar extinguido el mandato, aunque esto pueda conllevar que el apoderado pueda realizar una serie de actos que, de realizarlos el tutor, requerirían la autorización del juez (art. 271 CC) o la aprobación de éste (art. 272 CC). Esto puede constituir un riesgo para el incapacitado (no lo habrá si, como es de esperar, el apoderado cumple lealmente su cometido), pero también reportará la ventaja de evitar trámites que podrían retrasar la conclusión de estas operaciones» (56).

Puede ser que el poder se otorgue a favor de una persona que termine siendo tutor, porque así haya sido designado por el poderdante en el documento de autotutela o porque, aunque se haya otorgado el poder pero no se haya designado tutor, el juez nombre tutor precisamente a la misma persona que por su competencia y relación con el incapaz, ha merecido su confianza como apoderado. Entonces es posible el mantenimiento del régimen de representación voluntaria, que deriva del poder, y el de la representación legal, que deriva de la constitución de la tutela, recayendo ambos sobre la misma persona (57). En estos casos, podría pensarse que la protección de los intereses del incapaz queda totalmente en manos del tutor-apoderado, de forma que el juez ya queda privado definitivamente de la posibilidad de revocar el poder, pues no lo ha hecho al constituirse el organismo tutelar, que es la posibilidad que prevé el artículo 1.732 *in fine*. A mi juicio, esto no es así, sino que la intervención posterior del Juez encuentra su fundamento en los artículos 233,

(56) PÉREZ DE VARGAS, J., *ob. cit.*, pág. 432. Comparte esta opinión TENA ARREGUI («Apoderamiento general para el caso de incapacidad del ulteriormente designado tutor», en *El Notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2005, pág. 173) cuando dice que «con carácter general, la subsistencia del poder tras la incapacitación no deja de presentar cierta singularidad, pues en el supuesto de que el poder sea general para todo tipo de actos de administración y disposición, conviven simultáneamente dos habilitaciones para actuar en representación del incapacitado de muy distinta naturaleza. Por un lado, una representación voluntaria que, mientras subsista, puede ejercitarse sin necesidad de autorización judicial o control de ningún tipo. Por el otro, una representación legal, tipificada y necesitada de control judicial con el alcance que para cada acto o negocio establecen los artículos 271, 272 y 273 del Código Civil. Es decir, el apoderado puede enajenar bienes inmuebles (si se le dio facultad para ello) sin necesidad de autorización judicial; pero el tutor no». Sobre esta cuestión creo importante destacar con DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, pág. 62), que el éxito de los poderes preventivos dependerá en gran medida del respeto y tolerancia de los jueces hacia la voluntad expresada en los mismos, de forma que cuando se inste la incapacitación, los jueces mantengan con amplitud y en la medida de lo posible, la voluntad manifestada por el sujeto en el poder.

(57) Coincido con MARTÍNEZ SANCHIZ (*ob. cit.*, pág. 36) cuando manifiesta que es muy probable que el juez revoque el poder ante las dificultades nacidas de la superposición de dos sistemas distintos: el poder y la tutela. Esta dificultad, sin embargo, creo que quedaría en parte soslayada en los casos en los que se nombre tutor al apoderado.

247, 248 y 249 del Código Civil, que le permiten dejar sin efecto el poder aun sin necesidad de proceder a la remoción del tutor (58).

El mismo régimen sería aplicable en caso de que el órgano tutelar no fuese el tutor, sino el curador. Cabría mantener la vigencia del poder otorgado, aunque curador y apoderado fuesen la misma persona. En este caso resultaría más sencillo el mantenimiento del poder, porque incidan en ámbitos diferentes los actos que, de acuerdo con la sentencia, requieran la asistencia del curador (que no es un representante), y aquellos en que corresponda la representación voluntaria al curador, pero en virtud del poder.

b) *Incapaz no incapacitado judicialmente*

Si el representado no está incapacitado judicialmente, y por consiguiente no se constituye la tutela, creo que el poderdante es libre para autorizar al representante a actuar como él quiera, y si quiere, establecer cualesquiera órganos de fiscalización del representante o cualquier medio para controlar su actuación: nombrar varios apoderados para que actúen de forma solidaria o mancomunada, imponer la necesidad de asistencia o autorización para determinados actos, establecer causas de extinción del poder, delimitar el contenido de sus obligaciones, etc.

También debe plantearse si, cuando efectivamente sobreviene la incapacidad del poderdante, existe obligación por parte del apoderado de comunicarlo al Ministerio Fiscal, para que luego el juez determine si sobresee el poder, o si sería más apropiado que el poderdante, en su sano juicio, opte por uno u otro sistema e incluso que, si prefiere el poder, llegue a excluir la constitución de la tutela. Por lo que se refiere a la primera cuestión, y de acuerdo con el artículo 753 LEC, el procedimiento de incapacitación puede ser promovido por el propio interesado, el cónyuge o pareja de hecho, los descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz (art. 753.1 LEC) y, en defecto de todos ellos o si no lo hubiesen solicitado, por el Ministerio Fiscal (art. 757.2 LEC). A este fin, las autoridades y funcionarios que por razón de sus cargos conocieran la existencia de posibles causas de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Además, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación (art. 757.3 LEC). Por lo tanto, si el apoderado se encuentra entre las personas mencionadas en apartado primero del artículo 757 LEC, sí estaría obligada a promover la incapacitación, pero no en razón del apoderamiento, sino por el vínculo familiar que le une al presunto incapaz. En los demás

---

(58) TENA ARREGUI, R., *ob. cit.*, pág. 174.

casos no existiría obligación del apoderado, ya que no hay más personas legitimadas para promoverlo que las señaladas en los apartados primero y segundo del artículo 757 LEC, entre las que no se encontraría, y las personas que pueden poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de posibles causas de incapacitación, salvo en el caso de las autoridades y funcionarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 757 LEC, están facultadas, y no obligadas a ello.

Sobre si el poderdante pueda optar por la tutela o el mantenimiento del poder e incluso puede excluir la tutela, creo que la regulación imperativa de los órganos tutelares impide la eficacia de una disposición en que se excluye por el propio interesado la constitución de la tutela. Buena prueba de ello es el último inciso del artículo 1732.2 del Código Civil, al prever que el mandato, y por tanto, el poder, puede terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Si puede terminar en estos casos es porque no es vinculante en absoluto una disposición del propio interesado en que se da prioridad al poder sobre la tutela o se excluya ésta de forma definitiva (59).

## X. EXTINCIÓN DEL PODER Y LIQUIDACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO

La extinción del apoderamiento preventivo puede tener lugar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (60). Además se aplican las causas de extinción del mandato ordinario: por renuncia o incapacitación del representante, por su revocación, por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del poderdante o del apoderado. Sobre la revocación cabe destacar que, partiendo del presupuesto de eficacia del poder que estudiamos —la falta de capacidad del poderdante—, y dado que la falta de capacidad impide revocar, su ámbito estaría limitado al caso, generalmente improbable en las personas

---

(59) Destaca MARTÍNEZ SANCHIZ (*ob. cit.*, pág. 37) que los poderes preventivos, junto a otras previsiones como la recogida en el artículo 1.056 del Código Civil, no acaban de casar con el talante intervencionista que caracterizó la reforma del derecho de familia acometida a partir de 1981; responden a la necesidad de dar entrada a soluciones autónomas, al margen de las propiamente judiciales, aunque sea a modo de prótesis injertadas en un sistema que propende al rechazo. Por ello propone un debate sobre la conveniencia de ampliar la libertad convencional para suplir con soluciones familiares las determinaciones judiciales.

(60) ARROYO I AMAYUELAS (*ob. cit.*, pág. 50) considera que sólo está legitimado para solicitar la extinción del poder el tutor, no el curador, dado que su única función es completar la capacidad del incapacitado. Ello supone que la curatela —que no comporta jamás guarda de la persona ni administración de bienes— es siempre compatible con un mandato que puede estar pensado, precisamente, para estos casos.

mayores, de que recuperase su capacidad, siempre que el juez antes no hubiese acordado la extinción del poder. En cuanto a los supuestos de renuncia, incapacitación, muerte, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del representante no producirán la extinción del poder si el representado, en el momento del otorgamiento o en otro posterior, pero siempre que mantuviese su plena capacidad, hubiese nombrado un sustituto en previsión de tales circunstancias.

A diferencia de lo que sucede en caso de declaración de ausencia legal en que desde su inscripción en el Registro Central «quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente» (art. 183.2 *in fine* CC), en nuestro caso, la declaración de incapacitación y la designación de representante, así como su inscripción en el Registro Civil, no es causa de extinción de los poderes otorgados por el incapacitado, sino que se producirá la coexistencia del representante voluntario con el representante legal, salvo revocación del poder al constituirse la tutela.

El Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) presentó una enmienda, la número 55 en el Congreso y 30 en el Senado, que pretendía la modificación del párrafo segundo del artículo 1.732, suprimiéndose el último inciso: («En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor») (61). Concretamente la redacción propuesta fue la siguiente: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste». La justificación que se dio a tal enmienda fue «mejorar el redactado». Sin embargo, lo cierto es que también afectaba a cuestiones de fondo, pues dejaba sin resolver la posibilidad del mantenimiento del poder al constituirse la tutela. La redacción que dio el Proyecto, y que se mantuvo, me parece más clara en la medida en que legitima claramente al tutor para solicitar que el juez ponga fin al mandato y elimina las dudas que pudieran surgir sobre si el juez estaría o no facultado para ello.

El representante, como todo el que administra bienes ajenos, está obligado a rendir cuentas al representado (art. 1.720 CC). Además ha de entregar al representado el saldo favorable a éste (art. 1.720 *in fine* CC). Finalmente, para liquidar la relación entre representante y representado, cada uno deberá abonar al otro ciertas sumas (arts. 1.724 y 1.728 CC) e indemnizarse recíprocamente los daños y perjuicios causados por uno a otro (arts. 1.729 y 1.723 CC).

---

(61) BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, 10 de septiembre de 2003, pág. 40, y 16 de septiembre de 2003, pág. 47, y BOCG, Senado, Serie II: Proyectos de Ley, 13 de octubre de 2003, pág. 33, y 17 de octubre de 2003, pág. 39.



El problema que surge en relación al poder preventivo es el de a quién se deben rendir cuentas y liquidar la representación, cuando no se ha previsto en el poder. Si hay tutor, deberá ser a él a quien se rindan las cuentas y liquidar la relación con el representado. En otro caso, y a falta de previsión expresa del representante, parece que quien quiera exigir cuentas al apoderado no tendrá otra vía que instar la incapacitación del representado y solicitar el nombramiento de tutor, y será éste quien podrá exigir la rendición y justificación de cuentas, así como la liquidación de la relación representativa. Si el apoderado hubiera fallecido, la legitimación para exigir el cumplimiento de estas obligaciones, corresponderá a sus herederos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. I, 16.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2004.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., «Del mandato “ordinario” al mandato de protección», en *RJN*, núm. 49, enero-marzo de 2004.
- BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento preventivo y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BERROCAL LANZAROT, A., «El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Anuario de Derechos Humanos, Nueva época*, vol. 5, 2004.
- CABRERA HERNÁNDEZ, J. M., «La modificación del número 3 del artículo 1.732 del Código civil», en *RJN*, núm. 24, octubre-diciembre de 1997.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M.; LORA-TAMAYO, I. y BOLAS ALFONSO, J., «La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional», en *RDN*, julio-diciembre de 1989.
- CAMPO GÜERRI, M. A., «La autoprotección del discapitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *RJN*, núm. 34, abril-junio de 2000.
- DÁVILA HUERTAS, E., «La autotutela», en *BICNG*, núm. 227, abril de 2000.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», en *RDP*, 2006.
- DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. I, 11.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2003, reimpresión 2004.
- FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F., «La autotutela», en *La protección jurídica del discapitado*, SERRANO GARCÍA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Sinopsis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania», en *Revista Electrónica de Geriatria y Gerontología*, vol. 4, núm. 2, 2002, [www.geriatrianet.com](http://www.geriatrianet.com)
- «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *AC*, núm. 21, 1999.
- GORDILLO CAÑAS, A., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- JIMÉNEZ CLAR, A., «Un sistema de autotutela mediante apoderamiento preventivo: Los *enduring powers of Attorney*», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 8, septiembre de 2003, TOL 310218, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 3.º, Dykinson, Madrid, 2004.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R., «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, MARTÍNEZ DÍE (dir.), Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ DÍE, R., *Instituciones de Derecho Privado*, DELGADO DE MIGUEL (coord. general), t. IV, vol. 2.º, GARRIDO DE PALMA (coord.), Civitas, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “Apoderamientos preventivos”», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 2000.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «¿Confianza en la familia?», en *El notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2006, núm. 8.
- MUÑOZ DE DIOS, L., «¿Y si el poderdante deviene incapaz de hecho?», en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2006.
- PEREÑA VICENTE, M., «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, núm. 665, año XXVIII, 6 de marzo de 2007.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La reforma de los artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.
- REGLERO CAMPOS, L. F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.º - B. ALBALADEJO (dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- REPRESA POLO, P., en DIAZ ALABART y otras, *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuatur, Madrid, 2004.
- ROMERO CANDAU, P. A., *Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad*, Academia Sevillana del Notariado, t. VIII, Edersa, 1995.
- SEDA HERMOSÍN, M. A., «El Proyecto de Ley de Patrimonio especialmente protegido. Su incidencia y límites como instrumento de garantías para el futuro de las personas con discapacidad. Las reformas del Código Civil planteadas. La autotutela», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Fundación Aequitas, 2004.
- SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en el Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, núm. 52, octubre-diciembre de 2004.
- SEUBA TORREBLANCA, J. y RAMOS GONZÁLEZ, S., *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica*, Indret, febrero de 2003.
- TENA ARREGUI, R., «Apoderamiento general para el caso de incapacidad del ulteriormente designado tutor», en *El Notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2005.

RESUMEN

**INCAPACIDAD. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA**

*La nueva redacción del artículo 1.732 del Código Civil introduce en nuestro ordenamiento los apoderamientos preventivos y en consecuencia, abre la puerta a la representación voluntaria del incapaz, lo que permite el mantenimiento de la autonomía de la voluntad de quien siendo capaz, puede prever su pérdida de capacidad. Sin embargo son muchas las dudas que ahora se plantean: La autonomía de la voluntad de propio interesado, ¿está limitada por las normas sobre tutela? ¿Pueden convivir representación voluntaria y legal? ¿Existen límites al contenido del poder?*

ABSTRACT

**INCAPACITY. VOLUNTARY REPRESENTATION**

*The new wording of article 1732 of the Civil Code introduces preventive empowerments in our legislation and consequently opens the door to voluntary representation of the incapable individual, which permits the maintenance of the autonomy of will of a person who, while capable, can foresee a loss of his own capacity. However, many are the doubts now raised: Is the autonomy of will of the person concerned limited by the rules on guardianship? Can voluntary and legal representation coexist? Are there limits to the contents of the power of attorney?*

*(Trabajo recibido el 05-12-07 y aceptado para su publicación el 14-11-08)*



# ESTUDIOS LEGISLATIVOS



La inscripción de la hipoteca.  
Artículo 12 LH reformado por  
Ley 41/2007. Su lectura por la  
Dirección General de los Registros y  
del Notariado y por el Colegio de  
Registradores. Contenido y efectos del  
asiento de inscripción del derecho real  
de hipoteca (más un apéndice con  
notas a la Resolución de la DGRN  
de 24 de julio de 2008)

por

FERNANDO CANALS BRAGE  
*Registrador de la Propiedad*

*SUMARIO*

TEXTO DEL ARTÍCULO 12 LH REFORMADO POR LEY 41/2007.

LECTURAS:

PRIMERA. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.  
SEGUNDA. COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD:

UNO. PLANTEAMIENTO GLOBAL DE LA CUESTIÓN. (MÁS UNA CONSECUENCIA CONCRETA Y  
PARADIGMÁTICA: LA ADMISIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS PROHIBICIONES  
DE DISPONER COMO CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.)

DOS. EL CONTENIDO DEL ASIENTO REGISTRAL DE HIPOTECA:

A) *Circunstancias propias de la hipoteca.*

- B) *Circunstancias de la obligación garantizada.*
- C) *Conclusiones.*

TRES. LA EFICACIA DEL ASIENTO REGISTRAL DE HIPOTECA:

- 1.º *Constitutividad.*
- 2.º *Fe pública registral.*
- 3.º *Inoponibilidad.*
- 4.º *Ejecutividad.*
- 5.º *Conclusión.*

CUATRO. APÉNDICE: NOTAS A LA RDGRN DE 24 DE JULIO DE 2008.

El artículo 12 de la Ley Hipotecaria, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha quedado redactado así:

*«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.*

*Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».*

La nueva forma de redacción del asiento de inscripción de las hipotecas que el artículo 12 ha establecido, ha propiciado lecturas diversas. Aquí nos vamos a ocupar de las siguientes.

PRIMERA. LECTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (RESOLUCIÓN DE CONSULTA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007 Y RESOLUCIÓN DE 14 DE ENERO DE 2008 Y OTRAS POSTERIORES)

Esta lectura separa tajantemente los dos párrafos del precepto y entiende:

- Las cláusulas del párrafo primero son las que gozan de trascendencia real.
- Las cláusulas del párrafo segundo carecen de trascendencia real, su publicidad tiene efectos de mera noticia, quedan excluidas de la calificación del Registrador de la Propiedad, de modo que procede respecto de ellas la simple transcripción en el Registro.



Respecto de esta lectura, sin entrar en consideraciones sobre su procedencia ni consecuencias, puesto que ni había sido solicitada ni recaía en ningún caso sobre las cuestiones relacionadas directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, caben hacer las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup>) No se entiende cómo pueden realizarse tales afirmaciones a partir del texto legal. No se encuentran en él palabras que deberían ser imprescindibles como «transcripción» o «mera noticia». No hay exclusión alguna de la calificación del Registrador de la Propiedad, al contrario se recuerda su presencia. Y sobre todo ahora, no se ve en él expresión ninguna que permita sostener el punto de partida de que sólo tiene trascendencia real el contenido del párrafo primero.

De hecho, este párrafo primero se refiere a la *deuda* y a los *intereses*, a la *obligación* y a su *naturaleza* y *duración*. Todas ellas circunstancias estrictamente obligacionales, carentes por principio de trascendencia real. Acaso sí pueda decirse que *el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria* es una cuestión puramente hipotecaria, pero nada del resto de su contenido.

También el párrafo segundo se ocupa estrictamente de las obligaciones garantizadas con hipoteca. De modo que el tratamiento por separado de ambos párrafos es absolutamente gratuito, más aún la afirmación de distintas trascendencias para uno y otro. Referidos ambos a la obligación, bien se ve entonces que el segundo no hace sino concretar un determinado aspecto del primero: la forma de hacer constar la identificación de determinadas cláusulas de las obligaciones garantizadas en la inscripción de las hipotecas.

Cuando el legislador, en el párrafo primero del precepto, requiere que en el asiento se identifiquen las «*obligaciones garantizadas*» con la hipoteca, «*cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*», se está refiriendo a un derecho estrictamente personal, huérfano por descontado de la trascendencia real que la Dirección le añade. Al reclamar su *identificación* está exigiendo que consten en el asiento todas las circunstancias que permitan conocer el exacto contenido de la obligación que la hipoteca asegura. Identificar una obligación no es darle un nombre genérico o específico; no cabe pensar que al legislador le bastaría con que se dijera en el asiento que se trata de un préstamo, o de un crédito, o de un reconocimiento de deuda, o de un título cambiario..., ya que tal nominación no es, ni siquiera escasamente, identificativa. Tampoco bastaría al efecto mencionar un elemento como es la cuantía. Identificar es expresar todas aquellas circunstancias que definen el contenido de la obligación, de modo que la no expresión de alguna de ellas permitiría afirmar que la obligación no está identificada, pues hay circunstancias de la misma que no pueden ser públicamente conocidas.

De este modo se explica el párrafo segundo, mediante el cual el legislador expresa la manera en que «*las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras*» de la obligación, en el caso de entidades del

Mercado Hipotecario, han de hacerse constar en el asiento de inscripción de la hipoteca.

¿Qué son cláusulas de vencimiento anticipado sino aquéllas que inciden en la «duración» de la obligación garantizada? Y «duración» es exactamente, como hemos visto, la palabra empleada por el párrafo primero, que el segundo obviamente desarrolla, porque tan *duración* es el vencimiento normal como el anticipado de la obligación. Sin entrar en el debate sobre si son o no «condiciones resolutorias» del negocio —nos basta aquí la seguridad de que conllevan para el deudor la necesaria devolución anticipada del crédito concedido—, no cabe la menor duda de que la admisibilidad de los pactos de vencimiento anticipado de la obligación se halla en el ámbito de libertad con la que las partes pueden regular el «plazo» (o duración) de sus obligaciones, artículos 1.125 y siguientes del Código Civil.

¿Y no son las *cláusulas financieras* las que determinan, o establecen los criterios de determinación del contenido económico de la obligación garantizada?

Por lo tanto o el contenido de ambos párrafos del precepto comentado carece de trascendencia real o ambos la tienen.

2.<sup>a</sup>) Nos dice la norma que en el asiento de inscripción de la hipoteca, en el supuesto de sujeto activo contemplado, las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada, se harán constar «en los términos que resulten de la escritura de formalización». Cabe pues perfectamente la lectura inmediata, aunque no sea mi preferida: el traslado al asiento registral de la voluntad de las partes debe ser literal, no hay margen para que el Registrador de la Propiedad altere, aunque sea por vía de resumen, el contenido de la escritura.

Tal traslado literal se puede definir gramaticalmente, pues así lo recoge el DRAE, como una «transcripción».

Ahora bien, una cosa es imponer la expresión literal en el asiento de determinados contenidos de la escritura (transcripción), y otra muy distinta es afirmar que por ello la parte transcrita no goza del valor de la inscripción, del valor del asiento en que se inserta. Mal estaría que, sin que la Ley diga nada, se afirme que respecto de esa parte el sistema registral español ya no es de inscripción, sino de transcripción (transformando una forma de expresión en un sistema jurídico). Tal afirmación no dejaría de ser gratuita, en cuanto que la Ley 41/2007 no ha tocado para nada los fundamentos jurídicos del sistema. Ninguno de los preceptos legales que determinan la eficacia de los asientos ha sido modificado; ni desde luego el artículo 12 LH la menciona en absoluto.

Pero ni siquiera la Dirección concede a la transcripción la eficacia de tal sistema, sino que, excluyendo para la misma la calificación del Registrador de la Propiedad, del hecho de la literalidad se deduce la ausencia de eficacia

registral. La mera noticia significa que el Registro de la Propiedad no aporta nada a lo publicado.

Por pura proximidad cronológica, aunque sea paradójico, hay que empezar observando que ya llevamos años en los Registros de la Propiedad «copiando literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden» establecidas en la escritura (art. 51 RH), sin que a nadie se le haya ocurrido decir que eso es una simple transcripción con efectos de tal, menos aún, sin calificación y con efectos de mera noticia.

Pero es que además la «transcripción» es la forma natural de redacción de los contenidos del asiento del derecho real de hipoteca. No puedo detenerme aquí a seguir en profundidad la historia de los modelos reglamentarios de redacción del mismo, al que los Registradores deben acomodarse (art. 374 RH), pero sí apuntar que el del Reglamento de 1869 ya requería que la expresión de las condiciones fuera «literal», y el de 1909 utilizaba expresamente la palabra «transcripción». El vigente de 1947 hace la precisión de exigir la consignación únicamente de las estipulaciones que tengan trascendencia real, pero en la práctica no hubo duda sobre que continuaba el traslado «literal» de las cláusulas que reunieran tal requisito.

3.ª) Obviamente nada dice la Ley acerca del significado de la publicidad noticia que la Dirección impone, por lo que debería ser ésta la que simultáneamente aclarara lo que quiere decir «publicidad noticia» de unos pactos personales, cuya eficacia por principio se limita a las partes que los han pactado y que por lo tanto debe presumirse que ya los conocen.

(Podemos señalar un posible significado del que luego me ocuparé: la de ser tenidos en cuenta en el proceso de ejecución hipotecaria (art. 130 LH); pero desde luego aquí hay una exigencia y una eficacia que exceden, sin duda, de lo que es una mera información pública, si por tal se entiende noticia).

En realidad la postura de la Dirección tendría cierto sentido si se hubiera convertido en norma una muy peculiar redacción del Anteproyecto que contemplaba la oponibilidad legal a terceros del contenido, sin publicidad alguna, de la escritura. Así sí se podría explicar la publicidad noticia como información de una imposición legal. Pero tal planteamiento fue expresamente rechazado por el legislador.

La publicidad noticia —que si no recuerdo mal se introdujo normativamente a través del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de normas complementarias del Reglamento Hipotecario en relación con la inscripción de actos de naturaleza urbanística— pretende exclusivamente facilitar el conocimiento por terceros de la «situación urbanística» de la finca, a cuyo margen se haya extendido la correspondiente nota expresiva de la misma (art. 73). Es desde luego un instrumento de colaboración del Registro de la Propiedad con el urbanismo, aunque particularmente me muestro reacio a la misma, en cuanto

supone la alteración de los fundamentos del sistema. La publicidad noticia se refiere a supuestos de imposición legal a terceros; su eficacia se encuentra pues en el artículo 6.1 del Código Civil y en el valor normativo de los «deberes» urbanísticos. La publicidad nada añade al valor como norma de lo publicado; se limita a facilitar su conocimiento por terceros interesados en adquirir derechos respecto de la finca en cuestión. Pero su constancia irregular, en determinados supuestos sí, no en otros, puede generar la desconfianza de la sociedad sobre el valor normativo de estos últimos. Amén de que no contribuye a precisar con claridad la distinción entre «deberes» urbanísticos (normas) y «cargas» urbanísticas (convenios), siendo así que en estas últimas la publicidad debe exigirse con arreglo a los principios generales del sistema (inoponibilidad y fe pública). A mi entender es evidente que los supuestos de «publicidad noticia» están plenamente tipificados, y sólo una norma con rango de Ley puede establecerlos y obviamente con toda claridad.

El hecho de que el Registro de la Propiedad sea «público», no quiere decir que la publicidad sea su efecto: éste siempre debe ser declarado por la Ley, y ésta para nada ha alterado los principios de la Ley Hipotecaria.

La esencia pues de la publicidad noticia es la imposición legal de lo publicado. El Registro de la Propiedad nada añade, simplemente facilita su conocimiento. Acaso la Dirección trate de recuperar, modificando el sistema de Derecho Civil, el texto que no pasó a ser norma. A falta de tal norma, la publicidad noticia de pactos personales no sólo carece de sentido, sino que además es muy peligrosa, pues puede generar confusión. Acaso pueda decirse que es bueno que el tercero —sea un adquirente del crédito hipotecario, sea un adquirente de la finca—, conozca por la publicidad el contenido obligacional del derecho o de la carga adquiridos. Pero esta pretensión de conocimiento debe manejarse con cuidado, pues si la información publicada no define el contenido del correspondiente crédito o de la correspondiente deuda en el caso de ser errónea o de haber sido modificado tal contenido por otro cuya información no consta publicada, de modo que lo adquirido es precisamente lo no publicado, el resultado es el daño para todo el sistema, el menor desde luego el del derecho inmobiliario. La publicidad noticia de pactos personales significa desconocer, o cuanto menos confundir, el régimen de Derecho Civil para la transmisión activa y pasiva de obligaciones.

4.<sup>a</sup>) Probablemente el aspecto más penoso de la lectura de la Dirección es que, para justificarse, necesita rechazar la trascendencia real de todo el contenido de la escritura pública referido a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada. Obviamente no hay ninguna explicación en ella de por qué la identificación de la obligación o, incluso más precisamente, la misma obligación de devolver o la de devengo de intereses en su caso (párrafo primero), tienen trascenden-

cia real y no la tienen la de hacerlo anticipadamente o con sujeción a determinadas condiciones, que no por ser «*financieras*» dejan de ser cláusulas civiles o mercantiles de la obligación. Pero lo cierto es que se afirma que estas últimas carecen de ella por imperativo legal.

Esto significaría que la Ley 21/2007 ha venido a modificar, sin decirlo, el consagrado principio del *númerus apertus* en la creación de los derechos reales. Principio sustentado en la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) —y en la ausencia en este cuerpo legal de todo criterio prohibitivo— y consagrado legislativamente en los artículos 2.2.º LH y 7 RH, y que significa que los particulares tienen atribuida no sólo la posible creación de derechos reales atípicos, sino la libertad en la configuración del contenido de los derechos reales típicos, siempre con sujeción a límites institucionales —de alguna manera el respeto a la naturaleza dogmática del derecho real—, que son necesariamente más estrictos que los impuestos a la autonomía de la voluntad, puesto que por principio se trata de la afectación a terceros, ajenos a las partes constituyentes del derecho. Dentro de esos límites, la especialidad o determinación en el contenido del derecho capaz de afectar a tercero —no en vano es uno de los principios registrales—, es considerada trascendental.

No procede entretenerse ahora a estudiar en profundidad dónde se hallan los límites a la libre configuración de los derechos reales. Lo que importa es destacar cómo la Dirección ha decidido que esa libertad no puede extenderse a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas con hipoteca, de modo que las partes no pueden integrar éstas dentro del contenido del derecho real de garantía, por haberlas excluido expresamente (?) el legislador de tal «contenido», que queda reducido al párrafo primero del que las mismas no forman parte. Como toda restricción es ciertamente grave y en este caso además en modo alguno se le dota de justificación.

Comprendo que las entidades financieras contemplen con preocupación el resultado de tan gratuita lectura, pues no en vano la práctica totalidad de las ejecuciones hipotecarias que se producen en nuestro país se sustentan en una cláusula de vencimiento anticipado. Es verdad que no corresponde a la Dirección decidir sobre la eficacia de los asientos. Pero acaso a aquél a quien sí corresponde tal decisión tenga en cuenta la manera y razón en que tales cláusulas han accedido al Registro. Es verdad que tales circunstancias pueden ser consideradas «*extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*», y por lo tanto base sobre la que podrá ejercitarse el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados (art. 130 LH). Pero es dudoso, porque no es coherente que el procedimiento de ejecución hipotecaria se extienda a extremos que no forman parte del contenido del derecho real de hipoteca, y porque en tal caso se habrá establecido en tal

procedimiento una injustificable diferencia según el actor sea o no una Entidad del Mercado Hipotecario.

(En todo caso habremos de indagar sobre la razón y consecuencias de la diferencia que la Dirección ha establecido respecto de las hipotecas constituidas a favor de personas que no sean entidades del Mercado Hipotecario: ¿éstas no han perdido la libertad de configuración de su derecho real de hipoteca, o por el contrario se ven limitadas en el sentido de que ni como pactos personales las cláusulas en cuestión se pueden transcribir en el Registro, ni ser tenidas en cuenta en el proceso de ejecución directa?).

En cualquier caso, obligado debe ser para el Registrador de la Propiedad, de seguirse el planteamiento de la Dirección, el distinguir claramente en el asiento registral uno y otro contenido con expresión de su distinta consideración y eficacia, para no llamar a engaño sobre las consecuencias de la publicidad registral. Imagino que a las entidades afectadas no les gustaría que en la correspondiente certificación registral a efectos del procedimiento hipotecario se trasladara coherentemente esa distinción entre el contenido con trascendencia real de la hipoteca y el contenido sin trascendencia real publicado a efectos de mera noticia, especialmente si hubiera terceros interesados en tal procedimiento.

5.<sup>a</sup>) Retomando la idea de que la Dirección está cercenando el derecho de las partes a configurar el contenido del derecho real de hipoteca, hay que recordar que en nuestro sistema inmobiliario los derechos se inscriben por ser reales, y no son reales porque se inscribe.

Y este planteamiento opera asimismo en el derecho real de hipoteca, con independencia del carácter constitutivo de la inscripción —que ésta sí es una imposición legal (art. 1.875 CC), pero es que el legislador entendió antes que nadie que la publicidad es requisito estructural de toda forma de limitación de la responsabilidad universal, de toda excepción al principio de la *par conditio creditorum* (art. 1.911 CC), y la hipoteca sin duda lo es como «sujeción» de un inmueble al «cumplimiento de una obligación» (art. 1.856 CC)—. De modo que incluso en la hipoteca, la trascendencia real se halla, vocacionalmente si se quiere, en la escritura, y rechazar que las partes puedan configurar públicamente su negocio atribuyendo trascendencia real a elementos sustanciales del derecho de hipoteca —porque, como hemos visto, sin duda forma parte de él el contenido identificador de la obligación garantizada—, es causar, siquiera sea por confusión, grave daño al sistema. (De hecho son frecuentes las escrituras en que tal pretensión de trascendencia real no sólo es implícita, sino claramente explícita, ya que expresamente las partes negociales la excluyen para determinados pactos a los que atribuyen expresamente valor *inter partes*, de modo que también expresamente los excluyen, pero sólo a ellos, de la inscripción. ¿Qué valor tendrían en este caso

para la Dirección las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras cuya inscripción, por su naturaleza real, se hubiera solicitado expresamente).

Por eso debe quedar claro que la trascendencia real es siempre la pretensión de las partes al constituir el derecho típico o al configurar el atípico con tal naturaleza *erga omnes*, de modo que cuando el Registrador de la Propiedad rechaza la trascendencia real de una determinada cláusula, no quiere decir que esté confrontado esta cláusula con un listado objetivo (tipificado) de trascendencias reales, sino que lo que quiere decir es que no puede reconocer la trascendencia real pretendida porque la cláusula no reúne los requisitos estructurales de los derechos reales. Requisitos sutiles y difíciles por naturaleza de «tipificar», pero que empiezan por el respeto de los límites impuestos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), pueden continuar por idéntico respeto al principio de determinación y culminar con los de los requisitos intrínsecos a la eficacia *erga omnes* del derecho, y a la inviolabilidad del principio de libre circulación de los bienes. O más exactamente en orden inverso. Por eso cuando el Registrador de la Propiedad rechaza tal trascendencia, incluso por entender que el pacto en cuestión es «contrario a la Ley» (art. 1.255 CC), en ningún caso está enjuiciando la validez *inter partes* del negocio.

En el caso de la hipoteca, la situación se hace aparentemente aún más complicada, pues el derecho real de garantía viene por principio, en un sistema de accesoriedad, acompañado de una obligación personal, que es la garantizada. Resultaría contrario a la estructura intrínseca de los derechos reales el pretender que la obligación garantizada —como tal obligación y en todo y cada uno de sus aspectos, desde el más simple que es devolver—, tuviera trascendencia real. Esto parece evidente. Ni siquiera la extrema concepción de la confusión de garantía y obligación en el híbrido «crédito hipotecario» es capaz de atribuir a la obligación —como tal obligación— trascendencia real. No circula la obligación con el inmueble (art. 118 LH), por más que en la práctica el acto expreso de su asunción —acto añadido y típico para la transmisión de deudas— sea frecuente.

Ahora bien, sí puede (y debe, en un sistema de accesoriedad) tener trascendencia real la pretensión de las partes de que el derecho de garantía se extienda a todo el contenido de la obligación. No se trata ahora de la trascendencia de la obligación como tal, sino en cuanto determina el contenido (objeto) de la hipoteca. De modo que toda aquella circunstancia de la obligación que, según el querer de las partes del negocio, influya en el ámbito de la ejecución hipotecaria, bien porque pueda propiciarla —vencimiento normal o anticipado— bien porque fije los derechos del acreedor —cuantías garantizadas y su determinación— gozan de intrínseca trascendencia real, en cuanto determinan el contenido del derecho real de garantía. De esta manera queda superado el primer escollo para el reconocimiento a tal contenido de la aptitud para ser «inscrito» en el



asiento configurador del derecho real de hipoteca; después habrá de superar otros escollos, como que el pacto en cuestión no atente al principio de libre circulación de los bienes, o respete la determinación y claridad intrínseca en los derechos reales, o los límites negociales impuestos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Requisitos, todos ellos, que habrá de controlar el Registrador de la Propiedad (arts. 12 y 18 LH) a los solos efectos de reconocer la procedencia de la trascendencia real pretendida (y en consecuencia atribuir legitimación registral).

Sin embargo, en la práctica, por razones que luego trataré de explicar, se había producido una alteración sustancial en el planteamiento, de manera que parecía entenderse que la «trascendencia real» de una cláusula era una atribución de la administración, derivada de la concesión de publicidad. A mi modo de ver, éste es el extremo en el que ha venido a incidir la Ley 41/2007, que pretende asegurar la uniformidad en el «contenido» del derecho real de hipoteca, reconociendo a las partes su derecho a determinar las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de trascendencia real.

6.<sup>a</sup>) Por último, y sin detenerme demasiado en el asunto, la exclusión de la calificación registral de las cláusulas carentes de trascendencia real no tiene base alguna en la Ley, porque tal exclusión ya es en sí una calificación. Y el hecho de que deba negárseles el acceso del Registro de la Propiedad por tal motivo (arts. 2 y 98 LH y 51 RH), no quiere decir que no deba hacerse también por cualquier otro, si éste concurre. Porque en realidad hay que insistir nuevamente, el Registrador de la Propiedad no deniega la trascendencia real, ya que no le corresponde a él otorgarla; lo que rechaza es la pretensión de trascendencia real querida por las partes y, obviamente, deberá expresar todos los motivos de su rechazo.

De hecho la ausencia de tales cláusulas en la nota de calificación, so pretexto de que tal nota únicamente se refiere a lo previamente expurgado como real, contradice gravemente los propios postulados directivos. Resulta obvio que una prohibición de disponer es ante todo un pacto personal carente de trascendencia real. Habría, pues, que excluir de ella toda referencia en la nota. Acaso el acreedor se entere de que no consta inscrita en el Registro y plantee un recurso gubernativo. Resultaría probable que la Dirección advirtiera al registrador de que incumple unas cuantas obligaciones. La de informar al interesado sobre el contenido no inscribible de su derecho, la de no causarle indefensión —producida al no saber éste qué y por qué se le ha rechazado—, y la de integridad en la calificación, si acaso pretendiera después el Registrador alegar en el recurso el artículo 27 LH o cualquier otro argumento.

(La exclusión en la nota de calificación, que ciertamente se produce en la práctica, se refiere puramente a circunstancias absolutamente «ajenas» al negocio documentado que consten en la escritura —otorgamiento de poderes,



avales, cuestiones fiscales...—, y en todo caso su «ajenidad» debe ser evidente por sentido común; pues en otro caso lo procedente es consignar su exclusión en la nota al pie del título).

Con posterioridad a la redacción de este trabajo, se ha publicado en el *BOE* de 7 de agosto la Resolución de 24 de julio de 2008, que se ocupa directamente de nuestro asunto por producirse la calificación una vez en vigor la norma analizada.

Tal Resolución da respuesta a algunos de los interrogantes planteados en los puntos que anteceden. Con todo he preferido mantener el trabajo como lo tenía redactado, pues me parece interesante expresar mi línea de pensamiento antes de abordar la configuración de la hipoteca que realiza tal Resolución, de modo que a continuación «transcribiré» sus Fundamentos de Derecho, respecto de los que mediante notas haré alguna reflexión.

Sin embargo, sí debo decir ahora que para la Dirección la hipoteca ha quedado convertida en una situación indeterminada de riesgos máximos, por una responsabilidad máxima y una duración máxima, en la que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras carecen por norma de trascendencia real, pero sí pueden afectar a terceros en la ejecución de la garantía real, de modo que lo único seguro en su concepto del derecho real de hipoteca es la voluntad de excluir la calificación de los Registradores de la Propiedad.

## SEGUNDA. LA LECTURA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES

La Comisión de Estudios del Colegio de Registradores realizó una lectura del precepto, dentro de una visión global de la reforma, que muy esquemáticamente, y a los estrictos efectos que aquí interesan, puede resumirse así:

- Exigencia de homogeneidad en la calificación de la hipoteca y en la expresión de su contenido en la inscripción.
- Al Registro deben acceder no sólo las cláusulas de trascendencia real que forman parte estrictamente de la garantía hipotecaria, sino además las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (Anexo II, Orden de 5 de mayo de 1994) que, en cuanto configuran el contenido de la obligación garantizada, delimitan el propio del derecho real de hipoteca. De ahí la reforma del artículo 130 LH que determina el contenido susceptible de ejecución hipotecaria.
- El ámbito de la calificación registral no se ha modificado, si bien ésta debe ejercerse desde una perspectiva colectiva, ya que se trata de negocios en masa que exigen un tratamiento previsible y homogéneo. Sólo deben denegarse las cláusulas contrarias a una norma imperativa

o declaradas nulas en virtud de sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

- Conforme a ello, y prescindiendo de cláusulas claramente personales y ajenas a la hipoteca (obligaciones no garantizadas, sumisión, obtención de copias, renuncia del deudor a cancelación parcial, o a la notificación de la cesión, descuentos del precio del remate...), se entiende que no deben acceder al Registro las siguientes cláusulas:
  - Variación interés solo al alza o no objetivo (Disp. Ad. 12, Ley 44/2002, arts. 1.256 CC y 10 LGDCU), redondeo por encima 1/8 puntos (art. 84 LGDCU) y comisiones o compensaciones que excedan del máximo legal.
  - Vencimiento anticipado por realización de actos dispositivos de la finca hipotecada (art. 27 LH), por declaración de concurso del deudor y en general por su insolvencia o desequilibrio patrimonial (art. 61 LCo), o por disminución del valor de la finca a juicio del prestamista o apreciada por perito designado por ésta (art. 1.256 CC).

La Junta de Gobierno del Colegio publicó las anteriores conclusiones y como consecuencia de conversaciones habidas con las entidades financieras dictó una serie de Normas Prácticas para guiar la actuación de los Registradores, que, por lo que hacen al artículo 12 LH único del que aquí me ocupo, siguen punto por punto las conclusiones de la Comisión, si bien añaden una serie de consideraciones sobre la forma en que las cláusulas discutidas podrían ser redactadas para no incurrir en la ininscribibilidad que la Comisión había entendido.

Tales criterios de admisibilidad podrían resumirse así:

- El pacto de vencimiento anticipado por declaración de concurso debe admitirse no sólo cuando éste afecte a un garante no deudor, sino asimismo cuando se respete la propia Ley Concursal (art. 61 y sigs. LCo: obligaciones recíprocas pendientes).
- También debe admitirse en el caso derivado de la disminución de valor de la finca hipotecada, siempre que ello resulte del juicio de una Entidad de tasación legalmente autorizada, aunque la iniciativa de la nueva valoración se haya realizado por la Entidad financiera.
- Asimismo en los supuestos de riesgo de insolvencia del deudor, siempre que se condicione el vencimiento anticipado al hecho de que éste no amplíe la hipoteca a otros bienes u ofrezca nuevas garantías igualmente seguras (para respetar el art. 1.129 CC).
- Se rechaza el efecto real de las prohibiciones de disponer (no pueden provocar el cierre del Registro), pero se admiten como causa de ven-

cimiento anticipado, si el préstamo se hubiera concedido en consideración a la persona del deudor y la subrogación en la responsabilidad personal del nuevo adquirente no fuere aceptada por la Entidad de crédito (art. 27 LH, inciso final).

La cita que se hace de ambos informes colegiales es ciertamente reducida, porque no pretendo en estas líneas realizar un trabajo práctico, minucioso y casuístico sobre la forma en que debe practicarse ahora la inscripción de la hipoteca, sino que pretendo precisar, en la medida de la posible, los principios de cuál sea el objeto de tal inscripción —habida cuenta de que en ella van ligados de una muy especial manera un derecho personal (obligación) y un derecho real (garantía)—, tal y como entiendo que ha quedado después de la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, para pasar luego a estudiar en qué medida la eficacia de la inscripción —que se va a tratar en cuanto a cuatro aspectos: constitutividad, fe pública, inoponibilidad y ejecutividad—, se ha visto así modificada, en cuanto a todo o a parte de su contenido, vista la alteración sufrida por éste.

No obstante, antes de entrar como procede en los concretos aspectos de contenido (DOS) y eficacia (TRES) de la inscripción, me interesa apuntar el nuevo planteamiento global de la cuestión (UNO), necesariamente previo de aquéllos.

**UNO. PLANTEAMIENTO GLOBAL DE LA CUESTIÓN. (MÁS UNA CONSECUENCIA CONCRETA Y PARADIGMÁTICA: LA ADMISIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER COMO CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO)**

Creo que el aspecto más importante que se detecta en los trabajos colegiales es la asunción de que la reforma legal impone la percepción de la hipoteca dentro de la globalidad del mercado hipotecario. Es precisamente tal planteamiento global el que implica la necesidad de un tratamiento uniforme en la inscripción de las concretas escrituras de hipoteca y por consecuencia previa en su calificación. Existe desde luego en ambos escritos y es detectable en la práctica diaria de las oficinas la búsqueda de tal uniformidad. Acaso disfrazadamente, se dice que no hay propiamente una pérdida de la calificación individual, sino la voluntad de aceptación de criterios colectivos.

Porque, en todo caso, tal perspectiva de globalidad supone la superación de la estricta visión, jurídicamente inobjetable, de la hipoteca como un derecho real apegado a una concreta finca, y cuyas vicisitudes giran sustancialmente en torno a ella, quedando en un segundo plano, dada su irrelevancia en cuanto a la eficacia de la garantía, la misma persona del deudor. Línea clásica desde la primera Ley Hipotecaria, cuya Exposición de Motivos expresaba,

con frase después muy reiterada, que el préstamo no se hacía propiamente a tal persona, sino a tal finca. Esta visión particularista ha debido quedar supe-  
rada, no sólo porque la contratación en masa —y de alguna manera vinculada  
toda ella entre sí como unidad en la refinanciación que en el mercado hipotecario obtiene el en aquélla acreedor, y en ésta deudor—, difícilmente tolera su atomización, no sólo de forma, asimismo de contenido, resultante de la aplicación de un particular criterio de apreciación respecto de cada una de las fincas hipotecadas, sino porque la afirmación de sustento —la finca es garantía suficiente a efectos de recobro—, puede resultar dañada por la propia universalidad del crédito. Pues aunque sea razonable afirmar que en un mercado hipotecario cuyas reglas jurídicas se hubieran respetado escrupulosamente —calidad y eficacia jurídica del propio sistema, y de los bienes, de sus tasaciones, de la relación crédito-valor...— la certeza en la recuperación de la inversión, gracias a la garantía hipotecaria, resulta indudable, es lo cierto que resulta impensable en objetivizar total y absolutamente el mismo, como si una generalidad de ejecuciones, aún sin pensar en la universalidad, fuera naturalmente asumible por el sistema.

Todo ello nos lleva a la idea de que el sistema hipotecario, como engranaje cualificado de regulación de una colectividad, no puede desconectarse de la solvencia de los deudores, entendida aquí como «posibilidad» de pago, de modo que la esencia de la hipoteca, como derecho de garantía, ha de situarse más en su capacidad de compulsión a realizarlo, que en su calidad de mecanismo que asegura el recobro de su inversión por el prestamista. (De hecho en la práctica se ve también que las condiciones de los préstamos hipotecarios se agravan más en función del riesgo de impago que en función del valor de la garantía, y factor fundamental a tener en cuenta para analizar tal riesgo es el grado de presión para la voluntad del deudor que la naturaleza del inmueble representa: vivienda habitual, segunda residencia, local...).

Ejemplo de cuanto hasta aquí se ha venido diciendo es la admisión del incumplimiento de las prohibiciones de disponer como causa de vencimiento anticipado de la obligación. Es a la única cláusula a la que voy a dedicar unas líneas, porque es paradigmática del cambio de criterio a que la reforma ha movido, y es asimismo expresiva de la disparidad de planteamientos de las lecturas a que me he referido. Su admisibilidad, aunque sea condicionada en los términos que se han precisado, ya ha generado bastante polémica entre los Registradores, e incluso en sectores doctrinales y prácticos partidarios de un mayor control preventivo por los primeros de las condiciones impuestas a los consumidores por las entidades financieras. Se acusa que de alguna manera todo el tráfico inmobiliario va a quedar, en consecuencia, en manos de éstas, mediante el recurso de imponer, en su caso, la obligación de devolver los préstamos.

Ya he dicho antes que las «prohibiciones voluntarias de disponer» son admisibles como pactos personales, esto es, como puras obligaciones, pero en tanto vinculaciones que pueden llegar a ser se les ha negado, por doctrina y jurisprudencia, la trascendencia real, salvo que vengan establecidas en actos a título gratuito y dentro de ciertos límites a la postre temporales. A mis efectos no es necesario detenerse en su análisis para justificar y profundizar este planteamiento. Como consecuencia de tal negación, no puede pensarse en su eficacia respecto de tercero y de ahí el rechazo a su inscripción (arts. 26 y 27 LH), inscripción que implicaría el cierre del Registro de la Propiedad a la transmisión prohibida. Así pues, el hecho de que dentro de las cláusulas financieras se incluyera una prohibición de disponer, no podría significar, de por sí, una alteración de su naturaleza, ni tampoco un posible traslado literal al Registro como cláusula sin trascendencia real, sin calificación y con efecto de mera noticia. Esto es lo que establece el artículo 12 LH cuando requiere para la inscripción de tales cláusulas la trascendencia real, como en el apartado siguiente desarrollaré.

Cuestión distinta es que el incumplimiento del pacto personal de no disponer —claramente válido en sí hemos visto—, sea elevado por las partes a la categoría de causa de «vencimiento anticipado» de la obligación, de modo que el deudor que lo realizara, enajenando la finca, se viera obligado a devolver el préstamo. El pacto de no disponer no deja en ningún caso de ser personal, pero desde el momento en que su incumplimiento puede provocar la ejecución de la hipoteca —en cuanto el vencimiento del crédito es el primero de los requisitos necesarios para ello— su trascendencia respecto de la garantía, *ergo* su «trascendencia real», es indudable, por lo que como elemento de «*identificación de la obligación*» garantizada (art. 12, párrafo primero LH) debe hacerse constar en la inscripción de la hipoteca, «*en los términos que resulten de la escritura de formalización*» (art. 12, párrafo segundo LH), pues de una «*cláusula de vencimiento anticipado*» se trata, siempre previa «*calificación registral*» favorable (art. 18 LH y el mismo art. 12 tan repetido).

Tradicionalmente se ha visto el artículo 27 LH como obstáculo que impedía la inscripción del incumplimiento de la prohibición de disponer como pacto de vencimiento anticipado de las hipotecas. Así había sido declarado por la jurisprudencia tradicional y la línea se seguía en la práctica por cierta pacífica inercia. Pero, si bien se mira, pueden encontrarse en el mismo precepto razones para la inscripción de la cláusula, si a tales razones se añade una perspectiva menos dogmática del principio de accesoriedad.

En efecto, la validez intrínseca de la obligación de no disponer se asume expresamente por el legislador desde el momento en que se permite «*que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento*». No admite discusión alguna que en tal caso lo «*garantizado*»,

en un sentido si se quiere vulgar, será la «indemnización» del daño que se causaría al imponente de la prohibición (y cuyo monto obviamente habría de fijarse en la inscripción, como exigencia del principio de especialidad, art. 12 LH), pues a la postre lo único que puede conceder la hipoteca es una satisfacción económica. Pues bien, verdaderamente no se ven razones de suficiente peso como para excluir que la «indemnización» pueda consistir en la devolución anticipada de un importe prestado claramente determinado. (¿Habría que recurrir a la constitución de una hipoteca nueva para garantizar la sanción por incumplimiento, sanción que se cuantificaría en función de la cantidad pendiente de devolver del préstamo anterior?).

Queda acaso el prurito de evitar que las entidades financieras se conviertan en los árbitros del tráfico inmobiliario, pero este prurito obedece más a principios dolidos que a la realidad, pues la práctica revela ya que no se vende voluntariamente un solo piso hipotecado, sin que el deudor negocie las condiciones de su «liberación» con el acreedor hipotecario, liberación que pasa por la devolución o la subrogación.

Al respecto hay que recordar desde luego la perspectiva global con la que hoy, según ha quedado dicho, debe contemplarse el sistema hipotecario, perspectiva que pone el acento en la solvencia de cada deudor como eje de la solvencia del sistema. Y desde esta perspectiva asumir que no tiene lógica que toda la labor de depuración de la solvencia del deudor hipotecario que realiza el acreedor a la hora de conceder la «hipoteca», quede jurídicamente desprotegida por la enajenación que el mismo realice del bien hipotecado, máxime cuando una de las razones que la doctrina económica encuentra para el reconocimiento legal de los «beneficios jurídicos» —eludo deliberadamente el término «privilegio» que tiende a confundir el derecho real de hipoteca con los créditos—, concedidos a la hipoteca, se encuentra precisamente en la compensación al acreedor de los costes causados por las señales que lanza al mercado sobre la solvencia de los deudores, o cuanto menos en el control que realiza de ella.

Desde esta perspectiva se explica bien la condición de admisibilidad para la cláusula de vencimiento anticipado aportada por la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores.

Es cierto que, sin su consentimiento, la entidad financiera no pierde la solvencia del primitivo deudor (arts. 1.205 CC y 118 LH), pero también lo es que a partir del momento de la transmisión de la finca, la función de garantía de la hipoteca como compulsión al cumplimiento no se produce respecto del obligado de la misma manera. Podría pensarse en que se realiza con ella una modificación unilateral del negocio constitutivo de la hipoteca, ya que la hipoteca por deuda ajena tiene, como mecanismo de garantía, un distinto fundamento. Por otra parte, el posible carácter tácito de aquel consentimiento impone graves urgencias a la entidad acreedora.

## DOS. EL CONTENIDO DEL ASIENTO REGISTRAL DE HIPOTECA

El objeto de la inscripción en el Registro de la Propiedad es el derecho real de hipoteca (arts. 2 y 98 LH).

En España, por principio, no existe la hipoteca independiente; toda hipoteca es accesorio, esto es, toda hipoteca se constituye en garantía del cumplimiento de una obligación. La relación que liga la hipoteca con la obligación garantizada es una relación de accesoriedad, aquélla se constituye al servicio de ésta.

Pero tal relación al propio tiempo significa que ambos elementos son derechos propios con su propio contenido, de modo que ambos podrían definirse como principales, por cuanto de lo contrario la hipoteca sería una simple cualidad del crédito, y esto, obviamente, no es así.

De modo que necesariamente, al inscribirse en el Registro de la Propiedad la hipoteca, debe hacerse en el asiento referencia a la obligación garantizada. La obligación es así objeto de publicidad, pero ello no quiere decir que sea objeto de inscripción, de modo que en principio la eficacia registral únicamente será predicable del derecho real que es el que constituye su objeto. Tal eficacia será razonablemente extensiva a la obligación, en la medida en que ésta constituya el contenido del derecho real de garantía, no como tal obligación en sí. Si bien, al producirse de hecho la publicación del crédito habrá de plantearse si este derecho personal se beneficia en alguna manera de la eficacia que el sistema atribuye a la garantía.

Por principio rechazo aquí que derecho real y obligación garantizada se fusionen en una figura híbrida, que es la que sería objeto de inscripción: el crédito hipotecario, dotado de aspectos personales y reales, siendo éstos los que facilitan su acceso al Registro. Personalmente entiendo que tal planteamiento no corresponde a la realidad de las cosas, y me mantengo en la línea clásica que diferencia la garantía de la obligación garantizada.

Digamos plásticamente: La hipoteca tiene una función: garantía. Por tanto: dos objetos: la finca y el crédito. Un medio de realización: la vinculación entre los objetos (sujeción para cumplimiento). Y un instrumento que lo posibilita: la publicidad registral.

De modo que debe destacarse que si la obligación accede al Registro de la Propiedad, como consecuencia de la inscripción de la hipoteca, no lo es porque represente una excepción al objeto de la publicidad inmobiliaria, sino porque constituye el objeto del derecho real de garantía y en tal sentido determina el contenido de este derecho. Este aspecto me interesa que quede bien resaltado: no se inscribe la obligación garantizada, sino que se publica como objeto del derecho real de garantía. Esto es esencial en un sistema de accesoriedad, porque la medida ejecutiva de la hipoteca es exactamente la medida del crédito; no existe ningún grado de independencia económica de la garantía, no hay en ella nada en tal aspecto que no resulte del crédito.

En todo caso, aunque el punto de partida ha quedado perfectamente delimitado, será al final donde podrá verse si el distinto contenido y la distinta eficacia atribuida a uno y otro elemento —a la hipoteca y al crédito— permiten o no sostener la configuración unitaria del crédito hipotecario.

Con arreglo a tal planteamiento previo, que creo no hace supuesto de la cuestión, debe estudiarse cuál sea el contenido del asiento de hipoteca establecido por el artículo 12 LH después de la reforma realizada por la Ley 41/2007.

Desde luego la nueva redacción del artículo no debe ser nada afortunada cuando ha permitido lecturas tan dispares como las que hemos observado. Pero, por muy mal que haya podido quedar redactado el precepto, siempre será mejor y más completo que la antigua redacción que decía que *«las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada, y el de los intereses si se hubieran estipulado»*; redacción, a todas luces insuficiente, cuanto menos si se quería hacer de ella la expresión del principio de especialidad o determinación aplicado a las hipotecas.

La redacción actual es, sin duda, más completa siquiera sea por acumulación de datos, aunque, a mi entender, está a falta de rigor metodológico, porque no se encuentra ciertamente en el precepto ningún elemento que permita distinguir entre los aspectos propios del derecho real y los aspectos propios de su objeto, el crédito. El intento de distinguirlos en función de los párrafos carece, como hemos visto, de coherencia. De hecho, es evidente que todo el contenido del precepto viene referido a la obligación garantizada: *importe de la deuda, intereses en su caso, identificación de la obligación, duración, causas de vencimiento anticipado y condiciones financieras*, son todas circunstancias de la obligación, de modo que si son circunstancias de la hipoteca, lo son en cuanto la obligación es el objeto de la misma, pero no son propias y exclusivas del derecho real. La única salvedad al respecto es la referencia al *«importe máximo de la responsabilidad hipotecaria»* que representa la delimitación del ámbito de ejecución hipotecaria de una obligación garantizada de cuantía indeterminada, de modo que es un elemento propio del derecho real que en ningún caso afecta a la obligación en sí.

Por lo tanto, siguiendo aquel punto de partida, voy a intentar precisar cuáles de las circunstancias que se deben consignar en el asiento corresponden estrictamente al derecho de hipoteca, y cuáles a la obligación garantizada, de modo que estas últimas sólo mediatamente, en cuanto tal obligación es el objeto de la garantía, forman parte del derecho real. La distinción habrá de tenerse muy presente después cuando se estudie la eficacia jurídica del asiento, pues como se verá no es la misma en un caso y en otro.



A) *Circunstancias propias de la hipoteca*

Efectivamente, y con la salvedad dicha, el artículo 12 LH no se ocupa de los aspectos estrictamente relacionados con el derecho real de garantía, acaso porque haya pensado que tales aspectos son implícitos al derecho real en sí y por ello consignables de una manera natural, sin necesidad de que el legislador los determine —como sí debe hacer en cambio con los aspectos «personales» a los cuales, dada su peculiar naturaleza, aunque a la postre se integran en aquel derecho, entiende que debe referirse expresamente—, acaso porque haya entendido que los mismos resultan de otros concretos preceptos normativos.

En mi opinión, extremos atinentes exclusivamente al derecho real de hipoteca a consignar por tanto naturalmente en el asiento, amén del propio hecho de su constitución, son los siguientes pactos:

- Sobre la naturaleza de la hipoteca —esto es, dividida o unitaria cuando ésta sea posible— (arts. 119 a 124 LH).
- Sobre la extensión objetiva respecto de las obligaciones accesorias (arts. 114 y 132.3.º y 692.1. LEC, LH), y respecto de la principal cuando éste sea de cuantía indeterminada (arts. 12 y 132.3.º LH).
- Sobre la extensión objetiva de la hipoteca respecto del bien hipotecado (arts. 109 a 113 LH).
- Sobre ejecución hipotecaria: tasación (art. 682.2.1.º LEC), domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones (art. 682.2.2.º LEC), administración y percepción de rentas (art. 690 LEC), determinación del saldo deudor (art. 695.2.ª LEC).
- Sobre el rango de la hipoteca, incluidos los modalizadores del sistema «legal» de supervivencia de cargas simultáneas del artículo 227 RH
- De venta extrajudicial (art. 129 LH).
- De duración de la hipoteca (art. 82 LH). (Entiendo este pacto como de caducidad de la garantía. En la práctica hay con frecuencia una confusión notable, pues se suele confundir tal plazo con el de duración de la obligación o el de formación de la misma, por ejemplo, saldo.)

La relación tiene desde luego pretensión de ser exhaustiva. No obstante fallos y omisiones podrán ser fácilmente subsanados siguiendo el mismo criterio. Se refieren a aspectos que en ningún caso conforman la existencia y contenido de la obligación. (Podría plantearse algún debate sofisticado; así, por ejemplo, si la división de la hipoteca entre las diversas fincas hipotecadas —con la subsiguiente distribución de responsabilidad hipotecaria— conlleva una división del crédito, al menos para el caso en que surja un tercer poseedor respecto de alguna de tales fincas. Tal parece que ese resultado podría defenderse al amparo del artículo 221 RH, debiendo el acreedor admitir el pago

parcial realizado por el tercer poseedor. Sería un supuesto verdaderamente excepcional, tan excepcional que debería rechazarse, porque no es lógico que una garantía, ni siquiera una garantía hipotecaria, altere la naturaleza de la obligación. En todo caso serían excepciones que confirmarían el principio: las circunstancias reseñadas forman parte de la naturaleza propia del derecho real y gozan de la eficacia a éste atribuible.)

Puede decirse que hoy todas las escrituras de hipoteca contienen pactos sobre los extremos enunciados (salvo el último). No obstante la hipoteca resultaría plenamente eficaz por su sola constitución, sin necesidad prácticamente de ninguno de tales pactos. La LH y en su caso la LEC fijan un régimen legal que podría calificarse así de supletorio. No es este el momento de detenerse en el análisis de cada uno de ellos y en las consecuencias que de su existencia o no resultan. En cualquier caso, tales circunstancias son las definidoras del concreto derecho real de hipoteca establecido. Por lo tanto, en ellas habrá de pensarse cuando posteriormente me refiera a la eficacia natural de la inscripción, predicable en puridad tan sólo de los derechos reales (inoponibilidad y fe pública, más la constitutividad tratándose de la hipoteca).

#### B) *Circunstancias de la obligación garantizada*

Ninguna duda puede haber acerca de que los extremos que según el artículo 12 LH deben expresarse en la inscripción del derecho real de hipoteca se refieren a la obligación garantizada. Todos menos *el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria*, que no es un elemento propio de la obligación, según se ha razonado en el apartado anterior. Respecto de todo lo demás no parece que pueda haber aquí problema de interpretación alguno: el precepto habla directamente de la obligación y de elementos que la componen.

La Ley 41/2007 después de mantener la redacción antigua: «*En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda, y en su caso, el de los intereses pactados*» —sin más que sustituir la condición «*si se hubiesen estipulado*», por el hoy obvio de «*pactados*»—, ha añadido otras circunstancias. La ya citada sobre el importe de la responsabilidad hipotecaria, que permite comprender la hipoteca de las obligaciones de garantía indeterminada, pero que altera en cierto modo la lógica del precepto, ya que no puede ahora decirse de él que se ocupa exclusivamente de las circunstancias de la obligación a consignar en el asiento de la hipoteca. Además, el precepto continúa ahora en su primer párrafo, reclamando que deben identificarse «*las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*».

En el párrafo segundo se regula la forma en que determinados extremos de estas obligaciones deberán expresarse en el asiento: «*Las cláusulas de*

*vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».*

Ya he dicho que, a mi parecer, este segundo párrafo no puede entenderse sino como una precisión del párrafo primero, pues ambos se refieren sin ningún género de dudas a la obligación. «Identificar la obligación» a efectos de su garantía hipotecaria no puede ser simplemente nombrarla. Es imprescindible expresar todo el contenido de la misma que de una manera u otra tiene su trascendencia respecto de la hipoteca (*ergo*, trascendencia real). Y tal trascendencia se produce, o bien mediante el propiciar la ejecución hipotecaria —impago de la obligación fijada en los plazos convenidos—, o bien, mediante el determinar el ámbito cuantitativo de ésta —obligación principal, obligaciones accesorias y criterios de determinación y cálculo de su contenido—. Lo primero es la «duración» de la obligación garantizada, duración que corresponde al programa de devolución convenido por las partes, que puede ser «normal» o «anticipado», cuando se produzcan algunas de las circunstancias contempladas como «cláusulas de vencimiento anticipado»; lo segundo es el contenido económico de la obligación cuya satisfacción sustitutiva puede obtenerse en la ejecución hipotecaria —de modo que su determinación implica la aplicación de reglas jurídicas— y como tal puede ser calificado, como hace la norma, de «cláusulas financieras» —que no por ello dejan de ser cláusulas contractuales civiles o mercantiles—.

Prescindiendo ahora de la cuestión de los sujetos a los que es aplicable el párrafo, el problema interpretativo del precepto se halla en la expresión, enmarcada entre comas «*en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real*». Y quizá en la Exposición de Motivos que, pretendiendo decir lo mismo, no utiliza exactamente la misma redacción. Aunque tampoco creo que ésta, ni literalmente ni como medio interpretativo, venga a modificar el sentido de la Ley.

A nadie se le ha ocurrido afirmar que cuando el precepto se refiere a las *cláusulas de trascendencia real*, se está refiriendo exclusivamente a las circunstancias propias y exclusivas del derecho real de hipoteca, que son las que he relacionado en el apartado anterior, porque no hay derecho sin objeto, ni hipoteca sin obligación. Ésta es elemento estructural del derecho real de hipoteca, y el hecho de que existan circunstancias en la garantía que no afecten a la obligación no quiere decir que pueda concebirse la primera sin la segunda: dentro del contenido real de la hipoteca se halla sin duda la obligación, en la medida en que las partes hayan establecido su protección por la garantía.

Se ha tratado de entender que dentro de esa referencia a las *cláusulas de trascendencia real* hay que incluir sólo una parte de la obligación, aquélla que excluya precisamente a las *cláusulas de vencimiento anticipado* y demás *cláusulas financieras*, acaso porque la coincidencia de éstas en el párrafo segundo con la condición —«*en caso de...*»— quiera interpretarse en el sentido de que la Ley excluye a éstas de la trascendencia real, de modo que esa parte de intrínseca trascendencia real a que se refiere la norma debe ser la parte contemplada en el párrafo primero, acaso porque las palabras *derecho real* sólo vienen utilizadas en dicho párrafo primero. Razones muy escasas, pero no veo otras en que sustentar la separación.

Desde luego ese entendimiento no puede sostenerse en los términos del precepto.

En primer lugar supone una modificación del sistema hipotecario, sin que el legislador, que no ha modificado un ápice su postura sobre la prohibición de acceso de pactos personales al Registro de la Propiedad (arts. 2 y 98 LH), lo establezca. El hecho de que se subsane la lectura *contra legem*, con otra lectura *contra legem* —el Registro de la Propiedad no surte entonces los efectos legalmente establecidos— no hace sino agravar el error.

En segundo lugar, en ningún caso ni una obligación, ni ninguna de sus partes —si es que la descomposición es posible— puede tener intrínseca trascendencia real. Esta es una cuestión de principios de Derecho Civil. Por «trascendencia real» debe entenderse la natural aptitud de un derecho de imponerse a terceros. *Ergo*, derechos reales (la trascendencia real no es predicable de las cláusulas, sino de su contenido). Una obligación por naturaleza pues carece de trascendencia real, y en ningún caso cabe su innata imposición a tercero (no entramos ahora en categorías especiales de obligaciones reales). Ello, aunque la obligación esté cubierta por la garantía hipotecaria. En ningún caso el «tercero» —adquirente de la finca, no el tercer adquirente del crédito, obviamente—, será afectado por la obligación garantizada, como tal obligación (otra cosa es su afección por la garantía de la que la obligación forma parte). Los intentos de construir la categoría del «crédito hipotecario» topan con la tozuda realidad del hecho de no traspaso de la obligación a tercero. Tal traspaso requiere un acto de expresa asunción por tal tercero, y aún del consentimiento del acreedor para la sustitución del deudor (arts. 1.205 CC y 118 LH). Debe, pues, notarse ahora, y a los efectos de entender lo que en mi opinión es la pretensión del legislador, la escasa consistencia de crear una división de la única obligación garantizada en función de la trascendentabilidad real de sus componentes, ya que tal eficacia real no es intrínsecamente aplicable a ninguno de ellos.

En tercer lugar, tal lectura obligaría a explicar cuál es la parte de la obligación a que se refiere el párrafo primero del precepto, y que es lo que la diferencia del contenido del párrafo segundo. Y ello tropieza no sólo con

el hecho de que la *identificación* de una obligación no puede fraccionarse, pues en lo no publicado la obligación queda inidentificada, sino con la circunstancia de que las cláusulas financieras engloban necesariamente —a reservas de una mayor precisión sobre el concepto de lo que me ocuparé más adelante— todo el contenido económico de la obligación, incluido obviamente *el importe del principal de la deuda*, los *intereses*, y las obligaciones accesorias, de modo que habría de aclararse porqué tal contenido tiene trascendencia real en el párrafo primero y no lo tiene en el segundo.

En cuarto lugar, ello conlleva excluir de la trascendencia real no sólo a todo el contenido económico de la obligación, representado por las cláusulas financieras, sino idénticamente a todas las cláusulas de vencimiento anticipado, incluida la trascendental por muchos motivos, entre ellos su expresa recepción legal en el ámbito procesal (art. 693.2 LEC), derivada del impago de alguno de los pagos parciales en las hipotecas de amortización periódica. Supone, por lo tanto, modificar nuestro sistema de Derecho Civil por impedir a las partes la libertad de configurar el contenido de su derecho real de garantía. Sobre esto antes me he extendido y no procede insistir.

En último término, tal pretensión establece una diferencia sustancial en la naturaleza de la hipoteca en función de quién sea el acreedor hipotecario. Pues si este acreedor no es una de «*las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*», habrá que entender, siguiendo tal línea de pensamiento, que o bien no podrá hacer constar de ninguna manera en el asiento registral las cláusulas del párrafo segundo, o bien que él sí podrá atribuir contenido real a las mismas. Es evidente, desde el propio título, que el pensamiento de la Ley 41/2007 iba dirigido siempre a aquellas entidades, y probablemente cometió el error de no percatarse de que para determinadas normas debía pensar también en otros sujetos. Para mí es obvio que el párrafo segundo debe ser aplicable cualquiera que sea el sujeto concedente del préstamo, puesto que no es más que el desarrollo de la identificación de la obligación —sin más que cohonestar razonablemente la palabra «*financieras*»—, pero no puede convertirse el error en un medio de diversificar la naturaleza del derecho real de hipoteca, ni en la concesión de una especie de privilegio para las entidades nombradas, que a la postre puede volverse en su contra.

Por eso un mínimo de lógica y de coherencia con el sistema obliga a entender que aquello en lo que insiste el legislador es en el hecho de que deben ser las propias cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras las que han de tener trascendencia real para acceder a los libros del Registro. O más exactamente, la expresa exigencia por la norma de calificación favorable y de trascendencia real, unido a la ausencia de modificación alguna de los principios rectores del sistema —esto es, la calificación registral conforme al art. 18 LH y la prohibición de acceso al Registro de

pactos personales conforme a los arts. 2 y 98 LH—, significan claramente que en la inscripción del derecho real de hipoteca únicamente deben aparecer cláusulas con trascendencia real que hayan obtenido la calificación favorable del Registrador.

Puede pensarse que con ello nada ha variado, pero radicalmente no es así. La trascendencia real de la obligación únicamente puede medirse, según he reiterado, en relación con la garantía hipotecaria; esto es, existirá en la medida en que pueda propiciar la ejecución hipotecaria o determine el ámbito de ésta (esto es, en la medida en que sea el objeto de la hipoteca). La ejecución hipotecaria se propicia únicamente por impago del crédito en el momento del vencimiento y su ámbito vendrá determinado por el contenido de la obligación judicialmente reclamable. Pues bien, si bien se mira, tal es el contenido real de la obligación —insisto, a los solos efectos de la garantía hipotecaria— del que se ocupa precisamente el párrafo segundo del artículo 12 LH: cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras. Ahora bien, respecto de esta parte del derecho real de hipoteca, que es el contenido de la obligación garantizada que determina el ámbito de la garantía, el legislador ha exigido al Registrador de la Propiedad el respeto al íntegro contenido de la escritura, es decir, el respeto a la voluntad configuradora del derecho realizado por las partes del negocio.

Por lo tanto, el legislador ha querido establecer dos cosas: primera, que corresponde a las partes determinar el contenido real, para el que quieren la garantía hipotecaria de la obligación, estableciendo las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras; y segunda, que corresponde al Registrador de la Propiedad calificar que tales cláusulas tengan contenido real, esto es, que sean verdaderamente cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, de modo que una vez comprobado que ello es así, no puede alterar la voluntad de las partes, ni en cuanto a su determinación, ni en cuanto a su contenido (a salvo de la existencia de otras circunstancias que hagan «desfavorable» la calificación).

La uniformización querida por la Ley se consigue imponiendo al Registrador de la Propiedad que acepte el contenido real querido por las partes para la obligación —cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras establecidas en la escritura pública—, siempre que además de ser verdaderas cláusulas de vencimiento anticipado y financieras —intrínseca trascendencia real por afectar a la garantía— sean calificadas favorablemente —respecto al art. 18 de la Ley Hipotecaria—. Lo que quiere decir el legislador es que la intrínseca trascendencia real de tales cláusulas no es suficiente para su constancia en el asiento registral, si median otras circunstancias —vinculación de bienes, indeterminación, infracción de límites legales (art. 1.255 CC)...— que impiden su *calificación registral favorable a la trascendencia real* (no a su validez negocial).

Puede tildarse tal planteamiento de voluntarista, pero no me parece este adjetivo aquí acertado. Por supuesto que es una interpretación subjetiva del precepto, ya que el precepto carece de una redacción precisa, pero no pretendo con ella adaptar el sistema hipotecario, a mi particular querer, sino simplemente cohesionarlo con el vigente. Procede añadir algunas consideraciones de las que debería, en buena lógica, resultar confirmada la interpretación sostenida.

*Primera. Siguen quedando, en consecuencia, excluidas de constancia en el Registro de la Propiedad las cláusulas de la obligación carentes de trascendencia real; esto es, por exclusión, todas las no elevadas por las partes a la categoría de cláusulas de vencimiento anticipado o que por no ser financieras no influyen en la determinación o cuantía de la(s) obligación(es) asegurada(s)*

Quizá esto pudiera expresarse de otra manera igualmente evidente. La Ley 41/2007 no ha modificado, ni pretendido modificar, el sistema jurídico hipotecario; no ha alterado, ni pretendido alterar, el objeto del Registro de la Propiedad que se reduce a los derechos reales; no ha introducido, ni pretendido introducir, un nuevo objeto de la inscripción registral; y en consecuencia no ha establecido, ni querido establecer, ningún tipo de eficacia distinta —llámese esta transcripción, mera noticia, información...— para este nuevo objeto cuya inscripción no ha introducido.

Por tanto, toda interpretación que se pretenda del artículo 12 LH reformado deberá partir del respeto a la Ley 41/2007 de reforma.

Pero es que además la exclusión de las obligaciones (personales) de la publicidad registral es de una lógica incuestionable, porque su presencia es absolutamente inocua, cuando no perjudicial, no sólo a los efectos de la garantía hipotecaria, sino a todos los efectos. La cosa es por demás evidente. Pongamos una obligación de cierta importancia: la de asegurar la finca hipotecada. Si el incumplimiento de tal obligación ninguna trascendencia tiene para la hipoteca —porque no se contempla el vencimiento anticipado del crédito por su incumplimiento—, de modo que el daño que se cause al acreedor debe ser indemnizado al margen de la hipoteca, de ninguna manera puede figurar en el asiento constitutivo de ésta. (Evidentemente la posible desvalorización de la finca y el vencimiento anticipado de la obligación por tal circunstancia nada tienen que ver en sí con la obligación de asegurar.) Lo mismo podría decirse respecto de obligaciones más o menos accesorias, si el acreedor no puede resarcirse de ellas en el ámbito hipotecario sino por medio de otras vías. No forman parte, pues, tales obligaciones del «objeto» de la hipoteca, y por lo tanto no debieran figurar en el asiento, y si aparecieran, en



ningún caso deberían repercutir en la ejecución hipotecaria, ni propiciándola, ni determinando su contenido.

No obstante debe resaltarse que es manifiesto ahora que tal inoperancia es exactamente el resultado querido por las partes, que excluyeron para esas obligaciones la trascendencia real bien por no elevarlas a la categoría de causa de vencimiento anticipado, bien por no comprenderlas dentro del contenido económico asegurado por la hipoteca. De modo que la gran diferencia con el sistema anterior es que corresponde a las partes —y no al Registrador de la Propiedad— decidir para qué cláusulas se quiere la trascendencia real y para cuáles no, mediante el sencillo mecanismo de contemplar expresamente su influencia en la garantía hipotecaria.

Puesto que la Ley no ha permitido la constancia de obligaciones en el Registro de la Propiedad, inútil resulta plantearse el valor informativo que su constancia podría tener. Se alaba que los terceros podrían conocer a través del Registro de la Propiedad las condiciones de las obligaciones en las que acaso pensarán subrogarse. Mi opinión es que la utilización de una institución, cuyos fines legales están claros para otros objetivos —acaso muy meritorios y oportunos, pero no legalmente definidos— causa siempre confusión en todo el sistema, incluida la propia institución utilizada para fines espúreos a su naturaleza. Lo que importa aquí es tener claro cuál es el mecanismo establecido por el sistema civil para el traspaso a terceros de las obligaciones. Si el Registro de la Propiedad no está concebido dentro de esos mecanismos, la publicidad registral de la obligación no puede sino venir a perturbar el mecanismo jurídico previsto. Al estudiar en el último apartado la posible aplicación de principios registrales a la transmisión de obligaciones se verá más clara la oportunidad o inoportunidad de su constancia registral.

*Segunda. Son cláusulas de vencimiento anticipado las que las partes establezcan como tales. Son cláusulas financieras todas aquellas que, de una u otra manera, incidan en la cuantía de la obligación garantizada o en su forma de determinación. Respecto de unas y otras no debe atenderse a su «nominación» o encaje en la escritura, sino a su contenido que las haga verdaderas causas de vencimiento anticipado del crédito o expresión del contenido de la obligación garantizada o de su forma de determinación. El artículo 12 LH las menciona separadamente —aunque precise simultáneamente que las de vencimiento anticipado también son financieras—, ya que en las primeras la trascendencia real va de suyo, en cambio respecto de las segundas se requiere además su contemplación expresa por la garantía*

El mecanismo de que disponen las partes para que determinados extremos de la conducta que se quiere exigir del deudor afecten a la garantía, *ergo*,



tengan trascendencia real, es configurar el incumplimiento como causa de vencimiento anticipado del crédito, porque tal vencimiento afecta objetivamente a la hipoteca. El Registrador de la Propiedad no podrá rechazar tal trascendencia real, so pretexto de una trascendentabilidad real intrínseca a unas conductas sí y a otras no, sin perjuicio de que su calificación «desfavorable» pueda basarse en otros extremos.

Respecto de las demás cláusulas financieras no basta con que las partes las califiquen de tales —incluso pudiera pensarse que tal nominación es innecesaria—, sino que es preciso que, del mismo modo, afecten objetivamente a la garantía.

En cuanto al contenido de estas cláusulas contamos con la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, cuyo artículo 6, titulado precisamente *Cláusulas financieras del contrato*, establece en su número 1: «*Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el Anexo II de la presente Orden. Las demás cláusulas de tales documentos no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas*».

Como se ve, la definición de cláusula financiera por la presente Orden tiene un ámbito y una finalidad perfectamente delimitados. Ello no obstante existe cierta unanimidad en entender que es la que el legislador de la reforma hipotecaria tenía en mente.

Y es cierto cuando se sigue el Anexo II que todas las circunstancias cuya expresión documental exige pueden afectar decisivamente, mediando la voluntad de las partes, a la garantía. Resumidamente son:

- Capital del préstamo: importe, moneda y especificidades..., cuenta especial de entrega de disposición condicionada...
- Amortización: fecha inicial y final, cuotas, condiciones de reembolso anticipado...
- Intereses ordinarios: tipo, periodos y formas de liquidación; variabilidad: definición, índice de referencia, límites a la variación, umbral mínimo y redondeos, comunicaciones...
- Comisiones de apertura y posteriores, tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente...
- Gastos a cargo del prestatario...
- Intereses de demora: tipo, base y forma de liquidación.
- Resolución anticipada por la entidad de crédito: causas y penalización.

A mi entender, no basta para la constancia registral de estas cláusulas su naturaleza financiera, sino que es además preciso, como exige el artículo 12 LH que las partes quieran para ellas la trascendencia real, estableciendo

expresamente su influencia en el ámbito de la ejecución hipotecaria. Hay que insistir nuevamente en que en nuestro sistema de accesividad es el crédito, determinado con arreglo a los parámetros que consten en la escritura y se hayan trasladado al Registro de la Propiedad, el objeto de la ejecución hipotecaria.

Al respecto, como bien se puede ver, prácticamente el único problema se reduce a la contemplación expresa de las obligaciones accesorias en la fijación de las cantidades garantizadas por la hipoteca, porque la influencia de todas las demás en dicho ámbito va de suyo. Y nuevamente al respecto me inclino por seguir la línea de la Comisión de Estudios de entender que el principio de especialidad —que en materia de obligaciones accesorias tiene una muy vaga definición legal (vid. arts. 132.3.º LH y 692.1 LEC)— no puede llevarse al extremo de exigir tantas cantidades separadas de garantía como conceptos posibles, sino que con la expresión de las tres consolidadas en la práctica —intereses ordinarios o remuneratorios, intereses de demora o indemnizatorios, costas (y gastos, sin dejar de observar que propiamente la Ley sólo contempla las primeras)—, basta para comprender, como cifras de máximo, todas las posibilidades a que la citada OM se refiere, y que incluso dentro de la cifra de capital puede caber, idénticamente como máximo, la cuantía resultante de la capitalización de intereses (anatocismo). No obstante reconozco que este último punto es el más discutible, y sería aconsejable que las entidades financieras procedieran a su garantía separada.

Cuestión distinta es la de si al lado de estas cláusulas financieras —que podríamos calificar de «típicas» por estar expresamente contempladas en la OM—, podrían existir y acceder al Registro de la Propiedad, otras «atípicas», dado que el artículo 12 LH no se remite a repetida Orden para la definición de aquéllas. De hecho en algunas escrituras puede verse que bajo la rúbrica de «Cláusulas financieras» se incluyen extremos no contemplados normativamente, así por ejemplo, pactos sobre imputación de pagos y compensación de deudas.

Por un lado hay que insistir: el nombre no hace a la naturaleza; está claro que en todo caso la cláusula incluida bajo tal rúbrica debe influir en la cuantía o en la determinación de la obligación garantizada.

Presupuesto esto, la atipicidad es una cuestión ciertamente dudosa. Frente a la «transparencia» y claridad al sistema que proporciona la Orden Ministerial, la ausencia de toda imposición en el precepto legal parece indicar que nuevamente debe corresponder a las partes delimitar el ámbito de la ejecución hipotecaria, siempre dentro de los límites de licitud a la autonomía de la voluntad impuestos (art. 1.255 CC). Debe tenerse siempre presente que la esencia de la accesividad es el sometimiento de la ejecución hipotecaria a la existencia y contenido del crédito. Todo pacto lícito sobre forma y determinación de tal contenido repercute directamente en aquélla. Quizá por ello me incline a pen-

sar que forma parte de tal determinación el pacto sobre imputación de cantidades abonadas por el deudor, aunque modifique el régimen legal de los artículos 1.172 y siguientes del Código Civil; no así el pacto sobre compensación de deudas que si bien en puridad, como forma de pago (arts. 1.195 y sigs. CC), podría pensarse que incide en la determinación de la obligación garantizada, lo cierto es que en la práctica no se observa que se refiera tanto a posibles deudas recíprocas, cuanto a la atribución de facultades al acreedor para disponer en su beneficio de cuentas, fondos y dineros que pueda hallar del deudor, ejemplo típico de cláusula que no puede tener trascendencia real. En todo caso es una opinión ligera, porque no es el objeto de estudio.

*Tercera. Además de calificar la trascendencia real de las cláusulas del derecho de hipoteca —circunstancias atinentes exclusivamente a ésta y cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de la obligación garantizada— debe el Registrador de la Propiedad calificar «favorablemente» las mismas, con arreglo al principio general del artículo 18 LH*

Así lo contempla expresamente también, acaso innecesariamente, el propio artículo 12 LH. Y dentro del artículo 18 LH, además de las circunstancias que afectan a la perfecta determinación y claridad del derecho publicado y a la capacidad de los otorgantes, se halla la «*validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas*» (art. 18 LH).

Conviene recordar nuevamente ahora los términos en que se produce la calificación del Registrador de la Propiedad. Éste se limita al reconocimiento de la trascendencia real pretendida por las partes, reconocimiento que requiere el respeto a los principios estructurales de creación de derechos reales y por ende a los límites conferidos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC)

Por ello está claro que tal deber se realiza ateniéndose al fin que lo fundamenta: la justificación de la extraordinaria eficacia atribuida a la inscripción; sin invadir por ello el ámbito definitivamente reservado a la jurisdicción.

De aquí que parece más que razonable la posición al respecto mantenida por la Comisión de Estudios, y más aún las precisiones realizadas por la Junta de Gobierno a los efectos de que las cláusulas que aquélla había rechazado pudieran superar los obstáculos legales aducidos. Precisiones que no pueden ser más fáciles de asumir por las entidades financieras: que el vencimiento anticipado por concurso del deudor no se redacte en términos que infrinja los artículos 61 y siguientes de la LCo; que la desvalorización de la finca sea apreciada por entidad de tasación legalmente establecida (eludiéndose toda proximidad con el art. 1.256 CC); que el deterioro de la solvencia del deudor pueda ser sanado por ampliación de las garantías, antes de causar el vencimiento del plazo de la obligación (lo que significa respetar el art. 1.129 CC);

y que la solvencia de los deudores haya sido expresamente contemplada en la concesión y subrogación del crédito para que la enajenación del inmueble genere el vencimiento anticipado de la obligación (art. 27 LH).

Por otra parte, a mi entender, únicamente efectos positivos habrán de derivarse para las entidades financieras de tal planteamiento. No sólo el que resulta del público reconocimiento por el sometimiento de sus cláusulas de adhesión a una calificación ajena e independiente, sino asimismo de la declarada circunstancia de que son la certeza de la escritura pública y la calificación y publicidad registrales el fundamento de la extraordinaria eficacia atribuida al «crédito» en la ejecución hipotecaria, eficacia que se resume en una verdadera «abstracción procesal» del mismo en la vía ejecutiva, como consecuencia de la enorme limitación de las causas de oposición atribuidas al deudor. Al hablar de la eficacia registral del asiento de inscripción de la hipoteca habremos de referirnos más extensamente a este hecho.

*Cuarto. Corresponde a las partes del negocio determinar el ámbito de trascendencia real del derecho de hipoteca constituido, amparándose, si es su voluntad, en el contenido legal típico ahora establecido, en cuanto al objeto que es la obligación garantizada, por el artículo 12 LH*

La expresión del precepto legal de que las tan repetidas cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras «*se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*» se ha entendido en el sentido de que procede su «transcripción» en el Registro de la Propiedad como sinónimo de expresión literal (que se haya utilizado la palabra transcripción para querer luego imaginar un nuevo concepto de eficacia, o más exactamente de ineficacia, registral, es algo que evidentemente ya no puede resultar de la Ley).

Puede que ello sea así, que el legislador estuviera pensando en un traslado literal. Pero no es un planteamiento que me convenza, porque no es materia de Ley ocuparse de la forma de redacción de los asientos —antes he hablado ya de los «modelos reglamentarios»—, y sí el de delimitar el contenido de la inscripción, de modo que es a éste y no a aquélla al que habría que referir las palabras legales.

Por eso en mi opinión lo que el legislador ha querido decir es que en la materia que está tipificando —contenido del derecho real de hipoteca en cuanto a la obligación garantizada: cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras— su fijación corresponde estrictamente a la voluntad de las partes, según se hayan expresado en la escritura de formalización, de modo que el Registrador de la Propiedad debe tan sólo comprobar que tales cláusulas se ajustan al contenido legal típico —son verdaderamente cláusulas

las de vencimiento anticipado o financieras—, porque éste es el que tiene trascendencia real, sin perjuicio además de extender su calificación a la validez y demás extremos que la hagan *favorable*, en los términos precisados en el párrafo anterior.

Esto es exactamente lo que dice la Exposición de Motivos: «*precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando las calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa*», y esto lo dice después de su alabanza al sistema y de su voluntad de respetarlo: «*de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión y sus efectos*».

Se recupera así la más pura esencia del Derecho Civil: la trascendencia real es siempre una pretensión de las partes —constituyendo o modalizando el correspondiente derecho real en el ámbito del principio de autonomía de la voluntad en la configuración del negocio (art. 1.255) y del principio de *numerus apertus* en la tipicidad de los derechos reales (art. 2.2.º LH)— y no una concesión del Registrador de la Propiedad, por más que corresponda a éste calificar si aquella pretensión se ajusta al ordenamiento y por ende a los límites establecidos para tal autonomía y para tal atipicidad.

En definitiva, lo que a mí me parece es que la pretensión básica de la reforma ha sido la de terminar con la deconstrucción del negocio unitario de hipoteca que debía realizar el Registrador de la Propiedad, según su particular entendimiento de la trascendencia real, a tenor de la línea emprendida por la DGRN a partir de mediados de los años ochenta.

El argumento central lo expresaba así la Resolución de 20 de mayo de 1987:

«2. ...*debe tenerse en cuenta que la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegurar la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una excesiva complejidad, cuando no ininteligibilidad, del mecanismo negocial instrumentado, en contra de la exigencia de claridad y precisión en la constitución de los derechos reales con el consiguiente detrimento para el tráfico y el crédito territorial. Efectivamente, junto al contenido típico del derecho de hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes a cargo del deudor e hipotecante y correlativas facultades en favor del acreedor, con pretensión de constituir una situación jurídica unitaria de naturaleza real, que reclama la inscripción en su totalidad.*

3. *Ahora bien, más allá de esta consideración unitaria que en el contrato se pretende dar al mecanismo estipulado, la trascendencia erga omnes del estatuto de la propiedad, la exigencia de una razón justificativa suficiente en los derechos reales configurados por los particulares al amparo del numerus apertus establecido en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del*

*Reglamento Hipotecario, la necesidad de perfiles claros en la configuración de cada derecho real que se constituya, la inviolabilidad del principio de libre circulación de los bienes, obliga a un examen minucioso de aquél para depurarlo de aquellos elementos carentes de los requisitos estructurales necesarios para modalizar el derecho de propiedad del inmueble afectado, y ello, a pesar de estar conectados a otros de indudable alcance real y sin perjuicio de la operatividad que en el ámbito personal pudieran tener si es que no traspasan los límites generales o específicos señalados a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil)».*

Al amparo de tal planteamiento, la DGRN rechaza la trascendencia real de *«cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, pues de la única conducta del deudor de que ha de responder la finca hipotecada es del cumplimiento a su tiempo de la obligación directamente garantizada con la hipoteca»* (Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, por citar tan solo las Resoluciones más destacadas).

De alguna manera no pueden sustraerse las líneas que anteceden al entendimiento de concebir el crédito hipotecario como figura unitaria. De tal modo los principios que limitan la voluntad en la creación de los derechos reales —supuesta que tal creación es libre: atipicidad—, se aplican a aquella unidad. Ahora bien, la hipoteca es un derecho real típico, y el legislador ha establecido los términos en que las obligaciones pueden ser cubiertas por la garantía real —términos en los que ahora no podemos entrar, pero que en nuestro derecho son notablemente amplios: *«toda clase de obligaciones»* (art. 105 LH), incluidas las *«futuras o sujetas a condición suspensiva»* (art. 142 LH), de modo que la restricción a su posible garantía se produce más por vía de principios esenciales del sistema (causalidad y accesoriedad) que por vía de expresa declaración legal— con lo que respetando tales límites, la configuración interna de la obligación no parece que deba someterse a la rigurosidad exigible para la creación de derechos reales atípicos, sino a los límites exigibles a los propios derechos reales típicos (determinación) y desde luego a los impuestos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Cuanto menos ahora respecto del contenido de la obligación que ha sido tipificado normativamente, las tan repetidas cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (art. 12 LH).

Porque el resultado de aquella manera de enfocar la inscripción de la hipoteca ha sido un enorme casuismo imprevisible y disperso. Sin duda, tal es el mal que el legislador ha querido atajar buscando la uniformidad. No se trata por ello de buscar en la norma propiamente la forma de redacción del asiento de hipoteca, que no es estrictamente su cometido, sino el contenido de la inscripción, pues es este contenido lo que el legislador ha querido

establecer (vid. Exposición de Motivos), o acaso más exactamente el devolver a las partes su derecho a fijarlo dentro del ámbito legalmente concedido. Porque el problema no radicaba tanto en que cada Registrador de la Propiedad tuviera su razonable manera de distinguir lo personal de lo real —alimentada su razón por la circunstancia de que el punto de partida era que sólo podía tener esta naturaleza la «obligación específicamente/directamente garantizada», confundiendo como obligaciones distintas los diversos aspectos de la unidad negocial—, cuanto en el hecho de que, de esa manera, era la propia determinación del ámbito de lo inscribible la que quedaba en manos del Registrador de la Propiedad. Y esto no puede ser porque distorsiona el sistema: la eficacia de la publicidad se fundamenta en su imposición legal como carga; sólo puede predicarse la inoponibilidad de lo no inscrito, cuando la Ley ha previsto que debe serlo, no cuando su «inscribibilidad» depende del criterio del Registrador de la Propiedad (o incluso, si se quiere, del de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

Por otra parte, esa deconstrucción del negocio jurídico único de obligación garantizada con hipoteca parecía generar una especie de pluralidad negocial —repito, sin consentimiento de las partes, no pudiéndose considerar tal el asentimiento del presentante/interesado a la no inscripción de las cláusulas rechazadas por el Registrador de la propiedad— difícil de estructurar jurídicamente. Hasta tres créditos «distintos» llegó a entender la doctrina que podían distinguirse —que eran en apretada síntesis: el hipotecario, el personal que constaba en el Registro contemplado al margen de la hipoteca y el obligacional de la escritura no publicado, pero vivo *inter partes*—. Sin llegar a tan exquisito grado de sofisticación jurídica, es lo cierto que la situación había devenido ciertamente confusa.

A mi entender, el desconcierto tenía su origen en la pretensión de atribución directa de trascendencia real a pactos obligacionales, y en consecuencia en la discriminación al efecto entre éstos. Pero, si por trascendencia real se entiende capacidad de imposición a tercero, eficacia *erga omnes*, es evidente que en ningún caso la obligación la tiene, ni siquiera la específica y directa obligación de devolver. Por lo tanto, ¿qué diferencia media a tal efecto entre la obligación de devolver el préstamo recibido en el plazo normal estipulado, y otra cualquiera expresamente contemplada en el mismo plano, como la de pagar intereses, por ejemplo, o la de devolverlo anticipadamente cuando acaezcan las circunstancias que las mismas partes han establecido? La diferencia, según la doctrina del Centro Directivo, había de encontrarse en la mayor o menor proximidad de tal «circunstancia» a la directa y específica obligación de devolver (o también, pero aquí no estamos ya en la obligación, en su influencia sobre la garantía, fuera ésta como causa del deterioro del propio derecho real o del de la finca hipotecada). El criterio pues de «proximidad» a la obligación inmediata de devolver, como método de diversificar



lo que en el querer de las partes es claramente idéntico, era indudablemente ambiguo y generaba necesariamente apreciaciones aleatorias. De modo que la decisión del Registrador de la Propiedad causaba una dualidad, cuanto menos, en el negocio jurídico obligacional difícil de entender, porque muy difícil de concebir resulta el pensar que diversas partes de la misma y única obligación, quedan, por el hecho de que sean o no publicadas, sometidas a regímenes jurídicos distintos como tales obligaciones, diferencias que habrán de manifestarse cuando se produzca la separación de sus titulares, esto es, la cesión (o subrogación) del «crédito hipotecario» o la asunción de su deuda en los términos registrados.

Bien es verdad que aquí se parte de la idea de que en ningún caso la obligación garantizada con hipoteca cristaliza en una figura autónoma, por razón de su publicidad, que venga a llamarse «crédito hipotecario». Debe asumirse naturalmente que la inscripción, que es constitutiva respecto de la hipoteca, no lo es respecto del crédito. Esto parece obvio, pero en ocasiones da la sensación que la constitutividad que no se puede predicar del nacimiento de la obligación, sí se quiere aplicar a su régimen vital, condicionando la existencia y contenido de la misma a su publicidad. Ello se produce cuando parece entenderse que es la publicidad la condición necesaria para la imposición a tercero de un pacto afectante a la obligación. Con ello parece justificarse la descomposición del negocio jurídico único.

Más adelante habremos de ver la eficacia registral de la inscripción de la hipoteca respecto de la obligación garantizada. Ahora lo que me interesa reiterar es que lo que en ningún caso puede hacer la inscripción es atribuir trascendencia real al derecho personal publicado, porque la trascendencia real no puede ser un resultado de la publicidad, sino una consecuencia de la naturaleza intrínseca del derecho inscrito, y una obligación por definición en ningún caso la tiene (los efectos del Registro son bien otros: garantizar la veracidad de esa trascendencia real, *ergo* fe pública, por una parte, y protegerla frente a otras situaciones de trascendencia real no publicadas, *ergo* inoponibilidad, por otro). En ningún caso, la publicidad de las circunstancias de un crédito provoca su transustanciación en una figura nueva llamada «crédito hipotecario» cuya eficacia *erga omnes* se produzca por aquella publicidad. Al menos en países con sistema causalista y accesorio; quizá no pueda decirse lo mismo en países con sistema abstracto y de independencia, pero precisamente en éstos esa capacidad de imposición de una prestación económica que se desprende de la hipoteca —que se dice que la hipoteca atribuye aunque sea como medio de evitar la realización del valor de la finca hipotecada—, no se concibe en ningún caso como «obligación», sino como la hipoteca (independiente) misma.

La «uniformidad», que es aspiración de la Ley 41/2007, va referida al contenido del asiento de hipoteca. Mediante el configurar tal contenido —tipifi-



cando de alguna manera el derecho real—, el legislador excluye que los límites en la creación de derechos reales —límites estructurales de control presupuesta la admisibilidad de la atipicidad (art. 2 LH) y que, obviamente, son más rigurosos que los límites negociales, puesto que por principio se trata de la afectación a terceros del derecho creado—, se utilicen para reducir estos últimos, regidos por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). De modo que del contenido del derecho real de hipoteca forman parte, pues es su objeto (art. 12 LH), las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de las obligaciones garantizadas, y la determinación —determinación que es de esencia en el sistema inmobiliario— de éstas corresponde a las partes del negocio que las fijan en la escritura de formalización de aquélla con arreglo a los parámetros que la autonomía de su voluntad negocial les permite.

Pero la obligación no se inscribe nunca ni por tanto puede afectar a terceros su publicidad, lo que se inscribe es el derecho real de hipoteca cuyo objeto es la obligación garantizada, y sólo como tal objeto la obligación afecta a tercero en los propios términos del derecho real. Desarrollaremos esto al hablar de la eficacia del asiento.

### C) Conclusiones

1.<sup>a</sup>) Al Registro de la Propiedad sólo acceden los derechos reales o, si se quiere, las situaciones jurídicas con trascendencia real.

2.<sup>a</sup>) Como consecuencia, el «crédito» garantizado por la hipoteca no es objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

3.<sup>a</sup>) Es objeto de inscripción el derecho real de hipoteca, y en ella deben expresarse, además de las circunstancias definidoras del derecho real, el objeto de la misma que es la obligación garantizada.

4.<sup>a</sup>) Deben constar en el asiento todas las circunstancias de identificación de la obligación que definan el contenido de la hipoteca, esto es, tanto su capacidad de propiciar la acción ejecutiva especial sobre la finca hipotecada, como el contenido económico, y su forma de determinación que pueda obtenerse en ésta.

5.<sup>a</sup>) Tales circunstancias son las cláusulas de vencimiento anticipado —en cuanto la existencia un crédito vencido (y además líquido e impagado) es el presupuesto de la acción ejecutiva—, y las cláusulas financieras —en cuanto delimitan el contenido económico reclamable— (arts. 12 y 130 LH).

6.<sup>a</sup>) No cabe excluir en la inscripción ninguna parte de este contenido obligacional, pues la Ley ha impuesto que la garantía hipotecaria se extiende a todo él en los términos establecidos por los contratantes.

7.<sup>a</sup>) Corresponde a las partes del negocio, siguiendo la regla general del sistema, establecer el contenido de su derecho real, estipulando al efecto las

condiciones financieras y de duración normal o anticipada de la obligación garantizada por hipoteca.

8.ª) La calificación por el Registrador de la Propiedad de la trascendencia real de tales cláusulas viene referida al hecho de que, efectivamente, se refieran al contenido legal tipificado del asiento. Se extiende naturalmente, además, a la «validez» de los actos dispositivos y demás extremos establecidos por el artículo 18 LH, entre ellos aquí especialmente el de la determinación del derecho real inscrito.

### TRES. LA EFICACIA DEL ASIENTO REGISTRAL DE HIPOTECA

La calificación independiente del Registrador de la Propiedad se refiere al control de los requisitos necesarios para el reconocimiento de trascendencia real al derecho constituido. Por lo tanto, ni siquiera su extensión a la «*validez de los actos dispositivos*» (art. 18 LH) pretende la usurpación de la función judicial, sino que es un elemental requisito necesario para justificar la excepcional eficacia concedida al derecho inscrito por el Derecho inmobiliario.

Por eso, en esta cuestión, el enfoque colectivo del Colegio de Registradores al que ya me he referido parece más que razonable.

Corresponde ahora estudiar cuál sea tal eficacia. Las conclusiones que de tal estudio se obtengan deberían no sólo ayudar a comprender determinados aspectos necesarios del contenido del asiento, sino asimismo a justificar la razón del texto legal que aquí se analiza.

El punto de partida en este apartado es también el de la distinción entre la hipoteca y el crédito garantizado. La diversa eficacia que del asiento, como se verá, derivan para una y para otro, es prueba más de la imposibilidad de una concepción unitaria bajo el nombre de crédito hipotecario.

Los efectos de la inscripción en los que aquí interesa detenerse, puesto que del asiento registral de hipoteca se trata, deben referirse a cuatro aspectos: constitutividad, fe pública, inoponibilidad y ejecutividad.

#### 1.º) *Constitutividad*

Respecto de la hipoteca no hay duda de que la inscripción es elemento necesario de constitución. Así se asume pacíficamente desde la publicación del Código Civil (art. 1.875).

Según mi entendimiento ello se encuentra justificado porque toda posible forma de limitación del ámbito universal de responsabilidad (art. 1.911 CC) necesita intrínsecamente de la publicidad como requisito socialmente imprescindible para el reconocimiento de la excepción. La publicidad es de esencia

cuando el ámbito de agresión de los acreedores se ve reducido. Y no otra cosa hace la hipoteca, al sujetar directa e inmediatamente un bien al cumplimiento de una obligación (art. 1.876 CC), de modo que los demás acreedores, los no garantizados, saben que respecto de ese bien, aún estando en el patrimonio de su deudor, la responsabilidad de éste se ve limitada por el necesario cumplimiento del fin a que tal bien se halla destinado (satisfacción sustitutiva del acreedor hipotecario).

Por lo que hace al crédito es asimismo pacífico, al menos como principio, que en ningún caso en nuestro derecho la inscripción es constitutiva de su existencia. El crédito nace extrarregistralmente sin necesidad de inscripción, lo que es de todo punto obvio. Tampoco existe norma legal alguna, ni se encuentra autor en la doctrina que defienda directamente que por la inscripción se cree un crédito nuevo distinto de aquél. En todo caso, este crédito nuevo, por más que se pudiera o quisiera conectar causalmente con el extrarregistral, nacería artificialmente, pues las partes no lo han consentido; sería muy anómalo que por la inscripción de la hipoteca se impusiera al deudor una nueva obligación de índole registral, regida por tanto por los términos que en el Registro constaran, sin su voluntad. Una tal imposición forzosa debería resultar con meridiana claridad de algún texto legal. Creo que, en principio, podría afirmarse la unanimidad en el entendimiento de la tautología de que en el crédito —llamado hipotecario exclusivamente por el hecho de venir garantizado por hipoteca—, sólo hay un crédito, y éste es extrarregistral. De ello se debería seguir sin duda que el crédito —llamado, insisto, hipotecario exclusivamente por el hecho de venir garantizado por hipoteca—, nace, vive y muere fuera del Registro.

Ello no es óbice para que la inscripción de la hipoteca pueda proteger a tal crédito extrarregistral con medidas o acciones de las que el crédito sin la misma carece, como es la posibilidad de satisfacción forzosa en un ámbito exclusivo de ejecución que es el bien hipotecado, lo que vulgarmente se conoce con el nombre de acción hipotecaria. Pero esto no significa que el crédito haya mudado de sustancia, al obtener la categoría de «hipotecario», pues crédito sólo hay uno que es civil (e hipotecario). Ocurre sencillamente que la inscripción amplía la protección que el Derecho le atribuye, por el añadido que la hipoteca representa. Ello explica perfectamente porqué el acreedor puede perder una de las acciones que su derecho le confiere (prescripción de la «acción personal») y conservar otra de ellas (subsistencia de la «acción hipotecaria) sin que el crédito como tal sufra modificación alguna, de modo que es tan «civil» (e hipotecario) en un caso como en el otro.

Lo que conceptualmente es imposible de explicar en un sistema causalista y accesorio como el nuestro, es la creación, aunque sea en el mero ámbito registral (?) de un crédito hipotecario con distinto contenido, *ergo* inde-

pendiente del crédito civil, es decir, del crédito en el ámbito no registral. Tal distinción entre lo «civil» y lo «registral» es de todo punto improcedente (pues Derecho sólo hay uno), si bien a veces se usa cuando se carece de lógica para explicar los hechos.

Quizá por ello en la práctica se ha procedido a una subversión de conceptos de tal manera que el papel imposible de ese «crédito hipotecario», constituido en el Registro por la inscripción de la hipoteca, ha venido a ser suplido por el concepto de «responsabilidad hipotecaria», como si fuera una cifra abstracta de garantía y por ende de imposición económica, que queda definida por la cifra inicial del crédito. De modo que una vez establecida tal cifra por la inscripción de la hipoteca, el juego de los principios registrales de «integridad» y de «consentimiento formal cancelatorio», determinan su subsistencia, *ergo* su imposición (?) al deudor o terceros, no obstante las modificaciones que el crédito, que la sustenta, haya podido recibir.

Tal conclusión parte de un defectuoso entendimiento de ambos principios.

El principio de integridad se define a nuestros efectos por el artículo 122 LH: «*la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada...*». El error radica en confundir la «cancelación» de la hipoteca —que es la liberación total o parcial de la finca hipotecada—, con la reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria, que va de suyo en toda reducción de crédito, pues la responsabilidad no existe en nuestro derecho con independencia del crédito.

El consentimiento formal cancelatorio se deduce escasamente del artículo 82 LH y sustancialmente del artículo 179 RH. De modo que si, amén de la constatación de la extinción del crédito, se requiere por este precepto reglamentario una voluntad especial y separada de cancelación de la hipoteca, se quiere concluir en que ésta sobrevive a aquél en garantía de la responsabilidad hipotecaria. No se procura acordar la literalidad del precepto con el sistema jurídico en que se ubica, sino con el sugerente apriorismo de crear un concepto abstracto que nuestro Derecho no concibe: la cifra de responsabilidad.

Lo que la doctrina no hace es explicar la lógica jurídica de tal creación del concepto de responsabilidad hipotecaria. A mi entender cabría una de estas posibilidades:

Primera. La inscripción de la hipoteca es constitutiva del crédito, de modo que el crédito subsiste, en los términos en que consta publicado, en tanto en el propio Registro no conste la modificación o extinción de aquélla. A nadie se le ha ocurrido sostener semejante planteamiento.

Segunda. La inscripción de la hipoteca es constitutiva del crédito hipotecario, crédito que está conectado causalmente con el crédito sustantivo subyacente, pero que se rige por principios registrales, de modo que sólo puede ser modificado por la modificación de la inscripción de la hipote-

ca. La extinción del crédito no provoca la extinción del crédito hipotecario, de modo que éste podrá ser actuado a través de los mecanismos de la hipoteca, ya contra el deudor, ya contra tercero. Habría que explicar por tanto cómo es posible en un sistema de causalidad y accesoriedad que se haya creado ese crédito hipotecario que sobrevive a la extinción del crédito (¿civil?). Cómo encaja en la lógica del sistema. Se trataría, sin duda, de la publicidad como creadora de un crédito «tabular», al modo como los títulos valores operan respecto de un crédito subyacente, pero construido sin voluntad por la fuerza de un artificio, del erróneo entendimiento de un precepto legal (art. 122 LH), claramente confundido en su interpretación, y de un precepto reglamentario (art. 179 RH), claramente confundido en su redacción.

Tercera. La «responsabilidad hipotecaria» es un concepto independiente del crédito, que subsiste no obstante la extinción de éste. De esta manera se introduce subrepticamente y sin apoyo legal, ni aparentemente jurisprudencial ni doctrinal alguno, la hipoteca independiente en nuestro derecho, entendida correctamente como aquella que impone una prestación económica al dueño de la finca al margen de la existencia de un crédito de garantía.

Quizá haya contribuido al error de imaginar una imposición independiente de la hipoteca, sin dotarla de explicación por ninguna de las tres posibilidades teóricas apuntadas, la «abstracción procesal ejecutiva» que, como beneficio absolutamente excepcional, se concede al crédito en el ámbito de la ejecución hipotecaria. Pero esta abstracción que, como veremos en el último apartado de este trabajo, es una concesión que deriva de la certeza jurídica del sistema —escritura pública y calificación y publicidad registrales—, no puede modificar en absoluto el básico principio de accesoriedad, de modo que en todo momento el crédito configurado extrarregistralmente debe existir, si bien se remite la prueba de su inexistencia o extinción por el deudor a un procedimiento declarativo al margen de la ejecución hipotecaria.

Cabe añadir que la diferente naturaleza del crédito y de la hipoteca, y por ende su distinta vida, extrarregistral el uno, registral la otra, ha venido a ser no ya consagrada legislativamente, pues para eso se bastaba la Ley Hipotecaria, pero sí confirmada precisamente por la Ley 41/2007 al reformar el párrafo primero del artículo 149 LH, acabando con las dudas que su interpretación creaba (si bien no dejando de crear otras, como buena expresión de la más acertada definición de ciencia, aplicable desde luego a la jurídica).

En lo que aquí nos interesa, resulta ahora meridiano que el régimen de cesión de créditos hipotecarios queda sometido a los principios generales del Código Civil, en tanto que la cesión de la hipoteca requiere, además de obviamente el respeto a tales principios, como elementos de constitutividad la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Si el crédito hipotecario se transmite con arreglo a los principios generales de toda cesión de créditos (art. 1.525 y sigs.) resulta absurdo pensar que esa

cesión se produce extrarregistralmente, pero con el contenido que el Registro de la Propiedad le atribuya. La creación tabular de un crédito resulta aún más inconcebible. No quedaría, por lo tanto, sino la peor de las soluciones, que es defender para nuestro Derecho la existencia de hipoteca sin crédito.

Con todo, cuando la doctrina se topa con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria tiende a un lavado de manos para decir que la fe pública registral permite la subsistencia en el ámbito registral del crédito extinguido, sin pararse a desarrollar la eficacia de tal crédito extinguido en tal ámbito formal (?), y sin tratar de encajar ese planteamiento en la lógica de nuestro Derecho Civil. Procede, por lo tanto, ahora detenerse en el análisis de ese principio que representa el paradigma de la eficacia del Registro de la Propiedad, en consecuencia también predicable del derecho real de hipoteca.

## 2.º) *Fe pública registral*

Comúnmente se afirma que la hipoteca accesorio no está protegida por la fe pública registral, a diferencia de la hipoteca independiente, que sí lo está. De modo que ésta se ofrece como más útil y segura para una futura evolución del Derecho Hipotecario, que contemple una figura hipotecaria paneuropea.

Tal afirmación no es rigurosamente exacta porque no se matiza debidamente.

De lo que se trata en esencia es de determinar si, con arreglo a tal principio, siendo nula o ineficaz la constitución de la hipoteca, o siendo nula o ineficaz la creación de la obligación garantizada, el cesionario del crédito adquirente de la hipoteca —ya que por principio no cabe aquí el desdoblamiento y ha de reunir ambos derechos, puesto que, aunque la hipoteca y el crédito no se adquieran en el mismo momento, ni mediando idénticos requisitos, para la adquisición de la hipoteca es imprescindible ser primero titular del crédito— o, en su caso, el tercer poseedor de la finca hipotecada, vienen o no protegidos por la fe pública registral respecto tanto del derecho real como del de crédito, supuesto el cumplimiento de los requisitos para ello establecidos (art. 34 LH).

Creo que no es procedente ahora entretenerse en demostrar la obviedad del supuesto, esto es, en la existencia de una dualidad de regímenes jurídicos distintos para la hipoteca y para el crédito garantizado. Claramente resulta ello no sólo de la posibilidad de su constitución temporal y documental diversa, sino asimismo de los distintos requisitos de capacidad y forma exigidos por el Derecho para el nacimiento y existencia de una u otro.

El análisis requiere igualmente diferenciar los posibles terceros beneficiarios de la fe pública.

2.º Uno. Tercero es el cesionario del crédito adquirente de la hipoteca

A) *Por lo que hace a la hipoteca*, hay que afirmar que, habida cuenta de su naturaleza de derecho real, debe venir protegida por el sistema registral en los mismos términos en que éste lo hace con el dominio y los demás derechos reales que constituyen su objeto. No hay norma alguna ni razón lógica que impongan, respecto de la hipoteca, una excepción a tal eficacia.

Así pues, en nuestro Derecho, parafraseando el artículo 34 LH, en el que la fe pública registral viene establecida, debe decirse que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso el derecho real de hipoteca de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. Hay que situar la fe pública registral en su justo sitio de protección de la legitimación registral. Aunque el acreedor hipotecario no fuera titular de la hipoteca por la existencia de vicios en la constitución o en la adquisición de su derecho, el cesionario del crédito adquirente de tal hipoteca realiza una verdadera adquisición *a non domino*, si cumple con los requisitos legalmente establecidos para ello.

B) *Por lo que hace al crédito*, sin embargo, resulta *a priori* ciertamente difícil de concebir que se pueda producir una adquisición *a non domino*; esto es, que surja un crédito donde antes no lo había —y un obligado que no lo era—, por no ser el acreedor cedente titular del mismo.

Por eso, hay que hacer de entrada una distinción fundamental. Que el crédito no exista, pues el deudor no se obligó nunca por la existencia de vicios o defectos en la creación de la obligación. O que el crédito exista, pero el titular registral (de la hipoteca) no sea el verdadero titular del crédito (ni por ende de la hipoteca) por la existencia de vicios en su título de adquisición.

Respecto de este segundo supuesto, parece claro que el cesionario del crédito adquirente de la hipoteca será protegido por la fe pública registral, también en cuanto al crédito mismo, si cumple los requisitos del artículo 34 LH, realizando una verdadera adquisición *a non domino*, expropiatoria de quien fuera el verdadero titular del crédito. Ello resulta de la remisión que hace el párrafo segundo del artículo 1.526 del Código Civil al sistema hipotecario en cuanto a la eficacia respecto a terceros de la cesión de créditos.

Sin embargo, en el caso de inexistencia del crédito, la respuesta lógica parece debe ser otra.

Porque también respecto del crédito se plantea el dilema de proteger la seguridad del derecho o la seguridad del tráfico. En ausencia de todo medio oficial de publicidad, es evidente, y no podría ser de otra manera, que el bien

a proteger es el derecho mismo y su titular; en tal caso el no deudor no puede convertirse en deudor en beneficio de tercero, por más que éste haya adquirido un (presunto) crédito de quien dice ser acreedor. Es siempre el acreedor cedente y nunca el deudor cedido el responsable de la verdad del crédito respecto del acreedor cesionario (art. 1.529 CC). Las circunstancias pueden variar cuando tal crédito es objeto de «publicidad», como es el caso de los incorporados a títulos valores, respecto de los que aquella regla se ve trastocada por la Ley, que prefiere entonces la ley de circulación del título que protege el tráfico en beneficio de tercero. Para ello se recurre, no a la subsistencia del crédito incorporado al título, sino a la creación de una obligación distinta, literosuficiente y autónoma, si bien causalmente conectada con aquel crédito subyacente, pero sin que esa conexión causal pueda alegarse respecto del tercero (acreedor) adquirente (siempre de buena fe) del título. En todo caso debe observarse que el deudor es un verdadero deudor formal, pues voluntariamente suscribió el título.

¿Podría afirmarse que la publicidad que la hipoteca atribuye al crédito garantizado genera una situación similar? Es decir, ¿la falta de «*existencia y legitimidad del crédito*» (art. 1.529 CC) puede ser subsanada por el Registro de la Propiedad, en el que los vicios determinantes de aquéllas no consten, en beneficio del tercero de buena fe, que adquiera el crédito a título oneroso y lo inscriba en el Registro? Se trataría más bien de una convalidación, o creación *ex novo*, del crédito mismo —acaso limitada su reclamación a la vía hipotecaria—, que de la creación de una obligación distinta, formal, que podría llamarse «tabular», si por «cartular» es conocida la que se representa en títulos valores. Digo más bien, porque como antes se ha expresado, es difícil de concebir la creación legal de esta obligación nueva, sin que medie en ningún momento el consentimiento del presunto obligado.

En ocasiones en nuestra doctrina se extiende la fe pública registral al propio crédito, siquiera sea mediante la creación de la figura híbrida del crédito hipotecario.

Se utiliza también para ello el artículo 144 LH que establece: «*Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercer, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos*». Pero, si bien se mira, el precepto no se ocupa de la fe pública registral, sino de la inoponibilidad a tercero de circunstancias no publicadas (acaso el Reglamento sí la contemple al referirse a la «*resolución e ineficacia del mismo contrato*» (art. 240 RH), pero al Reglamento no le podemos dar valor para reformar el sistema hipotecario).



Si se asume, como hemos visto en el apartado anterior, que la inscripción de la hipoteca no es constitutiva del crédito, ni de una obligación autónoma que sería el crédito hipotecario, la adquisición *a non domino* de un crédito (inexistente) por medio de la fe pública registral —como consecuencia del cumplimiento de los requisitos del art. 34 LH— significaría que el no obligado —puesto que el punto de partida es la inexistencia del crédito en el acreedor cedente— pasa a serlo a favor del acreedor cesionario. O ello se explica mediante la virtud taumatúrgica del Registro de la Propiedad de crear un crédito de la nada, de obligar a quien no está obligado, o hay que recurrir a entender, en contra de un criterio aparentemente unánime (y de la inconsciencia de los deudores), que en este caso la hipoteca se independiza del crédito, y que se impone aquélla por sí sola, no obstante la inexistencia de éste (si bien se impone para cubrir un montante económico idéntico al del inexistente crédito, pues en el Registro no consta otra cosa).

Verdaderamente resulta imposible de encontrar una mínima razón convincente que excluya la evidencia de que, en nuestro sistema jurídico, el crédito, no obstante su garantía hipotecaria, se transmite con arreglo a los principios generales del Código Civil (art. 1.524 y sigs.), de modo que *inter partes* se adquiere sólo consenso, sin necesidad de consentimiento del deudor cedido, y con el contenido que realmente tenga, siendo el acreedor cedente responsable frente al cesionario de la existencia y legitimidad de tal crédito, careciendo el adquirente de acción alguna contra el deudor que su transmitente no tuviera, no siendo modificado el principio básico de «*nemo dat quod non habet*», si nada hubiera que transmitir. De modo que el deudor sólo será deudor si verdaderamente lo era, bajo la responsabilidad del acreedor cedente (art. 1.529 CC), sin que norma alguna permita la derogación de tal principio por la publicidad registral.

En cambio, como ya vimos, cuando el conflicto se plantea entre sendos terceros, la guía de solución es la aplicación de los principios registrales (art. 1.526, pfo. 2.º CC).

Estas ideas no deben entenderse como novedad alguna, pues tal planteamiento era desde siempre el expresamente establecido por la Ley Hipotecaria. Es verdad que ahora, al modificar la Ley 41/2007, el párrafo primero del artículo 149, de modo que claramente se diferencia entre la cesión del crédito, que sigue los parámetros generales de las obligaciones del Código Civil, y la adquisición de la hipoteca, que sigue igualmente los mismos parámetros, pero los propios de los derechos reales, y específicamente el de hipoteca en el que la inscripción es constitutiva, la cuestión se ve más clarificada. La expresa exclusión de la necesidad de consentimiento del deudor como parte del iter transmisivo del crédito, que se hallaba en el párrafo reformado del precepto, y que había generado dificultades de interpretación por su difícil adaptación a los principios generales de toda cesión crediticia, cierra la última vía que

en la doctrina se había encontrado para salvar la aplicación de la fe pública registral al crédito: sólo se era tercero después de la notificación y en ausencia de respuesta del deudor sobre la inexistencia del crédito.

Desaparecida en la reforma de 2007 la puesta en conocimiento del deudor, no hay otra cosa ahora en la LH que la aplicación al crédito garantizado con hipoteca de las reglas generales de la cesión de créditos. Precisamente la doctrina encontraba en la propia Ley Hipotecaria, las normas que consagraban la lógica de tales reglas.

Éstas parten de la idea de que para la cesión es indiferente el consentimiento del deudor —no obstante el profundo cambio «contractual» que la sustitución de sujetos activos representa—, pues opera el principio básico e incontestable de indemnidad del mismo a la cesión, esto es, de que su situación respecto del cesionario será necesariamente la misma que tuviera respecto del cedente. Y paradójicamente tal principio de indemnidad —cuyo respeto significa que ninguna circunstancia, ni siquiera la fe pública registral, puede «agravar» su situación, ni por tanto convertir en deudor a quien no lo fuese, creando un crédito *a non domino* donde antes no lo había—, venía expresamente establecido para todo nuestro Derecho, en la mismísima Ley Hipotecaria —de donde la doctrina precisamente lo extendía a todo el sistema civil—, en los dos últimos párrafos del indicado artículo 149 cuando establece y establece que «*el deudor no quedará obligado por dicho contrato (de cesión) a más que lo estuviera por el suyo*» y que «*el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente*». Ni el deudor vendrá obligado a más ni el acreedor adquirirá más derechos que los que conformaran el crédito cedido, no los que pudieran resultar del Registro.

En último extremo la cuestión resulta fácil de entender contemplada desde otra perspectiva. La fe pública protege la legitimación registral que de la titularidad del derecho resulta, pero en ningún caso puede crear el objeto sobre el que tal derecho recae. Por eso no puede crear la «finca», si ésta no existe en realidad —estricta perspectiva desde la que debe entenderse la genérica afirmación de que aquel principio no protege los datos de hecho—, ni puede crear el «crédito» si éste en realidad, aunque sea una realidad inmaterial, tampoco existe.

Así pues, la afirmación teórica de que en las hipotecas accesorias no opera la fe pública registral, a diferencia de las hipotecas independientes en que sí lo hace, ha de limitarse a este particular aspecto de la imposibilidad en un sistema de accesoriedad de que la publicidad registral configure un crédito allá donde no exista. En cambio, la fe pública como protección de la legitimación registral —esto es, supuesta la existencia del objeto sobre el que el derecho inscrito recae—, opera en nuestro sistema inmobiliario tanto respecto de la hipoteca como del crédito, por aplicación de los artículos 34 LH y 1.526, pfo. 2.º del Código Civil. La hipoteca independiente sí posibilita la

creación del crédito de la nada, sobre la base de entender que la obligación formal, abstracta, vencida, líquida y de responsabilidad limitada que asume el dueño de la finca al constituir la hipoteca, no es una obligación aparte de la hipoteca, sino que es la hipoteca misma pudiendo, en consecuencia, ser protegida por la fe pública registral que, en todo caso, también en el nuestro, protege a ésta.

A mi entender, ningún desdoro puede representar para nuestro sistema registral el que, en materia de derecho de obligaciones, se prefiera la seguridad del derecho a la seguridad del tráfico. Tanto más cuanto, a la postre, en todo caso ambos sistemas hipotecarios gravitan sobre el mismo obligado pivote: la responsabilidad del acreedor cedente por la existencia y legitimidad del crédito (pivote que, cuando se piensa en las entidades financieras como generales cedentes, debe transmitir el mismo grado de confianza cualquiera que sea el sistema seguido). La diferencia radica en que mientras en la hipoteca accesoria tal responsabilidad es directa frente al acreedor cesionario, en la hipoteca independiente la misma es indirecta y de segundo grado frente al deudor cedido que se viera obligado a pagar al acreedor cesionario —a través del recurso a la denuncia de enriquecimiento injusto obtenido por el acreedor cedente—. Sinceramente no se alcanzan a encontrar, al menos en esta tesitura, las razones para preferir un sistema de abstracción contrario a toda lógica transmisiva y a un mínimo criterio de equidad —¿por qué debe ser el no deudor el que pague, al menos *ab initio*, las consecuencias?— cuando además no está exento de riesgos colaterales (posible aparición de una dualidad de terceros protegidos).

## 2.º Dos. Tercero es el tercer poseedor de la finca hipoteca

Este supuesto sólo puede plantearse por mantener el esquema de trabajo. En realidad no es necesario tratar la figura del tercer poseedor, pues respecto de éste la inexistencia de la hipoteca que grava su finca, o la inexistencia del crédito garantizado, nunca serán un motivo de perjuicio, e incluso la mejor doctrina entiende que una de las consecuencias del principio de accesoriadad, es que él mismo podrá alegarlas en el momento procesal oportuno.

## 3.º) *Inoponibilidad*

Frente a la afirmación un tanto apresurada de que eficacia del Registro de la Propiedad es la atribución de oponibilidad a los derechos, debe reiterarse aquí que su objeto no es atribuirle, sino asegurarla, protegiendo el derecho publicado mediante la inoponibilidad a él del no publicado. La oponibilidad

es intrínseca en los derechos reales, forma parte de su eficacia *erga omnes*, de modo que la inscripción no la atribuye, sino que es la falta de inscripción la que puede excluirla.

Hay que rechazar por completo el planteamiento de que la inscripción atribuye oponibilidad y por ende una eficacia real de la que sin la publicidad carecería el derecho inscrito. De esto ya nos hemos ocupado antes al hablar del contenido de la inscripción de la hipoteca: la Ley 41/2007 no ha modificado el sistema civil para contemplar la publicidad de obligaciones; lo que ha modificado, mejor aclarado, es el contenido del derecho real de hipoteca que debe figurar en el asiento registral.

En el estudio de este apartado debe mantenerse la misma perspectiva separada de los derechos concernidos —hipoteca y crédito— que desde el principio hemos seguido. Y puesto que aquí la modificación no publicada de uno u otro derecho puede tanto agravar como reducir el contenido de lo que en el Registro consta, obligado es dotar de contenido a la cuestión contemplando ambas posibilidades de tercero.

3.º Uno. Tercero es el cesionario del crédito adquirente de la hipoteca

A) *Respecto del derecho real de hipoteca*, es obvio que opera el principio general de inoponibilidad del artículo 32 LH. Por principio, el acreedor hipotecario no puede verse perjudicado por títulos anteriores no inscritos y tampoco el cesionario del crédito adquirente del derecho real de hipoteca puede verse perjudicado por títulos anteriores no inscritos, es decir, por la modificación o extinción del derecho real que su transmitente haya podido realizar y que no constaran publicadas cuando él inscribe su derecho. Esto resulta no sólo del artículo 32 LH, sino también del antes citado artículo 144 LH.

En principio esa protección se extiende al contenido propio del derecho real de hipoteca. Conviene aquí repasar la lista de tal contenido que antes quedó reflejada. Por lo tanto, ni la cancelación de la hipoteca, ni la modificación de los pactos, a que antes me he referido con pretensión de exhaustividad —sobre extensión objetiva, rango, procedimientos de ejecución...—, que no se hubieran hecho constar debidamente en el Registro de la Propiedad serán oponibles al adquirente de la hipoteca. Aquí habríamos de preguntarnos en este momento si el contenido de la obligación que se refleja en el asiento de la hipoteca y que ahora ha perfilado el artículo 12 LH en los términos estudiados —sustancialmente cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras—, forma o no parte de la hipoteca a efectos de recibir la protección destinada a ésta, o goza únicamente de la protección que le corresponda como tal obligación. Antes de plantear una respuesta, parece

oportuno razonar cuál es la protección que la inoponibilidad registral atribuye al crédito.

Ahora bien, no nos perdamos en el camino de la construcción que estoy haciendo: estamos hablando, en este apartado, de la adquisición de la hipoteca, no de la adquisición del crédito que ya hemos visto que se guía por otros parámetros. Lo que ocurre es que, dada la naturaleza de derecho accesorio de la hipoteca, no se adquiere la misma si previamente no se adquiere válidamente el crédito garantizado. Por lo tanto, lo que aquí se quiere decir es que, presupuesto que se haya adquirido válidamente el crédito, la extinción o modificación de la hipoteca no puede perjudicar a quien la ha adquirido con el contenido que el Registro publica. Por eso en el caso de la cancelación debe de tratarse de una cancelación que no sea consecuencia de la carta de pago o extinción del crédito, pues aquí el presupuesto falla. Habremos de indagar entonces separada y previamente —de esto me ocupo en el apartado siguiente—, si en tal caso se ha adquirido válidamente el crédito pagado o extinguido sin que el Registro publique su extinción. Sólo después de haber concluido en que efectivamente se ha adquirido el crédito, podremos plantearnos si la inoponibilidad protege o no a la hipoteca respecto de actos no publicados. Pero si la conclusión es que no se ha adquirido el crédito, no hay cuestión a plantearse porque tampoco se ha adquirido la hipoteca.

Por otra parte, es verdad que además la inscripción de la hipoteca es constitutiva, lo que significa que respecto de ella no hay más derecho ni más contenido que el que el Registro publica, pero, por un lado, busco aquí expresar la lógica del sistema de inoponibilidad, y por otro, tal constitutividad no es aplicable al crédito, por lo que el planteamiento de la protección a su titular por la inoponibilidad es inexcusable.

B) *Respecto del crédito garantizado*, aquí sí que el análisis de la inoponibilidad debe hacerse sin duda sobre la base que proporciona el artículo 144 LH antes transcrito literalmente.

Previamente, no obstante, hay que hacer una referencia al artículo 1.526 del Código Civil que hace, como ya vimos, de la publicidad registral el eje de la inoponibilidad aplicado a la cesión de créditos referidos a un inmueble. No es oponible al cesionario inscrito la cesión anterior no publicada. De alguna manera la inscripción de la cesión (*ergo*: adquisición de la hipoteca) es constitutiva respecto de terceros también en cuanto al crédito: es preferido el primero que inscribe.

Ahora bien, respecto del propio deudor, ¿puede éste oponer al cesionario el pago o las modificaciones del crédito que hubiera acordado con el acreedor cedente y que no consten publicadas cuando el cesionario inscribe su derecho (de hipoteca)? Parece que no a tenor del artículo 144 LH. Recuerdo ahora que el pago es expresamente mencionado por la norma. Literalmente entendido el

precepto hay que concluir en que no surte efecto respecto de terceros —desde luego el cesionario— el pago —obviamente tampoco el pago parcial— que no se haya hecho constar en el Registro; *ergo*, el deudor debe volver a pagar al cesionario que adquiera el crédito en la situación registral. Inmediatamente viene a la cabeza el supuesto de las hipotecas de amortización periódica, y la situación deviene difícil de explicar.

Desde cuando ROCA SASTRE era ROCA SASTRE se viene asumiendo que el artículo 144 LH no es aplicable, no puede ser aplicable a las hipotecas de seguridad, es decir, a aquéllas en que la determinación de la obligación garantizada se realiza por medios extrarregistrales. Aunque el precepto nada diga, la distinción resulta de la realidad de las cosas. No puede quedar desvalorizada de eficacia por su no publicidad una cualquier circunstancia cuya publicidad no esté contemplada.

En el caso del pago, su publicidad sí esta contemplada. Mediante nota marginal, cuando no proceda la cancelación parcial (art. 240 RH). Es decir, mediante simple expresión de reducción de la cifra de deuda (lo que significa la correlativa reducción de responsabilidad hipotecaria), cuando no se acuerde la liberación (cancelación) parcial de la finca hipotecada, o total de alguna de ellas en el caso de ser varias. Pero, ¿tiene algún sentido de realidad el pensar que el deudor, todos los deudores, deben hacer constar sus amortizaciones periódicas en el Registro de la Propiedad, para evitar que, por error —no cabe pensar siquiera en culpa o dolo— de las entidades financieras, se vean obligadas a pagar nuevamente al cesionario de su crédito, que lo adquirió con el contenido del Registro, es decir, sin que resultaran de él las cuotas amortizadas?

Meditando a partir de esta idea, se llega a la conclusión de que todas las hipotecas accesorias son hipotecas de seguridad, y que sólo son hipotecas de tráfico las independientes, porque en ellas, como ya he dicho, todo el contenido del «crédito» —que no es un crédito, por tratarse de una simple carga, o como ya he repetido una obligación abstracta, vencida, líquida, de responsabilidad limitada..., un puro contenido económico de liberación, si se quiere, que se hace equivalente a la hipoteca misma— es el que, como hipoteca, figura en el Registro, de modo que nada debe haber fuera de éste, y por lo tanto nada de lo que acaso pudiera haber fuera de él podrá perjudicar (no existe por principio) al adquirente inscrito de la hipoteca. En cambio, ello no puede ser así en las hipotecas accesorias, porque éstas garantizan necesariamente un crédito extrarregistral, de modo que el Registro de la Propiedad no tiene capacidad —no es su finalidad— para configurar el crédito, y el contenido de éste será siempre el que exista en la realidad en cada momento.

En definitiva, resulta imposible en nuestro Derecho abstraerse de la taxativa regla de indemnidad del deudor del párrafo segundo del artículo 149 LH: *«El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere*

por el suyo», de modo que respecto de la modificación o extinción del crédito (inoponibilidad) habrá de predicarse lo mismo que se ha predicado respecto de la inexistencia del mismo (fe pública): que es el acreedor cedente el responsable frente al cesionario de la «*existencia y legitimidad del crédito*» (art. 1.529 CC) sin que pueda pretender trasladar el perjuicio al inocente deudor. (Insisto en que el riesgo de no aplicar las reglas de la seguridad del tráfico a la cesión de créditos se ve suavizado por la naturaleza general de los cedentes responsables: las entidades financieras.)

En definitiva, dos son los principios básicos y trascendentales que rigen esta materia: el principio de indemnidad del deudor frente a la cesión del crédito y el principio de accesoriadad de la hipoteca. Como consecuencia, el acreedor cesionario adquiere el crédito en los mismos términos y contenido en que perteneciera al acreedor cedente, y en consecuencia la hipoteca adquirida tendrá ese mismo contenido obligacional. Con esto queda explicado que el contenido de la obligación que se hace constar en el asiento para determinar el contenido de la hipoteca —duración y cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (art. 12 LH)— no goza en este punto de la protección registral por inoponibilidad, de la que sí goza el contenido propio del derecho real. De modo que al tercero adquirente de la hipoteca no le serán oponibles pactos sobre renuncia a la garantía, o sobre alteración de rango, o sobre modificación de domicilio (sin perjuicio de los derechos legales del deudor al respecto), o sobre tasación para subasta, o sobre reducción de la extensión objetiva de la hipoteca, o sobre caducidad de la misma..., pero sí los acuerdos sobre duración u otras condiciones financieras que afectan a la obligación de devolver del deudor.

Por eso, en mi opinión, revela total incongruencia imaginar que la Ley ha establecido la «publicidad-noticia» de *las cláusulas vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras* para ilustración de adquirentes del crédito, sean estos cesionarios o «subrogados» de la Ley 2/94 —aunque respecto de éstos mucho más habría que hablar, no sólo por la intervención, en tal caso del deudor, sino por la debatida cuestión de si en tal caso ha habido o no sustitución de créditos—. O la publicidad de tales cláusulas define el contenido del derecho adquirido o se trata de un clamoroso engaño.

Cuestión colateral, pero de no menor trascendencia, es decidir si la inoponibilidad de la modificación no publicada puede ser apreciada por el Registrador de la Propiedad o es una cuestión de decisión judicial. A mi entender, en materia de derechos reales no es que pueda el Registrador, es que es su obligación, no siendo de recibo el recurso a practicar inscripciones con rangos a determinar judicialmente en el futuro. Insisto: rangos, no preferencias crediticias que éstas sólo se declaran en procesos ejecutivos singu-



lares o colectivos. Por eso el Registrador de la Propiedad, una vez inscrita la adquisición de la hipoteca, no podrá inscribir ningún título otorgado con anterioridad que la modifique (art. 17 LH). Mayores matices debe adquirir la cuestión cuando la modificación afecte al crédito, pues como ha quedado explicado el principio de indemnidad del deudor determina que esa modificación afecte al cesionario del crédito, sin perjuicio de la responsabilidad del acreedor cedente.

Al respecto, debe observarse que disponemos de un precepto en la normativa hipotecaria no sólo atinente al caso, sino que asimismo confirma la visión general que sobre el asunto aquí se defiende. Dispone el artículo 151 LH: «*Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta*», norma legal de la que el Reglamento extrae la oportuna consecuencia: «*La inscripción de cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor, y éste pagare al cedente podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 de la Ley*» (art. 176 RH).

La norma legal no es sino una expresión más de que el régimen civil de cesión de créditos no se modifica por el hecho de venir éste garantizado con hipoteca. De modo que para el deudor sigue siendo su acreedor el cedente, en tanto no se le notifique —o acaso llegue a su conocimiento, matices de un debate en el que aquí no podemos entretenernos— el cambio de acreedor, y por ello el pago de buena fe hecho al primero, que es el que se halla a sus efectos en posesión del crédito, por más que el segundo haya podido incluso inscribir la adquisición de la hipoteca —de modo que no puede establecerse una presunción de conocimiento del cambio de acreedor deducida de la publicidad registral— es un pago liberador de la obligación (art. 1.164 CC). En consecuencia, de tal pago procede la cancelación de la inscripción de la hipoteca y después la de la cesión de la misma, mediante la correspondiente escritura de reconocimiento del mismo otorgada por el acreedor cedente. (Documento de acreditación de extinción de la obligación, no consentimiento formal cancelatorio; el propio Reglamento Hipotecario desautoriza tres artículos antes, cualquier lectura contra sistema del art. 179 RH).

Y si es oponible al cesionario —incluso al cesionario inscrito (su derecho de hipoteca)— el pago realizado por el deudor al acreedor aparente, en todo tiempo incluso con posterioridad a la inscripción de la cesión, en tanto sea de buena fe y no se le haya notificado el cambio de acreedor, ¿cómo no van a ser oponibles al cesionario el pago y todos los demás actos modificadores de la obligación realizados con anterioridad, es decir, cuando el acreedor era verdaderamente acreedor, y no sólo una apariencia de tal? En la medida en la que el Registrador de la Propiedad cumpla los artículos 151 LH y 176 RH,



entiendo que cabe hacer constar en el Registro de la Propiedad aquellas modificaciones consignables registralmente del contenido de la obligación garantizada, documentadas entre deudor y acreedor cedente, aún cuando conste inscrita la hipoteca a favor del cesionario.

Lo que nos lleva a una nueva cuestión que sólo puedo dejar apuntada y es la de si subsiste, después de la reforma hipotecaria de la Ley 41/2007, la vigencia del artículo 242 RH que permite la renuncia del deudor en escritura pública a la notificación de la cesión, lo que se ha convertido en cláusula de estilo de las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios. En mi opinión claramente no, si mediante tal renuncia se pretende menoscabar el sustancial principio de la indemnidad del deudor al cambio de acreedores.

3.º Dos. Tercero es el tercer poseedor

A) *Respecto de la hipoteca*

Al tercer poseedor de la finca hipotecada, por tanto gravada con el derecho real de hipoteca, le concierne toda modificación del contenido de éste. Parece razonable pensar que con arreglo al principio de inoponibilidad no le puede perjudicar ninguna modificación que lo agrave y que no conste inscrita cuando el inscribió su derecho (arts. 32 y 144 LH).

Por contenido del derecho real hay que entender aquí no sólo aquél clausulado que se refiera estrictamente al derecho real, sino asimismo todo el contenido obligacional que delimita su ámbito. Por lo tanto, la inoponibilidad al tercer poseedor debe venir también referida sin duda a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras.

No se trata aquí de analizar la posible influencia de la modificación de la obligación respecto del adquirente de la finca hipotecada. Este aspecto referido al crédito es el que procede tratar en el apartado siguiente. De lo que se trata aquí es de sentar que el contenido publicado de la obligación en cuanto determina el ámbito de la hipoteca, no puede ser alterado posteriormente en perjuicio del nuevo sujeto pasivo de ésta. Es pues una inoponibilidad de aspecto estrictamente hipotecario. Se comprueba de esta manera que el contenido de la obligación que debe constar en el asiento de hipoteca por gozar de trascendencia real —cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras que determinan el objeto de la garantía—, al definir el contenido del derecho real, sigue como es lógico las reglas de éste. Repetidas cláusulas se comportan como obligación respecto del cesionario del crédito (por lo tanto, no cabe la publicidad) y como derecho real respecto del tercer poseedor de la finca hipotecada (por lo tanto procede la inscripción).

La inscripción de la hipoteca no puede asegurar al adquirente del crédito que el contenido de éste no sea menor que el que consta publicado, pero sí al adquirente de la finca que no es mayor el contenido del gravamen.

Además, tal inoponibilidad ha sido remachada por la propia Ley 41/2007 al determinar que sólo el contenido obligacional publicado determina el ámbito de la futura ejecución hipotecaria. Así resulta de la reforma del artículo 130 LH: «*El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de los extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*». Es obvio, por consecuencia, que tales extremos no pueden ser modificados en perjuicio del tercer adquirente de la finca hipotecada, que debe padecer tal procedimiento.

De modo que el Registrador de la Propiedad deberá denegar la inscripción retrasada de todo documento que modifique el contenido obligacional «inscrito», acordado entre acreedor y deudor/dueño de la finca, cuando aparezca en el Registro un nuevo titular de ésta (art. 17 LH). Y desde luego tal modificación no podrá determinar el ámbito de la futura ejecución hipotecaria. (Este es el principio; obviamente podrá hacer constar la modificación en el caso de que resulte de todo punto evidente que ésta es beneficiosa para el nuevo dueño, por ejemplo, reducción de la deuda.)

Tampoco debiera ser admisible la inscripción de tal modificación en el caso de que los terceros poseedores sean de segundo grado, es decir, titulares de derechos reales limitados, o incluso «titulares» de otras cargas, como anotaciones preventivas de embargo, respecto de los que tampoco puede alterarse el contenido de la ejecución hipotecaria preferente. Y debe ser extensiva esta inadmisibilidad al supuesto en que la modificación de la obligación garantizada sea la «ampliación de capital», sin que sea posible pensar que en este caso es posible la inscripción so pretexto de que el nuevo crédito (ampliación) tendrá la preferencia que su fecha le atribuya. Esto supone una grave confusión entre el rango hipotecario, que el Registrador de la Propiedad debe determinar con toda claridad al extender los asientos, y la preferencia crediticia que debe ser dilucidada mediante oportuna tercería.

A mi juicio, es con arreglo a tales principios esenciales del sistema cómo debe interpretarse la nueva redacción dada por la misma Ley 41/2007 al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que excediéndose quizá del ámbito de la propia Ley reformada se mete en el berenjenal de regular el «rango» de los derechos, con maneras muy sospechosas de confundirlo con la preferencia crediticia. Por lo tanto, y sin tiempo ahora de realizar un estudio más profundo, entiendo que sólo se está ocupando de los terceros poseedores de segundo grado, esto es, titulares de rango posterior a la hipoteca modificada, no de los terceros de dominio. Y sobre todo entiendo que cuando incluye el «*incremento de la*

*cifra de responsabilidad hipotecaria*» como circunstancia no oponible a tercero —de ahí la pérdida de rango—, está comprendiendo no sólo las *condiciones financieras* —ampliaciones de capital, o de intereses o prestaciones accesorias—, sino toda aquella circunstancia de la obligación que agrave el ámbito de la hipoteca, como puede ser el establecimiento de nuevas cláusulas de vencimiento anticipado.

#### B) *Respecto del crédito*

Exagerando los términos, podría decirse como punto de partida que el tercer poseedor no es «tercero» respecto del crédito garantizado porque no sólo es ajeno a él, sino que además no entra en relación con el mismo. Tal relación se produce solamente mediante su expresa asunción —lo que es un acto distinto y no consustancial a la adquisición de la finca hipotecada—, y aún podría añadirse, cuanto menos, cuando medie el consentimiento del acreedor, que en tal momento tampoco es tercero sino que pasa automáticamente a la categoría de parte (deudor) (arts. 1.205 CC y 118 LH).

El hecho de que tal asunción se produzca generalmente en toda adquisición voluntaria, no basta para modificar los fundamentos jurídicos de la cesión de deudas, de modo que las reglas generales de Derecho Civil al respecto operan sin modificación alguna derivada de los aspectos hipotecarios de la garantía. Al tercer poseedor no le afecta el contenido de la obligación sino en la estricta medida en la que éste define el ámbito —y ámbito ejecutivo— del derecho real de hipoteca. Y en tal ámbito queda protegido naturalmente por el principio de inoponibilidad. (Lo que no impide, por otra parte, que en el mismo pueda oponer, siempre en el momento procesal oportuno, toda suerte de circunstancias modificativas o extintivas del crédito, incluso las personalísimas del deudor, puesto que precisamente esto es la esencia de la accesoriedad de la hipoteca.)

Debe observarse, por último, que el hipotecante no deudor no ha sido incluido entre las figuras de tercero, al contemplar la inexistencia o modificación del crédito o de la hipoteca, puesto que él es parte en el negocio constitutivo de ésta (no deudor, en principio, salvo que se obligue además expresamente). Como dueño de la finca hipotecada —sujeto pasivo, podría decirse, del derecho real de hipoteca— no podrá realizarse, o cuanto menos inscribirse, ninguna modificación del contenido real de aquella sin su consentimiento, lo que desde luego incluye al objeto de la garantía, la obligación garantizada, en cuanto determine tal contenido.

#### 4.º *Ejecutividad*

La afirmación de que el asiento de hipoteca atribuye ejecutividad (¿a la hipoteca?, ¿al crédito?) habrá necesariamente de explicarse.

Según mi manera de entender las cosas, el derecho real de hipoteca configura un ámbito ejecutivo especial —la finca hipotecada—, en cuyo ámbito el crédito garantizado goza de una ejecutividad ciertamente cualificada, y «privilegiada» respecto de la que ostentaría en el procedimiento ejecutivo ordinario. «Privilegiada» no quiere decir reconocimiento de preferencia de cobro en el procedimiento, sino exclusividad en su pretensión respecto de la finca hipotecada.

El origen de tal forma especialísima de ejecutividad es conocido. La Ley Hipotecaria de 1909, que introdujo el que fue llamado procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Sobre la base de la determinación registral del crédito se innovó un procedimiento, que no un «proceso», comisorio en mi opinión, en el que ninguna cuestión cabía plantear respecto del crédito mismo, quedando éstas reservadas a un verdadero proceso judicial declarativo posterior. Aquí comenzó la distinción entre hipotecas ordinarias (de tráfico) e hipotecas de seguridad, en función de que la determinación registral de la deuda por ellas garantizada propiciara o no el acceso inmediato a tal procedimiento.

Tal procedimiento, de naturaleza ajena a lo procesal en la mente de sus patrocinadores, fue inevitablemente acercándose a esta órbita. Y en ese acercamiento se planteó lógicamente su constitucionalidad, la cual fue reconocida fundamentalmente por una razón: la certeza que el sistema atribuía al crédito gracias a la documentación pública con todas sus garantías y a la publicidad registral, precedida ésta de la calificación independiente del Registrador de la Propiedad.

Posteriormente los procesalistas culminaron su objetivo, y el «procedimiento» fue convertido en un «proceso ejecutivo especial» (arts. 681 y sigs. LEC 1/2000), en el que perdió obviamente toda su naturaleza sustantiva o «civil». Se consumó además otra circunstancia ya atisbada, la pérdida de valor de la distinción entre hipotecas de tráfico y de seguridad, dado que se consagró el acceso directo de todas ellas a dicho proceso ejecutivo especial, si bien con la particularidad en las segundas de que la «determinación de la deuda» debía encomendarse a la creación de un «saldo contable», reconociéndose incluso el derecho unilateral, previo pacto, de su fijación a la Entidad financiera acreedora, si bien ampliándose, en tal caso, la nómina de las excepciones concedidas al deudor.

Prescindiendo de las excepciones concedidas en tal caso que de alguna manera sí afectando estrictamente al crédito, la LEC, visto el éxito alcanzado por el procedimiento judicial sumario, trató de conservar todos sus paráme-

tros, de modo que lo que era un «comiso civil» —legitimado como «marciano», si se quiere, por la autoridad de los rectores del procedimiento: juez o notario— se respetó mediante el reducir drásticamente las causas de oposición alegables por el deudor en esa vía del proceso ejecutivo especial. Puede decirse que de alguna manera tales causas se limitan por Ley a circunstancias estrictamente atinentes a la hipoteca —su existencia y vigencia—, quedando todas las circunstancias relativas al crédito relegadas a un posible proceso declarativo, en el que sí hay plenariedad de prueba y en el que toda la carga de accesoriad de la hipoteca debe manifestarse.

Por lo tanto, respondiendo a los interrogantes con los que comenzaba este apartado, puede decirse que hoy la inscripción de la hipoteca atribuye a ésta un ámbito especial y exclusivo de ejecución, en el que el crédito viene dotado de una excepcional abstracción procesal ejecutiva. Tal planteamiento es el que ha venido a confirmar la reforma del artículo 130 LH que antes he transcrito literalmente.

Frente a las dudas que los procesalistas siguen manifestando respecto de la constitucionalidad de un proceso ejecutivo así establecido, por cuanto afirman que la inscripción de la hipoteca tiene mayor eficacia ejecutiva que la propia sentencia judicial firme, hay que recordar las razones de que aquélla fuera declarada por el Tribunal Constitucional: la certeza del contenido de la obligación garantizada derivada de la documentación pública y de la calificación y publicidad registrales. En trance de interpretar el artículo 12 LH, no debieran olvidarse esos principios. Ni los trascendentales beneficios que para todo el sistema crediticio ha representado su existencia por la facilidad en la recuperación de su inversión concedida a los acreedores. El aúrpice ya apunta que detrás de la pretensión de desestabilización del Registro de la Propiedad se sigue la del propio procedimiento ejecutivo hipotecario por razón de que hasta ahora lo hipotecario y lo registral se entendían sinónimos.

##### *5.º Conclusión sobre la eficacia del asiento de hipoteca*

La reforma del artículo 12 LH ha venido a tipificar el contenido real de la hipoteca en cuanto a su objeto la obligación garantizada. Tal contenido real viene constituido por las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras cuya determinación —y obviamente la de su trascendencia real, que pueden evidentemente excluir— en la escritura corresponde a las partes con arreglo al principio de autonomía de la voluntad. Como tal contenido real goza de la eficacia propia de la hipoteca participando del ámbito de inoponibilidad y ejecutividad de ésta. Sin embargo no pierde su naturaleza obligacional ni es objeto como tal de inscripción, por lo que no se modifi-

ca el régimen general de la transmisión de obligaciones del Código Civil, de manera que el adquirente del crédito titular de la hipoteca no queda protegido respecto del crédito por los principios de fe pública y de inoponibilidad registrales, como sí lo está respecto de la hipoteca. La inscripción de la hipoteca no asegura el contenido del crédito a su cesionario, sí el contenido del gravamen de la finca a su adquirente.

#### CUATRO. APÉNDICE

NOTAS A LA RDGRN DE 24 DE JULIO DE 2008

*BOE número 190, jueves, 7 de agosto de 2008*

Recupero de esta manera mi viejo cometido de comentarista para la *RCDI* de las *RRDGRN*. Los tiempos han cambiado. Voy a entrar directamente en los Fundamentos de Derecho de la Resolución. Me abstendré de hacer comentario alguno sobre la Nota e Informe del Registrador —ya se sabe que este último carece de valor para la Dirección y no figura en el *BOE*—, y sobre el informe del Notario —si bien he de hacer notar que se ha debido producir una confusión de papeles en el recurso, pues al menos en seis ocasiones en la transcripción de él que recoge el *BOE* se emplea como «Esta Dirección General», de manera que parece que sus palabras proceden del mismo Centro Directivo—.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Vistos los artículos 1, 2, 9, 12, 18, 19 bis, 27, 32, 38, 65, 98, 104, 114, 126, 130, 145, 146, 153, 153 bis, 253 y 258 de la Ley Hipotecaria; 1.129, 1.255, 1.256, 1.281, 1.283, 1.284, 1.285, 1.286 y 1.857 del Código Civil; 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; artículos 83, 84 y 85 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; 538.4, 551, 559, 569 y 681 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 4, 7, 51.6.ª, 219, 220 y 353 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, 26 de diciembre de 1990, 18 de enero y 17 de marzo de 1994, 14 de enero de 1991, 18 de noviembre de 2005, 2 y 19 de enero y 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 20 y 21 de marzo, 1 y 2 de abril, 10 de mayo, 4 y 27 de junio, 16 de julio, 20 de septiembre y 14 de noviembre de 1996, 14 de enero de 1997, 20, 21 y 28 de enero de 1998, 13 de febrero de 2004, 2 y 3 de septiembre de 2005,*

19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008, entre otras.

1. En el supuesto al que se refiere este recurso, la Registradora inscribe una hipoteca en garantía de un préstamo concedido por una Entidad de crédito, pero con exclusión de determinadas cláusulas o pactos, por las razones que expresa en su calificación.

2. En primer lugar, según expresa la Registradora en el apartado I) de los Fundamentos de Derecho de dicha calificación, no se han hecho constar determinadas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo porque, a juicio de la funcionaria calificadora, son contrarias a las normas que detalla en la nota objeto de impugnación. Y respecto de tales cláusulas alega los siguientes argumentos: «Dichas cláusulas afectan a la duración de la hipoteca (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 2008), configuran los contornos del derecho real con trascendencia erga omnes (Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987) determinando la posibilidad de ejecución o realización de valor, que es inherente al derecho real de hipoteca (arts. 569.2.3, 569.1 del Libro V del Código Civil de Cataluña; 104, 126 de la Ley Hipotecaria; 7 de su Reglamento, y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), teniendo en cuenta que la ejecución directa por el Juez parte de los extremos recogidos en el asiento con los efectos de publicidad legalmente previstos (arts. 1 párrafo tercero, 32, 38 párrafo primero y 130 de la Ley Hipotecaria) en consonancia con el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (art. 145 de la Ley Hipotecaria, 1.857 del Código Civil y, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 29-9-2003) sin posibilidad de atender en el proceso el Juez a la oposición del deudor por nulidad de las mismas (arts. 130 de la Ley Hipotecaria y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Se tiene también en cuenta que, en tal medida, son cláusulas de trascendencia real que han de ser calificadas por el Registrador (arts. 12, 16 y 65 de la Ley Hipotecaria, párrafo cuarto, tercer inciso de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007) por afectar a la duración de la hipoteca; que sobre el supuesto planteado en esta nota no hay pronunciamiento expreso de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y la fundamentación de constitucionalidad del proceso de ejecución sumaria hipotecaria (reproducido en esencia en el vigente) dada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981».

3. Esta primera cuestión debe resolverse atendiendo al ámbito propio de la función calificadora del Registrador y al contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, conforme a los artículos 18 y 12 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ya entendió en su Resolución de 19 de abril de 2006, conforme al texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria entonces vigen-



te (según criterio reiterado por otras posteriores que se citan en los «Vistos» de la presente, en especial las de 5 y 6 de mayo de 2008) que, por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como prius lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter obligacional y quedan vedadas a su calificación.

En concreto, se afirmaba en dicha Resolución que la calificación que debe efectuar el Registrador, «como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico-real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad».

Consecuentemente, sobre las estipulaciones que carezcan de trascendencia real no recae, en puridad, verdadera calificación, sino más bien una previa actividad lógica de determinación para excluirlas de la actividad de control en que se ha de traducir (en el ámbito que le es propio) esa calificación en sentido estricto que ha de ejercer el Registrador, relativa a las cláusulas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria, que son las que únicamente deben inscribirse siempre que sean conformes al ordenamiento jurídico. Así, esas estipulaciones de trascendencia meramente obligacional no sólo es que no se debían expresar, en ningún caso, en la inscripción, según la normativa entonces vigente (art. 51.6.º del Reglamento Hipotecario), sino que, precisamente por ello, no han de detallarse individualmente en la nota de calificación, pues más que existir algún defecto u obstáculo que impida su constancia registral, lo que ocurre es que no son susceptibles de inscripción.

No obstante, debe advertirse que dicho régimen ha sido en parte confirmado y en parte modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modificación de la Regulación del Mercado Hipotecario.

Esta Ley, incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del Registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 de la Ley Hipotecaria)—, porque así se deriva del ámbito objetivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 4 y sigs. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta —publicidad erga omnes de tales derechos reales inmobiliarios—, da nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria y establece que: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obliga-



*ciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».*

*Se distingue así entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título (1). Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del Registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 83 y 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de los cuales resulta, respectivamente, que se atribuye al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas; y se establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales), 9, 22 y 23 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria (2). Por otra parte, según el criterio reiterado por este Centro Directivo, el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006).*

*Tal es la doctrina mantenida igualmente por esta Dirección General en sus Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25*

---

(1) La Resolución mantiene la línea de los *obiter dicta* de las precedentes Resoluciones. Se inicia el párrafo con un «Se distingue así...», que da por supuesto que los dos párrafos del artículo 12 establecen con tanta claridad la diferencia entre tener o no tener trascendencia real, que no parece necesitarse ni una sola palabra en prueba de la afirmación. Honradamente, por más vueltas que doy al texto legal, no alcanzo a atisbar la evidencia, cuando además la misma significa un vuelco radical en el entendimiento de todo el sistema inmobiliario.

(2) No se alcanza a comprender cuál sea el criterio por el que el artículo 12 LH «concuerda», en el ámbito de la función calificadora, con los artículos 83 y 84 del Texto Refundido que se cita. Debe observarse además que la registradora no ha citado en su calificación tal texto, ni ha hecho al clausulado de la escritura imputación alguna relacionada con la normativa protectora de consumidores. La abusividad de una cláusula es un motivo específico de nulidad, cuyo conocimiento puede corresponder en exclusiva a los Jueces —esta es una cuestión que ni procedía en el recurso (art. 326 LH), ni yo voy a tratar aquí—, pero en este caso no puede utilizarse tal planteamiento para desacreditar la nota de la registradora que para nada incidía en la cuestión (sobre la extensión de la calificación del registrador a la validez de los actos dispositivos y su significado y sobre la exclusión de la calificación de los pactos personales, vid. nota 19).

y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008 al señalar cómo «lo que sucede es que como excepción, y resultando aconsejable (3) para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007, en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación.

Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el Registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de Ley Hipotecaria— hubieran sido calificadas favorablemente».

En el presente caso, la calificación registral impugnada se ha emitido una vez entrada en vigor la nueva norma, por lo que la Registradora debe limitarse a calificar y, en su caso, a inscribir esas cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria relativas al importe del principal de la deuda, el de los intereses pactados, con expresión del importe máximo de responsabilidad hipotecaria (4), identificando la obligación garantizada y su duración.

---

(3) Se reproducen pues los *obiter dicta* de Resoluciones anteriores, de modo que la razón que se aduce para la modificación del sistema hipotecario, que significa la admisión al Registro de la Propiedad de lo que se califica de cláusulas obligacionales es que «resulta aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral». Por una parte resulta extraño que tal oportunidad no haya sido contemplada por la Exposición de Motivos de la Ley de reforma, y que se atribuya una particular eficacia al asiento registral sin que la Ley lo establezca. El hecho de que el Registro de la Propiedad sea público no quiere decir que la publicidad sea su eficacia. Del asiento registral no dimana ninguna eficacia, ésta dimana de la Ley que atribuye al asiento unos efectos u otros; en el presente caso al no disponer la Ley otra cosa debería pensarse que son aplicables a tales cláusulas las reglas generales del sistema, y éstas se reducen aquí a que tales cláusulas deben tener eficacia real si el legislador contempla su constancia registral, y que por consecuencia producirán los efectos propios del sistema. Por otra parte, a mi entender como se desarrolla en el trabajo, la constancia registral de pactos personales es francamente desaconsejable, en cuanto viene a enturbiar el régimen sustantivamente previsto para la transmisión de las obligaciones, regido por principios ajenos al Derecho Inmobiliario, y en consecuencia confundir a los terceros sobre el contenido de su adquisición.

(4) La Resolución hace aquí una adaptación de la propia redacción del artículo 12 LH a su particular manera de entenderlo. El texto legal no utiliza la expresión «con» —«con expresión del importe máximo de la responsabilidad hipotecaria», dice la Resolución—, sino «o» —«o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria», dice la Ley—. Lo que para la Ley es una disyuntiva, para contemplar la doble posibilidad de obligaciones de cuantía determinada o indeterminada, lo transforma la Resolución en una acumu-

*En cambio, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada por la hipoteca debe proceder no a su inscripción sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas (5). Y, precisamente porque estas cláusulas no son susceptibles de calificación, tampoco puede la Registradora apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas.*

*Y es que, de nuevo, debe afirmarse que el registrador, en su condición de funcionario público (art. 274 de la Ley Hipotecaria) no sólo no participa de naturaleza jurisdiccional alguna —lo que resulta obvio—, sino que además, y por ser funcionario público, le es de aplicación una norma básica de actuación de cualquier Administración Pública, esto es, que cualquier funcionario público debe limitar su actuación a la competencia conferida.*

*No por evidente, debe recordársele a la funcionaria calificadora que como afirma el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC): «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia», de modo que aquel acto que proviene de funcionario material u objetivamente incompetente es, sin más, nulo de pleno derecho, como declara el artículo 62.1.b) de la citada LRJPAC, cuando sostiene que «los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ...b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia».*

*En el caso de la competencia material atribuida a la funcionaria calificadora, como a continuación se expondrá extensamente, la misma viene delimitada por los artículos 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria, de modo que cualquier acto —calificación— que extravase el ámbito de tal competencia conferida es, sin necesidad de mayor análisis, nulo de pleno derecho por dictarse por órgano manifiestamente incompetente —en nuestro supuesto, la registradora titular del Registro que califica el título—. Es más, siguiendo*

---

lación de requisitos, porque de otro modo quedan fuera del párrafo primero, esto es, fuera de la trascendencia real, todas las obligaciones accesorias no contempladas por el mismo párrafo —que se refiere exclusivamente a *principal e intereses*—, de modo que carecerían de trascendencia real las cifras de demora, costas, gastos u otros conceptos contemplados en las cláusulas financieras del párrafo segundo. Más aún si se entiende, como parece lógico y hace la propia Dirección, que la expresión del párrafo primero «*identificando las obligaciones garantizadas*», se refiere a que pueden ser muchas las naturalezas de la obligación garantizada, no a la consideración de tales accesorias, o de otros deberes del deudor, como obligaciones distintas también garantizadas y necesitadas de identificación. En otros apartados de la Resolución se da por descontado que tales conceptos de responsabilidades accesorias aparecen expresados en el párrafo primero.

(5) No puedo dejar de reiterar que éstas son afirmaciones sin apoyo normativo ni lógico alguno.

la regla clásica del Derecho Administrativo —vinculación positiva del órgano administrativo a la norma que le dota de competencia— ese ámbito de actuación funcional sólo podrá verse alterado si una norma específica y de rango suficiente atribuye competencia al registrador para extender su actuación a otros ámbitos, lo que no es el caso.

Así, se ha de advertir que, tratándose del negocio jurídico denominado derecho real de hipoteca, esa delimitación de la competencia material atribuida al registrador no sólo proviene del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino, esencialmente del artículo 12 de la misma norma, pues en un evidente ánimo de clarificación legislativa —posteriormente, se analizará la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007— y, derivado de la competencia material atribuida genéricamente al registrador —se insiste, arts. 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria—, tal artículo 12 de la Ley Hipotecaria facilita al funcionario calificador la identificación de qué debe calificar y, en su caso, inscribir por tener ese carácter real y qué no debe calificar y, por tanto, sólo transcribir por carecer de ese carácter real. En suma, no sólo es que per se el registrador ha de limitar su actuación al ámbito de la competencia conferida; es que, sin más, en el supuesto del derecho real de hipoteca, esa competencia se encuentra perfectamente delimitada sin posibilidad de extensión a materia que no tenga trascendencia jurídico-real inmobiliaria.

En efecto, el ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad está delimitado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; su extensión se limita sólo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título. En este sentido, la expresión de este precepto legal relativa a la calificación de «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», no significa la atribución al Registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan sólo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible. Por esa razón, lo que el Registrador hace cuando califica es analizar uno de los posibles efectos del título —su inscribibilidad— y, por idéntica causa, la calificación del Registrador no extravasa el estricto ámbito registral y no extiende sus consecuencias al resto de los efectos de ese título en el ámbito negocial civil o mercantil. Lo expuesto queda corroborado por la misma Ley Hipotecaria que en su artículo 66 remite a los interesados que quieran «ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos» a los Tribunales de Justicia, ya que sólo a estos compete la decisión, a todos los efectos, de proclamar dicha validez o nulidad.

En suma, al Registrador le está vedado extender su calificación a extremos que carezcan de trascendencia jurídico-real inmobiliaria o que, aun no careciendo de ella, la Ley no le exija expresamente que califique.

*Y es que la valoración de tales extremos, por no ser inscribibles, es ajena a la responsabilidad del Registrador (6).*

*4. Frente al criterio de esta Dirección General expuesto en el precedente Fundamento de Derecho, pretende la Registradora valorar la validez de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo garantizado o la contradicción de las mismas con determinadas normas que considera imperativas; y para ello alega que tales cláusulas afectan a la duración de la hipoteca, configuran los contornos del derecho real con trascendencia erga omnes y determinan la posibilidad de ejecución de la hipoteca directamente sobre la finca hipotecada mediante el procedimiento judicial especial establecido en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de que en tal proceso el Juez atienda a la oposición del deudor por nulidad de las mismas.*

*Más esta pretensión de la funcionaria calificadora no puede ser admitida.*

*En primer lugar, porque confunde los aspectos reales y los obligacionales del título presentado.*

*No es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al del crédito, sino que, a la inversa, es el trato registral de aquélla el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito, lo que, asimismo, armoniza con la concreción de la fuerza sustantiva de los pronunciamientos registrales a los derechos reales inscribibles (arts. 1, 2 y 38 de la Ley Hipotecaria) (7).*

---

(6) Sobre esta nueva perspectiva de la calificación del registrador y su paradoja, vid. nota 19. Pero en cualquier caso sigue faltando la prueba del punto de partida. Afirmación no justificada de que la Ley ha privado de trascendencia real a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas con hipoteca. No se justifica tal declaración, y debería hacerse porque no sólo contraría, según pienso, el texto legal y su Exposición de Motivos, sino porque además contraría la voluntad de las partes. Bastaría para probar ello preguntar al acreedor hipotecario, en la presente o cualquier otra escritura de hipoteca, si quería o no quería la trascendencia real para tales cláusulas. Y si se le negara tal derecho por el legislador —porque efectivamente las quisiera excluir del contenido legal del derecho— habría de expresarse con muy fuertes y poderosas palabras y razones para justificar semejante privación de libertad. Al contrario, lo que parece lógico, a tenor del texto legal y de su encaje con el sistema, es que el legislador ha atribuido típico contenido real a las cláusulas en cuestión —de manera que clarifica el derecho de las partes a establecerlo—, de modo que en tal forma queda precisado el «contenido» del derecho real, objetivo perseguido por la Ley según su Exposición de Motivos. Cuando se presenta un documento al Registro de la Propiedad es porque el interesado entiende que su contenido, todo él, es inscribible —*ergo* tiene trascendencia real—, y no es concebible que el Registrador de la Propiedad se lo devuelva sin más que la mera afirmación verbal de que carece de trascendencia real, de modo que nada más tiene que decirle. El rechazo de tal trascendencia es un acto más de calificación, que como toda calificación ha de ser global, íntegra y no causar indefensión.

(7) Este párrafo es una copia literal tomada de la Resolución de 24 de abril de 1991, que no parece entenderse mucho. De hecho, tal Resolución no aparece expresamente citada en el Vistos. Es esta Resolución la que fundamentalmente se percató de la dificultad de

*Y es que no puede estimarse que toda cláusula que afecte a la duración de la misma obligación es derecho real (cfr. arts. 98 de la Ley Hipotecaria y 7, 9, 51.7.ª y 353 del Reglamento Hipotecario). Distinto tratamiento habría de darse a la cláusula que sujete a término el mismo derecho real de hipoteca; en cambio, la norma del artículo 1129.3.º del Código Civil —que establece causas legales por las que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo— actúa en el ámbito obligacional, por lo que su modalización convencional —admisible con los límites establecidos en el art. 1.255 del mismo Código— no sale de dicho ámbito de los derechos personales (8).*

aplicar al «crédito hipotecario» los principios registrales de inoponibilidad y fe pública, en un supuesto de adquisición de tal crédito en subasta. Quizá debiera yo haberla citado en el trabajo en apoyo de mis consideraciones, pero a mí entender no estableció la consecuencia adecuada, que no es otra que la necesidad del trato diferenciado a tales efectos del crédito, regido por los principios de las obligaciones y de la hipoteca, regida por los principios de los derechos reales. Nuevamente pesó la confusión del crédito hipotecario. Tal estudio diferenciado es el que se intenta en el trabajo. El párrafo copiado es en sí contradictorio, pues dice que a la hipoteca se le aplican (simultáneamente) las peculiaridades propias de los créditos y los pronunciamientos registrales propios de los derechos reales inscribibles. Se salva la contradicción distinguiendo claramente en la «hipoteca» lo que es el derecho real de lo que es la obligación garantizada.

(8) Aquí se mezclan confusamente la duración de la obligación, la duración del derecho real de hipoteca y el vencimiento anticipado de la obligación. Con esta confusión parece que se hace partícipe a la duración de la obligación de la naturaleza de la duración de la hipoteca. Se ha apuntado en el trabajo que esta última, en cuanto determina la vida del derecho real o dicho de otro modo, su caducidad, nada tiene que ver con la obligación. Por lo tanto no puede utilizarse la confusión para demostrar que la duración de la obligación tiene intrínseca trascendencia real, trascendencia que haría de diversa naturaleza a la correspondiente cláusula en que se establece el plazo final, que se hace equivalente a aquella *duración*, de aquellas otras en que se contemple el vencimiento anticipado. No es lo menos que se desnaturaliza nuevamente la voluntad de las partes al desconocer que su voluntad no es fijar un plazo final, sino (por lo general) un proceso de amortización periódica. Dicho de otra manera, no hay propiamente un «plazo final» sino un determinado número de plazos periódicos causalmente conectados entre sí (vencimiento anticipado). Esto es cada «cuota de la obligación» tiene su propio plazo de cumplimiento y la última tendrá el final, pero este final tiene la misma idéntica naturaleza que cualquiera de los anteriores. Además no se entiende porqué el artículo 1129.3.º del Código Civil, expresamente citado, mantiene el carácter personal de la cláusula de pago anticipado, no obstante la garantía hipotecaria, y sin embargo el plazo no anticipado, cuyo sustento está en los artículos 1.125 y siguientes de la misma sección, capítulo, título y libro muda su naturaleza a derecho real por el hecho de la garantía. Claramente se ve que la *duración* (art. 12 LH) de la obligación es la expresión del programa convenido por las partes de la forma temporal de su devolución, programa en el que la devolución anticipada total para nada se diferencia en cuanto a su naturaleza respecto de una devolución periódica parcial. Se trata siempre de la forma de devolución pactada por las partes. No hay diversas naturalezas, de modo que, siendo el vencimiento del crédito la primera de las condiciones para el posible ejercicio de la acción hipotecaria es obvio que en todo caso la forma de su determinación tiene trascendencia real. Como luego se observa, el precepto no exige que se exprese la *duración* de la obligación, sino que se *identifique la obligación cualquiera que sea su duración*; es tal identificación la que obliga a expresar todo el programa de cumplimiento previsto por las partes.



*La reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria introducida por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, tiene la finalidad de «precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa» (Apartado VII, párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de esta Ley) (9). Al quedar legalmente fijado el contenido específico de la inscripción del derecho de hipoteca, con los extremos señalados en el párrafo primero del mencionado artículo 12 (10) («importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas (11), cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»), son dichos extremos los que —según la valoración legal— importan a los terceros, y por ello son los pactos que afecten a tales circunstancias —en tanto que contenido propio del acto dispositivo— los que pueden ser objeto de calificación del Registrador con los límites antes expuestos. Por ello, serán objeto de inscripción los pactos que tengan por objeto directo ese derecho real de hipoteca: v.gr., estipulaciones sobre la responsabilidad hipotecaria por capital, intereses y gastos (12); tam-*

(9) Esto es exactamente lo que se ha defendido en el trabajo. La pretensión del legislador es establecer el contenido del derecho real, de modo que lo que el legislador expresa en el texto es la definición del contenido, no su exclusión. Es meridiano que si el legislador hubiera querido excluir del asiento circunstancias de contenido real, o por el contrario incluir en él circunstancias carentes de tal contenido, lo hubiera hecho expresamente y la Exposición de Motivos lo hubiera resaltado. Nuevamente debe recordarse que inmediatamente antes esta misma Exposición de Motivos había pedido a los operadores jurídicos *la conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión y sus efectos*. La tesis de la Dirección es ciertamente restrictiva del derecho de los particulares a configurar sus derechos reales, lo que en ningún caso puede entenderse que sea la pretensión del legislador. Al contrario, éste ha ensanchado el ámbito de los derechos de aquéllos reconociendo expreso carácter real a determinados contenidos de su voluntad, sobre la base de que, obviamente, pueden reducir tal contenido a lo estrictamente personal, si tal es su voluntad.

(10) ¿Dónde se halla la afirmación legal de que éste párrafo es el único contenido con trascendencia real de la hipoteca? Ya se ha estudiado en el trabajo como prácticamente todo él se refiere a la obligación garantizada. ¿De dónde se sigue que la constancia en el asiento del derecho real de hipoteca de las circunstancias de la misma obligación que la Ley establece en el párrafo segundo tienen un valor diferente?

(11) Sobre esta *identificación* no se encuentra una sola palabra en la Resolución. Ésta parece querer reducir toda la trascendencia real a una abstracta cifra de responsabilidad y una fecha final de devolución (vid. nota 17), de modo que la identificación exigida por la Ley carece en ella de contenido. Debe reiterarse además que a la Ley no le interesa la expresión registral de la *duración* de la obligación garantizada, sino la *identificación de la obligación garantizada*, identificación que debe realizarse respetando las posibles naturalezas de la misma y su duración. Identificar una obligación es expresar todo su contenido, no simplemente nombrarla.

(12) Sorprende que se haga a título de *verbi gratia* lo que en principio debería limitarse a seguir la enumeración legal. Ejemplificando se modifica nuevamente el mismo

*bién las que tienen por objeto la duración del mismo derecho real (13); mientras que las que se refieren al vencimiento anticipado de la obligación serán objeto de mera transcripción (salvo que de una norma legal resulte que hayan de ser inscritos —cfr. art. 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— (14), por más que el incumplimiento de tales obligaciones, en cuanto determina que la obligación asegurada por la hipoteca devenga exigible inter partes (15), pueda dar lugar a la efectividad de la hipoteca por incumplimiento de esa obligación, de suerte que es la ejecución de esta garantía real la que puede afectar a terceros, del mismo modo que les afectaría cuando la hipoteca despliega su eficacia por el incumplimiento de la obligación principal de pago garantizada con aquélla (16).*

texto legal, que acababa precisamente de ser citado. No hay en tal texto una exigencia de constancia de la responsabilidad hipotecaria como expresión de la suma de garantía hipotecaria por los distintos conceptos de principal y accesorias, sino que la misma es simplemente la cuantía de garantía de la obligación indeterminada, que se contrapone al principal de la deuda determinada. Por eso en la Ley no aparece el concepto de «gastos» que incluye la Resolución en el párrafo primero, sino que debe hallarse en el párrafo segundo, dentro de las cláusulas financieras, obviamente con trascendencia real, salvo que se quiera excluirla sin fundamento (vid. nota 4).

(13) Nuevamente se confunde aquí la duración del derecho real con la duración de la obligación garantizada (vid. nota 8).

(14) Este artículo, es sabido, se refiere al vencimiento anticipado total de las obligaciones de amortización periódica por impago de alguno de los plazos. La Resolución resuelve el problema de la contradicción de la constancia registral de tal cláusula con su planteamiento, mediante la simple afirmación de que la Ley exige en tal caso la inscripción. Pero no nos aclara cuál sea la naturaleza de tal cláusula. Porque no parece que tal inscripción vaya a mudar la naturaleza obligacional que según la misma Resolución tal cláusula tiene. O quizá sí, quizá participe la Resolución (como veremos después, notas 15 y 16) de la idea de que es la inscripción la que atribuye una trascendencia real de la que el derecho antes carece. Aunque en el fondo, como se verá, a la Resolución poco importa la naturaleza personal o real de las cláusulas de la escritura, salvo para impedir al Registrador de la Propiedad la calificación de las primeras, puesto que, en su planteamiento, a la postre, por vía directa o por vía de afección de la hipoteca, el resultado para el tercero es el mismo.

(15) Aquí nuevamente parece hacerse una distinción difícil de seguir. La de que las «obligaciones» pueden tener exigibilidad *inter partes* y exigibilidad «respecto de terceros». Acaso a esta última exigibilidad llame trascendencia real, pero como se ha estudiado detalladamente en el trabajo, en ningún caso la obligación alcanza esa trascendencia de por sí. El tercero no se ve afectado por la obligación que no asume voluntariamente, se ve afectado por la hipoteca.

(16) La tesis de la Resolución, parece ser, es que cuando se impaga una cuota —incumplimiento de la obligación principal de pago— la obligación tiene trascendencia real si se reclama el pago de la misma, pero no si se reclama el pago de toda la obligación (vencimiento anticipado). Pero añade que, en todo caso, las consecuencias para el tercero son las mismas, bien por vía de trascendencia real de la obligación, bien por vía de afección por la garantía. Honradamente no lo puedo entender. Exactamente de la misma manera ocurre en un caso y en otro porque exactamente es la misma afección a tercero de la garantía hipotecaria. Y es exactamente lo mismo además porque es exactamente la misma la obligación de devolver, cualquiera que sea el momento en que el deudor



*En definitiva, la protección de los terceros queda asegurada por aquellos preceptos —entre otras normas— que exigen que conste registralmente la cuantía que les es oponible, bien de la obligación garantizada —identificada también por su duración máxima—, si su importe está ya determinado, o, en otro caso, su máximo (cfr. arts. 12 —del que resulta que se da distinto tratamiento a la duración de la obligación como elemento de identificación de la misma y a las causas de vencimiento anticipado—; 114, 146, 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria; 219 y 220 del Reglamento Hipotecario).*

*Así, cabe concluir que la responsabilidad máxima hipotecaria, con identificación, en su caso, de la duración máxima de la obligación garantizada, determina el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y el hipotecante no deudor (cfr. la Resolución de 2 de enero de 1996) (17).*

*Por otra parte, tampoco pueden ser atendidas las objeciones que la Registradora opone respecto del desenvolvimiento de la ejecución judicial de la hipoteca, pues se trata de una cuestión que, en todo caso, excede del ámbito de sus competencias. En efecto, tanto el despacho de la ejecución, sobre la base del título de crédito que reúna los requisitos legalmente exigidos y el respectivo asiento registral, conforme a los artículos 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 130 de la Ley Hipotecaria, como la valoración de las causas de oposición a la ejecución y de las garantías legales con que cuente el interesado para defenderse contra una ejecución injustificada (cfr., entre otros, los arts. 695, 698, 538.4, 551 y 559 de la Ley de*

---

deba hacerlo con arreglo al programa de cumplimiento acordado por las partes, sin que en ningún caso aquella obligación adquiere la trascendencia real propia de los derechos reales, ni respecto de la totalidad, ni respecto de ninguna de sus partes.

(17) La Resolución sigue confundiendo aquí los términos legales. El párrafo primero del artículo 12 LH no se refiere a la «responsabilidad máxima hipotecaria». De hecho ni siquiera contempla cuantías que la deben integrar (costas y gastos, incluso la demora). Tampoco pide la identificación —¿en su caso?— de la duración máxima de la obligación garantizada. Lo que pide es la identificación de la obligación, uno de cuyos elementos es la duración, y en las hipotecas de amortización cada cuota tiene su propio plazo de duración. En realidad, la conclusión de la Resolución supone la alteración de la voluntad de las partes transformando, en la inscripción de la hipoteca, su negocio cierto y determinado en un negocio incierto e indeterminado, de puros riesgos máximos. Por descontado que hay supuestos de indeterminación como el de la hipoteca de máximo del artículo 153.bis LH introducido por la misma Ley de Reforma 41/2007, pero de ahí no se puede seguir una voluntad legal de transformación del sistema registral excluyendo la «determinación» de los derechos como elemento clave del mismo. Una cosa es que el negocio jurídico realizado tenga un objeto «indeterminado» —en la medida en que la norma lo permita—, y otra muy distinta es que el «objeto determinado» por las partes, se transforme en indeterminado (¿sin o en contra de su voluntad por dicción de la Ley?) en la inscripción. No resuelve el problema, sino que lo agrava, la conversión de lo que debería ser contenido determinado del derecho real en publicidad noticia de un contenido obligatorio (eso, cuando no proceda la exclusión total tratándose de acreedores no partícipes del Mercado Hipotecario). No corresponderá a la Dirección minimizar los daños causados por su entendimiento del sistema.

Enjuiciamiento Civil) son cuestiones reservadas a los órganos jurisdiccionales competentes.

5. *Las consideraciones que anteceden hacen innecesario el análisis de las diversas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo cuestionadas por la Registradora. No obstante, puede afirmarse, a mayor abundamiento, que todas deben ser interpretadas en su conjunto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto conforme a la ley (cfr. arts. 1.281, 1.283, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil), según sostiene el recurrente. Y, por otra parte, aun cuando hipotéticamente pudieran ser valoradas esas concretas cláusulas por la Registradora (lo que, según ha quedado expuesto, le está vedado según la normativa vigente), en ningún caso la ineficacia de las mismas podría afectar a la validez del acto dispositivo en sí mismo, es decir, al derecho real de hipoteca cuya inscripción tiene un contenido específico legalmente determinado (18).*

6. *Por lo que se refiere a las objeciones que respecto de otras cláusulas expresa la Registradora en el apartado II de los Fundamentos de Derecho de su calificación, en primer lugar rechaza la constancia registral del pacto según el cual «para el caso de que la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid llegue a adquirir la propiedad de la finca hipotecada, las partes contratantes convienen en que la entidad acreedora tendrá la facultad de descontar del precio del remate o adjudicación, el importe del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos o plusvalía y gastos e impuestos inherentes a la cancelación de la afección registral correspondiente, así como los de la carga que en este escritura se establece».*

*La Registradora alega como base de su rechazo el hecho de «no ser susceptibles de convenio previo las normas procesales establecidas para la ejecución en las que no se prevé tal descuento, concretamente los artícu-*

---

(18) Este párrafo no se entiende bien, pues habla de invalidez de las cláusulas y luego de ineficacia. Queda la duda de a quién haya correspondido tal declaración de ineficacia. Pero queda la sensación de que la Dirección quiere culminar así su transformación del concepto de hipoteca, concepto para el que sobra el principio de accesoriedad. La hipoteca es una cosa incierta de riesgos máximos, por razón de unas cifras abstractas máximas y un posible plazo máximo, con los que el tercero debe contar con independencia de la obligación que las sustente, respecto de cuyo contenido siempre es ajeno —salvo que se trate de la «obligación principal de devolver» (?)—, y por lo tanto idénticamente ajeno a su ineficacia, que no afecta a la hipoteca (?), porque a sus efectos la hipoteca se reduce a aquellos riesgos máximos, de modo que siempre se verá afectado por ésta. Sin embargo, como se desarrolla en el trabajo, la «abstracción procesal ejecutiva» es un logro derivado de la perfecta determinación registral de las obligaciones garantizadas (exigencia derivada del sistema inmobiliario y del propio principio de accesoriedad), lo que no impide que el tercero pueda alegar, en el momento procesal oportuno, todas las circunstancias inherentes a la deuda, como si del mismo deudor se tratara (consecuencia de tal exigencia previa). Por eso la LEC atribuye en los procesos de ejecución al tercer poseedor los mismos derechos que al deudor (arts. 662 y 689).

los 654 y 672 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando excluidas del juego de la autonomía de la voluntad».

*Se trata éste de un pacto obligacional, que no es de vencimiento anticipado del préstamo ni financiero. No es uno de los conceptos (como los relativos a intereses ordinarios, de demora así como costas y gastos) que por convenio entre las partes se incluyen entre las obligaciones que son el objeto propio de la garantía constituida y que han sido asegurados con una hipoteca del tipo de las denominadas de seguridad. Por ello, no sólo es que la Registradora carezca de competencia para calificar el pacto ahora cuestionado, sino que ni siquiera debe transcribirlo conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según ha quedado expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho de la presente Resolución (19).*

(19) La ejemplificación de supuestos siempre tiene la virtud de poner en su sitio a los planteamientos teóricos. No voy a entrar en la inscribibilidad de tal pacto, pues no es el objeto de estas líneas —aunque el lector con memoria del trabajo habrá podido comprobar que no figura incluido entre los pactos afectantes al derecho real modalizadores del proceso de ejecución hipotecaria—, pero su cita expresa por la Resolución se presta a algún comentario. Dos son las cosas que a mí se me aparecen claras: Primera. El pacto en cuestión no es una cláusula integrante de la obligación garantizada; en ninguna manera afecta al contenido de ésta o a su determinación o es un pacto accesorio de la misma. Es por el contrario un pacto que afecta directamente a la hipoteca en cuanto predetermina el contenido del ámbito de ejecución. La finca hipotecada no cubre tan sólo la obligación garantizada, sino también determinadas obligaciones, en principio a cargo del mismo deudor, que surgirán como consecuencia de su transmisión en el proceso de ejecución de la hipoteca constituida. Y las cubre de tal manera que el acreedor, que es de suponer «asume» su pago, se reserva el derecho a «descontar» su importe del precio del remate. Es una cuestión, a mi modo de ver, estrictamente hipotecaria. Pero en todo caso, aunque no se entienda así, creo que sí se puede entender perfectamente que es clara, cuando no sea además explícita, la pretensión de las partes —más del acreedor seguramente— de atribuirle trascendencia real, esto es, de que tal cláusula forme parte del contenido (atípico, si se quiere) del derecho real típico de hipoteca constituido. De modo que, como se desarrolla por extenso en el trabajo, corresponde al Registrador de la Propiedad el reconocer o no la trascendencia real —*ergo* inscribibilidad— querida, y tal reconocimiento pasa por apreciar, en todo caso, si cumple con los requisitos estructurales de la eficacia *erga omnes* —habida cuenta de que no siendo una cláusula de vencimiento anticipado ni una cláusula financiera (art. 12 LH), ni estar contemplada expresamente por otra norma, carece de tipicidad legal—, si respeta las exigencias para tales derechos establecidas —no vinculación de bienes y determinación sustancialmente— y si se atiene a los límites negociales impuestos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Ello, insisto nuevamente, a los solos efectos de reconocer la trascendencia real querida por las partes, sin que su actuación signifique, de ningún modo, un juicio sobre la validez *inter partes* del negocio realizado. Segunda. En todo caso, salvo expresa manifestación en contrario, parece obvio que debe entenderse que el acreedor reclama la inscripción de tal pacto como integrante del derecho real de hipoteca constituido a su favor. De modo que, como mínimo, parece que debería hacérselo saber que no consta inscrito ni publicado en el Registro. Porque la paradoja de la Resolución es que, en su pretensión de reducir al mínimo las facultades de calificación del registrador, parece haberle creado un ámbito de decisión tan sagrado que ni siquiera tiene que rendir cuentas de él, como es la previa apreciación de su incom-

*La misma consideración merecen no sólo las objeciones que expresa la Registradora respecto del pacto sobre expedición de copias de la escritura calificada (que, como ha reiterado este Centro Directivo, carece de trascendencia real —cfr., por todas, las Resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005—), sino las relativas a los extremos referidos en el apartado III de los Fundamentos de Derecho de la calificación. Con independencia de que, como apunta el recurrente, tales pactos pudieran ser interpretados secundum legem, lo cierto es que por su trascendencia meramente obligacional y su naturaleza ajena a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras no deberán transcribirse en el correspondiente asiento ni podrán ser incluidos en la calificación o nota de despacho de la Registradora (cfr. las Resoluciones de 7 de febrero, 10 de marzo y 6 de mayo de 2008).*

*Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación de la Registradora en los términos que resultan de los precedentes Fundamentos de Derecho.*

*Contra esta Resolución, los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.*

*Madrid, 24 de julio de 2008.—La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.*

#### RESUMEN

##### HIPOTECA

*El artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha sido reformado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Su interpretación ha generado lecturas muy diversas. En este trabajo se defiende que el entendimiento de la nueva redacción debe hacerse desde el entendimiento de la propia Ley de reforma, la cual ha pretendido la homogeneización en la forma de inscripción*

#### ABSTRACT

##### MORTGAGE

*Article 12 of the Mortgage Act was reformed by Act 41/2007 of 7 December. Its interpretation has led to some very different readings. This paper defends the thesis that the new wording can only be understood by understanding the Reform Act itself, which sought to standardise the form in which mortgage registration entries are made, but never to modify the*

---

potencia a manifestarse sobre pactos personales. El carácter personal de un pacto o, dicho de otra manera, la ausencia de trascendencia real, ha dejado de ser esa actividad tan cualificada y destacada por la historia de las RRDGRN como labor fundamental de calificación del Registrador de la Propiedad en un sistema de atipicidad en la constitución de los derechos reales, y ha quedado convertido en una evidencia previa, evidente para el registrador y evidente para las partes, de modo que a éstas nada hay que decirles y nada podrán manifestar en contra de la evidencia.

de las hipotecas, pero en ningún caso la modificación del sistema hipotecario, ni la alteración del objeto del Registro de la Propiedad, por lo que, en todo caso, sólo son objeto de inscripción los derechos reales, no las obligaciones ni los pactos personales. Como consecuencia de tal planteamiento, el artículo 12 LH define ahora el contenido típico del derecho real de hipoteca en cuanto a su objeto, que es la obligación garantizada. Este contenido lo forman las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, y su determinación pertenece a las partes negociales, a quienes corresponde, por lo tanto, la atribución para ellas de trascendencia real, por su influencia directa en el derecho real de garantía, necesaria para la inscripción, sin perjuicio de la calificación registral que la Ley de reforma no ha querido modificar. De esta manera, resulta clarificada ahora la eficacia del asiento registral de hipoteca en cuanto al derecho real de garantía y en cuanto a la obligación garantizada. Tal eficacia se estudia en cuanto a cuatro aspectos: constitutividad, fe pública, inoponibilidad y ejecutividad. Y se concluye en la eficacia natural del sistema registral en cuanto a su objeto, la hipoteca, en los mismos términos —constitutividad aparte— que respecto de cualquier otro derecho real. La eficacia registral se extiende por lo tanto a la obligación garantizada única y exclusivamente en la medida en que tal obligación es objeto del derecho real de garantía, pero en ningún caso la protege en cuanto tal obligación, pues como obligación su naturaleza y su régimen transmissivo se rigen por los principios generales del Derecho de obligaciones del Código Civil, sin verse alterados por el Derecho Inmobiliario, pues las obligaciones no constituyen el objeto de éste.

mortgage system or alter the object of property registration; only real rights are ever registered, not obligations or personal accords. As a consequence of that approach, article 12 of the Mortgage Act now defines the standard contents of the real right of mortgage in terms of the object of the right, which is the secured obligation. These contents are the clauses on early maturity and other financial clauses. The decision on what those contents are going to be belongs to the parties to the act, whose right it therefore is to assign real importance to those contents, due to their direct influence on the security right over real property, which is necessary for entry in the registry, without prejudice of the registrar's examination (which the Reform Act refrained from modifying). Thus the efficacy of the entry of mortgages with respect to the security right over real property and with respect to the secured obligation is clarified. Said efficacy is studied in terms of four aspects: constitutive nature, attestation, non-opposability and enforceability. And it is concluded in the natural efficacy of the registration system in terms of its object, the mortgage, in the same terms (save constitutive nature) as for any other real right. Registration efficacy therefore extends to the secured obligation solely and exclusively inasmuch as that obligation is the object of a security right over real property. However, in no case does registration efficacy protect the obligation as such; the nature and transferring of obligations are governed by the general principles of the law on obligations in the Civil Code and are not altered by real estate law, for obligations are not the object of real estate law.

*(Artículo recibido el 16-09-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)*



# Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa

por

MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ  
*Ayudante Doctor de Derecho Civil*  
*Universidad de Málaga*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONTEXTO SOCIAL.
- III. DEFINICIÓN DE LA FIGURA: DIFERENCIAS CON LA HIPOTECA ORDINARIA.
- IV. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA:
  1. ELEMENTOS PERSONALES:
    - A) *Deudor hipotecante: requisitos.*
    - B) *Hipotecante no deudor. Beneficiario.*
    - C) *Tercer poseedor.*
    - D) *Constitución unilateral.*
    - E) *Acreeedor hipotecario.*
  2. ELEMENTOS REALES.
  3. ELEMENTOS FORMALES.
- V. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA:
  1. DETERMINACIÓN.
  2. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN.
  3. EXIGIBILIDAD.
  4. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA EN CUANTO A LOS INTERESES.
- VI. SEGURO ASOCIADO A LA HIPOTECA INVERSA.
- VII. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: TRANSPARENCIA Y ASESORAMIENTO INDEPENDIENTE.

- VIII. OTRAS FIGURAS AFINES: RENTA VITALICIA. CONTRATO DE ALIMENTOS:
  - 1. RENTA VITALICIA. CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS.
  - 2. CONTRATO DE ALIMENTOS. CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS.
  - 3. GARANTÍA REAL DE ESTOS DERECHOS:
    - A) *Hipoteca. Su diferencia de la hipoteca inversa.*
    - B) *Condición resolutoria.*
  - 4. DERECHOS FORALES.
- IX. FIGURAS ALTERNATIVAS.
- X. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA.
- XI. OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS:
  - 1. LA HIPOTECA INVERSA EN ESTADOS UNIDOS:
    - A) *Dominio de HECM.*
    - B) *Requisitos para solicitar HECM.*
    - C) *Opciones de pago.*
    - D) *Exigibilidad de la deuda.*
    - E) *Desistimiento unilateral.*
    - F) *HECM versus otras hipotecas inversas.*
  - 2. LA HIPOTECA INVERSA EN FRANCIA.
- XII. VALORACIÓN CRÍTICA.
- XIII. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

La realidad social de nuestro país, en el que la esperanza de vida se va prolongando, nos muestra que muchas personas en la tercera edad o jubiladas, aunque son propietarios de viviendas en las que han invertido durante su vida, no poseen ingresos económicos suficientes para cubrir sus necesidades o no puedan mantener el nivel de vida al que estaban acostumbrados cuando estaban en activo. Precisamente para este colectivo se ha regulado la hipoteca inversa. Así, en los debates parlamentarios acerca de la modificación del mercado hipotecario, se consideró necesario introducir la figura de las hipotecas inversas con la intención de disponer de un instrumento moderno en la legislación de regulación del mercado hipotecario y de un principio jurídico de referencia en relación con las hipotecas inversas.

Esta modalidad de hipoteca, que se viene desarrollando desde hace tiempo en otros ordenamientos jurídicos, consiste en obtener una renta de la vivienda sin renunciar a seguir haciendo uso de la misma. A diferencia de lo que sucede con otras figuras como la renta vitalicia, una de las características más destacables es que por la mera constitución de la hipoteca no se



produce la transmisión de la propiedad, puesto que el prestamista no se convierte en propietario de la vivienda, sino que el receptor de la renta sigue conservando su pleno dominio sobre ella. En la hipoteca inversa encontramos una forma de cubrir las necesidades económicas de las personas mayores, que podrán hacer uso de los recursos acumulados a lo largo de una vida de esfuerzo.

La regulación de la hipoteca inversa se introduce por vez primera en el ordenamiento español en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Como se observa, el propio título de la Ley hace referencia directa a la hipoteca inversa. Esta regulación expresa surge como consecuencia de la dificultad de conseguir sus mismos objetivos, sin coste fiscal, por vía de hipoteca en garantía de prestaciones periódicas o por vía de renta vitalicia, que exigiría la transmisión del inmueble que se trata de evitar. A juicio de GÓMEZ GÁLLIGO («La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RCDI*, núm. 702, julio-agosto de 2007, pág. 1688), el tratamiento fiscal, arancelario y bancario va a impulsar esta figura, permitiendo una utilización efectiva que no ofrecía la hipoteca en garantía de rentas o la renta vitalicia.

Esta nueva regulación del mercado hipotecario ha incluido una importante reforma de la legislación hipotecaria, bajo el lema de mejora y flexibilización del mercado hipotecario, siendo una de las de mayor calado desde la reforma de 1944-46. La novedad de esta Ley, con la repercusión que conlleva en la normativa hipotecaria y la introducción de esta figura novedosa en nuestro sistema es lo que nos ha impulsado a la elaboración de este artículo.

## II. CONTEXTO SOCIAL

En el contexto social del que parte la ley destacan los siguientes factores: aumento de la esperanza de vida, cambio en la estructura familiar tradicional, disminución del poder adquisitivo de los jubilados y la muy elevada proporción de propietarios de vivienda en España. Así, existe un amplio colectivo de personas de la tercera edad que, pese a tener una vivienda completamente pagada, se encuentran en una situación complicada en términos financieros, ya que no pueden obtener de ella rendimiento económico porque ningún banco les concedería una hipoteca. Estos jubilados tienen pensiones que, por regla general, suponen un descenso en sus ingresos netos. Del mismo modo en la nueva regulación legal se ha tenido en cuenta otro colectivo sobre el que existe una especial sensibilidad como son las personas dependientes.

Para este sector de la población que tiene dificultades económicas y que tiene patrimonios que no pueden utilizar para complementar sus ingresos, se ha regulado la hipoteca inversa que va a permitir a las personas que lleguen a una determinada edad (más de sesenta y cinco años) o a las personas dependientes, hacer líquido el valor de su vivienda. Consiste en un complemento a los ingresos que transforma la vivienda en dinero a través de un crédito con garantía hipotecaria. Con este producto financiero se pretende proporcionar un instrumento jurídico-económico dirigido a solucionar demandas sociales, como es la satisfacción del incremento de las necesidades de rentas durante los últimos años de la vida a través del disfrute del ahorro acumulado en la vivienda habitual. Así, mediante una fórmula de utilización del propio patrimonio, se pretende aumentar la calidad de vida tras la jubilación, sin que al fallecimiento del interesado los herederos pierdan forzosamente la vivienda, como ocurre con otras figuras como la renta vitalicia. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley (apartado VIII) señala que *«hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tiene España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida»*.

Como ya se ha apuntado, la gran novedad con respecto a otros productos crediticios similares es que el solicitante, además de seguir viviendo en su casa, no pierde la propiedad de la misma. Los herederos tienen siempre la opción de pagar la deuda contraída y así quedarse con el dominio de la finca.

No obstante debe destacarse que una de las dificultades que puede tener esta figura para su desenvolvimiento en la práctica es el detrimento que la misma supone para el futuro patrimonio hereditario. En efecto, será una decisión difícil la de constituir una hipoteca inversa si hay posibles futuros herederos con los que existan lazos de afectividad o a los que se tenga intención de dejar bienes *mortis causa*, dado que, en estos casos, no resultará agradable dejar en herencia una deuda de esta naturaleza y, menos aún, recibirla. En este sentido, HERRANZ GONZÁLEZ («Hipoteca inversa y figuras afines», Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 49) pone de relieve la importancia de los factores sociológicos y/o psicológicos en estas operaciones concretados en las reticencias y temores que provoca a una persona mayor desprenderse de uno de sus principales bienes, máxime cuando es su vivienda, conseguida quizá después de años de ahorro y donde ha transcurrido parte de su vida. También considera que juegan un papel importante las cuestiones relativas a la herencia, tanto desde punto de vista del mayor, que en ocasiones no está dispuesto a dejar a sus descendientes un bien hipotecado o directamente privar a sus descendientes de ese bien; como desde el punto de vista de la entidad, que no desea tener problema legal alguno con descendientes y puede tratar de evitar ciertas operaciones o de «blindar» sus posiciones, te-

niendo como consecuencia directa el encarecimiento de la operación o la exigencia a los herederos de participar en la operación o prestar de algún modo su consentimiento.

ANGUITA RÍOS señala que no siempre la constitución de la hipoteca inversa resulta un negocio beneficioso para la persona mayor («Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 87, febrero de 2008, pág. 20, y en la Ley núm. 6875, pág. 6). Por su parte, BALLUGERA GÓMEZ [«Hipoteca inversa (notas prácticas)», Seminario de Derecho Registral, Bilbao, Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad, año XLII, núm. 131 (2.<sup>a</sup> época); enero de 2007, págs. 71 a 73] critica el fin social de las hipotecas inversas y destaca la inclusión de cláusulas abusivas en estos contratos.

Pese a que estos factores sociológicos o psicológicos son muchas veces externos a la propia operación deben ser tenidos en cuenta por todos los actores implicados. Pueden influir en la toma de decisiones y son utilizados por las partes implicadas o por aquellos que puedan sentirse beneficiados o perjudicados por la operación. En todo caso es claro que contratar una hipoteca inversa es una decisión importante e incluso las mismas entidades de crédito aconsejan que se haga partícipes a los familiares de dicha decisión.

### III. DEFINICIÓN DE LA FIGURA: DIFERENCIAS CON LA HIPOTECA ORDINARIA

La Ley define a la hipoteca inversa *«como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito»* (Exposición de Motivos VIII).

Una hipoteca inversa es una deuda garantizada con hipoteca especial para personas mayores o en situación de dependencia severa o gran dependencia por la que el cliente recibe una cantidad única o cantidad periódica, que sirve generalmente de complemento a su pensión durante un tiempo limitado o vitalicia, surgiendo la obligación de restituir al tiempo del fallecimiento del deudor, quien en todo momento conserva la propiedad de su inmueble. La especialidad de este tipo de crédito reside, por tanto, en que la entidad con-

cedente no podrá exigir la devolución de la deuda acumulada, es decir, la suma de todas las cantidades que los particulares hayan ido percibiendo a lo largo de los años, ni podrá ejecutar la garantía hasta que no muera su titular o el último de los beneficiarios de este crédito si así lo establece el contrato (Disp. Adic. 1.ª 1.c. de la Ley 41/2007). Además, los herederos de los titulares de una hipoteca inversa no pierden tampoco los derechos de propiedad y pueden optar por quedarse la vivienda, cancelando el préstamo en el plazo estipulado y abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos con sus intereses (Disp. Adic. 1.ª 5 de la Ley 41/2007) —si fuese necesario para ello, incluso constituyendo una nueva hipoteca sobre el inmueble— o permitir la ejecución de la hipoteca y, en este caso, quedarse con el dinero sobrante tras saldar las cuentas con la entidad.

HERRANZ GONZÁLEZ ha explicado la hipoteca inversa como la operación contraria a lo que habitualmente se entiende por «hipoteca». Es decir, si popularmente un hipoteca se entiende como una «compra a plazos» de la vivienda, la hipoteca inversa consiste en «*ir recibiendo a plazos el dinero que se obtendría de la venta de la vivienda*», pudiendo continuar viviendo en ella hasta el fallecimiento, momento en que la entidad financiera se queda con la misma. La hipoteca inversa es un crédito con garantía inmobiliaria, es decir, un negocio por el cual una persona que posee un inmueble recibe cada mes una renta, determinada por varios factores, y al fallecimiento del propietario los herederos harán frente al pago del préstamo o la entidad procederá a ejecutar la garantía (lo que puede traducirse en la venta del inmueble para satisfacer la deuda y la entrega a los herederos del dinero restante de la venta, si lo hubiere).

En esencia, tanto la hipoteca ordinaria como la inversa garantizan una deuda con una vivienda y afectan al valor de la propiedad, no obstante lo hacen en sentidos inversos. En la mayoría de las ocasiones cuando se adquiere una vivienda, el comprador suele aportar parte del precio con el dinero de sus ahorros y solicita un préstamo garantizado con una hipoteca ordinaria para obtener el resto del dinero que se necesita para comprarla. Para calcular la cuantía a la que ascienda la cuota mensual que el prestatario tiene que abonar, las entidades de crédito examinan los ingresos del solicitante. Conforme va transcurriendo el tiempo, la deuda hipotecaria va disminuyendo progresivamente y de forma correlativa el valor neto de la vivienda va aumentando.

En cambio, las hipotecas inversas tienen una finalidad distinta. A diferencia de las hipotecas ordinarias no es el solicitante quien efectúa pagos mensuales, sino que es el prestamista quien suministra disposiciones periódicas o únicas al prestatario; es más, incluso una persona que no tenga ningún ingreso puede constituir una hipoteca inversa. El valor de la vivienda se transforma en dinero, lo que conlleva que la deuda se incremente junto con los intereses y el valor de la vivienda disminuya progresivamente. Con frecuencia, cuando

la hipoteca inversa se hace exigible, el prestatario debe una alta suma de dinero y el valor neto de la vivienda es bajo.

Como excepción a lo anterior, cabe destacar que las hipotecas inversas no siempre tienen como efecto lo que los anglosajones denominan *rising debt and falling equity*, que podríamos traducir como el incremento de la deuda y la pérdida de valor neto de la vivienda. Nos estamos refiriendo al supuesto de que la propiedad se revalorizase al mismo tiempo aumenta el valor neto de la misma. No obstante no debemos olvidar que la mayoría de las viviendas no se revalorizan y, por lo tanto, no aumentan su valor a la misma velocidad que lo hacen los altos intereses con las que son cargadas la mayoría de las hipotecas. Así que la mayoría de las hipotecas inversas terminan siendo préstamos del tipo *rising debt, falling equity*.

#### IV. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

Los elementos básicos de las hipotecas inversas son los siguientes: 1) que la persona interesada en celebrar el negocio tenga una edad o circunstancias determinadas (elemento personal), y 2) que exista una vivienda o propiedad inmobiliaria de la que se pueda obtener un rendimiento líquido (elemento real). Los elementos formales son los propios del derecho real de hipoteca.

##### 1. ELEMENTOS PERSONALES

###### A) *Deudor hipotecante: requisitos*

En cuanto a los solicitantes y posibles beneficiarios de este contrato, la ley señala en su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> 1.a):

«a) *que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia*».

El legislador introduce una terminología peculiar, pues para referirse al «hipotecante» emplea el término «solicitante», dejándose sentir la influencia de la legislación de protección al consumidor. También se alude a «deudor» y a «prestatario» (apartados b y c), lo que sin duda se aproxima más a la técnica del derecho real de hipoteca.

Respecto al concepto de dependencia que se acoge, debemos acudir a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que regula en su artículo 26 la clasificación de los grados de dependencia.

No prosperaron las enmiendas del Senado (1) que proponían la extensión del ámbito de la hipoteca inversa a todas las situaciones de dependencia (moderada, severa o gran dependencia), en sustitución del contenido por el texto remitido por el Congreso de los Diputados y finalmente aprobado que, como hemos visto, la limita a las personas afectadas de dependencia severa o gran dependencia.

Por otro lado, tampoco se extiende la modalidad de hipoteca inversa a las personas con discapacidad como propusieron algunas enmiendas (2).

### B) *Hipotecante no deudor. Beneficiario*

Debemos plantearnos aquí la posibilidad de la figura de la hipoteca en garantía de deuda ajena. Esta hipótesis tiene lugar si una persona constituye hipoteca sobre un bien de su propiedad para garantizar la deuda contraída por otra persona distinta. Este esquema, en principio, puede aplicarse a la construcción de la hipoteca inversa, que garantizaría la restitución de lo percibido por una persona que sea distinta del hipotecante (sin tratarse de la figura del beneficiario).

No ha de ser obstáculo el que la exigibilidad de la deuda se difiera al fallecimiento del prestatario, habida cuenta de lo dispuesto en el apartado 5 y 6 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>, pues en el caso de fallecimiento del deudor no hipotecante nos encontraríamos ante la situación de que sus herederos deberán hacer frente a la deuda, hasta donde alcancen los bienes de la herencia. No obstante, parece que el legislador piensa para supuestos similares en la figura del beneficiario.

Del contexto social, la Exposición de Motivos y la regulación establecida en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> podemos intuir a primera vista que el legislador piensa en el supuesto tradicional del matrimonio mayor de sesenta y cinco años que hipoteca su vivienda para obtener un incremento de sus ingresos, pudiendo darse el caso de que la vivienda sólo pertenezca a uno de ellos y se designe al otro como beneficiario. Lo cierto es que la redacción definitiva de la Ley no establece límite alguno para la designación de beneficiario por razón de parentesco o afinidad, ni siquiera un número. Nos encontramos ante un supuesto de estipulación a favor de tercero, conforme al artícu-

---

(1) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 58; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 65; Enmiendas del Senado al Proyecto de Ley, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-10, de 21 de noviembre de 2007.

(2) BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 58, 9 de mayo de 2007, y Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 78.

lo 1.257 del Código Civil, cuyo párrafo 2.º dice que «*si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que aquélla haya sido revocada*». Procede aplicar la doctrina general en esta materia. El Código Civil alude a un contrato en el que se contiene «*alguna estipulación*» en provecho de tercero. Pero está admitida hoy unánimemente la posibilidad de que todo el contrato se haya hecho para un tercero. Así en la hipoteca inversa, las cantidades pueden ser percibidas en su totalidad por el beneficiario. Para que exista contrato en favor de tercero es necesario que a éste se le atribuya directamente un derecho, con facultad de exigir al obligado. No hay tal contrato cuando se designa a una persona como autorizada para recibir la prestación, pero sin poder exigirla.

Todo contrato en favor de tercero presupone la presencia de tres partes: el promitente, que es el que queda obligado a realizar la prestación en favor de tercero, el estipulante y el beneficiario o tercero. En la teoría general del contrato, el tercero no tiene que poseer capacidad para contratar, puesto que no contrata, sólo necesita capacidad para adquirir derechos y para emitir la declaración de voluntad de aceptación le será precisa la capacidad natural de obrar. Sin embargo en la hipoteca inversa se exige que el beneficiario cumpla los mismos requisitos que el solicitante (Disp. Adic. 1.ª 1.a.).

La doctrina y la jurisprudencia estiman que el tercero puede quedar totalmente determinado en el momento de la celebración del contrato, o puede ser determinable *a posteriori*, siempre que existan en aquél elementos suficientes para efectuarlo, de cualquier modo que sea. No obstante, no parece que esta doctrina sea extrapolable a la hipoteca inversa, dado que podría producirse una indeterminación en la configuración del derecho real de hipoteca contraria al principio hipotecario de especialidad y que supondría un detrimento a la seguridad jurídica, dada la incertidumbre sobre el momento del vencimiento de la obligación.

La aceptación del beneficiario no es presupuesto para que nazca su derecho, ya que éste existe desde que se perfecciona la estipulación (o contrato en su favor), y es solamente un requisito para evitar la eficacia de la revocación del derecho en favor del tercero y envuelve, al mismo tiempo, una voluntad de querer aprovecharse de ella, pues nadie puede enriquecerse sin su consentimiento (DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Madrid, 2005, pág. 88).

De la redacción de los párrafos *a)* y *b)* de la Disposición Adicional 1.1. podría forzarse la interpretación de la existencia de un hipotecante no deudor, siendo deudor el «beneficiario», y siempre que éste y el hipotecante («solicitante») cumplieran los requisitos del párrafo *a)*. No obstante, la figura del hipotecante no deudor no puede equipararse a estos casos, dada la redacción del párrafo *c)* en el que claramente quedan disociadas las figuras del pres-

tatario y del beneficiario, no siendo deudor este último en ningún caso. La designación de beneficiario no es, por tanto, un supuesto de hipoteca en garantía de deuda ajena. La cuestión no es baladí puesto que, como hemos señalado, no existe límite alguno para la designación de beneficiario por razón de parentesco, afinidad, ni número máximo, por lo que cabe atribuir esta condición a cualquier persona que se encuentre en las circunstancias del párrafo *a*) (mayor de sesenta y cinco o dependencia severa), aunque sea un completo extraño, lo que sin duda puede ser una fuente de conflictos familiares con los posibles futuros herederos. Aun en estos casos, el beneficiario no es deudor, pues sólo el «solicitante» tiene la condición de prestatario (DA 1.ª 1.c.) y sólo sus herederos y no los del beneficiario deberán hacer frente a la deuda hipotecaria cuando fallezca.

### C) *Tercer poseedor*

El tercer poseedor es el tercer adquirente de la finca o derecho real limitado sujeto a hipoteca. Es el adquirente de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado, que reúna la consideración de tercero, por no estar personalmente sujeto a la correspondiente obligación garantizada, directa o indirectamente, y es ajeno a la originaria constitución de la hipoteca, haya o no haya inscrito su adquisición, y que, en consecuencia, queda afectado realmente por el gravamen que la hipoteca implica (ROCA SASTRE, Ramón M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8.ª ed., Barcelona, 1998, págs. 276 y 278). En relación al tercer poseedor, la nueva regulación ha contemplado expresamente este supuesto en la Disposición Adicional 1.ª 5, párrafo 2, que dispone que «*en caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente*». Esta disposición viene a excepcionar la doctrina que tradicionalmente había mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado por envolver tales pactos una innecesaria y abusiva limitación del dueño a disponer de sus bienes contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario (Resolución de 27 de enero de 1986, RA núm. 1002). No se establece de modo imperativo una pérdida del beneficio del plazo como hace el artículo 1.129 del Código Civil. A diferencia de esta disposición, en la hipoteca inversa se permite, con carácter potestativo, establecer esta cláusula del contrato, dando cobertura legal a la práctica tan extendida de las cláusulas de vencimiento anticipado. El fundamento puede encontrarse en la pretensión de que este tipo de préstamos tenga un carácter personalísimo en atención a las especiales circunstancias que motivan su concesión. El préstamo se concede



para hacer líquido el valor de una vivienda y la transmisión voluntaria implica esa misma consecuencia, por lo que obtenida la liquidez a través de la transmisión puede resultar innecesaria la renta que proporcionaba la hipoteca inversa, más aún si quien ha de soportar la ejecución es el nuevo adquirente.

#### D) *Constitución unilateral*

La posibilidad de constitución unilateral de la hipoteca por parte del propietario de la finca se regula en general en el artículo 141 LH: «*en las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron, se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma. Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó*». Se completa este precepto con lo previsto en el artículo 237 RH. Según ROCA SASTRE (*op. cit.*, pág. 559), enumerando las distintas teorías sobre la naturaleza de esta figura, el artículo 141 no adopta la mecánica del consentimiento formal ni la de la reserva de rango, como tampoco la figura de la constitución condicionada de hipoteca, sino que explícitamente ve en la imposición de hipoteca por disposición del dueño un acto unilateral, constitutivo por sí mismo del derecho real de hipoteca, si bien para que éste sea adquirido por el acreedor precisa su aceptación, retrotrayéndose los efectos de esta aceptación al tiempo de la inscripción del acto unilateral del dueño.

En la escueta regulación de la hipoteca inversa no se contiene alusión alguna a esta modalidad, aunque estimamos que resulta aplicable atendiendo a la cláusula de remisión general que se contiene en el último apartado de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> De este modo podrá tener lugar una yuxtaposición de las modalidades de la hipoteca de forma similar a lo que ocurre en otros supuestos, como el de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, si bien para este caso se prevé expresamente la posibilidad en el artículo 248 RH.

#### E) *Acreedor hipotecario*

Por lo que respecta a las personas concedentes de este tipo de hipotecas, la ley las limita en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> 2 a «*las entidades de crédito*» y a «*las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España*». Destaca, por tanto, la ampliación al sector de las entidades aseguradoras además de las de crédito.

Estas hipotecas, como todas las constituidas a favor de entidades de crédito, estarán sujetas a una serie de normas propias de las mismas, de Derecho Público y de carácter económico y social (CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2000, pág. 1345), entre las que deben destacarse las relativas al régimen de transparencia a las que se alude expresamente en los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007, dejando margen a la regulación por vía reglamentaria.

Del mismo modo, en cuanto a las entidades aseguradoras, habrá de estar-se a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Texto Re-fundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre) y su Reglamento (aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre), a que se remite el apartado 2 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> analizada.

## 2. ELEMENTOS REALES

Presupuesto fundamental para la realización del contrato estudiado es la existencia de la vivienda que va a hipotecarse y que ésta haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. El primer párrafo de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>, con que comienza la regulación de esta hipoteca, se refiere a un «*bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante*». La circunstancia de ser vivienda habitual se incluye así en la propia defi-nición y se considera en la misma esencia de esta figura. No existe en nues-tro ordenamiento un concepto de vivienda habitual desde la perspectiva del Derecho Civil, por lo que podría acudirse al concepto genérico aplicable al ámbito fiscal, y que se contiene en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que se basa en la permanen-cia durante más de 183 días al año.

En las enmiendas del Senado al Proyecto de Ley (3) se incluyó un nuevo apartado acerca de la posibilidad de instrumentar hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, que en el texto definitivo constituye el apartado 10. No se vio inconveniente en esta modificación, siempre y cuando la finalidad del crédito fuese comple-tar la pensión con la hipoteca inversa en condiciones ventajosas para el titular y generar así una renta adicional (4). De este modo puede plantearse la cons-

---

(3) Enmiendas del Senado al Proyecto de Ley, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-10, de 21 de noviembre de 2007.

(4) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007: Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), enmienda núm. 122, y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en su enmienda núm. 98; BOCG, Senado, serie II,

titución de la hipoteca sobre la vivienda habitual y/o sobre otras cualesquiera fincas, teniendo en cuenta que en caso de hipotecarse varias fincas deberá respetarse el principio hipotecario, especialidad que exige la distribución de responsabilidad entre las fincas hipotecadas, según dispone el artículo 119 de la Ley Hipotecaria y 216 de su Reglamento.

También se planteó, aunque no prosperó en la redacción final, introducir un párrafo bis al apartado 1 en el que se especificase que en los supuestos en los que el deudor hipotecario alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado, especialmente cuando se encuentre en una situación de dependencia, de acuerdo con la normativa vigente, no se entienda que el bien inmueble que constituya la garantía del préstamo o crédito pierde la consideración de vivienda habitual del deudor (5).

La excepción añadida finalmente en el apartado 10 permite plantearnos la constitución de hipoteca inversa no sólo sobre otras «viviendas no habituales» pertenecientes al hipotecante, sino también sobre inmuebles rústicos e incluso derechos, a tenor de lo establecido en el artículo 106 de la Ley Hipotecaria y 1.874 del Código Civil, conforme a los cuales podrán ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción (art. 106 LH, apartado 1.º) y también los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes (art. 106 LH, apartado 2.º). No obstante, el apartado 10 de la Disposición Adicional 1.ª habla claramente de «inmuebles» no de «derechos», aunque, por ejemplo, son inmuebles las concesiones administrativas a que se refiere el artículo 334.10 del Código Civil. Este caso concreto, previsto en el artículo 107.6 LH, es admisible como objeto de hipoteca inversa. Piénsese, por ejemplo, en las plazas de aparcamiento que se disfrutan con este carácter que, dado su valor actualmente, bien podrían servir de garantía adicional al constituir hipoteca inversa sobre la vivienda. Excepcionalmente este supuesto, las dificultades para constituir la hipoteca sobre otros derechos a que se refiere la Ley Hipotecaria hacen pensar que la interpretación de la disposición ha de ser restrictiva.

En este sentido, el artículo 107.1 LH regula la hipoteca del derecho de usufructo: *«Podrá también hipotecarse el derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no*

---

núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), enmienda núm. 22; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 64.

(5) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 53; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió (GPCIU), enmienda núm. 97.

*mediar el hecho que le puso fin*». La hipotecabilidad de este derecho se basa en su carácter transmisible (art. 480 CC). Sin embargo, pueden suscitarse serias dudas a que los titulares de este derecho constituyan hipoteca inversa. Aunque se ajusta legalmente no sólo a la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> 10, sino también al apartado 1.<sup>o</sup> (pues la vivienda habitual puede disfrutarse por derecho de usufructo) no podemos perder de vista el hecho del carácter vitalicio del usufructo (art. 513.1 CC): la extinción del derecho dado en garantía tiene lugar al mismo tiempo que se hace exigible la obligación garantizada. Del mismo modo sería obstáculo la escasa valoración que se atribuya a ese usufructo (se valora en función a la edad del usufructuario), circunstancias todas que imposibilitan que una entidad de crédito o aseguradora se arriesgue a la constitución de este tipo de hipotecas en estos casos. Desde el punto de vista teórico, la hipoteca inversa podría constituirse sobre la nuda propiedad (art. 107.2 LH), lo que entraría dentro del supuesto del apartado 10 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>, y con la ventaja de la posible extensión al usufructo en caso de consolidación.

Por los mismos criterios podría constituirse hipoteca inversa sobre un derecho de hipoteca (subhipoteca), derecho de superficie, derecho de retracto o sobre bienes litigiosos (art. 107, apartados 5, 7 y 9 LH). En los casos de bienes sujetos a retracto o a condición resolutoria (arts. 107.7 y 10 LH), debe tenerse en cuenta el vencimiento anticipado que supone la transmisión voluntaria (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> 5). Como apuntábamos, las dificultades prácticas para la articulación de todos estos supuestos son evidentes (valoración, duración limitada del derecho) dadas las peculiaridades de la hipoteca inversa frente a la ordinaria, que fue concebida pensando en el supuesto concreto de la hipoteca de vivienda habitual, por lo que sólo podemos pensar en la aplicación de esta figura como garantía complementaria a una hipoteca inversa sobre una vivienda o un inmueble en sentido estricto.

El citado apartado 10 concluye con la siguiente matización: *«no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición»*. No queda claro con esta expresión cuáles de los nueve apartados anteriores no son de aplicación, lo que supone una inseguridad jurídica evidente. A primera vista y desde una interpretación restrictiva parece claro que comprende las rebajas arancelarias de notarios y registradores de la propiedad de los apartados 8 y 9. Sin embargo podría aducirse que esta interpretación se compagina mal con el concepto de la hipoteca inversa que se establece en el apartado 1 y que incluye como elemento esencial que se trate de «la vivienda habitual». Es más, en la tramitación parlamentaria se sustituyó el término «una» vivienda habitual del anteproyecto por «la» vivienda habitual que aparece en el texto definitivo. Pese a este último apunte, lo cierto es que no puede llegarse a una interpretación que implique que el apartado 10 que estamos analizando pueda entenderse en el equívoco sentido de inaplicar los apartados 1, 2, 5 ó 6 que

contienen la esencia de la hipoteca inversa tal y como el legislador la configura (requisitos del hipotecante, del acreedor hipotecario o exigibilidad de la deuda al fallecimiento). Ahora bien, dando por sentado que se refiere a los apartados 8 y 9, y que no se refiere a los apartados 1 a 6, ¿qué ocurre con el apartado 7 relativo a la exención del impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados? Siguiendo la norma general de que las exenciones sólo se interpretan de forma restrictiva, y teniendo en cuenta que el tratamiento fiscal suele ir parejo al tratamiento arancelario, debe entenderse que la inaplicación a que se refiere el apartado 10 comprende, además de los apartados 8 y 9, el apartado 7.

### 3. ELEMENTOS FORMALES

Los elementos formales en la hipoteca inversa serán los propios de toda constitución de hipoteca: escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. No hay, como no podía ser de otra forma, excepción ni especialidad alguna (aparte de los beneficios arancelarios) en este aspecto, ya que la uniformidad en el sistema español de seguridad jurídica preventiva así lo exige. Serán de aplicación, por tanto, el artículo 1.875 del Código Civil y el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, que establecen los dos requisitos apuntados y que configuran la inscripción de la hipoteca con carácter constitutivo. El de escritura pública es derivado, además, del principio de titulación pública consagrado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

## V. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

### 1. DETERMINACIÓN

Como señala la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> 1, la obligación garantizada se trata de un préstamo o crédito del que el deudor puede realizar disposiciones periódicas o únicas. Nada más dice la Ley sobre el tipo de obligación y los requisitos que deben cumplirse, según se trate de crédito o de préstamo garantizado con la hipoteca inversa. Es por esto por lo que debe acudir a las normas y principios generales que regulan la configuración del derecho real de hipoteca en nuestro ordenamiento, visto, además, el contenido de la cláusula de cierre que establece el apartado 11 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> Como punto de partida debe tomarse el que la hipoteca garantiza la obligación de restituir al prestamista, que será la entidad de crédito o aseguradora, de las cantidades que ésta en forma periódica o única haya proporcionado al deudor. La especialidad de esta modalidad hipotecaria inversa es que la exi-

gibilidad de la prestación sólo va a producirse al fallecimiento del deudor (o en su caso, del beneficiario).

Como consecuencia del principio de especialidad o determinación hipotecario, el importe de la obligación debe quedar inexcusablemente determinado. Así, en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria (en la redacción dada por la Ley 41/2007) se establece que *«en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»*. Del mismo modo, el artículo 219.1.º del Reglamento Hipotecario dispone: *«el importe de la obligación asegurada con la hipoteca o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada deberá ser fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España»*.

Aun cuando la regulación de la hipoteca inversa omite toda referencia a estas cuestiones, podemos afirmar sin duda que dicha normativa no exceptiona ninguno de los preceptos relativos a la configuración de las hipotecas y, por ello, la hipoteca inversa, podrá ser una modalidad de la hipoteca ordinaria o de tráfico o de la hipoteca de máximo. En el primer caso, nos encontraremos ante un préstamo hipotecario en el que la cantidad que se proporciona al deudor (y/o beneficiario/s) está perfectamente determinada de antemano. En el segundo caso, que aventuramos será el más frecuente en los casos de hipotecas inversas, se tratará de un crédito hipotecario, en el que existirá una disponibilidad de cantidades a favor del deudor y, por consiguiente, una indeterminación relativa de la obligación en cuanto a su cuantía. En este supuesto la hipoteca (inversa) que se constituye es una hipoteca en garantía de una cuenta corriente de crédito que deberá cumplir los requisitos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Si bien en cuanto al plazo de duración y de liquidación, puede aplicarse la especialidad del momento del fallecimiento del prestatario, propia de la hipoteca inversa, en todo caso tendrá que fijarse la cantidad máxima de la que responda la finca, requisito que como ya hemos señalado es ineludible, como se deriva de los citados artículos 12 LH y 219 RH. Se aprecia la ausencia en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 41/2007 de alguna referencia a esta necesidad de determinación de la obligación garantizada, mediante la fijación de un máximo de responsabilidad, aunque sí se alude a éste en la Exposición de Motivos.

## 2. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN

El solicitante de hipoteca inversa puede optar entre celebrar un contrato por el cual obtenga una cantidad única o cantidad periódica, esto es, una renta, ya sea temporal o vitalicia. Si se acuerda firmar una hipoteca inversa

por un periodo de tiempo limitado, la renta mensual será mayor, aunque dejará de ser abonada cuando el periodo estipulado haya vencido.

Como señala MUÑOZ VILLALÓN (*La hipoteca inversa*, Ponencia presentada al III Congreso de Registradores de España, Granada, 2006) si se configura mediante entregas vitalicias y las disposiciones a favor del acreditado se realizan mientras viva el acreditado, será el fallecimiento la fecha en la que vencerá en contrato y por tanto en la que se liquidará la deuda y ésta será exigible. Según este autor, en este caso, la aleatoriedad es absoluta ya que la cuantía de la deuda depende de la vida del acreditado. Si el tiempo de vida se alargase por encima del cálculo actuarial podría ser insuficiente el valor del inmueble para hacer frente a la deuda. Ello hace que sea difícil que las entidades de crédito utilicen esta forma de disposición, si bien parece que podría disminuirse el riesgo asumido mediante un seguro que cubriese el infravalor del inmueble.

En caso de optar por una cantidad temporal, se determina la cuantía máxima a la que puede ascender el límite del crédito concedido a favor del acreditado; este límite queda determinado por un tanto por ciento en relación al valor de tasación actual del inmueble, que oscila entre el 90 y el 100 por 100 de ese valor. A partir de aquí, teniendo en cuenta la edad del acreditado y por tanto su expectativa de vida, se calcularán las disposiciones periódicas que recibirá durante determinado plazo, de modo que las cantidades entregadas, más los intereses devengados, así como otras cantidades que se incluyan en el crédito no excedan del límite máximo concedido. Al terminar el periodo de disposición, se conocerá exactamente la cantidad adeudada que será sensiblemente inferior al valor en venta de la finca en dicha fecha según los cálculos de revalorización del inmueble (que oscilarán, dependiendo de la edad del acreditado, y aplicando una revalorización del 3 por 100 entre un 50 y un 70 por 100 del crédito concedido). El tipo de interés ofrecido en este tipo de contratos suele ser fijo, por lo que el riesgo para la entidad prestamista radica en la posible variabilidad al alza de los tipos de interés durante todo el tiempo de duración del contrato hasta su exigibilidad y, además, en la aleatoriedad de la fecha de vencimiento del crédito, ya que, desde que termina el periodo de disposición hasta la incierta fecha del fallecimiento se seguirán devengando intereses al tipo pactado.

En esta modalidad temporal, para evitar que, finalizado el periodo de disposición, sobreviva el acreditado y quede sin rentas, se establece un seguro de supervivencia que algunas entidades ofrecen de forma voluntaria y otras lo exigen obligatoriamente, que permite abonar al asegurado rentas vitalicias hasta su fallecimiento. Este seguro se abona con una prima inicial que se carga como un gasto más del crédito concedido. En ocasiones también se exige un seguro respecto de los posibles intereses que se pueden devengar después del periodo de disposición que se consideran indeterminados o no cubiertos por el valor del inmueble y por tanto por la hipoteca.



Las posibilidades de una hipoteca inversa están en relación al valor de la vivienda. Es evidente que no solamente tiene importancia el valor inicial de la misma, sino su posible revalorización. De esta forma la tasación resulta fundamental, habida cuenta que lo que diferencia la hipoteca inversa de la ordinaria es que la exigibilidad de la deuda se difiere al fallecimiento del deudor, de modo que la entidad no cuenta con la garantía adicional que supone la responsabilidad patrimonial universal consagrada en el artículo 1.911 del Código Civil, sino que la única y verdadera garantía de que se dispone es la hipotecaria: el inmueble y su valor. Por ello, el legislador, consciente de esta vicisitud, establece en el apartado 1 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>, como uno de los requisitos que esencialmente han de cumplirse para constituir estas hipotecas, que *«la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario»*.

Además de este factor, el importe será mayor o menor en función de la edad del particular que suscribe el crédito y (en su caso) del beneficiario (se tendrá en cuenta la edad del titular más joven) y del deseo de éste de obtener estos ingresos durante el resto de su vida o únicamente durante un periodo de tiempo predeterminado. De esta forma, se cobra una renta cuyo importe dependerá de la tasación de la vivienda, de la edad del solicitante y de sus preferencias en la forma de recibir el dinero.

### 3. EXIGIBILIDAD

Cuando fallece el titular de la hipoteca inversa o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios, sus herederos deberán hacer frente a la devolución de las cantidades que el deudor fallecido ha ido recibiendo. Las entidades suelen dar la posibilidad de que los herederos tengan un plazo para decidir si prefieren: *a)* que la entidad financiera ejecute la hipoteca, vendiendo la vivienda y recuperando así el dinero que el fallecido obtuvo gracias al préstamo garantizado, percibiendo ellos el sobrante del precio de la venta, en caso de que fuera superior a la suma del dinero desembolsado por la entidad financiera; o *b)* pagar los herederos, bien con sus propios ahorros o bien mediante una nueva financiación, la cantidad que sus progenitores o familiares han cobrado hasta su fallecimiento y liberar así a la vivienda de su carga. En este sentido la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> 5 establece: *«al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el*



acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación». El párrafo 2.º se ocupa de la exigibilidad en caso de transmisión del inmueble, cuestión ya tratada al hablar de la posibilidad de tercer poseedor.

En la tramitación parlamentaria se propuso fijar un plazo mínimo (dos años siguientes al fallecimiento), pues podría darse el supuesto de que la entidad financiera estableciera en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que los herederos reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la vivienda (6). Finalmente esta propuesta no se incluyó en el texto definitivo.

Igualmente se trató de limitar la posibilidad del acreedor de reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éstos distintos a dicha vivienda. Concretamente se quería introducir en el apartado 6.º una corrección técnica que estableciese que el acreedor podrá reclamar «hasta donde alcance el bien inmueble objeto de garantía hipotecaria» (7). Con esta modificación se pretendía facilitar a las personas mayores que pudiesen constituir hipotecas inversas sin oposición de sus herederos y proteger el patrimonio familiar de estos últimos. Limitando la extensión de la garantía al bien inmueble, se facilitaría la suscripción de hipotecas inversas.

Si se hubiese suprimido la extensión de la responsabilidad para el pago de la deuda contraída al resto de los bienes del deudor hipotecario, de forma que no se pueda abrir la posibilidad de que el acreedor reclame sobre otros bienes del deudor, la regulación de esta figura se asemejaría a lo que sucede en las deudas reales, propias del Derecho alemán, en las que la deuda está cubierta con una garantía real y no es extensible al resto de los bienes del deudor, además, esta garantía real es valorada anticipadamente por el acreedor y forma parte inherente del riesgo del negocio jurídico del crédito. No parece deseable extender la garantía sobre el resto de los bienes del deudor,

---

(6) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, enmienda núm. 103, y Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), enmienda núm. 123; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007: Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), enmienda núm. 22, y Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 67.

(7) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, enmienda núm. 25, y BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, enmienda núm. 24 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP); BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, enmienda núm. 100; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, enmienda núm. 68 del Grupo Parlamentario Popular; BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), enmienda núm. 124; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007; Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), enmienda núm. 98; Enmiendas del Senado al Proyecto de Ley, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-10, de 21 de noviembre de 2007.

sobre todo cuando sus herederos no tienen control sobre la «ejecución» de la garantía, en este caso la vivienda.

Para TAFFIN (*La hipoteca inversa o vitalicia*, Informe de 2004), el elemento clave de esta clase de préstamos es que la deuda pendiente se limitará al valor de la propiedad garantizado mediante la hipoteca. Abundando en esta idea, considera que estos préstamos se caracterizan porque tienen una garantía obligada: al final del préstamo, la cantidad adeudada por el propietario o sus herederos no puede exceder el valor de la propiedad y el préstamo no puede llegar a ser amortizado si existe un patrimonio negativo (*negative equity*).

Como contrapunto a esta posición debe tenerse en cuenta el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1.911 del Código Civil conforme al cual el deudor debe responder con todos sus bienes presentes y futuros. Dada la peculiaridad de este tipo de deudas asociadas a la hipoteca inversa en las que la exigibilidad se difiere al momento de la muerte, se estima necesario no limitar las posibilidades de agresión por el acreedor al patrimonio del deudor de modo que resulte plenamente aplicable el principio del artículo 661 del Código Civil, según el cual «*los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*».

Finalmente en la versión definitiva se ha extendido la posibilidad de reclamar sobre todos los bienes de la herencia. Así, el apartado 6 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> señala: «*cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*». Al garantizarse la hipoteca con otros bienes distintos a los estrictamente hipotecados se ha conseguido un negocio mucho más gravoso que una hipoteca normal. Además no resulta aplicable el límite del artículo 114 LH respecto a la reclamación por intereses, por lo que estos serán exigibles en su totalidad. Para SERRANO DE NICOLÁS («Régimen jurídico de la hipoteca inversa», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2008, pág. 54) esta posibilidad constituye una regla de determinación de la responsabilidad por razón de la deuda. Por su parte, MIQUEL SILVESTRE («Hipoteca inversa. Algunas hipótesis de conflicto», en *La Ley*, núm. 6924, pág. 6) considera que esta extensión supone un reconocimiento implícito de que la vivienda hipotecada pudiera no ser suficiente para cubrir la deuda.

#### 4. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA EN CUANTO A LOS INTERESES

En la hipoteca inversa la extensión de la garantía respecto al crédito debe regirse por las normas generales en lo que se refiere al capital garantizado,

si bien con una importante excepción respecto a la garantía por intereses, puesto que la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> 6 establece que *«cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria»*. Dicho precepto contiene una limitación legal a la garantía por intereses a cinco años (*«en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años»*), en el mismo sentido, vid. art. 220 RH).

Dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no se consideró justificada, en este caso, la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses. Como resultado de la proposición de enmiendas, se añadió el párrafo final al apartado 6.º de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> (8). Se trata de una importante excepción respecto a la configuración general establecida para la hipoteca en nuestro ordenamiento.

## VI. SEGURO ASOCIADO A LA HIPOTECA INVERSA

Según hemos visto, al examinar la modalidad temporal de la hipoteca inversa puede pactarse un seguro que tiene como finalidad asegurar que el cliente cobre mensualmente la renta de por vida. La DA 4.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007 señala que *«las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa podrán destinarse, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado»*, previéndose la asimilación de la supervivencia del asegurado a la contingencia de jubilación en el IRPF.

No es obligatorio contratar este aseguramiento de rentas futuras; no obstante es aconsejable y todas las entidades bancarias que ofertan la hipoteca inversa coinciden e insisten en que los clientes se acojan a este seguro que también ofertan.

Si se ha contratado el seguro y el titular fallece antes de que venza el plazo fijado en el contrato de la hipoteca inversa, por ejemplo, a los siete años de haber firmado la hipoteca inversa (cuyo plazo era de veinte), los herederos recibirán la parte proporcional de la prima que en su día el titular pagó.

---

(8) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 56, y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, enmienda núm. 101.

Esta parte la calcula el banco, de acuerdo a la renta recibida por el titular y al plazo fijado.

En ese mismo supuesto si no se ha contratado el seguro, los herederos únicamente tendrán que hacer frente a la deuda contraída con el banco, en función del número de años que el titular se haya beneficiado de la renta. En este caso se han ahorrado el gasto más importante que acarrea este tipo de hipoteca sin ninguna consecuencia negativa.

Si una persona con setenta y cinco años contrata una hipoteca por diez años con un seguro de rentas y vive hasta los noventa años, por tanto fallece después del plazo de vencimiento, este seguro le permitirá seguir cobrando la misma renta mensual a partir de los ochenta y cinco años, aunque la hipoteca haya vencido y puede seguir viviendo en su propia vivienda.

Si esta misma persona que sobrevive al plazo contratado de la hipoteca inversa no ha contratado el seguro de rentas, se encuentra con la siguiente realidad: ha superado la barrera de los ochenta y cinco años y deja de percibir la renta que durante diez años ha recibido mensualmente.

La principal ventaja de contratar este seguro, asociado a la hipoteca inversa, es que se garantiza que el titular de esta pensión hipotecaria cobre de por vida una renta, independientemente de que haya superado el plazo establecido en la hipoteca. El gran inconveniente es el elevado precio que una persona ya muy mayor debe desembolsar al contratar la hipoteca inversa. El pago por este seguro depende de la edad, el sexo y la esperanza de vida. A igual edad, las mujeres pagan más prima por el seguro que los hombres, debido a su mayor media de esperanza de vida. Del mismo modo, su renta vitalicia mensual será algo menor que la del hombre (siempre si comparamos dos individuos que contratan este seguro a una misma edad). El gasto de formalización del seguro de rentas vitalicias puede alcanzar el 6 por 100 del valor de tasación de la vivienda.

## VII. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: TRANSPARENCIA Y ASESORAMIENTO INDEPENDIENTE

La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> autoriza la regulación del régimen de transparencia mediante Orden Ministerial: «3. *El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda*». En tanto este desarrollo no se produzca, y ante el silencio del régimen transitorio de la Ley en este punto, estimamos que debería acudir al régimen general de transparencia en las condiciones financieras que se establece en la Orden de 5 de mayo de 1994, aplicable siempre que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda, que el prestatario sea persona física y que el importe del préstamo

solicitado sea igual o inferior a 150.253,03 € (25.000.000 ptas.). Así deben aplicarse exigencias mínimas como las relativas a folleto informativo, gastos preparatorios, oferta vinculante y cláusulas financieras.

La principal atracción de la mayoría de los propietarios para constituir este tipo de hipotecas es la idea de que pueden permanecer en su propia vivienda. Venderla y mudarse a otra es una idea que no satisface a la mayoría de personas de la tercera edad. La forma más simple de evaluar si la constitución de una hipoteca inversa es una idea acertada es compararla con cuáles son las opciones reales de las que se dispone. Para ello habrá que calcular la cantidad de dinero en efectivo que se conseguirá con la venta de la vivienda y los costes de comprar o alquilar una nueva casa.

El origen de la necesidad de asesoramiento surge como consecuencia de las prácticas dudosas por parte de los prestamistas en los Estados Unidos, *brokers* u otras formas de comerciales, que tenían un claro interés en la utilización de las sumas de dinero dispuestas. Esta es la razón por la que la concesión de préstamos por el Estado Federal de los Estados Unidos está sujeta a evaluación por parte de un experto externo antes de que el contrato sea firmado. El propósito de la intervención de un asesor externo es explicar las características del producto y los riesgos asociados, además de la existencia de otras alternativas para el interesado.

La Disposición Adicional 1.4 impone a las entidades que conceden hipotecas inversas la obligación de suministrar servicios de asesoramiento independiente. Según el proyecto inicial de la Ley el asesoramiento independiente podía llevarse a cabo, bien a través de la figura del Defensor del Cliente, o bien a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. En el supuesto de que el asesoramiento se realizara a través del Defensor del Cliente y las entidades no contaran con uno propio, deberían adherirse, bien a uno de los designados por otras entidades, o bien a los designados a través de los criterios recogidos en el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (9).

No obstante, tras los debates parlamentarios se suprimió en la versión definitiva de la Ley esta figura del Defensor del Cliente como servicio de asesoramiento independiente al considerarse que era preferible que fuese el Ministerio de Economía y Hacienda quien estableciese los mecanismos de asesoramiento (10). Se estimó que no era una solución válida, ya que esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento

---

(9) BOCG, Congreso de los Diputados. VIII Legislatura Serie A: Proyectos de Ley, 9 de marzo de 2007, núm. 127-1.

(10) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, enmienda núm. 24.

to sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente no está cualificado, al no ser su función. Para el Grupo Parlamentario Popular, aun cuando pudieran entenderse las razones que impulsaban a establecer que la entidad prestataria asesorase con transparencia al solicitante, que el asesoramiento sea de forma «independiente» o imparcial respecto a las distintas ofertas que existan en el mercado no resultaba realista, además de que la operación comportaba simplemente la constitución de un gravamen sobre la finca del solicitante, pero no una enajenación inapelable de la misma, de aquí que considerasen procedente exigir la máxima transparencia, pero no el asesoramiento del Defensor del Cliente (11).

En el texto final de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> se establece: «4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento».

## VIII. OTRAS FIGURAS AFINES: RENTA VITALICIA. CONTRATO DE ALIMENTOS

Como complemento a nuestra exposición sobre la hipoteca inversa, no podemos dejar de hacer referencia a otras figuras jurídicas ya existentes en nuestro ordenamiento a las que puede acudir para cubrir necesidades asistenciales, y, por ello, con una finalidad análoga a la hipoteca inversa, como son la renta vitalicia y el contrato de alimentos, conocido tradicionalmente como vitalicio.

### 1. RENTA VITALICIA. CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS

En España se conoce desde antaño el denominado censo vitalicio o renta vitalicia, que consiste básicamente en que una persona cede a otra un capital

---

(11) BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 54, y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, enmienda núm. 102. BOCG; Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, enmienda núm. 66 del Grupo Parlamentario Popular.

en bienes muebles o inmuebles a cambio de que ésta le pague una renta anual durante la vida de una o más personas.

Actualmente se regula en el Código Civil entre los contratos aleatorios en el Libro IV, Título XII, Capítulo IV. Se define en el artículo 1.802 estableciendo que «*el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*».

El contrato de renta vitalicia presenta los siguientes caracteres: es un contrato consensual, que se perfecciona con el consentimiento de las partes (la entrega de las prestaciones se realiza en la fase de ejecución); es bilateral o sinalagmático, pues surgen obligaciones para ambas partes contratantes; es oneroso, ya que hay una equivalencia entre las prestaciones de las partes (aunque en ocasiones puede ser gratuito, *ex art. 1.807 CC*); y es aleatorio, porque la equivalencia de prestaciones no está establecida de antemano.

En relación a los elementos personales de este contrato podemos distinguir el deudor de la renta y el acreedor de la misma. El titular del lado activo de la relación, al margen de las denominaciones (perceptor de la renta, pensionista, rentista, credirrentista o acreedor de la renta), es la persona que ostenta la titularidad del derecho de crédito a la renta vitalicia; aquél a quien, según las palabras del legislador español en el artículo 1.802, «*el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere, desde luego con la carga de la pensión*». Generalmente coincide con la persona que constituye la relación de renta, entregando el capital en que ésta consiste. Pero esta coincidencia puede faltar, tanto originaria como sucesivamente: *a)* En primer lugar, puede presentarse en el momento mismo de la constitución del contrato, el cual tendría la estructura y naturaleza de un verdadero contrato en favor de tercero, cuya posibilidad legal está amparada por la disposición del artículo 1.257 del Código Civil. *b)* En segundo término, puede producirse con posterioridad a dicho nacimiento del contrato, si se utiliza el mecanismo de la sucesión voluntaria en el crédito que permite el artículo 1.203 del Código Civil (BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, pág. 93).

El titular del lado pasivo es el deudor de la renta, que, según la expresión legal, es la persona que se obliga a pagar la pensión o rédito por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere, desde luego con la carga de la pensión (art. 1.802 CC). Puede serlo tanto una persona física como jurídica; en ambos casos con plena capacidad de obrar.

No obstante lo expuesto, los elementos personales pueden presentar una mayor complejidad, teniendo en cuenta que la renta ha de abonarse en contemplación a la vida de una persona determinada (art. 1.802 CC) y ésta



puede ser la del que da el capital, la de un tercero o la de varias personas (art. 1.803 CC). La designación de la vida contemplada es consustancial al contrato oneroso de renta vitalicia. En todo caso es un dato esencial al contrato y precisamente la nota que le da el carácter aleatorio, en cuanto que al constituirlo no puede saberse cuál va a ser la duración de aquella vida, ni, por tanto, la cantidad de pensiones o réditos que, como contraprestación a la entrega del capital en bienes muebles o inmuebles, tendrá que satisfacer el deudor. Además, imprime al contrato la nota de a plazo o a término, de carácter resolutorio o final, ya que dependerá para su finalización de ese suceso cierto en cuanto a su productividad (extinción de la vida o vidas contempladas) pero incierto en cuanto al momento en que tendrá lugar (*certus an, incertus quando*) (BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, págs. 99, 103 y 104).

El objeto del contrato oneroso de renta vitalicia está constituido por las dos prestaciones que corresponden, respectivamente, a cada una de las partes contratantes. De un lado, el capital en bienes muebles o inmuebles, con que se constituye, que entrega el constituyente de la misma y que normalmente es el propio acreedor. Y de otro, la renta en sí, en forma de pensión o rédito, que deberá satisfacer el deudor de manera periódica; generalmente, por anualidades, al modo indicado por el legislador en el artículo 1.802.

La renta vitalicia, que existe en varios países en distintos términos y en número limitado, presenta para el consumidor tres desventajas frente a la hipoteca inversa: las difíciles relaciones entre la persona que abona la renta periódica y su perceptor, el riesgo de pérdida en caso de fallecimiento prematuro y la renuncia a futuras ganancias de capital por la venta.

## 2. CONTRATO DE ALIMENTOS. CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS

Tradicionalmente el contrato de alimentos ha sido admitido por la jurisprudencia como contrato atípico, autónomo y distinto a la renta vitalicia y denominado «vitalicio». Su regulación actual fue introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil.

Se define en el artículo 1.791 del Código Civil que establece que *«por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos»*.

Al igual que la renta vitalicia nos encontramos ante un contrato consensual, bilateral, oneroso y aleatorio. La principal diferencia se encuentra en el contenido de las prestaciones, pues si en la renta vitalicia existe la obligación de pagar una cantidad periódica, en el contrato de alimentos el contenido de la prestación es más complejo, ya que el alimentante se compromete a atender las necesidades materiales del alimentista, a facilitarle alojamiento,



cuidados y asistencia. (Entre la doctrina se manifiestan, en este sentido, GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios al artículo 1.802 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir.: ALBALADEJO, t. XXII, vol. I, Madrid, 1982, pág. 397; GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *RDP*, marzo-abril de 2004, pág. 155; BÁDENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995, pág. 307, y MESA MARRERO, *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Navarra, 2006, pág. 45).

En lo que se refiere a los elementos personales del contrato, se distinguen las siguientes posiciones jurídicas: el alimentante, que se obliga a realizar la prestación alimenticia convenida y en contraprestación recibe un capital en bienes o derechos, y el contratante que se obliga a transmitir al primero un capital en cualquier clase de bienes y derechos, sea o no beneficiario de aquella prestación. En principio, ésta es la estructura subjetiva que normalmente presenta el contrato de alimentos, de tal forma que la parte que hace la cesión de bienes o derechos a favor del sujeto obligado suele ser la persona que ha de recibir durante su vida la prestación de alimentos. El alimentista es la persona acreedora de la prestación de alimentos, bien sea parte en el contrato y transmita el capital, bien porque es un tercero beneficiario de la prestación alimenticia. En este caso nos encontramos ante un contrato a favor de tercero (cfr. art. 1.257 CC) celebrado entre el estipulante o cedente de los bienes y el promitente o alimentante (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996, págs. 440-441; MESA MARRERO, *op. cit.*, págs. 57, 70 y 72).

Respecto al objeto del contrato, el alimentista tiene derecho a percibir la prestación convenida a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos (art. 1.791 CC). Por lo tanto, se produce un intercambio de prestaciones entre ambos contratantes, correspondiendo al alimentista una obligación de dar consistente en la cesión de bienes o derechos. El examen de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia pone de relieve que en la mayoría de los casos el alimentista se obliga a la transmisión de un bien normalmente inmueble, aunque también es bastante frecuente que para garantizar el cumplimiento de la prestación por parte del alimentante el cedente transmita la nuda propiedad del bien y se reserve el usufructo vitalicio, para seguir disfrutando mientras viva del bien cedido así como de los frutos o rendimientos que genere. Naturalmente, la prestación del alimentista también puede consistir en la entrega de una suma de dinero, en la cesión de un determinado derecho o en una combinación de todo lo anterior (MESA MARRERO, *op. cit.*, págs. 79 y 80).

El contenido de la prestación del alimentante dependerá de la voluntad de las partes, quienes en principio podrán pactar el contenido que estimen conveniente, aunque generalmente éste se fijará en función de las necesidades

del alimentista. Por lo tanto, la prestación alimenticia podrá tener un contenido que incluya diversas prestaciones, según cuáles sean las circunstancias concretas en cada caso y los intereses de las partes. Así, por ejemplo, si el interés del alimentista es tener sus necesidades materiales cubiertas, la prestación alimenticia a cargo del alimentante consistirá en atender sólo la manutención y/o sus gastos médicos, farmacéuticos, etc.; si, por el contrario, el propósito del alimentista es evitar una situación de soledad o desamparo, la prestación incluirá normalmente un pacto de convivencia con el alimentante, así como obligaciones de índole personal o afectivo que permitan al alimentista sentirse integrado en una familia. Con todo, el examen de las sentencias dictadas en esta materia pone de manifiesto que en la mayoría de los casos se pacta una obligación que encierra una pluralidad de prestaciones a cargo del alimentante, incluyendo normalmente una prestación de dar para atender el sustento material y también una actividad de hacer consistente en prestar determinados servicios (MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 81; LÓPEZ PELÁEZ, «El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 52, diciembre de 2004, pág. 22).

### 3. GARANTÍA REAL DE ESTOS DERECHOS

#### A) *Hipoteca. Su diferencia de la hipoteca inversa*

El cumplimiento de estos contratos puede garantizarse con un derecho real de hipoteca, como puede ser la prevista en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, al que se remite expresamente el artículo 1.797 del Código Civil para el caso del contrato de alimentos. Dispone aquél que *«podrá constituirse hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. En la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo o forma con que deban ser satisfechas»*.

Ante todo, y como señala PEÑA (*Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1999, pág. 281), es una hipoteca, y, por tanto, un derecho accesorio de otro derecho, el crédito cuya efectividad asegura. La característica esencial de esta hipoteca reside en la especificidad del crédito garantizado, ya que no garantiza la restitución de un capital con sus correspondientes intereses, sino el cumplimiento de la obligación de realizar reiteradas prestaciones. Del mismo modo, pueden sucederse tantas ejecuciones forzosas como prestaciones periódicas dejen de cumplirse, habida cuenta de que el artículo 157 LH señala que *«el que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento»*. De esta norma surge la conocida discusión doctrinal acerca de si la transmisión voluntaria de la

finca implica la asunción automática de la deuda por el adquirente. Para PEÑA, no cabe decir que estemos ante una manifestación de la pretendida crisis del dogma de accesoriedad y que si la finca pasa a un tercero la deuda sea la accesoria de la hipoteca y que, por tanto, pase al adquirente con la finca (como pretendieron DE LA RICA y ROCA SASTRE).

Una vez visto el concepto básico de esta hipoteca, debemos diferenciar la hipoteca constituida en garantía de una renta o prestación periódica (como una renta vitalicia o un contrato de alimentos), de la nueva hipoteca inversa. La principal diferencia se encuentra en que, según establece el apartado b) de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007, en la hipoteca inversa nos encontramos ante un crédito o préstamo en el que el deudor puede disponer de cantidades periódicas o únicas. Si bien se ha venido hablando de la «hipoteca pensión», lo cierto es que la disposición puede ser única, por lo que en este caso no hay lugar a dudas sobre la naturaleza de estas figuras. Cuando se trate de disposiciones o entregas periódicas por el acreedor puede asimilarse a una pensión periódica. Sin embargo en la hipoteca inversa lo que se garantiza es la restitución al acreedor hipotecario de las cantidades que periódicamente (de ahí que hablemos de pensión o renta, y sólo en este sentido) se han ido entregando al deudor, teniendo lugar dicha restitución al tiempo del fallecimiento del deudor, por lo que corresponde efectuarla a sus herederos. En la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas lo garantizado es el cumplimiento por parte del deudor del pago de una renta o pensión periódica, siendo el origen de ésta la transmisión del dominio sobre unos bienes a cambio de la misma. Como vemos, en la hipoteca inversa no hay previa transmisión del dominio al pagador de la renta, y además la garantía hipotecaria se constituye a favor del que entrega dicha renta, para asegurar su futura restitución; mientras que en la hipoteca en garantía de la prestación periódica se constituye el derecho real a favor de quien recibe la renta y para asegurar su pago periódico.

#### B) *Condición resolutoria*

La renta vitalicia es un negocio que tal cual está configurado en el Código Civil presenta ciertas dificultades e inconvenientes, como que la falta de pago de la renta no faculta al rentista para finalizar con el contrato y exigir la devolución de la propiedad, según el artículo 1.805. En principio, esta disposición excluye la recuperación del predio enajenado por impago de las pensiones, pero, como señala la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 26 de abril de 1991 (RA, núm. 3169), dicho artículo 1.805 del Código Civil «no implica una prohibición del pacto resolutorio sino una previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silen-

*cio contractual al respecto; así resulta del principio general de autonomía privada en conjunción con la supresión en el Código Civil vigente de la prohibición expresa que figuraba en el Proyecto Isabelino de 1851 y es compatible con la indudable onerosidad del contrato de renta vitalicia».*

Así, en la STS de 23 de abril de 1998 (RA, núm. 2599) se consideró admisible establecer en este contrato una condición resolutoria al ser un pacto válido, conforme al artículo 1.255 del Código Civil, en relación con el 1.091 y el 1.258, que no conculca ni contradice el artículo 1.805 y hace aplicable el artículo 1.124, por responder a convenio expreso surgido de la plena autonomía de la voluntad de los contratantes.

#### 4. DERECHOS FORALES

Figuras similares a las estudiadas existían y existen en algunos Derechos Forales, como es el caso de Galicia, Aragón, Navarra y Cataluña.

En Cataluña ha existido tradicionalmente la figura del censal y del violarlo que se regulan hoy en día en Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas. El censal consiste en *«el derecho de crédito a percibir y la consiguiente obligación de pagar indefinidamente una pensión a una persona y sus sucesores en virtud del capital recibido»* (art. 3). El artículo 6 permite garantizarlo con hipoteca. El violarlo o pensión vitalicia consiste en *«el derecho de crédito a percibir y la consiguiente obligación de pagar una pensión periódica en dinero, durante el tiempo definido por la vida de una o más personas que estén vivas en el momento de su constitución»* (art. 11). El artículo 15.3 dispone que *«la pensión vitalicia puede asegurarse mediante garantía real»* y el apartado 4 que *«es válido el pacto expreso de resolución del contrato de constitución a título oneroso de la pensión vitalicia por falta de pago de las pensiones»*.

En Galicia, los artículos 147 a 156 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil, regulan el «vitalicio», especie de contrato de alimentos, que se define como *«el contrato por el que una o varias personas se obligan respecto a otra u otras a prestar alimentos, en los términos que convengan, a cambio de la cesión de determinados bienes o derechos»*.

En Navarra, la Ley 131 establece que *«cuando en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones se establezca en favor de alguna persona derechos de vivir en la casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para la casa, se estará a la disposición que los conceda y a la costumbre del lugar»*. También existe una figura similar en el derecho consuetudinario aragonés, denominada dación personal, que se caracteriza por la existencia de convivencia con la familia por parte del favorecido con el derecho a ser sustentado.

## IX. FIGURAS ALTERNATIVAS

Además de la hipoteca inversa, se han propuesto también otras modalidades de obtención de ingresos a cambio de la vivienda habitual, como son las operaciones denominadas «vivienda pensión». Por ello el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y el Grupo Parlamentario Popular pretendían añadir una nueva Disposición Adicional en la que se regulase la «vivienda pensión», que consistiría en la transmisión de la titularidad o de la nuda propiedad de la vivienda habitual a una entidad aseguradora a cambio de una renta vitalicia asegurada destinada a la cobertura de la dependencia o de las necesidades de la vejez. La persona dependiente o mayor de sesenta y cinco años puede reservarse el uso o usufructo de la vivienda habitual, lo que le permite seguir viviendo en la misma hasta su fallecimiento. La vivienda pensión es un producto que cumple con las mismas finalidades sociales que la hipoteca inversa y responde a los mismos objetivos de ésta de ayudar a las personas mayores de sesenta y cinco años o dependientes a aumentar su renta disponible utilizando para ello su vivienda habitual, por lo que debería recibir incentivos fiscales similares a los previstos para la hipoteca inversa (12). Sin embargo, como se observa, no hay gran diferencia entre esta figura y las ya analizadas de la tradicional renta vitalicia o el contrato de alimentos. Para dotarlas de beneficios fiscales no parece buena técnica legislativa tratar de acudir a la artificiosa creación de figuras que sólo pueden producir confusión.

Asimismo, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) pretendía incluir una nueva Disposición Adicional en la que se regulase la «hipoteca pensión» (figura distinta a la de la hipoteca inversa). Para este Grupo, se trataba de otra alternativa para los dependientes o para las personas mayores de sesenta y cinco años con vivienda propia que quieren seguir viviendo en la misma. La persona dependiente hipoteca la vivienda como garantía del aplazamiento de la prima que se conviene en el contrato de seguro de renta vitalicia inmediata que le permita hacer frente al copago de los servicios que recibe por ser dependiente o bien complementar su pensión de jubilación en el caso de personas mayores de sesenta y cinco años no dependientes (13). La ventaja de esta alternativa es que las rentas se perciben por el dependiente o por la persona mayor de sesenta y cinco años hasta su fallecimiento (a diferencia de la hipoteca inversa, donde las rentas pueden acabarse antes de que el dependiente o la persona mayor de sesenta y cinco años fallezca). No obstante, esta

---

(12) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 64, y Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 105; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 65.

(13) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 65.

alternativa puede quedar cubierta actualmente con una hipoteca inversa complementada con un seguro de vida, como ya se ha visto, o en la que las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa se destinen, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado (DA 4.ª de la Ley 41/2007).

## X. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

Del análisis de los debates parlamentarios se desprende que la gran mayoría de las enmiendas a la Ley 41/2007 son de carácter técnico o garantizan la seguridad jurídica de las distintas figuras que aparecen en el complicado mercado hipotecario y financiero.

Si comparamos el texto definitivo, que ha sido aprobado, se observan muchos cambios respecto al anteproyecto. Podemos destacar los siguientes:

1.º En el Anteproyecto: *«A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa (o hipoteca pensión) el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya una vivienda habitual, solicitado por una persona física y que cumpla los siguientes requisitos»:*

En el Texto Definitivo: *«A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos»:*

En primer lugar, la nomenclatura de la figura en el anteproyecto se le denominaba hipoteca inversa o hipoteca pensión, denominación esta última que desapareció en la versión definitiva. Se sustituye «una» vivienda habitual del anteproyecto por «la» vivienda habitual. En el Texto Definitivo se introduce «del solicitante» y se suprime «solicitado por una persona física».

2.º Anteproyecto: *«a) que el solicitante sea una persona de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectada de dependencia».*

Ley: *«a) que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia».*

Finalmente, vemos que en la versión definitiva se prevén beneficiarios distintos del solicitante.

En la enmienda número 65, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, propuso extender su ámbito a todas las situaciones de dependencia (moderada, severa o gran dependencia), ya que sólo recoger las dos últimas resultaba restrictivo. Las razones que justifican esta modalidad afectarían a todas las situaciones de dependencia, no sólo a las muy severas. Además, no se estima que las entidades de crédito pongan ningún problema técnico o de

viabilidad financiera. De otra parte, para las personas en situación de dependencia moderada, que pueden tener también grandes gastos derivados de su situación, representaría una gran ayuda. No obstante esta propuesta no se plasmó en el texto definitivo de la ley.

3.º Anteproyecto: *«b) que la finalidad del crédito o préstamo sea obtener para el solicitante, directa o indirectamente, una renta, sin perjuicio de la disposición de parte del crédito o préstamo de una sola vez.*

*Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario».*

Ley: *«b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.*

*c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios».*

Se observa que en la versión definitiva de la ley, el legislador establece de forma clara que la deuda sólo es exigible al fallecimiento del prestatario o, en su caso, del beneficiario.

El Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en su enmienda número 52, y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en su enmienda número 99 proponen la sustitución del «acreedor» por el «deudor», ya que el acreedor es la entidad financiera, que no es el disponente del préstamo o crédito concedido. Asimismo se propuso matizar que las rentas aseguradas sólo pueden ser garantizadas por entidades aseguradoras autorizadas a operar en el ramo de vida (14).

4.º Anteproyecto: *«3. Los herederos del deudor hipotecario, al fallecimiento de éste, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de las rentas satisfechas, con sus intereses.*

*4. En las cancelaciones, anticipadas o no, de hipotecas inversas (o hipotecas pensión) que se produzcan como consecuencia del fallecimiento del prestatario o acreditado, la entidad acreedora no tendrá derecho a percibir cantidad alguna en concepto de penalización.*

*5. Independientemente del momento de vencimiento que conste en el contrato de préstamo o crédito hipotecario, la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario, sin perjuicio de que la deuda siga acumulando intereses, siempre y cuando se cumplan las condiciones contractuales. Salvo pacto en contrario, el prestatario mantendrá la titularidad de la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca-pensión hasta su fallecimiento».*

(14) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007.



Ley: «5. Al fallecimiento del deudor hipotecario, sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

*En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente».*

Con la finalidad de proteger los derechos de las personas mayores que suscriban una hipoteca inversa evitando que, dada su posición de mayor debilidad, se puedan ver privadas de su vivienda habitual por cualquier situación o presión familiar o del entorno económico en los debates parlamentarios se propuso que el apartado 6 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> quedase redactado en los siguientes términos: «6. *Independientemente del momento de vencimiento que conste en el contrato de préstamo o crédito hipotecario, la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario, sin perjuicio de que la deuda siga acumulando intereses, siempre y cuando se cumplan las condiciones contractuales. En tanto siga vigente el préstamo o crédito hipotecario a que se refiere esta disposición, el prestatario podrá disponer del inmueble hipotecado, previa comunicación a la entidad prestataria o acreedora, siempre y cuando mantenga el usufructo o derecho de uso y habitación vitalicio sobre la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca» (15).*

5.º Anteproyecto: «6. *Cuando la cancelación, anticipada o no, de la hipoteca inversa o hipoteca pensión se produzca debido al fallecimiento del prestatario, y salvo que se hubiera enajenado por estar autorizado para ello la vivienda que constituye la garantía para cobrar la deuda, el acreedor no podrá reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éste distintos a dicha vivienda».*

Ley: «6. *Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria».*

Como se observa, en principio se limitaba la posibilidad del acreedor de reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éstos dis-

---

(15) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, enmienda núm. 26; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), enmienda núm. 25.



tintos a la vivienda hipotecada. Estos extremos ya han sido tratados al comentar la exigibilidad de la deuda.

Como hemos señalado anteriormente (vid. *supra* V.4. «Extensión de la hipoteca en cuanto a los intereses»), dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no se consideró justificada en este caso la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses. Como resultado de la proposición de enmiendas, se añadió el párrafo final al apartado 6.º de la Disposición Adicional.

## XI. OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

### 1. LA HIPOTECA INVERSA EN ESTADOS UNIDOS

#### A) *Dominio de HECM*

En Estados Unidos el mercado de hipotecas inversas está dominado por el programa federal *Home Equity Conversion Mortgage* (HECM, Hipoteca de Conversión del Patrimonio de Vivienda), con una cuota de mercado superior al 90 por 100. También ofrecen este tipo de hipotecas *Financial Freedom* con el producto *Jumbo Cash Account* que abarca el 5 por 100 de este sector y *Fannie Mae* con *Home Keeper* en torno al 1 por 100.

El desarrollo de las hipotecas inversas en los Estados Unidos se remonta a 1989. Inicialmente su crecimiento fue sumamente lento y no comenzó a despegar hasta 2002. En los últimos años el programa ha crecido muy rápidamente. *National Reverse Mortgage Lenders Association* o NRMLA (Asociación Nacional de Prestamistas de Hipotecas Inversas) señala que durante los nueve primeros meses de 2006 se constituyeron 55.659 HECM, lo que supone un incremento respecto a los 30.404 que se constituyeron durante el mismo periodo del año fiscal anterior. En este sentido, la sección 255 del *National Housing Act*, que regula el programa HECM, limita el número de nuevas incorporaciones de estas hipotecas inversas a 250.000, cifra que previsiblemente pudiera alcanzarse en 2007 ó 2008.

HECM es el único tipo de hipotecas inversas caracterizadas por la intervención de la Administración Pública. Las hipotecas HECM están aseguradas contra el riesgo de patrimonio negativo (financiado por los prestatarios) por la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration*, FHA), que pertenece al Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (*Department of Housing and Urban Development*, HUD). FHA comunica a las entidades prestamistas del HECM el importe de las disposiciones que pueden

percibir a los prestatarios en función de la edad de los mismos y el valor de la vivienda que garantiza la hipoteca inversa. El programa de HECM limita los costes del préstamo y la FHA garantiza que las entidades cumplirán sus obligaciones.

El programa de HECM permite a las personas mayores continuar viviendo en sus inmuebles mientras disfrutan del dinero que les proporciona el prestamista como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa. Así, puede decirse que el propietario que constituye una hipoteca inversa transforma el valor neto de su propiedad en ingresos. Debido a la mayor vulnerabilidad de las personas mayores a las prácticas fraudulentas, este programa conlleva que el interesado, antes de constituir la hipoteca inversa, reciba asesoramiento gratuito de una agencia aprobada. FHA asegura los préstamos HECM para proteger a los prestamistas de las pérdidas en el supuesto de que la cantidad final recibida por el prestatario exceda el valor neto de la vivienda en el momento de la venta.

El solicitante continúa siendo propietario de la vivienda, puede venderla y mudarse en cualquier momento conservando los beneficios de la venta que excedan de la deuda hipotecaria. En ningún caso puede obligarse al solicitante a vender la vivienda para saldar la deuda garantizada con la hipoteca ni siquiera en el supuesto de que la deuda hipotecaria excediese el valor de la vivienda. Continúa siendo el propietario de la vivienda igual que en una hipoteca ordinaria y, por tanto, tiene que pagar los impuestos relativos a la vivienda y el seguro para hacer reparaciones en la misma. Cuando finaliza el préstamo, el prestatario o sus herederos tienen que pagar las disposiciones en efectivo que la entidad haya concedido más los intereses. Normalmente a los prestamistas no les interesa quedarse con la vivienda, sino que prefieren el pago en efectivo de la deuda.

Por último, destacar que *The National Reverse Mortgage Lenders Association* (NRMLA), asociación fundada en 1997, desempeña distintas funciones, entre las que destacan el asesoramiento a las personas mayores acerca de la constitución de hipotecas inversas, la sensibilización a los prestamistas hacia las necesidades de las personas mayores americanas, especificando cuáles son las buenas prácticas en el sector y la elaboración de un código ético.

## B) *Requisitos para solicitar HECM*

Para poder solicitar estos préstamos HECM, el propietario tiene que tener más de sesenta y dos años, no tener carga hipotecaria o ser ésta fácilmente amortizable y haber recibido asesoramiento acerca del programa. La cantidad máxima que puede recibir un propietario se calcula con una fórmula que se obtiene combinando los siguientes factores: la edad del propietario, el

tipo de interés, el valor de la vivienda y la fórmula de recibir el dinero por la que se haya optado. En términos generales puede decirse que cuanto mayor sea el solicitante y mayor sea el valor de la vivienda, éste dispondrá de más dinero en efectivo. Por ejemplo, teniendo en cuenta el dato de la edad y en términos aproximativos, una persona de sesenta y cinco años podría pedir prestado hasta el 26 por 100 del valor de su vivienda, una persona de setenta y cinco años hasta el 39 por 100 y una de ochenta y cinco años hasta el 56 por 100.

Las hipotecas inversas generalmente deben ser «primeras» hipotecas, es decir, deben ser la primera deuda garantizada con la vivienda. Si el solicitante tiene otra deuda garantizada con su vivienda debe pagar esta deuda antes de solicitar la hipoteca inversa o pagar la deuda anterior con las disposiciones que le proporcione la constitución de la hipoteca inversa, que es lo que la mayoría de los prestatarios hacen. No obstante lo anterior, no será necesario pagar la deuda anterior si el primer prestamista accede a posponer su deuda hasta que esté cancelado el préstamo garantizado con la hipoteca inversa. Es de destacar que este supuesto no es muy frecuente, ya que normalmente sólo están dispuestas a considerar la subordinación de sus préstamos de esta forma las entidades estatales o locales.

#### C) *Opciones de pago*

Los solicitantes pueden escoger entre cinco formas de pago: 1. «*tenure*» o renta mensual hasta el momento de fallecimiento, siempre que continúe ocupando la vivienda como residencia principal; 2. «*term*» o renta mensual por un determinado período de tiempo; 3. «*line of credit*» o línea de crédito, que permite hacer disposiciones hasta una determinada cantidad; 4. «*modified tenure*», que combina la opción «*tenure*» con la línea de crédito, y 5. «*modified term*», que combina la opción «*term*» con la opción de la línea de crédito.

#### D) *Exigibilidad de la deuda*

En principio, un préstamo HECM no es exigible hasta que el solicitante se cambia de vivienda, la vende o fallece. No obstante, constituyen causas de exigibilidad de la deuda: si se permite que la propiedad se deteriore (se exceptiona el supuesto de depreciación de la vivienda por el uso); si todos los prestatarios se trasladan definitivamente a una nueva residencia principal; si el último beneficiario superviviente deja de vivir durante doce meses consecutivos como consecuencia de una enfermedad física o mental; si se produce el impago de los impuestos de la propiedad o seguros de riesgo o si el pres-

tatario contraviene cualquier otra obligación a la que se encuentre comprometido en virtud del contrato.

La deuda que debe el prestatario de una hipoteca inversa es igual a todas las cantidades percibidas (incluyendo las destinadas a financiar los gastos de constitución de esta hipoteca o a pagar una deuda anterior garantizada con la vivienda), más todos los intereses que haya ido generando la deuda. En todo caso, cuando llega el momento de vencimiento de la deuda, si ésta excede el valor de la propiedad, el solicitante (o sus herederos) no se verán obligados a pagar más del valor de la propiedad. El FHA asegura al prestamista la diferencia de valor.

Si llegado el momento del vencimiento, la deuda acumulada es inferior al valor de la vivienda, el beneficiario puede quedarse con la cantidad restante. Sin embargo, si el balance final de la deuda supera el valor de la vivienda, la deuda total está limitada por el valor de la vivienda. Dicho de otra forma, el prestatario o sus herederos nunca van a tener que abonar al acreedor hipotecario más del valor de la vivienda en el momento en el que se cancela el préstamo. (A diferencia de lo que ocurre en el sistema español, pues como se ha visto al tratar la exigibilidad de la deuda, la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> 6 permite que la reclamación pueda extenderse a todos los bienes de la herencia.) En caso de que el balance final de la deuda supere el de la vivienda, el prestamista no puede intentar cobrar la diferencia al prestatario o a sus herederos aún cuando estos tengan ingresos u otros bienes.

#### E) *Desistimiento unilateral*

Después de constituir una hipoteca inversa, el prestatario dispone de tres días para reconsiderar la decisión adoptada. Si por cualquier razón se arrepiente, el prestatario puede cancelar la hipoteca inversa constituida dentro de los tres días hábiles siguientes al cierre de la operación. Si el prestatario decide desistir de la hipoteca inversa, lo debe hacer por escrito: mediante el formulario suministrado por el prestamista, por carta, fax o telegrama. En todo caso debe remitirse al prestamista antes de la medianoche del tercer día laborable. No puede cancelarse por teléfono o en persona, sino que el desistimiento tiene que hacerse de forma escrita.

#### F) *HECM versus otras hipotecas inversas*

Los préstamos HECM suministran más ventajas que el resto de las otras hipotecas inversas ofertadas, entre otras razones, porque generalmente ofrecen más opciones respecto a la forma del pago de las disposiciones que realiza el

prestamista. Además, aunque los gastos de constitución pueden resultar costosos, los préstamos HECM son generalmente menos caros que las hipotecas inversas que ofertan otras entidades, ya que las otras entidades pueden ofrecer gastos más reducidos, pero por regla general las tasas de intereses son más altas. Al final, en la mayoría de los casos los préstamos HECM terminan siendo menos costosos.

Los costes pueden variar mucho de un tipo de hipoteca inversa a otro, puesto que no todas las hipotecas inversas incluyen los mismos tipos de costes del préstamo. Dado que el coste final de la hipoteca inversa es difícil de comprender y comparar, la Ley «*Truth-in-Lending law*» obliga a los prestamistas a divulgar el «*Total Annual Loan Cost*» (TALC) para estos préstamos. El coste total anual del préstamo (TALC) combina todos los costes de la hipoteca inversa en una tarifa media anual. Los datos revelados por el TALC pueden resultar útiles cuando se compara un tipo de hipoteca inversa con otra. No obstante, también ponen de manifiesto que en realidad, el coste total de una hipoteca inversa puede variar mucho y puede terminar siendo mucho más o menos caro de lo que en un principio se preveía.

El coste de esta clase de préstamos, tanto en términos de tipo de interés como de costes asociados, es elevado por varios motivos. En primer lugar, esta clase de créditos soporta un riesgo más elevado que los convencionales. A pesar de que el riesgo de impago del propietario es prácticamente nulo, la deuda se incrementa a medida que transcurre el tiempo, en lugar de decrecer. Además, el plazo del préstamo es incierto y la limitación de la deuda al valor de la propiedad resulta muy costoso cuando no se conocen perfectamente los riesgos. Todos estos factores justifican el hecho de que el tipo de interés para las hipotecas de esta clase, normalmente a tipo fijo en Reino Unido y variable en Estados Unidos (justo al contrario que para los préstamos para adquisición de vivienda), sea significativamente mayor que el tipo aplicado a los préstamos residenciales convencionales. Además, los costes administrativos, legales y fiscales asociados a la disposición de un préstamo y a la constitución de una hipoteca son elevados. Por ejemplo, en Estados Unidos, bajo el sistema federal, que es el más generoso, para una persona de setenta y cinco años con un valor de la propiedad de 100.000 \$, los costes pueden ascender hasta 10.000 \$ y el valor del préstamo es aproximadamente de 60.000 \$.

Las hipotecas inversas menos costosas son las ofertadas por el Estado o el gobierno local para fines específicos, los denominados préstamos de pago diferido (DPL) y el aplazamiento del impuesto sobre la propiedad inmobiliaria (PTD), dirigido a financiar obras de construcción en el primer caso y al pago de los impuestos sobre los bienes inmuebles en el segundo. Normalmente sólo pueden solicitar este tipo de hipotecas inversas los propietarios con ingresos bajos o moderados.

## 2. LA HIPOTECA INVERSA EN FRANCIA

En el ordenamiento jurídico francés entre las disposiciones de la *Ordonnance* número 2006-346, de 23 de marzo de 2006 (publicada en el *Journal Officiel* el 24 de marzo de 2006) que modifican el *Code de la Consommation*, se regula el régimen de la hipoteca inversa (arts. 141-1 a 141-20 del *Code de la Consommation*).

El artículo L. 314-1 define a la hipoteca inversa como «*un contrato por el cual un establecimiento de crédito o un establecimiento financiero concede a una persona física un préstamo bajo forma de un capital o disposiciones periódicas, garantizado por una hipoteca constituida sobre un bien inmobiliario del prestatario con uso exclusiva de vivienda en el que el reembolso (del principal e intereses) no puede exigirse hasta el momento del fallecimiento del prestatario o hasta la enajenación de la propiedad del inmueble hipotecado si sobreviene antes del fallecimiento*».

Bajo sanción de nulidad, el préstamo no puede destinarse a financiar necesidades de una actividad profesional (art. L. 314-2).

La regulación de la hipoteca inversa en el ordenamiento jurídico galo se caracteriza porque determina, entre las prácticas comerciales, las menciones que tiene que contener la publicidad de este tipo de contratos (art. L. 314-3) y las menciones obligatorias que tiene que contener la oferta (art. L. 314-5). En este sentido, la preocupación del legislador por proteger al prestatario frente a posibles prácticas abusivas se plasma en que se regulan detalladamente las sanciones que se impondrán a los prestamistas que no respeten las condiciones relativas a la oferta según dispone esta ley (art. L. 314-15 a 19).

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico y al igual que ocurre en Estados Unidos, en el momento de la devolución, la cuantía máxima de la deuda no puede sobrepasar el valor del bien hipotecado (art. L. 314-9).

Finalmente, resaltar que también es posible la finalización del contrato por el prestatario mediante el reembolso anticipado de las sumas percibidas que comprendan la totalidad de principal y de intereses (art. L. 314-10).

## XII. VALORACIÓN CRÍTICA

Como cuestiones formales, destacar que al regularse la hipoteca inversa en las Disposiciones Adicional 1.<sup>a</sup> y la 4.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007, se ha optado, con escasa técnica codificadora, por dejarlas *fuera de la Ley Hipotecaria*. Compartimos la idea apuntada en la tramitación parlamentaria de esta ley que la calificaba de «cajón de sastre» por asemejarse a la ley de acompañamiento de presupuestos que solía emplearse en los últimos tiempos. Así, y a título

ejemplificativo, hay una nueva Disposición Adicional sobre reglas especiales para valorar el patrimonio de los solicitantes de prestaciones por dependencia y computar la capacidad económica de los solicitantes para su posterior evaluación por parte de la Administración; contiene disposiciones adicionales sobre la Copa América y los incentivos fiscales a la misma; hay una Disposición Final sobre el Fondo de Garantía de Alimentos; hay una nueva Disposición Final para modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral para adecuar reformas procesales precisas al sistema telemático; hay una nueva Disposición Final para modificar la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y una Disposición Final para modificar la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, entre otras.

Aparte de estas cuestiones formales, desde el punto de vista sustantivo, como aspectos discutibles de la regulación y con independencia de que ya se hayan comentado más exhaustivamente, podemos apuntar, a nuestro juicio, los siguientes:

1. Falta una referencia expresa en la regulación a la obligatoria determinación de la responsabilidad máxima a la que queda afecta la finca gravada con hipoteca inversa, que permitiría dejar clara la intangibilidad del principio hipotecario de especialidad, esencial para la seguridad jurídica y la certidumbre sobre la naturaleza y extensión de la carga que es objeto de publicidad a través del Registro de la Propiedad.

2. La extensión a «otros inmuebles» y el tenor literal del apartado 10 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> suscita dudas en cuanto a su aplicación. La determinación concreta de los apartados que no han de aplicarse en estos supuestos debió explicitarse en el texto de la Ley y no dejarse a criterio del intérprete, como ya comentamos al tratar esta materia. La hipoteca inversa sobre «otros inmuebles», que pueden no ser vivienda, puede llegar a desnaturalizar la propia esencia de esta figura (véase, por ejemplo, la configuración en Derecho francés). La hipótesis de hipoteca sobre inmueble que no sea vivienda habitual debió matizarse o limitarse a ser complemento de la garantía sobre la vivienda.

3. La falta de una limitación numérica y de parentesco en la designación de beneficiarios puede ser fruto de conflictos con los futuros herederos y suponer una desviación de la concepción originaria del supuesto de hecho típico que origina la contratación de estos préstamos hipotecarios.

4. La extensión de la responsabilidad por la deuda a la totalidad del patrimonio hereditario, sin limitarla a la exclusivamente a la vivienda, dificultará la constitución de estas hipotecas dado el mayor gravamen que suponen. Dicho gravamen repercute más o menos indirectamente en los herederos, que, en definitiva, son los que tienen que hacer frente a la deuda, al ser ésta exigible sólo al tiempo del fallecimiento. Incluso podría afectar a lo que en

su día pueda corresponder por legítima a los herederos, supone una minoración del patrimonio hereditario futuro, por lo que incluso podría hablarse de una desheredación encubierta.

5. La entidad concedente aplica unos intereses sobre el dinero que «genera» nuestra vivienda, de igual forma que sucede con la hipoteca ordinaria. Las hipotecas inversas son, fundamentalmente, como las no inversas, un negocio. Un negocio que puede tener ventajas para ambas partes, pero que en ningún caso se realiza de una manera desinteresada o sin la intención de obtener un beneficio económico. En este sentido resultará muy importante analizar con detalle las condiciones indicadas en la hipoteca inversa para decidir si resultaría más adecuado proceder a la venta de la misma.

6. Otro inconveniente que plantea la «hipoteca inversa» es que habitualmente no tiene naturaleza vitalicia, teniendo que contratar de manera adicional el anteriormente mencionado seguro si lo que se desea obtener es una renta de por vida. Ya hemos analizado que dicha opción supone mayor tranquilidad para el contratante, pero también niveles de renta menores y mayores gastos de celebración. Parece que podría haberse incorporado el seguro de forma que se aumentasen las garantías jurídicas para los mayores y evitar que éstos se queden con el patrimonio sin garantía.

7. Todavía existen numerosos obstáculos culturales, principalmente en lo relativo a la merma que supone para el patrimonio hereditario. En todo caso el desarrollo de la figura estudiada dependerá de dos factores: por un lado de la urgente necesidad económica que surja a las personas mayores, así como del abandono de la costumbre de dejar su vivienda en herencia a los hijos, teniendo en cuenta que la sociedad española está ampliamente sesgada, consciente o no, hacia la llamada «cultura de la herencia» que económicamente se expresa como la existencia de unas pautas sociales que llevan a una preferencia por el apoyo a los descendientes, incluso cuando va acompañado de un sacrificio económico (COSTA-FONT, GIL y MASCARILLA, *Preferencias de la población ante la financiación de la dependencia: la hipoteca inversa en España*, XIV Encuentros de Economía Pública. Santander, 1 y 2 de febrero de 2007, pág. 3). Producto milagroso para algunos, demonizado por otros, la hipoteca vitalicia sólo puede juzgarse en función de las necesidades que cubre. Si la finalidad es, sin otras restricciones, liberar el valor acumulado en la vivienda principal, una solución mucho mejor es venderla y comprar otra más barata. Si la persona tiene este mismo objetivo pero con la restricción de conservar la posesión de la vivienda, como ocurre de modo creciente al aumentar la edad, las opciones se reducen al préstamo, que en ocasiones resulta difícil de conseguir y amortizar, y a la renta vitalicia.

8. Dejando aparte estas cuestiones, inicialmente la idea de que cuando se acaben los ahorros en la vejez, y se va a vivir una media de ochenta y cinco o noventa y cinco años, la vivienda proporcione al anciano una parte



importantísima de sus ingresos, parece muy atractiva. De esta forma, la constitución de una hipoteca inversa puede ser un acierto en situaciones económicas graves, para unas necesidades muy concretas, siempre que el asesoramiento previo sea bueno.

No debemos olvidar que la hipoteca inversa se revela como un instrumento adecuado para movilizar patrimonios inmobiliarios de personas que por su situación de edad, dependencia o insuficiencia de ingresos se hallan imposibilitadas para obtener recursos por otros instrumentos financieros. En definitiva, la hipoteca inversa puede servir para obtener financiación sobre el valor en cambio de la vivienda, sin necesidad de venderla, destinado fundamentalmente a complementar los ingresos para hacer frente a los gastos de mantenimiento, reparación y conservación de la vivienda habitual, así como mejorar la calidad de vida de los colectivos a los que se dirige.

### XIII. CONCLUSIONES

I. La hipoteca inversa es una figura de nuevo cuño en el ordenamiento español que se introduce en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en un marco de flexibilización del mercado hipotecario. Esta figura ya era conocida en otros ordenamientos, como el Derecho francés y anglosajón, cuyas regulaciones presentan diferencias con el modelo adoptado en Derecho español.

II. Una hipoteca inversa es una deuda garantizada con hipoteca especial para personas mayores o en situación de dependencia severa o gran dependencia por la que el cliente recibe una cantidad única o cantidad periódica, que sirve generalmente de complemento a su pensión, durante un tiempo limitado o vitalicia, surgiendo la obligación de restituir al tiempo del fallecimiento del deudor, quien en todo momento conserva la propiedad de su inmueble. La especialidad de este tipo de crédito reside, por tanto, en que la entidad concedente no podrá exigir la devolución de la deuda acumulada, es decir, la suma de todas las cantidades que los particulares hayan ido percibiendo a lo largo de los años, ni podrá ejecutar la garantía hasta que no muera su titular o el último de los beneficiarios. La regulación definitiva no ha limitado la reclamación del acreedor al importe de los bienes hipotecados, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, sino que extiende la posibilidad de reclamar sobre todos los bienes de la herencia.

III. La hipoteca inversa tiene ciertas limitaciones para su contratación. Desde el punto de vista subjetivo, está dirigida a personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia. Sin embargo, se permite la designación de beneficiario sin límite alguno por razón de parentesco, afinidad, ni número máximo, por lo que

cabe atribuir esta condición a cualquier persona que reúna las antedichas circunstancias (mayor de sesenta y cinco años, dependencia severa o gran dependencia). Esto puede acarrear conflictos familiares con los posibles futuros herederos del solicitante. Desde el punto de vista objetivo, debe constituirse sobre la vivienda habitual incluyéndose esta circunstancia en la propia definición legal y considerándose en la misma esencia de esta figura.

IV. A pesar de su novedad, en nuestro Derecho ya existían otros instrumentos jurídicos con similar finalidad de atención a necesidades asistenciales, y, por ello, con una análoga a la hipoteca inversa, como son la renta vitalicia y el contrato de alimentos, conocido tradicionalmente como vitalicio. La especialidad con respecto a ellos es que el solicitante conserva la propiedad y el disfrute de la vivienda. Los herederos tendrán la opción de pagar la deuda contraída y así quedarse con el dominio de la finca. No obstante debe destacarse que una de las dificultades que puede tener esta figura para su desenvolvimiento en la práctica es el detrimento que la misma supone para el futuro patrimonio hereditario.

V. La obligación garantizada con esta hipoteca será un préstamo o crédito del que el deudor puede realizar disposiciones periódicas o únicas. Dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no se considera justificada la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses que con carácter general impone el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Se introduce así una importante excepción respecto a la configuración general establecida para la hipoteca en nuestro ordenamiento.

VI. Se ha excepcionado la doctrina que tradicionalmente había mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues se permite que el acreedor declare el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado en caso de transmisión de la finca. Hasta el momento se consideraba que tales pactos envolvían una innecesaria y abusiva limitación del dueño a disponer de sus bienes contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario.

VII. La posibilidad de contratar un seguro de vida asociado a la hipoteca inversa permite garantizar que el titular de esta pensión hipotecaria cobre de por vida una renta, independientemente de que haya superado el plazo establecido en la hipoteca, aunque ello implique aumentar el coste de la operación.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA RÍOS, Rosa M.<sup>a</sup>: «Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 87, febrero de 2008, y *La Ley* núm. 6875.
- BÁDENAS CARPIO, José Manuel: *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: *Hipoteca inversa (notas prácticas)*, Seminario de Derecho Registral, Bilbao, Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad, año XLII, núm. 131 (2.<sup>a</sup> época); enero de 2007.
- BELTRÁN DE HEREDIA, José: *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
- CHICO ORTIZ, José M.<sup>a</sup>: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2000.
- COSTA-FONT, Joan; GIL, Joan, y MASCARILLA, Óscar: *Preferencias de la población ante la financiación de la dependencia: la hipoteca inversa en España*, XIV Encuentros de Economía Pública. Santander, 1 y 2 de febrero de 2007, <<http://economia publica.com/ponencias/2.1.pdf>>.
- DÍEZ-PICAZO, Luís: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996.
- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2005.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RCDI*, núm. 702, julio-agosto de 2007.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *RDP*, marzo-abril de 2004.
- HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén: *Hipoteca inversa y figuras afines*, Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 49, fecha de publicación: 21 de marzo de 2006, <<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>>.
- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia: «El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 52, diciembre de 2004.
- MESA MARRERO, Carolina: *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Navarra, 2006.
- MIQUEL SILVESTRE, José Antonio: «Hipoteca inversa. Algunas hipótesis de conflicto», en *La Ley*, núm. 6924.
- MURO VILLALÓN, Jesús Víctor: *La hipoteca inversa*. Ponencia presentada al III Congreso de Registradores de España, Granada, celebrado del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2006.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1999.
- ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luís: *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1998.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2008.
- Hipotecas inversas en Estados Unidos, vid. <<http://www.hud.gov/offices/hsg/sfh/hecm/hecm—df.cfm> (*Home Equity Conversion Mortgage Program*)>; <<http://www.aarp.org/money/revmort/> (*American Association of Retired Persons*)>.

RESUMEN

HIPOTECA

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha introducido en nuestro ordenamiento una nueva modalidad de hipoteca denominada «inversa», que ya era conocida en otros ordenamientos. Su peculiaridad reside en tratarse de una deuda garantizada con hipoteca especial sobre la vivienda habitual dirigida a personas mayores o en situación de dependencia severa o gran dependencia, por la que el cliente recibe una cantidad única o cantidad periódica, que sirve generalmente de complemento a su pensión, durante un tiempo limitado, o vitalicia, surgiendo la obligación de restituir al tiempo del fallecimiento del deudor, quien en todo momento conserva la propiedad de su inmueble.

Ésta es la principal diferencia con otras instituciones ya existentes con la que comparte la finalidad de cubrir necesidades asistenciales, como son la renta vitalicia y el contrato de alimentos, conocido tradicionalmente como vitalicio. La regulación de esta nueva y peculiar modalidad hipotecaria ha llevado al legislador a introducir destacables excepciones en el régimen general de la hipoteca, resaltando la inaplicación del límite de garantía por intereses o el establecimiento en sede legal del vencimiento anticipado en caso de transmisión de la finca.

ABSTRACT

MORTGAGE

Act 41/2007 of 7 December brought into Spanish legislation something termed «the reverse mortgage», a new kind of mortgage that has already become known to other countries' legislations. The reverse mortgage's peculiarity resides in the fact that it concerns a debt secured with a special mortgage on the borrower's regular place of residence, designed for people who are elderly or in a situation of severe or heavy dependence, in which the client receives a lump sum or regular sum that generally works as a pension supplement, for a limited time or the client's remaining lifetime, and the repayment obligation arises at the time of the death of the borrower, who at all times retains ownership of his or her property.

This is the primary difference between the reverse mortgage and other, already-existing Spanish institutions that share the same intent of covering basic needs, such as the life annuity and the support contract, traditionally known as the «lifetime support» contract. In regulating this new, unique mode of mortgaging, legislators have introduced significant exceptions in the general rules for mortgages. Stress is laid on the non-application of the interest guarantee limit and the establishment of early maturity if the property is transferred.

(Trabajo recibido el 12-02-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)

# Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario (\*)

por

M.<sup>a</sup> ÁNGELES PARRA LUCÁN  
*Catedrática de Derecho Civil*  
*Universidad de Zaragoza*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. MODIFICACIONES EN EL DERECHO DE HIPOTECA:
  - A) INTRODUCCIÓN.
  - B) HIPOTECA GLOBAL (HIPOTECA FLOTANTE):
    - a) *Introducción.*
    - b) *Elaboración de la norma.*
    - c) *Rasgos de la regulación actual.*
    - d) *Hipoteca global y ejecución.*
  - C) LIMITACIÓN DE LAS CLÁUSULAS INSCRIBIBLES:
    - a) *Introducción.*
    - b) *Elaboración de la norma.*
    - c) *El artículo 12 LH.*
    - d) *Las dudas que plantea el artículo 12. Consecuencias en el ámbito de la ejecución.*

---

(\*) Versión escrita de la ponencia defendida en el curso «Nuevas contrataciones. Las ofertas de recompra con revalorización y la reforma hipotecaria», celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, el 1 de octubre de 2008.

- D) TÍTULO EJECUTIVO EN EL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO:
    - a) *La reforma del artículo 130 LH.*
    - b) *Valoración.*
  - E) HIPOTECA INVERSA.
  - F) SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
  - G) HIPOTECA RECARGABLE.
  - H) TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS:
    - a) *Problemas que se planteaban antes de la reforma.*
    - b) *La modificación del artículo 149 de la Ley hipotecaria.*
3. MODIFICACIONES EN EL MERCADO SECUNDARIO.
4. OTRAS REFORMAS:
- A) MERCADO HIPOTECARIO Y SITUACIONES DE INSOLVENCIA.
  - B) ARTÍCULO 693 LEC.
  - C) HIPOTECA MOBILIARIA.
  - D) TRANSPARENCIA.
  - E) COMPENSACIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, ofrece un contenido muy complejo y heterogéneo. Su objetivo principal declarado era el de conseguir un mercado hipotecario más flexible y se pretende lograrlo mediante una reforma sustancial de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Mercado Hipotecario. Además de las novedades con más trascendencia mediática, de las que se han hecho eco los medios de comunicación y relacionadas con la hipoteca inversa, o ciertos beneficios arancelarios, realmente la Ley incide de manera directa en la configuración de la hipoteca y en su ejecución.

La Ley no ha pasado desapercibida entre los profesionales. Desde su promulgación y en los últimos meses se han organizado Jornadas, Congresos y Seminarios en los que han intervenido tanto los agentes económicos, representantes de las entidades financieras como miembros de colegios profesionales (notarios y registradores) con el objetivo de estudiar las incidencias provocadas por la nueva regulación en la actividad jurídica y económica del mercado hipotecario.

La Ley ha sido objeto de valoraciones bien diversas. Junto a valoraciones positivas, ha suscitado duras críticas, en especial, en la medida en que la flexibilidad puede suponer una merma de las garantías tanto en el mercado hipotecario primario como en el secundario. Incluso, la Asociación Hipotecaria Española, a quien se puede considerar como principal impulsora de las

medidas de flexibilización, y que en su conjunto valora positivamente la Ley, pese a entender que en algunos aspectos se ha quedado corta, ha denunciado, con razón cómo, debido a la premura de su elaboración, la Ley presenta defectos de forma y de redacción generadores de dudas interpretativas (1).

Ciertamente preocupa que la redacción de algunos preceptos de la Ley sea tan defectuosa. A ello hay que añadir que la falta de coordinación con otros textos legales (señaladamente, con la Ley de Enjuiciamiento Civil) dé lugar a diversas interpretaciones de algunos aspectos jurídicos claves de la reforma. El análisis del proceso de elaboración parlamentaria, la lectura de las enmiendas presentadas y aceptadas, el escaso debate producido no siempre aclaran el sentido que debe darse a algunos de los preceptos.

La Ley tiene su origen en un borrador elaborado en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado por un grupo de trabajo coordinado por Javier GÓMEZ GÁLIGO y del que formaban parte representantes del Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, del Consejo General del Notariado y de la Asociación Hipotecaria Española. Este grupo se constituyó en 2005, para dar cumplimiento a la proposición no de Ley para la reforma del mercado hipotecario aprobada por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 9 de marzo de 2005 y que aprobó, con modificaciones, la proposición no de Ley para la reforma del mercado hipotecario presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (2). En esta proposición no de Ley se instaba al Gobierno a adoptar medidas en los siguientes ámbitos:

- Ampliar y perfeccionar el régimen de transparencia en la contratación de préstamos y créditos vivienda, garantizando que los consumidores tengan acceso a toda la información necesaria para realizar su elección, incluyendo una comprensión suficiente del riesgo de tipo de interés y la posibilidad de suscribir instrumentos de cobertura del riesgo del tipo de interés en los préstamos hipotecarios.
- Facilitar la diversidad de productos ofertados.
- Actualizar la regulación de los instrumentos de financiación y de transmisión de riesgos a disposición de las entidades de crédito, con objeto de facilitar una asignación eficiente de los riesgos de crédito.
- Adecuar los costes arancelarios y registrales en las operaciones efectuadas al amparo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, especialmente en materia

---

(1) Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española, Informe del Presidente, Madrid, 25 de junio de 2008, [www.ahe.es](http://www.ahe.es).

(2) Publicada en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 154, de 15 de febrero de 2005 en los siguientes términos (BOCG. Congreso de los Diputados», 21 de marzo de 2005, serie D. núm. 174).

de novación, para permitir que se puedan adaptar con más eficiencia las condiciones de los préstamos hipotecarios a las necesidades cambiantes de las familias. Así pues, se continuarán reduciendo los gastos relacionados con las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios.

El 27 de octubre de 2006 fue sometido a Audiencia Pública un Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia (3), y el 9 de marzo de 2007 el Gobierno presentó el proyecto de Ley (4). En la elaboración del texto, y sobre la base del borrador elaborado por el grupo formado en la Dirección General de los Registros y del Notariado, y dada la trascendencia de los aspectos económicos de la materia, había participado de forma importante el Ministerio de Economía y Hacienda. Acordada su tramitación por el procedimiento de urgencia, la Ley fue aprobada a finales de ese mismo año. Publicada en el *BOE* de 20 de diciembre de 2007, entró en vigor el 9 de diciembre de 2007 (cfr. Disp. Final décima).

Las hipotecas «han venido perdiendo peso» en las carteras de las entidades desde que en 2005 tocaran techo. En este sentido, los expertos insisten en que las fuentes de financiación de las entidades españolas «están más diversificadas», lo que contribuye a «una mayor estabilidad de sus resultados» (5). Pese a ello, es indudable la trascendencia del crédito hipotecario en la economía y en el sistema financiero español. La financiación en los mercados mayoristas se realiza a través de un amplio conjunto de instrumentos financieros, de entre los que destacan los de renta fija (40 por 100 del saldo vivo en 2007). En segundo lugar se sitúa la titulización de activos (34 por 100 del saldo vivo en 2007). Dentro de los valores de renta fija destacan las cédulas hipotecarias (38 por 100 del saldo vivo en 2007), los bonos y obligaciones (32 por 100), que se caracterizan por ser emisiones a largo plazo, y los pagarés (26 por 100). La situación que atraviesan los mercados financieros implica que las entidades han encontrado más dificultades para emitir títulos a largo plazo, de tal modo que han intensificado las emisiones de pagarés (6). Para el año 2007, el 41,3 por 100 del saldo hipotecario se encontraba financiado con emisiones de títulos con respaldo hipotecario y los ac-

---

(3) Puede consultarse en [www.tesoro.es/doc/sp/legislacion/entramitacion/Audiencia/Sleg3296.pdf](http://www.tesoro.es/doc/sp/legislacion/entramitacion/Audiencia/Sleg3296.pdf).

(4) BOCG. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 127-1, de 9 de marzo de 2007.

(5) Datos del Servicio de Estudios del BBVA, recogidos en [elEconomista.es](http://elEconomista.es), 1-10-2007.

(6) Banco de España. Informe de Estabilidad Financiera 04/2008. Madrid, 2008 (accesible en <http://www.bde.es/informes/be/estfin/infestfin.htm>).



tivos subyacentes con origen en el crédito hipotecario respaldaban el saldo vivo existente hasta alcanzar el 57,3 por 100 (7).

En el año 2007 se produce el contagio de la crisis *subprime* estadounidense a las entidades financieras de otros países, y aunque los expertos destacan la alta calidad de las emisiones españolas y que se parte de un bajo nivel de activos dudosos, parece evidente que la crisis hace aparecer problemas de morosidad. Según los datos publicados por el Banco de España entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 la ratio de morosidad se incrementó 0,3 puntos, tanto para los hogares como para las sociedades no financieras, observándose un repunte algo más acusado en la rama de la construcción y los servicios inmobiliarios (0,4 puntos), si bien el nivel alcanzado sigue siendo reducido tanto en términos históricos como en comparación con otros países de nuestro entorno (8). En el último mes, sin embargo, la morosidad ha aumentado más que en los últimos cinco años.

Según los datos publicados por la Asociación Hipotecaria Española, en términos absolutos, el saldo gestionado registró un incremento mensual de 3.481 millones de euros, situando el crecimiento neto acumulado del crédito hipotecario durante el primer semestre de 2008 en 33.460 millones de euros, frente a los 80.679 millones alcanzados durante el mismo periodo de 2007. Así, la actividad hipotecaria durante el segundo trimestre del año 2008 registra un descenso significativo respecto a la de trimestres anteriores y se sitúa en volúmenes similares a los alcanzados en los años 2001-2002 (9).

En este contexto económico, ¿qué supone la promulgación de la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario y de la Ley Hipotecaria? La Exposición de Motivos de la Ley, con sus afirmaciones relativas a la expansión del crédito hipotecario y del crecimiento del mercado español de cédulas hipotecarias en los últimos años, se encuentra bien alejada de la actual situación de desconfianza de los inversores y de la profunda «desaceleración» de los últimos meses. Ello ha llevado al presidente de la Asociación Hipotecaria Española en la Asamblea General celebrada el 25 de junio de 2008 (10) a afirmar que, con el nuevo marco regulador, «cuando la economía y el mercado vuelvan a reactivarse, las entidades de crédito estarán en condiciones de ofrecer una amplia gama de productos más flexibles, capaces de adaptarse en

---

(7) AIAF, *Informe Anual. El mercado de renta fija en el años 2007* ([www.bolsasymercados.es](http://www.bolsasymercados.es)) ([www.aiaf.es](http://www.aiaf.es)).

(8) Banco de España. Informe de Estabilidad Financiera 04/2008. Madrid, 2008 (accesible en <http://www.bde.es/informes/be/estfin/infestfin.htm>).

(9) Asociación Hipotecaria Española, «Resumen del Informe trimestral de los mercados hipotecarios europeos de la Federación Hipotecaria Europea. Resultados primer trimestre de 2008» y «Actividad crediticia hipotecaria de junio de 2008» ([www.ahe.es](http://www.ahe.es)).

(10) Asociación Hipotecaria Española, «Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española, Informe del Presidente, Madrid, 25 de junio de 2008» ([www.ahe.es](http://www.ahe.es)).

el tiempo a las necesidades de las familias, que con la normativa anterior no eran legalmente visibles».

La necesidad de una reforma de flexibilización del mercado hipotecario se ha puesto en relación con la exigencia derivada de la integración de los mercados hipotecarios europeos. Sin entrar en este punto, sí parece preciso advertir de lo escasamente avanzado que en este terreno se encuentran los trabajos de la Unión Europea, sin que sea irrelevante la falta de competencia de la Unión Europea en materia de derecho de propiedad. El 18 de diciembre de 2007, la Comisión presentó un Libro Blanco del Crédito Hipotecario Europeo (11). Se trata de un documento elaborado por la Comisión en el que, continuando los trabajos de consulta e investigación iniciados en el año 2003, se señalan los beneficios de una mayor integración y los obstáculos que impiden la creación de un mercado hipotecario único. La Comisión cree que para alcanzar estos objetivos es preciso seguir trabajando a fin de elaborar el conjunto de medidas más adecuado considera que los extremos esenciales que es preciso abordar son los siguientes: la información precontractual; el tipo de interés anual efectivo (TAE); la concesión responsable de los préstamos y la amortización anticipada.

Es difícil predecir cuál será la práctica de las entidades financieras y el éxito de algunas de las figuras que permite la Ley 41/2007. Para los juristas se impone un análisis de la misma que detecte las consecuencias que las modificaciones en la configuración del derecho de hipoteca van a suponer en los principios de accesoriedad y determinación o especialidad y, con ello, en la situación jurídica de acreedor, deudor y de otros terceros interesados, en especial en el ámbito de la ejecución. También, en segundo lugar, las consecuencias de la nueva regulación en las garantías de los títulos del mercado hipotecario.

## 2. MODIFICACIONES EN EL DERECHO DE HIPOTECA

### A) INTRODUCCIÓN

La hipoteca se define como un derecho real de garantía y a partir de su regulación la doctrina ha deducido como caracteres fundamentales que rigen su estructura y vicisitudes los que derivan de los principios de accesoriedad y especialización.

---

(11) Commission of the European Communities, *White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets (presented by the Commission)* [SEC(2007)] 1683] [SEC(2007)] 1684], Brussels, 18.12.2007. COM(2007) 807 final.

El principio de accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito garantizado significa que la hipoteca no puede existir de manera independiente, sino que está vinculada, desde que nace, al crédito que garantiza, cuyas vicisitudes sigue, sólo se transmite con él y con él se extingue (arts. 1857.1.º, 1.876, 1.528 CC): se consideran, por ejemplo, reflejos de la accesoriedad que la nulidad de la obligación determine la nulidad de la hipoteca, o que la extinción del crédito implique la extinción de la hipoteca. La accesoriedad ofrece matices especiales cuando se trata de hipoteca en garantía de una obligación condicional o futura (suele explicarse que el principal efecto frente a tercero es una «reserva de rango» si el crédito llega a nacer).

El principio de accesoriedad impide, según es entendido por la generalidad de la doctrina, la llamada «*hipoteca del propietario*», es decir, aquella hipoteca que nace sin crédito al que garantizar, y para la que el propietario de la finca hipotecada se reserva la facultad de elegir qué obligación quedará garantizada con la misma.

El principio de accesoriedad se vería afectado también si prosperara la llamada *eurohipoteca*, que en este momento no pasa de ser una propuesta de origen privado conforme a la cual, la hipoteca sería independiente de la existencia de una determinada deuda personal, lo que permitiría constituir la antes de que exista un crédito y permitiría también que la misma hipoteca sirva para asegurar, sucesivamente, créditos diferentes, sin que fuera preciso cancelar una hipoteca tras la extinción del crédito por el pago porque es la misma hipoteca la que se utiliza para garantizar un nuevo crédito (SÁNCHEZ JORDÁN).

El principio de especialidad o de determinación está relacionado con el carácter constitutivo que para la hipoteca tiene la inscripción registral, y exige una perfecta determinación del contenido de lo publicado (arts. 12 y 119 LH y arts. 216 y sigs. RH). Se trata de un principio de organización registral que, para garantizar la eficacia del sistema (oponibilidad, fe pública registral), requiere que queden perfectamente determinados la finca sobre la que recae la hipoteca, el crédito garantizado y la suma por la que responde la finca hipotecada.

En las llamadas *hipotecas de máximo*, el principio de especialidad presenta rasgos propios. Se consideran hipotecas de máximo aquellas que, por asegurar obligaciones de cuantía incierta cuando se constituyen, contienen una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria (arts. 12 LH y 219.1.º RH). Por ejemplo, cuando la hipoteca asegura intereses variables, o intereses de demora, costas y gastos, la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, la hipoteca de contraaval y la hipoteca en garantía de obligaciones cuyo pago deba hacerse en moneda extranjera, donde su cuantía depende del tipo de cambio que en el momento del pago rija para la correspondiente divisa. La obligación no está inicialmente determinada, y el máximo lo que determina es el límite máximo de riesgo de los terceros que adquieren derechos sobre la finca hipo-

tecada: cifra máxima de la que responderá la finca, también cuando exista un tercer poseedor, o cuando haya acreedores posteriores inscritos (CORDERO).

Además, y puesto que la finalidad de la hipoteca es garantizar al acreedor frente al incumplimiento del deudor, en el ámbito de la ejecución, la accesoriedad de la hipoteca se traduce en que el contenido del derecho del acreedor garantizado vendrá determinado, no por el contenido de la obligación garantizada, sino en la medida en que se haya incumplido. En definitiva, que será en la ejecución, cuando se liquide la cuantía debida, cuando se concrete la cuantía exacta de la que va a responder la finca hipotecada.

En los últimos años se ha planteado en España el debate acerca de si el principio de accesoriedad y el principio de especialidad se oponen a la constitución de una única hipoteca que garantice diversas obligaciones, presentes y/o futuras, conforme a una práctica habitual en los negocios, en cuya virtud o bien se concede, generalmente por una entidad de crédito y a favor de un empresario, una línea abierta de crédito (*hipotecas en garantía de una línea abierta de crédito*) o bien surgen varias obligaciones de las relaciones que las partes mantienen a lo largo del tiempo (*hipoteca global o hipoteca flotante*).

La Dirección General de los Registros y del Notariado había venido manteniendo con anterioridad a la nueva Ley una postura muy restrictiva, pues sostuvo que la *hipoteca global* contraviene el principio de determinación de la obligación garantizada (al no exigirse en las escrituras que las distintas obligaciones estén causalizadas por una única relación jurídica subyacente) y el de accesoriedad (porque asegura obligaciones absolutamente futuras, independientes de toda relación, de forma que la hipoteca puede ser independiente y desconectarse de cualquier crédito). Frente a estas doctrinas, la Ley 41/2007 introduce un nuevo artículo 153 bis LH en el que regula de manera expresa la hipoteca flotante o global, sometiéndola a un nuevo régimen legal.

Aunque no es un presupuesto legal la condición de empresario del deudor, en la elaboración de la Ley se daba por supuesto que se trata de una figura dirigida a financiar a las pequeñas y medianas empresas. El empresario podrá valorar la conveniencia de someter su propiedad a un gravamen de manera anticipada, incluso antes de que exista ninguna obligación que garantizar, si con ello obtiene una mayor probabilidad de obtener crédito de la entidad. La entidad estará más dispuesta a conceder crédito si ya dispone de una garantía a su favor. Con este tipo de argumentos se da la vuelta a una de las objeciones que la Dirección General había formulado a la hipoteca global: al bloquear el inmueble gravado y encadenar al deudor, decía la DGRN, se limita su crédito territorial sin justificación.

Otra figura discutida es la llamada *hipoteca recargable*, introducida en Derecho francés en el año 2006. Inicialmente los autores del proyecto de ley no tenían dudas acerca de su introducción pero, como diré después, no ha

sido regulada de manera expresa. Se trata de una técnica de refinanciación a través de la cual la entidad crediticia concede un nuevo crédito, presentándolo como ampliación del crédito inicial, y aprovechando que el cliente ha amortizado ya parte del mismo, de modo que la ampliación tiene el tope de la suma ya amortizada. Se trata de conservar la hipoteca inicial e, incluso, de extender su cobertura al nuevo crédito concedido con el argumento de que, en realidad, si no se supera la cifra de responsabilidad hipotecaria, la ampliación del crédito original debe gozar de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente. La Dirección General de los Registros y del Notariado había negado esta posibilidad que entendía contraria, entre otros, al principio de accesoriedad.

La Dirección General ha venido argumentando que «admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho Comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este Centro Directivo como incompatible con aquellos principios de accesoriedad e indivisibilidad» (Resolución de 17 de enero de 2002).

Sin modificar la Ley Hipotecaria, la Ley 41/2007 da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de los préstamos hipotecarios, y plantea la duda acerca de si se ha introducido la hipoteca recargable o, sencillamente, tal y como ya había admitido la Dirección General, se limita a reconocer legalmente la posibilidad de que se inscriba la modificación consistente en ampliar el capital, sin que ello suponga novación extintiva, pero sin que se extienda la cobertura de la primera hipoteca al nuevo capital prestado.

En definitiva, ambas figuras (hipoteca global e hipoteca recargable) recogen una aspiración de las grandes entidades de crédito de fidelizar a los clientes, al propiciar que adquieran un monopolio, una exclusiva sobre un deudor. La perspectiva de la Ley no es exactamente la del jurista, que contempla la hipoteca desde el punto de vista de la garantía real que media entre un acreedor y un deudor. La perspectiva de la reforma es la de una entidad que comercializa productos financieros y desea que los clientes de crédito acudan siempre a ella para obtener financiación. Esta idea queda confirmada con claridad en la regulación de la hipoteca flotante y en la modificación de la subrogación hipotecaria. La cuestión es determinar en qué medida esta nueva perspectiva se acomoda bien con los principios civiles y registrales y con las normas sobre ejecución.

Pueden hacerse, inicialmente, algunas observaciones:

1. Hay unos rasgos técnicos en la nueva Ley que suponen una revisión de la interpretación tradicional de los principios del Derecho Hipotecario, en particular del de la accesoriedad de la hipoteca con respecto al crédito.

Me he referido ya a la hipoteca global introducida en el artículo 153 bis LH. No llega a admitirse una hipoteca independiente, porque para la ejecución de la hipoteca será necesario que el crédito nazca y sea exigible, pero casi. El «deudor» no podrá cancelar la hipoteca durante el tiempo establecido en la constitución de la hipoteca aunque no haya nacido ninguna obligación ni vaya a nacer en el futuro.

Se aprecia también una disociación entre el crédito y la hipoteca que lo garantiza en la nueva regulación de la cesión del crédito hipotecario y la transmisión de la hipoteca (art. 149 LH). No llega a admitirse la transmisión aislada de la hipoteca, pero sí que se transmita un crédito y que, hasta la formalización de la escritura y su inscripción, el cesionario no pase a ser acreedor hipotecario.

2. Se reducen las funciones calificadoras del registrador y, en consecuencia, se produce un aumento de la «judicialización» (en ejecución) de la revisión del contenido de las escrituras hipotecarias.

La nueva redacción de los artículos 12 y 130 LH es confusa, y de hecho ha dado lugar a diversas interpretaciones, pero parece que en la ejecución, el juez deberá calificar:

- si es título ejecutivo el que se presenta, aun basándose en extremos que figuren en el título y en el asiento pero que no se han calificado por el registrador (por ejemplo, cláusula de vencimiento anticipado por impago de una comisión, o de un gasto de escritura o de un impuesto que, según la DGRN, no era inscribible pero que ahora debe ser transcrita en el asiento registral);
- si quedan cubiertas por la garantía hipotecaria y, en consecuencia, cuál es el alcance exacto de la cobertura y del sobrante, a efectos del artículo 692 LEC, ciertas obligaciones sobre pago de gastos o comisiones recogidas en la escritura y en el asiento registral.

Este incremento del control judicial debe ser especial en la hipoteca global, donde la entidad financiera puede presentar para la ejecución directa una serie de documentación acreditativa de la existencia y exigibilidad de las obligaciones garantizadas y que, por definición, no aparecen determinadas en el título ejecutivo, sin que el deudor ejecutado pueda oponerse a su inexistencia, inexigibilidad, nulidad..., debiendo esperar a formular su reclamación en el declarativo correspondiente (arts. 695 y 698 LEC).

B) HIPOTECA GLOBAL (HIPOTECA FLOTANTE)

a) *Introducción*

La Ley 41/2007 introduce en la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, un nuevo artículo, el 153 bis, con la siguiente redacción:

«También podrá constituirse hipoteca de máximo:

- a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas;
- b) a favor de las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

De esta forma, dentro de los límites establecidos en el artículo 153 bis LH, se admite la llamada hipoteca global o hipoteca flotante. Como explica CORDERO, la cláusula que identifica una hipoteca global es aquella por la que se pacta la inclusión en la cobertura de la garantía de un número ilimitado de obligaciones que no están determinadas al constituirse la hipoteca, pero que son determinables conforme a los criterios de integración pactados por las partes: la cobertura en garantía es global porque no existe asignación de cuotas separadas de valor en garantía para cada obligación.

Estas hipotecas suponen una anticipación del gravamen. El deudor que otorga una hipoteca anticipada lo hace para tener la oportunidad de obtener crédito de manera continuada y a un coste menor. El acreedor, ya garantizado, otorgará más fácilmente el crédito. Pero para ello el deudor está gravando ya sus bienes y vinculándose a un acreedor determinado.

Se ha defendido que la hipoteca flotante o hipoteca global es una necesidad exigida por la realidad y por los operadores económicos. Con anterioridad de la reforma, algunos autores se habían manifestado claramente a favor (CORDERO, criticando la postura de la DGRN, que no la admitía).

En efecto, tras una postura inicial que admitió la inscripción (por ejemplo, Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1929) así como la ejecución por medio del procedimiento judicial sumario (Resolución de 28 de febrero de 1933, de 16 de junio de 1936), la DGRN ha venido entendiendo durante años que la hipoteca global es incompatible con el principio de determinación de la obligación garantizada y de la accesoriedad de la hipoteca (Resolución de 11 de enero de 1995, de 6 de junio de 1998 y de 7 de junio de 1999). En definitiva, la DGRN no admitía que con un único máximo de responsabilidad hipotecaria una sola hipoteca pudiera servir de garantía a varias obligaciones, y exigía la asignación de una cuota de valor separada para cada obligación.

Para que pudiera practicarse la inscripción, la DGRN exigía en estos casos: 1) la refundición de todas las obligaciones que se trataban de garantizar en una sola, y 2) la existencia de una relación jurídica básica de la que derivaran las obligaciones garantizadas. Como el problema era que, por aplicación de los principios de accesoriedad y especialidad, no se admitía que una hipoteca garantizara obligaciones diferentes, se entendía solucionado el problema si se constituía la hipoteca en garantía de una obligación futura que sería el resultado de novar otras o agrupando todas las obligaciones pendientes, por ejemplo, en un reconocimiento no novatorio o en una apertura de crédito con finalidad solutoria. Lo que sucede es que la novación extintiva supondría la pérdida para las obligaciones de sus garantías específicas.

Aunque en algunas Resoluciones posteriores la DGRN mantuvo una postura más flexible (Resolución de 1 de junio de 2006, de 26 de septiembre de 2006), la hipoteca global no es admitida hasta la reforma de 2007.

Se ha defendido la reforma con el argumento de que responde a una necesidad práctica. Desde luego, se trataba de una aspiración de las grandes entidades financieras. La Resolución de la DGRN, de 12 de septiembre de 2003, pone de manifiesto las dificultades y vericuetos a que debía enfrentarse la constitución de una hipoteca global antes de su admisión expresa por el ordenamiento (12).

---

(12) En el caso, se trata de la posibilidad de inscribir una escritura de hipoteca de máximo constituida en garantía del saldo que arroje una cuenta en la que se cargarán, por la mera voluntad del Banco acreedor, las liquidaciones que sean consecuencia del incumplimiento del «acreditado» derivadas de tres pólizas de crédito que se identifican en la escritura, copias de las cuales se incorporan igualmente a la misma. Respecto de una de ellas, se dice que la hipoteca se extiende a la posterior o posteriores renovaciones del crédito, siempre y cuando tal renovación, que podría documentarse en una nueva póliza de crédito o préstamo, traiga causa de la póliza ya otorgada. Estas obligaciones pueden ser de principal, intereses, comisiones o cualquier otro concepto. Además, el Banco puede cargar en la citada cuenta los gastos que, habiéndose pactado que sean de cuenta del deudor, sean finalmente satisfechos por el Banco, como son los gastos e impuestos que se deriven de la escritura, de las previas no inscritas, las de cancelación, en su día, los gastos judiciales o extrajudiciales que se causen para exigir el cumplimiento del contrato o de



Afirma la Dirección General:

«SEGUNDO. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que *no es posible inscribir en el Registro de la Propiedad aquellas hipotecas que tienen por finalidad garantizar con una sola hipoteca todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera llegar a haber entre acreedor y deudor* (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 9722], 3 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7491] y 10 de julio de 2001 [RJ 2001, 5910], entre otras). Esta clase de hipoteca viene recibiendo la denominación de *flotante*, con lo que se quiere expresar que la hipoteca “flota” sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, dejar caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto a otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro.

*Es típico de esta clase de contratos emplear la técnica de la apertura de crédito en cuenta corriente, aunque, examinados con atención, no hay en ellos verdadera apertura de crédito ni verdadera cuenta corriente.* Síntomas típicos de esta patología suelen ser la indeterminación de las obligaciones garantizadas, al menos respecto de las futuras, el depender exclusivamente de la voluntad del acreedor qué obligaciones quedan finalmente cubiertas por la garantía y qué obligaciones no, y la presencia del pacto en virtud del cual las obligaciones garantizadas no pierden su identidad (ya que se pretende con ello que conserven las otras garantías que le sean accesorias) por el hecho de ser introducidas en la cuenta, o sea, dicho de otro modo, la introducción de una de las obligaciones en la cuenta, que es el acto que implica el estar garantizada por la hipoteca, *no implica la novación de la misma.* Esto es lo que este Centro Directivo viene denominando como *mera reunión contable* de diversas obligaciones que carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante.

---

cualesquiera de sus obligaciones, incluidos los honorarios de letrado y procurador, aunque la intervención de alguno o de ambos sea potestativa, y las primas de seguro e intereses de obligaciones anteriores, si los hubiere. Se pacta expresamente que, una vez cargados en la cuenta corriente especial, los saldos de todas o cualesquiera de las operaciones amparadas por la presente hipoteca, dichas operaciones se entenderán novadas, total o parcialmente, en su caso, por la cuenta especial. La hipoteca se constituye hasta un máximo por principal, un máximo de intereses moratorios y un máximo en concepto de costas y gastos. Se fija una fecha de cierre improrrogable de la cuenta y se pacta la posibilidad del cierre anticipado de la misma, señalándose las circunstancias en que el Banco puede dar por vencida la cuenta. La Registradora suspende, además de por otros defectos que no han sido recurridos, por no configurarse como una verdadera hipoteca en garantía de cuenta corriente, desde el momento en que las obligaciones garantizadas no pierden su autonomía para ser sustituidas por el saldo definitivo que arroje la cuenta a su cierre y por no quedar suficientemente determinadas las obligaciones garantizadas, que incluyen además posibles renovaciones de una póliza de crédito, en realidad obligaciones futuras que no pueden garantizarse con obligaciones presentes.

TERCERO. *En el presente caso ocurre, sin embargo y ante todo, que se dice expresamente que la introducción de cualquiera de las obligaciones garantizadas en la cuenta implica su novación.* Ocurre también que la indeterminación típica de las obligaciones garantizadas es en este caso muy relativa, ya que están garantizadas las obligaciones derivadas de tres pólizas de crédito que están incorporadas a la escritura y que, por tanto, están perfectamente determinadas. Es cierto que se habla en la escritura de la posibilidad de renovar el crédito de una de las pólizas a través del otorgamiento de una o varias pólizas nuevas en el futuro y que estos créditos han de entenderse también cubiertos por la garantía hipotecaria. No obstante, esta indeterminación no impide de manera absoluta la inscripción de la hipoteca, que podría llevarse a cabo suspendiendo la extensión de la misma a estas obligaciones futuras sin determinar.

CUARTO. *En cambio, sí persiste en el presente caso el elemento de arbitrariedad a favor del acreedor a la hora de decidir, entre las obligaciones garantizadas, cuáles se introducen en la cuenta y cuáles no y, sobre todo, decidir cuándo se introducen.* Más concretamente, se pacta: “Se establece que el Banco el acreedor queda expresamente autorizado a efectuar, en cualquier momento, cargos en dicha cuenta siempre que sean generados por incumplimiento de la parte acreditada respecto de las obligaciones garantizadas”. Es necesario hacer notar que la escritura no contiene ningún pacto en virtud del cual el saldo deudor de la cuenta, en caso de llegar a producirse, devengue intereses remuneratorios a favor del acreedor. Naturalmente, esto, en sí mismo, no constituye inconveniente alguno para la inscripción de la hipoteca, pero ayuda a comprender la finalidad práctica de la operación. El sistema perfeñado habría de funcionar del modo siguiente: Líquida, vencida y exigible que fuera una obligación de pago por parte del “acreditado” que trajera causa de las pólizas por él suscritas e incorporadas a la escritura, el Banco podría optar entre proceder ejecutivamente al margen de la hipoteca, cargar en la cuenta la obligación que ha quedado incumplida, que resultaría así novada y ya no sería exigible sino, si al cerrarse la cuenta, ésta arrojaré un saldo deudor, o no hacer nada, dejando que la obligación insatisfecha devengue los intereses de demora pactados (que, en dos de las pólizas incorporadas son del 29 por 100). De estas tres opciones, no tiene sentido elegir la segunda, pues de ello no se deriva ninguna ventaja para el acreedor y sí el inconveniente de que la cantidad adeudada deja de devengar intereses. En consecuencia, el dilema real consiste en tener que elegir entre la primera y tercera opciones. Si finalmente se decide por la última, con ello el Banco no renuncia a ejecutar al margen de la hipoteca en cualquier momento que le pueda interesar hacerlo (a salvo siempre la prescripción de la acción), pero si se acerca la fecha de cierre de la cuenta sin haber ejecutado la obligación y ésta todavía permanece impagada, podrá introducirla en la cuenta poco antes del cierre, incluyendo por supuesto los intereses de demora devengados, y al poco, de no ser satisfecho el saldo al cierre, ejecutar la hipoteca por el total adeudado dentro del límite máximo fijado. En definitiva, líquida, vencida y exigible alguna de las obligaciones derivadas de las pólizas, el Banco podrá optar entre ejecutar al margen de la hipoteca o conceder una espera, con los intereses de demora correspondientes, hasta el momento del cierre de la cuenta a cambio de, en caso de no resultar satisfecha durante esa espera, poder ejecutarla con la garantía hipotecaria ahora constituida. Natural-

mente, los intereses de demora devengados, cuando se introduzcan en la cuenta, estarán cubiertos con la hipoteca siempre que no se sobrepase en conjunto la cifra máxima de capital garantizado por principal, ya que, una vez ingresados en la cuenta, los intereses dejan de ser tales por el efecto novatorio. Esto implica que los intereses moratorios devengados, una vez convertidos en principal adeudado, devengarían nuevos intereses de demora si, al cierre de la cuenta, el deudor no satisface el saldo deudor. No obstante, ello no implica un verdadero y propio pacto de anatocismo, proscrito por la doctrina de este Centro Directivo, a consecuencia de la novación, pero no está de más recordar que el efecto práctico es el mismo.

QUINTO. De los fundamentos anteriores resulta que *la escritura, que es objeto del recurso, soslaya algunos de los principales obstáculos que, para su inscripción, presentan este tipo de hipotecas y que son, de alguna manera, los que aprecia la Registradora en su nota. Sin embargo, persiste uno de ellos, cuál es el hecho de quedar al arbitrio del acreedor si la deuda líquida, vencida y exigible se ha de introducir o no en la cuenta y, sobre todo, el momento en que tal introducción puede hacerse*. De manera que, aunque ya no se refiera la hipoteca a un conjunto indeterminado de obligaciones tan sólo identificadas por las personas de acreedor y deudor y aunque lo exigible ya no sea una mera reunión contable de esas obligaciones, sino un verdadero y propio saldo deudor, lo cierto es que la hipoteca sigue flotando y sigue quedando al arbitrio del Banco sobre qué obligaciones y en qué momento ha de caer su manto protector, sin que haya en ello verdadera concesión de crédito, sino tan sólo de espera cuando el Banco lo considere conveniente y a cambio de la garantía hipotecaria y con el límite máximo de responsabilidad por principal fijado. Una hipoteca así configurada vulnera el artículo 1.256 del Código Civil y es contraria al principio *pars conditio creditorum* (cfr. art. 1.925 del Código Civil).

#### b) *Elaboración de la norma*

En el anteproyecto de Ley sometido a audiencia pública el 26 de octubre de 2006 por el Ministerio de Economía y Hacienda, aparecía ya la propuesta inicial de regulación de esta figura (13).

---

(13) «También podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras. Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución y se hagan constar en la inscripción: la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca; y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Entre las propuestas de modificación formuladas al anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario por la Asociación Hipotecaria Española, de fecha 5 de diciembre de 2006, se sugería que se incluyera la expresión «*sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*» al nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria que se introducía en el Anteproyecto. La inclusión de este párrafo pretendía, por un lado, garantizar que esta nueva posibilidad de movilizar el patrimonio no se vería gravada en un futuro próximo (reglamento, decreto, etc.) con ningún tipo de tasa o arancel cada vez que hubiera de experimentar alguna modificación en las deudas que garantiza. Por otro lado, evitar dudas interpretativas que pudieran afectar a la creación y desarrollo de los productos vinculados a esta figura, agilizando a la vez la inscripción registral. Esta propuesta fue incorporada a la redacción del proyecto de Ley de 9 de marzo de 2007 presentado en las Cortes (14). Lo cierto es que la expresión «*sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*» lo que significa, desde el punto de vista jurídico-civil, es que cada obligación conserva su individualidad.

c) *Rasgos de la regulación actual*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 153 bis LH sólo puede constituirse hipotecas globales a favor de: *a)* entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 LMH, y *b)* a favor de las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social. La principal preocupación de la Ley se refería a las entidades de crédito, y de hecho inicialmente en el proyecto de Ley no se hacía referencia alguna a las Administraciones Públicas.

La Ley exige que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma su *denominación* (como si siempre fueran nominados y típicos) y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado:

- a) La descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas

Se trata de una cláusula de globalización, es decir, la escritura debe fijar los criterios de integración de las obligaciones asegurables. Por ejemplo, esta-

---

(14) BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 127-1.

blecer que la hipoteca asegurará todas las operaciones de descuento bancario, o todos los pagos por avales presentados por el deudor. No será raro que en las escrituras se establezca que la hipoteca garantiza todas las operaciones bancarias existentes entre las partes. De esta forma, la entidad asegura que, sea cual sea la fecha del crédito, su protección derivará de la inscripción de la hipoteca.

b) La cantidad máxima de que responde la finca

Puesto que la hipoteca global puede garantizar un número indeterminado de obligaciones y algunas de ellas ser futuras, no está determinada la cuantía y, necesariamente, la hipoteca debe configurarse como de máximo. Se exige un único máximo común a toda la cobertura, aunque la cobertura puede garantizar a una pluralidad de obligaciones que, inicialmente, están sin determinar. Esta exigencia legal vendría a referirse, precisamente, al rango y a la protección de los acreedores.

Es discutible si resulta aplicable el límite del artículo 114 LH, por lo que se refiere a la cobertura de los intereses y su oponibilidad a terceros. Para las hipotecas de máximo previstas en el artículo 153 LH suele entenderse que no es preciso distribuir la responsabilidad entre las diferentes partidas de principal, intereses remuneratorios e intereses de demora, y que los intereses pueden computarse dentro de la cantidad máxima asegurada y, de hecho, lo normal es que se integren como una partida más de la cuenta (ROCA SASTRE, PRETEL). Pero la hipoteca global, a diferencia de lo que sucede con la hipoteca del artículo 153 LH, no asegura la devolución de un saldo final, sino una pluralidad de obligaciones, por lo que debe jugar el límite del artículo 114 LH (en este sentido, CORDERO y AZOFRA).

Se ha denunciado que la redacción del artículo 153 bis LH vulnera el principio de la *par condicio creditorum*, pues las obligaciones que finalmente decida la entidad, que quedan cubiertas por la hipoteca, tendrán preferencia a los derechos de otros acreedores, con independencia de que estén constituidos en escritura pública o reconocidos por sentencia de fecha anterior (MARTÍNEZ-GIL VICH).

La objeción de que la hipoteca global infringe el principio de la *par condicio* había sido contestada razonablemente por CORDERO, en monografía dedicada a esta figura, con el argumento de que no hay daño para los potenciales acreedores porque la publicidad del gravamen asegura una información suficiente sobre la existencia de la afección en garantía y el montante máximo en que la misma les va a ser oponible.

La cuestión merece ser analizada con más detalle, y sobre todo se plantea en sede de ejecución, a lo que me refiero en el siguiente apartado (d. *Hipoteca global y ejecución*).

c) El plazo de duración de la hipoteca

La norma exige que se fije la duración de la «hipoteca», no de la obligación garantizada. Tiene sentido en una hipoteca en la que el principio de accesoriedad respecto del crédito adquiere rasgos propios, porque esta hipoteca no está necesariamente asociada al vencimiento de una o varias concretas obligaciones. La hipoteca, que supone la afectación de un bien a deudas inicialmente indeterminadas no debe tener una duración indefinida, lo que evita que el bien quede perpetuamente amortizado a favor del acreedor hipotecario (cfr. Resolución de la DGRN de 4 de julio de 1984, que señalaba la falta de plazo como una objeción con arreglo a los principios hipotecarios).

Lo que sucede es que el cliente se ve obligado a soportar una hipoteca durante el tiempo pactado, aun cuando no haya nacido ninguna obligación ni vaya a nacer en el futuro, lo que merece algún comentario. Se trata de una norma que favorece fundamentalmente a las entidades financieras, que han captado a un cliente que no puede liberar el bien de la hipoteca y contratar con otras entidades que le pudieran formular mejores ofertas de crédito. En efecto, el artículo 82 LH requiere el consentimiento del acreedor para cancelar la hipoteca, por lo que si no concurre este presupuesto el «deudor», que no es deudor, no podrá lograr la cancelación de la hipoteca «vacía».

Se ha denunciado, además, que hubiera sido deseable que se reconociese un derecho de desistimiento del deudor y un plazo a partir del cual la hipoteca se pudiese cancelar por caducidad (CORDERO). Con anterioridad a la Ley 41/2007 era frecuente la inclusión de un pacto de desistimiento que excluyera la cobertura para el futuro, esto es, sin afectar a los créditos que ya hubieran podido nacer. La mayoría de la doctrina crítica que en la Ley no se haya recogido esta posibilidad (DELGADO, MARTÍNEZ GIL-VICH). En contra de esta crítica ha argumentado que el deudor podría exigir, pese al silencio de la ley, la cancelación de la hipoteca cuando todas las obligaciones presentes estén satisfechas, acudiendo a un juicio declarativo en caso de que la entidad se negara, al amparo de lo dispuesto en el artículo 82.III LH (en ese sentido, AZOFRA).

En mi opinión, y puesto que la ley introduce la necesidad de que se fije un plazo, será difícil que, con la sola cita del artículo 82 LH, pueda el juez cancelar la hipoteca. El precepto permite obtener en juicio ordinario la cancelación cuando proceda la cancelación y el acreedor se niegue a dar su consentimiento, pero no parece que sea el caso que nos ocupa, pues no es seguro que proceda la cancelación cuando se ha pactado un plazo de duración. Cuestión diferente será que, en algún caso, por las circunstancias, pueda considerarse que el plazo fijado no es tal (por equivaler a una hipoteca perpetua, a la vista de su duración), o que es contrario a la buena fe y permite, bien acudir a la doctrina jurisprudencial del desistimiento en las relaciones jurídicas indefinidas bien a declarar la nulidad del plazo por su carácter abusivo.

d) La forma de cálculo del saldo final líquido garantizado

Además, establece el artículo 153 bis LH que podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento (de las obligaciones) pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (último párrafo del art. 153 bis LH).

Aunque no se diga expresamente debe entenderse que esta hipoteca no es ejecutable por medio del procedimiento extrajudicial de ejecución de hipotecas, por impedirlo los presupuestos de esta forma de ejecución (la exigencia de determinación inicial de la deuda, art. 253 LH) y como, por otra parte, es doctrina habitual en el ámbito de la ejecución de la hipoteca del artículo 153 LH (GARCÍA GARCÍA, CORDERO).

d) *Hipoteca global y ejecución*

En el Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia hecho público el 27 de octubre de 2006 para audiencia pública por el Ministerio de Economía y Hacienda, se preveía una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se refería únicamente a la certificación de cargas y a la nota marginal de expedición de la certificación, añadiendo en los artículos 656.1 y 688.2 LEC previsiones acerca de la necesidad de que en la certificación y en la nota marginal se hiciera referencia al saldo final exigible (15). Las normas proyectadas eran confusas pues, por ejemplo, la referencia a que la certificación de cargas hiciera referencia al saldo final sólo tendría sentido si ese saldo final hubiera tenido previamente acceso al Registro, lo que no se exige en ninguna otra norma. Ninguna modificación de la Ley de Enjuiciamiento pasó al proyecto ni a la Ley sobre esta materia.

---

(15) Disposición Final segunda. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 1. Se añade un nuevo número 3 al apartado 1 del artículo 656 de la Ley con la siguiente redacción:

«3. Importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo».

2. Se modifica el primer párrafo del apartado 2 del artículo 688 de la Ley, que pasa a tener la siguiente redacción:

«El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha, la existencia del procedimiento a que se refiere y el importe del principal reclamado o el saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo».

Los principales problemas de la hipoteca global o flotante se plantean en sede de ejecución. En la práctica anterior a la Ley 41/2007 se incluían en las escrituras de constitución de la hipoteca cláusulas en cuya virtud las relaciones entre las partes podían quedar reflejadas en una cuenta corriente. De esta forma se intentaba disponer de un título ejecutivo preparado de manera unilateral por la entidad de crédito y sin necesidad de contar con el consentimiento posterior del deudor, de conformidad con los artículos 153 LH, 572 LEC y 245 RH. Puesto que no se trata de un contrato de cuenta corriente y las diferentes obligaciones garantizables con la hipoteca podrían estar documentadas en títulos diferentes, se pactaba también que la aportación de estos documentos integraría el título ejecutivo (art. 517 LEC).

Para algunos autores, la ejecución de la hipoteca global con arreglo al procedimiento judicial sumario sólo sería posible si se acudiera al procedimiento previsto en el artículo 143 LH (nota al margen de la inscripción obligatoria cuando se contraiga la obligación futura). Pero el inconveniente para las entidades de crédito de esta forma de acceso a la ejecución es que la nota marginal sólo puede practicarse (art. 238 RH), en defecto de documento público que instrumente la obligación (lo que exigiría, para la hipoteca global, que todas las obligaciones garantizadas se documentaran en instrumento público, con el gasto que ello supone), mediante solicitud firmada por ambas partes (es decir, lo que pretenden evitar las entidades de crédito, con el consentimiento del deudor).

El nuevo artículo 153 bis LH establece que podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De esta forma, mediante la remisión del artículo 153 bis al artículo 153 LH, lo que hace el legislador es admitir expresamente la posibilidad de ejecución por medio de certificación del saldo por parte de la entidad de crédito para la hipoteca global, que es una hipoteca diferente de la del artículo 153 (hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito). La DGRN había mantenido una postura contraria, pues entendía que el principio de igualdad de los contratantes únicamente encontraba excepción en la hipoteca del artículo 153 LH y que esta forma de liquidación presuponía una relación básica de crédito ya vinculante (Resoluciones de 26 de noviembre de 1990 y de 11 de enero de 1995).

Puesto que, por definición, en el título constitutivo de la hipoteca global no está determinada inicialmente la obligación garantizada, ni siquiera su existencia, es preciso proceder a la integración del título para poder llevar a cabo la



ejecución cuando se incumpla la obligación nacida y garantizada. La Ley opta por el modo más sencillo, la remisión al artículo 153 LH. La certificación del saldo por parte de la entidad integra el título ejecutivo precisamente porque una de las exigencias que establece la Ley es que se fije la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado y, además, puede pactarse en el título, y será lo normal, que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. De esta forma, *en el nuevo régimen legal se establece que la liquidación efectuada por la entidad financiera, eso sí, conforme al procedimiento pactado en la escritura de constitución, no solo liquida la deuda, sino que incluso acredita su existencia. La responsabilidad del deudor es exigible partiendo entonces de la presunción de certeza que el legislador atribuye a la certificación de la entidad.*

Esta opción del legislador ha sido sometida a crítica, pues el hecho de que se le atribuya en un contrato, normalmente de adhesión, la facultad de certificar el saldo puede resultar insuficiente cuando no se trata de hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente. La hipoteca flotante no lo es. Si lo que se está garantizando es la existencia de una pluralidad de obligaciones futuras, *a priori* no determinadas, sin que se exija ni una conexión causal, ni un negocio jurídico subyacente se ha considerado excesivo que quede en manos de una de las partes la posibilidad de fijar las concretas obligaciones que se garantizan de manera unilateral (cfr. art. 1.256 CC). En este sentido, se ha podido hablar de una situación de indefensión en la que queda el deudor, pues la certificación no sólo certificará el saldo, no sólo se referirá a la cuantía, sino que además se referirá a la existencia de las obligaciones sin contar con el consentimiento del deudor (MARTÍNEZ-GIL VICH).

La ejecución de la hipoteca global obliga a revisar algunos aspectos relacionados con los problemas de cuáles son los títulos aptos para la ejecución (y la integración extrarregistral del título) y la limitación de causas de oposición admisibles en el ejecutivo sumarial. Ninguna modificación de la Ley procesal se ha llevado a cabo sin embargo por la Ley 41/2007, por lo que se refiere a la ejecución de la hipoteca global.

Por lo que se refiera al *título apto para instar la ejecución* es posible, en primer lugar, que el título constitutivo de la hipoteca (basta la certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca cuando se trata de las entidades crediticias a que se refiere el art. 685.4 LEC) vaya acompañado de los títulos de crédito revestidos de los requisitos requeridos para el despacho de ejecución (art. 685.2 y art. 517 LEC: escritura pública, póliza intervenida...).

Estos títulos deben documentar y acreditar el nacimiento, vencimiento y cuantía de las obligaciones. Para despachar la ejecución, el juez debe examinar que los títulos no adolecen de ninguna irregularidad formal (art. 551 LEC).

Cabe, incluso, que esos títulos sirvan para practicar la nota marginal a que se refiere el artículo 143 LH, que permite al acreedor acudir al procedimiento judicial sumario.

Además, y en segundo lugar, el artículo 153 bis LH permite el pacto, y por ser esto lo que más interesa a las entidades crediticias, será lo corriente en la práctica, en cuya virtud será posible que se ejercite la acción hipotecaria integrando el título constitutivo con la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes.

La remisión del artículo 153 bis al artículo 153 LH podría hacer dudar si debe interpretarse como que basta, en caso de haberse pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, con la certificación del saldo de la entidad acreedora (párrafo 5 del art. 153) o si es preciso acompañar esa certificación del saldo del «documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo», que es lo que exige el artículo 573 LEC. En mi opinión, puesto que el artículo 153 LH quedó modificado por lo dispuesto en el artículo 573 LEC, debe entenderse que no bastaría con la certificación del saldo, y que es preciso que venga refrendada por la intervención de un fedatario.

Pero es cuestión discutida, y da lugar a prácticas desiguales en los Juzgados, como explica M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, precisar el contenido de las operaciones que debe realizar el notario antes de expedir el documento fehaciente: para unos, bastaría con que el notario examine de modo sumario las partidas de la cuenta, según el extracto que le presente la entidad mientras que según otra opinión, que me parece preferible, el fedatario debe realizar un examen previo de las operaciones que hayan llevado a la fijación de ese saldo, con la finalidad de que el deudor pueda valorar si la cantidad que se le reclama es la efectivamente debida. Si estas dudas se han suscitado hasta ahora en la aplicación del artículo 573 LEC, no cabe duda de que la cuestión es más compleja cuando se trata de una hipoteca global.

En este procedimiento, las *causas de oposición están muy limitadas* (art. 695 LEC), por lo que todas las reclamaciones no comprendidas en las causas de oposición admitidas, incluidas las que versen sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda deben ventilarse en un declarativo ulterior (art. 698 LEC). En este último caso no se suspende la ejecución, si bien se puede solicitar la retención del remate para preservar la pretensión del demandante.

Puesto que, como he venido diciendo, la entidad financiera puede fijar unilateralmente no sólo la cuantía, sino también la propia existencia de las obligaciones garantizadas, el deudor ejecutado puede quedar en una situación de indefensión. La integración extrarregistral del título necesaria en este tipo de hipotecas no ha ido acompañada de una reforma de la LEC que permita analizar los títulos presentados por la entidad ni tampoco revisar nuevas causas

de oposición diferentes de las que, *numerus clausus*, recoge el artículo 695 LEC. Con todo, el juez deberá examinar la demanda y los títulos y documentos que se acompañen para comprobar si existe título ejecutivo y se adecua a lo previsto en el artículo 153 bis LH.

El deudor presta inicialmente su consentimiento al firmar la escritura de constitución de la hipoteca, y deberá consentir para el nacimiento de cada una de las obligaciones posteriores que vaya contrayendo con la entidad, pero al final dependerá exclusivamente de ésta el determinar qué deudas quedan garantizadas por la hipoteca. Se otorga una fuerte presunción de certeza y veracidad a la certificación de la entidad.

Dudas especiales pueden plantearse cuando la deuda hubiera sido contraída por el deudor con un tercero que cede después su crédito a la entidad. ¿Puede la entidad acreedora someter el crédito adquirido por cesión (o aquellos en los que pueda subrogarse por pago) sin contar con la voluntad del deudor? En mi opinión, contra la voluntad del deudor, la respuesta debería ser negativa, y habrá que atender a la cláusula de globalización recogida en la escritura para determinar qué créditos quedan sometidos a la garantía hipotecaria y, en su caso, determinar si la conducta de la entidad puede considerarse abusiva, pues sin voluntad expresa en tal sentido es difícil deducir que el deudor quisiera garantizar con la hipoteca global deudas contraídas con terceros (parecidamente, CORDERO; contra, AZOFRA).

Otro grupo de problemas son los que plantea la hipoteca global cuando se pueden ver afectados derechos de terceros. *La cuestión es: ¿en qué medida la constitución de una hipoteca global puede afectar a otros acreedores?* En mi opinión, hay que distinguir según se trate de créditos posteriores o anteriores a la inscripción de la hipoteca global.

a) Cuando se trata de *créditos posteriores a la inscripción de la hipoteca global*, el nuevo acreedor («tercero») ya ha podido conocer la existencia de la hipoteca global y el máximo de que va a responder la finca hipotecada, por lo que no se le causa ningún perjuicio frente al que deba ser protegido por el hecho de que posteriormente se lleve a cabo la ejecución de esa hipoteca. Si hubiera sido diligente y su deudor no tuviera bienes suficientes para responder podía haber exigido otras garantías para contratar (un aval, por ejemplo, o la hipoteca sobre otros bienes...).

Con todo, debe observarse que la introducción de la figura de la hipoteca global beneficia en particular a los grandes acreedores financieros. Si existe una hipoteca global, los demás acreedores del deudor garantizado ya no le concederán crédito (o lo harán exigiendo garantías adicionales), pues siempre se verán postergados frente a la primera entidad. Ésta concederá avales, fianzas, líneas de crédito, y el deudor nunca podrá beneficiarse, durante el tiempo fijado en la escritura de constitución de la hipoteca, de mejores ofertas de otras entidades.

b) *¿Quid* cuando se trata de *créditos anteriores a la inscripción de la hipoteca*? La Ley permite constituir una hipoteca global en garantía de obligaciones «presentes y/o futuras». Cuando el tercero se convierte en acreedor, concede crédito al deudor, aunque no exija garantías adicionales, la hipoteca global puede no estar constituida, por lo que no hay publicidad de gravamen que le proporcione información sobre ninguna garantía. Si la entidad financiera a cuyo favor se constituye la hipoteca global puede incluir bajo su cobertura no sólo obligaciones futuras, sino también obligaciones ya nacidas, ¿puede entenderse que hay daño para otros acreedores, que pueden quedar postergados por créditos posteriores que acaban siendo garantizados por una hipoteca global?

En realidad, no debe perderse de vista que, aun cuando se tratara de una hipoteca ordinaria, ésta puede garantizar un crédito posterior a otros créditos del mismo deudor, de fecha anterior, y que quedarían postpuestos al hipotecario. El privilegio del crédito hipotecario no nace del crédito, sino de la inscripción (art. 1923.3.º CC) (16): Lo decisivo para determinar el rango entre un acreedor hipotecario y otro que no lo es resulta del acceso al Registro. Es irrelevante que esos créditos anteriores, que no han accedido al Registro, consten en escritura pública o reconocidos por sentencia, pues eso sólo les atribuye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.924 del Código Civil, un privilegio general, pero siempre quedarían postergados respecto de un crédito hipotecario, aun cuando la hipoteca se hubiera constituido con posterioridad al crédito. La preferencia por orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias es criterio decisivo «entre sí», cuando concurren varios créditos en escritura pública o reconocidos por sentencia firme, pero no frente a un crédito hipotecario.

Realmente, *frente al crédito hipotecario son preferentes*: determinados créditos a favor del Estado en concepto de impuestos sobre el mismo bien,

---

(16) Artículo 1923.3.º del Código Civil: Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.

Artículo 1.927 del Código Civil: Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.

Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán, en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes:

1. Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1 y 2 del artículo 1.923 a los comprendidos en los demás números del mismo.

2. Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3 del citado artículo 1.923 y los comprendidos en el número 4 del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.

o de los aseguradores del bien en concepto de primas del seguro y en ambos casos hasta los límites establecidos (art. 1923.1.º y 2.º CC), determinados créditos salariales (art. 32 ET) y los créditos a favor de la comunidad de propietarios derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales con los límites del artículo 9.1.e) LPH.

Los acreedores de créditos preferentes a los que se ejecuten con la hipoteca global *no podrán interponer una tercera de mejor derecho*. Puesto que el artículo 698 LEC remite al juicio que corresponda todas las reclamaciones que no estén incluidas en los artículos 695 y siguientes, y legitima para ello no sólo al deudor ejecutado sino al tercer poseedor y a cualquier interesado, debe entenderse que no debería admitirse en la ejecución sumaria una tercera de mejor derecho (STS de 5 de noviembre de 1992 y auto AP Barcelona, de 20 de septiembre de 2006).

Si el *crédito hipotecario concurre con otros créditos hipotecarios o con créditos refaccionarios anotados o inscritos*, o con créditos anotados preventivamente (art. 1923.4.º CC) (17), el inscrito en primer lugar tiene preferencia sobre los demás. El criterio, entonces, de manera general, no es el de la antigüedad del crédito, sino que se resuelve atendiendo a la prioridad temporal en la inscripción. Las objeciones que puedan hacerse a este criterio son las mismas, se trate de una hipoteca global o de una hipoteca ordinaria. También en el caso de una hipoteca ordinaria la inscripción de la hipoteca de un crédito posterior puede ser anterior a la anotación de embargo de un crédito anterior, y tiene preferencia la hipoteca.

Aun cuando el tema es discutible (18), parece preferible entender —con GULLÓN— para el caso en que el crédito garantizado por hipoteca es anterior a la anotación preventiva de embargo sobre el mismo bien, y la escritura de la hipoteca es anterior a la anotación de embargo, pero la inscripción de la hipoteca es posterior, no son preferentes ninguno de los dos créditos y, en tal caso, el problema debe resolverse atendiendo al privilegio general según el artículo 1924.3.º del Código Civil (fechas de las escrituras y de las sentencias). La misma solución debe mantenerse cuando se trata de una hipoteca global.

---

(17) Artículo 1923.4.º del Código Civil: Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.

(18) La jurisprudencia no ha mantenido una postura uniforme y en ocasiones ha considerado preferente al crédito hipotecario (sentencias de 21 de febrero de 1975, 5 y 19 de octubre de 1981) y, en otras, al embargo anotado (sentencias de 8 de abril de 1965 y 10 de marzo de 1973).

C) LIMITACIÓN DE LAS CLÁUSULAS INSCRIBIBLES

a) *Introducción*

Las escrituras de constitución de hipoteca constituyen un complejo enmarañado de cláusulas en las que se incluyen numerosas obligaciones a cargo del deudor. Al amparo de su función calificadora, los registradores han negado en ocasiones la inscripción de algunas de estas cláusulas (art. 18 LH: los registradores calificarán... la validez de los actos dispositivos contenidos en la escritura pública), generalmente con el argumento de que recogían extremos ajenos al derecho real de hipoteca que es objeto de inscripción (art. 9.3 LH) o de que se trata de estipulaciones, pactos o cláusulas que carecen de trascendencia real (art. 51.6 RH).

El artículo 12 LH, con anterioridad a la reforma de 2007, establecía que: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieran estipulado». La redacción de esta regla, además de asegurar que en la inscripción quedara delimitado la deuda garantizada, trataba de establecer que la garantía hipotecaria se extendía a los intereses.

La pregunta que se plantea es la de si se inscribe la hipoteca o el crédito hipotecario. La cuestión no es meramente retórica ni terminológica, pues tiene consecuencias prácticas importantes en la ejecución hipotecaria. En efecto, el tema está vinculado con la ejecución y con la posibilidad o no de integrar extrarregistralmente el título ejecutivo (art. 130). Si sólo se inscribe la hipoteca, pero no todas las cláusulas pactadas entre las partes, y si sólo puede despacharse ejecución conforme a los extremos que hayan accedido al Registro, no es irrelevante la determinación de lo que debe acceder al Registro. De manera más amplia, la cuestión está relacionada con la idea de la flexibilidad de la hipoteca, con la admisión de la hipoteca independiente, es decir, si puede existir una hipoteca aunque no haya crédito garantizado.

Pueden advertirse dos posturas enfrentadas:

- Según una primera tesis, al Registro de la Propiedad únicamente debe acceder los escuetos elementos esenciales del crédito hipotecario, dejando lo demás fuera del Registro, simplemente documentado en el título notarial, que es la base de la ejecución judicial. Esta postura doctrinal, ciertamente minoritaria, es coincidente con las opiniones reflejadas en los informes de la Asociación Hipotecaria Española, que representa los intereses de los grandes acreedores financieros.
- La opinión mayoritaria, sin embargo, no es ésta. La opinión común es la de que, por razones de seguridad jurídica, sólo puede oponerse a terceros las cláusulas debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad, por gozar de la necesaria publicidad.

El problema es que la redacción del texto del artículo 12 LH, finalmente aprobado, no es muy claro, y puede dar lugar a interpretaciones diferentes.

b) *Elaboración de la norma*

El anteproyecto sometido a audiencia pública por el Ministerio de Economía y Hacienda, el 26 de octubre de 2006, contemplaba una modificación del artículo 12 LH, que pasaría a tener la siguiente redacción:

«Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación u obligaciones aseguradas y el de los intereses, si se hubiesen estipulado, o bien el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración».

La Asociación Hipotecaria Española, en su documento de posición al anteproyecto de Ley, criticó la redacción del texto denunciando «la cicatería con la que se plantea la necesaria reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria podría seguir afectando seriamente al desarrollo de nuevos productos permitiendo la configuración de nuevas islas de indefinición e inseguridad jurídica, y manteniendo la actual condición de autocensura previa que tantos problemas viene planteando para la innovación comercial» (19).

---

(19) Continuaba el documento: «Estamos convencidos de que esta opinión es compartida también mayoritariamente por la comunidad de juristas españoles incluidos, por supuesto, los cuerpos más directamente implicados en el proceso generador de hipotecas, los registradores y los notarios, ya que garantiza el desarrollo y consolidación del modelo hipotecario español frente a otras alternativas que ganan rápidamente terreno en los mercados extranjeros, como son el seguro y la caución. Esto hace especialmente inexplicable la cortedad de miras con la que se trata este punto fundamental de la reforma. *Debería ser suficiente la voluntad de las partes recogida en un documento formalizado y autorizado por el fedatario público para configurar y determinar formalmente la deuda de la que será accesoria la hipoteca y las reglas o pactos financieros que regularán su evolución en el tiempo, sin más limitaciones que las disposiciones legales imperativas o prohibitivas y el sometimiento único a las instancias judiciales.* Manteniendo el tratamiento actual del contrato en documento público en el proceso de constitución de la garantía, que no modifica el anteproyecto, se perpetuaría un importante factor de ineficiencia e inseguridad jurídica que es necesario eliminar definitivamente de nuestro mercados».

Todos estos aspectos ya fueron solicitados públicamente en el informe anual de la Asamblea de 2005 con los siguientes argumentos:

«(...) Recientes estudios encomendados por la Comisión a diferentes analistas internacionales sobre la eficiencia de los mercados hipotecarios regionales, coinciden en señalar al español como uno de los que tienen mayores dificultades para desarrollar nuevos productos y atender nuevos segmentos de actividad y clientes como consecuencia de la rigidez de nuestra legislación hipotecaria. El Congreso diagnostica certeramente esta necesidad cuando insta al Gobierno en su Proposición no de Ley a «Facilitar la diversidad de productos ofertados». *La actual configuración de la calificación registral introduce una notable inseguridad jurídica en el mercado, en la medida que permite que contratos*



El informe de la Asociación Hipotecaria Española apuntaba a una reducción de la calificación registral en aras, se decía, a una uniformidad en los asientos registrales y a una mayor flexibilidad de los productos que puedan acceder al Registro. En el resumen de las propuestas de modificación formuladas al anteproyecto de Ley se concluía que las modificaciones propuestas por la Asociación, «siendo respetuosas tanto con la fe pública como con el Registro, deben redundar en una mayor seguridad jurídica, menos trabas a la innovación y un considerable incremento de la competencia en beneficio de los ciudadanos». Desde este punto de vista se proponía la adición de un punto dos al artículo 12 de la Ley Hipotecaria:

*«Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de las operaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se inscribirán en los términos que resulten de la escritura de formalización, en tanto no sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas» (20).*

---

*idénticos en todas sus características sean inscritos sin reparos por unos registros y rechazados por otros, incluso en el mismo término municipal.*

En un mercado moderno y eficiente no es asumible la existencia de islas territoriales de exclusión de determinados productos y menos aún, que estas situaciones sean sostenibles impunemente en el tiempo a pesar de los perjuicios que puedan producir en el mercado.

*La excesiva discrecionalidad en la inscripción de las garantías inhibe necesariamente a los operadores nacionales en el desarrollo de nuevos productos y resulta incomprensible para los operadores europeos, que ven en ella una barrera insuperable para la distribución de sus productos y una grave obstrucción institucional a los esfuerzos desplegados desde todos los ámbitos políticos, legislativos, económicos y sociales para hacer un mercado eficiente y sin barreras a nivel europeo.*

Estas discrepancias en la calificación son aún menos comprensibles cuando los contratos además de ser idénticos, han sido previamente autorizados por los profesionales del derecho a quienes el Estado atribuye en exclusiva la responsabilidad de autorizarlos y de dar fe de conformidad con la Ley. Y si estas dificultades están surgiendo en un mercado de productos limitados, sencillos, bien conocidos y con larga experiencia, parece evidente que en un mercado de productos más complejos, abiertos y renovados, el funcionamiento de la hipoteca como garantía en las circunstancias actuales sería, en la práctica, inviable.

Urge pues, revisar en profundidad la legislación hipotecaria, posibilitando fórmulas de hipotecas mucho más flexibles que las actuales sin pérdida de eficacia ante los tribunales.

Para ello *es necesario definir claramente el ámbito estricto al que debe limitarse la capacidad de calificación*, sin solapes de ningún tipo con la actuación y responsabilidad notarial en la autorización de las escrituras, *garantizar al máximo la unidad de criterio registral en todo el territorio nacional* y crear un órgano independiente para la resolución urgente de los conflictos que puedan surgir en la práctica diaria».

(20) La AHE entendía que, con la redacción que proponía, el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, «no sólo mejoraría la capacidad de las entidades de crédito españolas para desarrollar y ofrecer nuevos productos, incrementando la competencia interna, sino que tendrían también cabida otros productos que hoy son habituales en los mercados



En un paso más a la hora de restringir el acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas pactadas en el título constitutivo de la hipoteca, el *proyecto de Ley* presentado por el Gobierno en las Cortes proponía la siguiente redacción para el artículo 12 (BOCG. Congreso de los Diputados, 9 de marzo de 2007):

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas.

En el Registro de la Propiedad sólo podrán inscribirse las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca previstas expresamente por la Ley».

En el «*Foro Hipotecario*» organizado por el Colegio de Registradores, celebrado el 18 de abril de 2007, con intervención de Jaime VEGAS (Catedrático de Derecho Procesal), y Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Catedrático de Derecho Civil), se denunciaron indicios de inconstitucionalidad en el proyecto, por quedar fuera del Registro cláusulas como las de vencimiento anticipado en caso de impago y las cláusulas financieras y, al mismo tiempo, disponer que la ejecución se hará con arreglo a las escrituras, no al título registrado, lo que podría dar lugar a indefensión. La opinión mayoritaria, expresada en esa sede, era la de que todas estas cláusulas deben ser inscritas (21).

La redacción final del artículo 12 LH, tal y como fue aprobada, es idéntica a las *enmiendas* que, de manera totalmente coincidente, presentaron al proyecto de Ley el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia y Unió, enmienda núm. 46) y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (enmienda núm. 90). Ambas presentaban, a su vez, idéntica justificación:

«En el Proyecto se omite del artículo la referencia a la naturaleza, cualquiera que sea, de las obligaciones garantizadas y a la duración de la hipoteca. Considerando que, de un lado, debe incluirse la mención a la naturaleza de las obligaciones garantizadas, ya que debe concordarse su redacción con lo previsto en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, y, de otro, debe constar en el Registro un elemento esencial, de la obligación garantizada, de evidente interés para los terceros, como es el plazo o duración de la deuda, por lo que se propone adicionar el texto indicado en **negrita** en el primer párrafo.

europes. De esta forma, la hipoteca española se pondría también en línea con la exigencia de los mercados y de la Comisión de flexibilizar al máximo el concepto de accesoria de la hipoteca en todos los países en los que existe para incrementar la competencia transfronteriza y facilitar el acceso libre de los ciudadanos europeos a todos los productos hipotecarios. A la vez, se refuerza y reafirma la idoneidad de la hipoteca accesoria como garantía de máxima seguridad, sin contradicciones para la distribución de productos hipotecarios de activo y de pasivo en todos los mercados europeos».

(21) Foro Hipotecario del Colegio de Registradores, 18 de abril de 2007. Intervenciones de C. RODRÍGUEZ BRAUN, J. VEGAS TORRES, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, R. SANZ COMPANY, F. CABRILLO RODRÍGUEZ ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)).

La redacción del segundo párrafo del Proyecto no añade claridad al alcance de la inscripción del derecho real de hipoteca, pudiendo ser interpretado en un sentido limitativo de dicho alcance, sustrayendo de la información registral el contenido de cláusulas complementarias o definidoras de otras de carácter real o que por ser financieras debieran de recogerse en el asiento del Registro.

Además la seguridad del tráfico jurídico no permite omitir en la inscripción el contenido de todo lo pactado en el clausulado de la escritura de hipoteca, pues lo contrario, tal y como el Proyecto de Ley pretende, supone volver al sistema de clandestinidad anterior a la promulgación de la primera Ley Hipotecaria. Además la Federación Hipotecaria Europea y el Ministerio de Economía y Hacienda rechazan en sus recomendaciones y respuestas respectivas al Libro Verde de la Comisión de la Unión Europea sobre el “Crédito Hipotecario en la UE”, las hipotecas y cargas ocultas, por sus consecuencias negativas en el campo de la seguridad jurídica y en el mundo de la economía».

La curiosa coincidencia en la acogida de la modificación propuesta por la AHE en las enmiendas de los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, Catalán y Popular acabó teniendo su reflejo en el texto aprobado (22).

c) *El artículo 12 LH*

Finalmente, el artículo 12 LH queda redactado en los siguientes términos:

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

---

(22) Muy parecidamente, la enmienda número 11 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds proponía la siguiente redacción del párrafo segundo del artículo 12 LH: «Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de las operaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resultan de la escritura de formalización en tanto no sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas». La motivación aludía también a la necesidad de «dotar al Registro de la Propiedad, de carácter público, de mayor transparencia»: «Las cláusulas de las hipotecas no sólo interesan al prestamista y prestatario, sino a todos los terceros y especialmente a la Administración. Por ello, no pueden quedar ocultas. No es suficiente con conocer la cuantía del crédito y sus intereses. También son importantes sus condiciones».

La Exposición de Motivos aclara que:

«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real».

Es evidente el cambio entre la redacción proyectada y la aprobada. La redacción proyectada dejaba fuera del Registro todo el contenido del préstamo o del crédito garantizado por la hipoteca, salvo que una Ley estableciera otra cosa. La Exposición de Motivos del proyecto de Ley de 9 de marzo de 2007 aclaraba que:

«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado bancario de préstamos hipotecarios consisten en que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria; las demás cláusulas del contrato de préstamo, crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca no serán inscribibles, *salvo que la Ley dispusiera cosa distinta*».

Y por Ley sólo se prevé expresamente la inscripción en los siguientes casos:

- extensión al usufructo en la hipoteca de nuda propiedad (arts. 111, 134 y 107.2.º LH);
- pacto de que la hipoteca asegura intereses en perjuicio de tercero (art. 114 LH);
- pacto sobre venta extrajudicial del bien (art. 129 LH);
- pacto de que la obligación garantizada sólo se haga efectiva sobre los bienes hipotecados (art. 140 LH);
- pacto que pueda modificar o destruir la eficacia de la hipoteca —posposición, por ejemplo— (art. 144 LH);
- pacto sobre cancelación de la hipoteca (art. 157 IV LH).

Es especialmente relevante la inscripción de las causas de vencimiento anticipado. El artículo 693 LEC sólo se refiere expresamente a la inscripción

de la estipulación de vencimiento anticipado por impago de algunos de los plazos pactados. No hay referencia legal a la inscripción de otras cláusulas de vencimiento anticipado que con frecuencia se han venido recogiendo en las escrituras de hipoteca por el incumplimiento de las más diversas obligaciones (falta de concertación o del pago de las primas de un seguro, falta de pago de los gastos e impuestos...).

Existe, como ha quedado apuntado antes, una abundante doctrina de la DGRN acerca de la inscripción o no de muchas de estas cláusulas. El proyecto las dejaba fuera del Registro a todas ellas (art. 12). Al mismo tiempo, al establecer en el artículo 130 que la ejecución directa debía llevarse a cabo teniendo en cuenta tanto los extremos contenidos en el asiento como los contenidos en el título, todo el clausulado financiero que figuraba en el título pero no había accedido al Registro podría ser tenido en cuenta por el juez en la ejecución hipotecaria.

Ahora bien, el texto definitivamente aprobado dice otra cosa, pero lo hace de tal manera que no es de extrañar que se hayan producido interpretaciones contrarias:

- que la Ley impone la inscripción de todas las cláusulas financieras, sean o no de naturaleza real, previa calificación de su validez;
- que la Ley limita la calificación a las cláusulas de trascendencia real, obligando a la inscripción de las cláusulas financieras directamente y sin calificación, como si se tratara de un depósito de las mismas y dando lugar a una mera publicidad noticia.

En mi opinión, la redacción aprobada conecta con la interpretación que con anterioridad había mantenido la DGRN, en especial en la Resolución de 19 de abril de 2006 (23). Así lo expresa, de manera satisfecha, la DGRN en su Resolución de 21 de diciembre de 2007, recién aprobada la Ley:

---

(23) Afirma la Dirección General: «Resulta un *prius* lógico exigible al registrador que éste determine qué cláusulas no se inscriben por carecer de tal trascendencia jurídico-real y qué cláusulas sí son inscribibles, previa su calificación.

*La calificación que debe efectuar el registrador*, como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma *se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico-real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad*; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador».

En el caso, el registrador deniega el acceso al registro de determinadas cláusulas por entender que las mismas contravienen la normativa de condiciones generales de la contratación y de defensa de consumidores y usuarios. Sin embargo, según la DGRN, tal posibilidad está vedada para el registrador por las siguientes razones:

«Siguiendo la tesis expuesta en esa Resolución de este Centro Directivo e incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 de la LH)—, porque así se deriva del ámbito objetivo al que se refiere la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 2 de la LH y 4 y sigs. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta —publicidad *erga omnes* de tales derechos reales inmobiliarios—, destaca la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que en su Exposición de Motivos proclama que las medidas contenidas en ella y dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios “tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa”, añadiendo tal Exposición que “a tal fin se establece que en la

- Primera, porque el registrador no es un juez; por tanto, carece de la posibilidad de decidir la nulidad de una cláusula, que es condición general de la contratación, en los términos de su mismo razonamiento.
- Segunda, porque tratándose de condiciones generales de la contratación que, según la misma fundamentación del registrador se reputan abusivas, su calificación se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto afirma que «el registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

En consecuencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, según la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril; tal apartado, lo único que hace es atribuir al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas, añadiendo la Disposición Adicional primera de esa Ley 26/1984, de 19 de julio, también incorporada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, un elenco de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; enumeración que basta apreciar su inciso inicial es *ad exemplum*.

Tercera, lo anterior, esto es, la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito *sine qua non* para que el registrador deniegue el acceso al Registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico-real inmobiliaria, se deduce de la simple lectura de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2002, por las que se anularon diversos preceptos del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Así, en el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales». Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales».

En consecuencia, el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Habiendo el Registrador de la Propiedad basado su calificación en tal particular proceder, ha infringido los artículos 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria».

inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración”, de donde “las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real.

La conclusión lógica de esa voluntad del legislador es que respecto de la hipoteca, sea quien *sea el acreedor en cuyo favor se haya constituido y como regla general, el registrador sólo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria* que son el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración (art. 12, párr. primero de la LH).

Lo que sucede es que *como excepción* y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad *con efectos de mera noticia* que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, *respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras* a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, *además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación.*

Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a *transcribir sin más las mismas*, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente. De este modo, la reforma de la Ley Hipotecaria acoge la tesis expuesta por este Centro Directivo —*vid. ut supra*, Resolución de 19 de abril de 2006, entre otras—, armonizando la importante función calificadora con el verdadero sentido y contenido de la misma, mas permitiendo que para determinadas hipotecas —las constituidas a favor de determinadas entidades financieras—, por razón de su especialidad y generalidad, además se transcriban en el asiento registral las cláusulas financieras.

Es más, incluso respecto de determinadas hipotecas —las denominadas de máximo— la voluntad flexibilizadora de la Ley 41/2007, cuando las mismas se han constituido a favor de las entidades a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, ha sido aún mayor, pues respecto de éstas dicha norma delimita aún más la calificación registral en cuanto a las obligaciones que garantiza, pues bastará que la escritura pública incluya “su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas” [art. 153 bis, letra b), párr. dos de la LH]».

Esta interpretación es reiterada posteriormente en la Resolución de 28 de febrero de 2008: el registrador sólo califica las cláusulas de carácter real. Las

cláusulas obligacionales quedan vedadas a su calificación. En el régimen anterior a la Ley 41/2007, las cláusulas obligacionales no debían ser calificadas porque no eran en ningún caso inscribibles.

Si se mantiene esta opinión, con la vigencia de la Ley 41/2007 el sistema cambia, pues en las hipotecas de las entidades financieras el registrador sólo califica las cláusulas de trascendencia real contenidas en el primer inciso del artículo 12, mientras que el resto de cláusulas financieras, incluyendo las de vencimiento anticipado, no son objeto de inscripción sino de transcripción por parte del registrador. Acceden al Registro, pero sin una previa valoración jurídica por el registrador, que no debe calificarlas. Pasa a manos del juez toda la labor de control. Control que deberá esmerarse, pues si ya hasta ahora en ocasiones los notarios se han limitado a transcribir las cláusulas que les presentaban las entidades financieras, ahora se pretende hacer lo mismo con el acceso al Registro, al excluir el control de la calificación por los registradores.

d) *Las dudas que plantea el artículo 12. Consecuencias en el ámbito de la ejecución*

Conviene advertir que, la que aquí se propone, no es la única interpretación posible. De la redacción del artículo 12 LH, que utiliza equívocamente la expresión «en caso de calificación favorable de las cláusulas de trascendencia real», se ha deducido que el precepto sólo permite la inscripción de las cláusulas de vencimiento y financieras que tengan trascendencia real: en este sentido AZOFRA, que por ello critica la nueva norma legal. A juicio de este autor, esta es la interpretación que se impone con arreglo a los cánones de interpretación literal y sistemático. En primer lugar porque, entiende este autor, si se hubiera querido decir que procede la inscripción de las cláusulas de vencimiento, una vez calificadas las de trascendencia real, y que éstas son las que se mencionan en el párrafo primero, debiera haberse dicho, sencillamente, «las cláusulas a que se refiere el apartado anterior». En segundo lugar, porque no se han modificado ni el artículo 9 LH ni el artículo 51.6.<sup>a</sup> RH, que se refieren a la inscripción de las cláusulas con trascendencia real. A juicio de este autor, nada a cambiado con la reforma, y la interpretación llevada a cabo por la DGRN, y que es lo que a él le gustaría que dijera el artículo 12 LH, es voluntarista, y no resulta del texto legal.

Tampoco para DELGADO RAMOS la nueva norma permite inscribir cláusulas sin trascendencia real: de un lado, porque se daría mejor trato a estas cláusulas, que accederían al Registro sin pasar por el control de la calificación; de otro, porque supondría introducir en el Registro objetos extraños a su contenido, lo que está excluido por otras normas vigentes; finalmente, porque

no hay previsión legal expresa que se refiera a la «publicidad noticia» de las cláusulas de trascendencia personal. A su juicio, la reforma ha dejado intacta la importancia, ámbito y efectos de la calificación registral.

A la misma conclusión llega CARRASCO, pero desde una perspectiva crítica del contenido de la reforma. A juicio de este autor, el artículo 12, que prometía en su versión original que en el futuro los asientos de hipoteca serían inscripciones registrales concisas y de contenido previsible para los agentes del crédito, pasa a ser la corroboración de todo lo malo que había hasta hoy. Según este autor:

No sólo se dice que las cláusulas de vencimiento del crédito hipotecario deben estar inscritas, sino que, se añade sañudamente, no podrán servir de título material para la ejecución judicial si no se contienen en el asiento y, finalmente, que será la soberana inteligencia del Registrador la que seguirá decidiendo lo que se inscribe o no en este punto. El artículo 130 LH (nuevo), que estaba llamado a cumplir la importante misión de permitir en nuestro Derecho la ejecución judicial hipotecaria con integración extrarregistral del título, ha pasado a decir justamente lo contrario, y a quedarse como estaba, salvando una corrección de estilo que tampoco urgía.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 se refiere expresamente a la finalidad pretendida de evitar calificaciones registrales discordantes. El problema de la disparidad de criterios que se produce en las calificaciones de los registradores respecto de los actos en masa, en particular los préstamos hipotecarios, encuentra fácil explicación en la innovación de los formularios de las entidades financieras y en la dificultad de interpretar el contenido contractual unilateralmente impuesto. Esta situación se ha visto en parte frenada por vías diferentes: la existencia, en el seno del Colegio de Registradores de una Comisión de Criterios de Calificación, los Seminarios Registrales organizados en los Centros de Estudios Territoriales (vid., por ejemplo, la publicidad de algunos en la página [notariosyregistradores.com](http://notariosyregistradores.com)), así como por la posibilidad de la calificación de una calificación sustitutoria.

La reforma del artículo 12 LH trata, por tanto, de limitar las funciones calificadoras del registrador. La Ley establece un régimen diferente, según que la hipoteca se constituya a favor de alguna de las entidades financieras a que se refiere el artículo 2 LMH:

- La regla general es la de que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Parece que esas cláusulas se consideran de trascendencia real y, por eso, objeto de calificación y de inscripción.



- Como excepción, cuando se trate de obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, la Ley establece que, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real (parece que las señaladas en el anterior párrafo), las «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

La redacción del precepto es muy confusa. En primer lugar, la distinción entre la trascendencia real y la trascendencia personal de una cláusula resulta equívoca. Aunque la regla general es que los derechos personales no acceden al Registro, lo cierto es que el propio legislador excepciona esta regla y permite el acceso al Registro y la eficacia frente a terceros de algunos derechos personales (por ejemplo, en materia de arrendamientos o de opción de compra).

Da la impresión de que la redacción del artículo 12 quiere indicar, por contraposición, que tienen trascendencia real las que aparecen en el primer párrafo del precepto (el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas) y trascendencia personal las mencionadas en el párrafo segundo («cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras»). No se ve la razón por la que deba negarse siempre trascendencia real a todas las cláusulas de vencimiento anticipado «y demás cláusulas financieras». De hecho, son cláusulas que contribuyen a identificar la obligación garantizada.

A la vista de la expresión del precepto resulta:

A) *Cuando la hipoteca no se constituya a favor de alguna de las entidades a que se refiere el artículo 2 LMH* (por ejemplo, crédito hipotecario entre dos particulares) sólo tendrán acceso al Registro las cláusulas mencionadas en el artículo 12.I LH: el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas.

¿Quedan fuera del Registro todas las cláusulas relativas a obligaciones asumidas por las partes, incluidas las de vencimiento anticipado? La DGRN había interpretado que algunas de estas cláusulas eran válidas e inscribibles por entender que se comunicaban a la hipoteca por su accesoriedad. Si se mantiene ahora que no son inscribibles hay que tener en cuenta:

- a) que, dada la redacción del artículo 130 LH, esos convenios que no hayan accedido a los asientos del Registro no podrán ser tomados en consideración en la ejecución hipotecaria, ni siquiera *inter partes*;

- b) ¿qué efectos producen?: la doctrina, respecto de los pactos no inscribibles, solía hablar de efectos meramente obligacionales, *inter partes*, lo que significa que pueden dar lugar a su exigencia a través de una acción personal, por el procedimiento ordinario declarativo o ejecutivo (Gōñi). Esta misma conclusión debe mantenerse en el futuro para todas las cláusulas no inscritas.

Creo que dejar fuera del Registro las cláusulas pactadas que no se refieran al importe del principal de la deuda y, en su caso, al de los intereses pactados, es contrario al fin proclamado en la Exposición de Motivos de la Ley, pues de hecho si se niega eficacia real a las cláusulas pactadas, incluso *inter partes*, se excluye uno de los principales atractivos de la hipoteca.

B) Cuando la hipoteca se constituya a favor de alguna de las entidades a que se refiere el artículo 2 LMH tendrán acceso al Registro, además, las cláusulas mencionadas en el artículo 12.II LH: cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca.

En relación con esta regla puede hacerse notar:

- a) La redacción del artículo 12.II da por supuesto que todas las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras no tienen carácter real. La DGRN, sin embargo, como he dicho, había venido aceptando la inscripción de muchas de ellas basándose, precisamente, en su eficacia real.
- b) Las cláusulas no financieras que no tengan trascendencia real no pueden acceder en ningún caso al Registro, pues no están contempladas en ninguno de los dos párrafos del artículo 12.

¿Cuáles son las cláusulas no financieras? El Anexo II de la OM, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, especifica las *cláusulas financieras* de los contratos de préstamo hipotecarios sujetos a la misma: capital (importe y forma de entrega), amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, comisiones, gastos a cargo del prestatario, intereses de demora, resolución anticipada por parte de la entidad.

Es decir, las cláusulas que imponen el vencimiento anticipado se consideran cláusulas financieras, y otra cosa es que la DGRN haya denegado su inscripción cuando la causa que faculta a la prestamista a resolver anticipadamente el préstamo sea ajena al cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada.

Pueden considerarse *cláusulas no financieras las que se refieren a compensación, imputación de créditos, consentimiento para datos personales*. La DGRN ha negado la inscripción cuando se intentaba darles trascendencia real mediante el reconocimiento a la entidad

de la facultad de exigir el vencimiento anticipado si se incumplía la obligación, por ejemplo, de pagar impuestos que no sean preferentes al del acreedor, o de pagar los gastos de la escritura. A este resultado se puede llegar igualmente si se defiende que se trata de cláusulas financieras que no deben acceder al Registro por ser ajenas a la obligación garantizada, pues la finca hipotecada sólo debe responder cuando se incumplen obligaciones garantizadas por la hipoteca.

- c) Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a que se refiere el artículo 12.II LH tienen acceso al Registro. El precepto establece que «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Es decir, mera transcripción, no en virtud de una inscripción previa calificación por el registrador.

A la vista de lo anterior deben hacerse las siguientes observaciones:

- i) En la práctica, hasta ahora, las denegaciones de inscripción por parte de los registradores y los criterios de la DGRN, confirmando o revocando el criterio del registrador, se basaban en la consideración de muchas de estas cláusulas como abusivas. La nueva redacción del artículo 12 LH trata de poner fin a esta situación, y al establecer que el registrador debe incorporar al Registro, sin previa calificación, todo el contenido financiero de la escritura de hipoteca, lo que quiere es que el Registrador no realice ningún juicio de validez ni ningún control de legalidad de los negocios hipotecarios. Esta disposición enlaza con la idea de que, la contratación con esas entidades crediticias siempre es contratación en masa, y es generalizable la idea de que debe quedar en manos del juez el control de las cláusulas abusivas.

Es cierto que un registrador no es un juez, y que la Ley ordena al registrador dejar de inscribir las cláusulas declaradas nulas. Es lógico que así sea cuando la Ley, para identificar una cláusula como abusiva, utiliza conceptos genéricos e imprecisos que necesitan ser concretados (buena fe, justo equilibrio de las prestaciones, perjuicio desproporcionado, no equitativo, desequilibrio entre los intereses de las partes...). El registrador, a la vista de los asientos y del título, no dispone de los datos suficientes para apreciar si en el caso concreto concurre el abuso.

De manera confusa, el artículo 258.2 LH (redactado por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales), establece que «el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis LGDCU».

De forma más clara, el artículo 84 TRLGDCU establece que los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional

de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La Resolución de la DGRN de 19 de abril de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, afirmó «la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito *sine qua non* para que el registrador deniegue el acceso al Registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico-real inmobiliaria».

En mi opinión, la Resolución de la DGRN de 2006 generaliza para todas las cláusulas un criterio que es inadecuado cuando se trata de cláusulas contrarias a una norma de manera directa: además de las que hayan sido declaradas nulas por el juez, el registrador puede denegar la inscripción de cualquier otra cláusula abusiva, al igual que haría con cláusulas no predispuestas y que fueran nulas por ser contrarias a un precepto legal, todo ello sin perjuicio del control judicial ulterior.

Por ejemplo, el artículo 89 establece que, en todo caso, tienen la consideración de cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda: *a)* La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). *b)* La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación. *c)* La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. *d)* La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

¿Qué sucede si se establece la obligación del consumidor de asumir estos pagos y se reconoce al acreedor hipotecario la facultad de resolver el préstamo concedido para financiar la adquisición si el consumidor incumple? ¿Debe el registrador inscribir esta cláusula a pesar del claro tenor del artículo 89 LTRLDCU?

¿Debe el registrador inscribir la cláusula de vencimiento anticipado en el caso de que el prestatario sea declarado en concurso y para la que la DGRN ha venido reiterando su no inscribibilidad porque el crédito hipotecario sigue siendo preferente? ¿Debe el registrador inscribir la cláusula de vencimiento anticipado en el caso de que el prestatario proceda a enajenar la vivienda, cuando es claramente contraria a lo dispuesto en el artículo 26 LH, tal y como ha hecho notar la DGRN, denegando su inscripción? ¿Y una cláusula contra la Disposición Adicional 12 de la Ley 44/2002, de régimen del sistema fi-

nanciero, conforme a la cual en los préstamos garantizados mediante hipoteca que se formalicen a interés variable puede acordarse el redondeo sin que pueda sobrepasar al octavo de punto?

ii) Una vez calificadas las cláusulas de trascendencia real establecidas en el artículo 12.I LH (el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas) y si la hipoteca se constituye a favor de alguna de las entidades del artículo 2 LMH, el artículo 12.II LH impone al registrador que incorpore al Registro, transcribiéndolas, las cláusulas de vencimiento y demás financieras.

Esto significa, en primer lugar, que *van a acceder al Registro cláusulas financieras de carácter personal*.

¿Con qué efectos? Está claro que el legislador ha querido reducir el ámbito de la calificación del registrador. Puesto que habrán tenido acceso al Registro las cláusulas financieras personales podrán ser tenidas en cuenta por el juez a efectos del procedimiento ejecutivo (art. 130 LH). En virtud de la labor de calificación del registrador (arts. 1 y 18 LH y 51.6 RH), teóricamente, el juez podía confiar en que al Registro sólo habrían accedido cláusulas con trascendencia real.

*En adelante será el juez quien, no sólo tendrá que pronunciarse sobre la validez de las cláusulas sino, además, sobre su trascendencia real y, en particular, sobre si su incumplimiento debe quedar o no garantizado por la hipoteca.*

En consecuencia, cuando se pretenda la ejecución hipotecaria en virtud de extremos que hayan accedido al Registro (arts. 12.II y 130 LH), pero que carezcan de trascendencia real, de forma tal que la hipoteca no deba responder de su cumplimiento, *será el juez el que deba analizar:*

1.º) Si lo que se le presenta sirve como verdadero título ejecutivo hipotecario; es decir, el juez tendrá que analizar si algunas de las cláusulas que han accedido al Registro permiten la ejecución hipotecaria o no; y puede no serlo si, por ejemplo, se trata de incumplimiento de obligaciones personales.

El problema se venía planteando en parte ya, antes de la reforma, en fase de ejecución, por el tenor del artículo 693 LEC, pero con un sentido diferente. El problema entonces era dilucidar si podía seguirse o no el procedimiento especial de los artículos 681 y siguientes de la LEC en el caso de cláusulas que establecieran el vencimiento anticipado por causas distintas de las del impago (24).

---

(24) En mi opinión, aun cuando estas cláusulas cumplan el doble requisito: 1) de ser válidas, y 2) se haya admitido su inscripción en el Registro de la Propiedad, no pueden producir el efecto pretendido frecuentemente en la práctica, esto es, dar lugar al procedimiento especial de ejecución previsto en el artículo 693 LEC. En este precepto se admite

2.º) Si la hipoteca cubre todas las obligaciones pactadas entre las partes y que han accedido al Registro; es decir, algunas de las cláusulas pueden hacer referencia a pago de comisiones, gastos de escritura u otras que, en opinión del juez, no deban quedar cubiertas por la hipoteca, con la consecuencia que ello tiene desde el punto de vista del pago del crédito hipotecario y de la aplicación del sobrante, en los términos del artículo 692 LEC.

Se ha dicho por uno de los impulsores de la Ley (GÓMEZ GÁLIGO), que con la Ley 41/2007, al reformar el artículo 12 LH, se mantiene la calificación registral de las cláusulas de trascendencia real, pero de las cláusulas de vencimiento anticipado y otras financieras (siempre que no sean abusivas ni vayan en contra de una norma prohibitiva o imperativa) sólo habrá una mera transcripción con efectos de «publnoticia» (a ellas no se extenderían los efectos de la fe pública, la inoponibilidad y el proceso de ejecución), debiendo decidir, en su caso, lo que proceda el juez en el proceso de ejecución. El proceso de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, de acuerdo con el artículo 130 LH sigue teniendo en cuenta sólo lo indicado en el asiento registral. Resulta sin embargo ingenuo pretender que no se vaya a intentar un proceso de ejecución con base en una cláusula de vencimiento anticipado que haya accedido al Registro. Creo que la Ley, al reducir el ámbito de la calificación, ha favorecido extraordinariamente a los grandes acreedores hipotecarios.

Hasta ahora, la mayor parte de las veces en las que el registrador, a través de la calificación, y la DGRN, negaban la inscripción de una cláusula «por carecer de eficacia o de trascendencia real» no se basaban en el carácter obligacional de la estipulación, sino en un problema de validez y, como explica V. MONTÉS, la fórmula «sin prejuzgar el valor obligacional» (o «sin prejuzgar la validez *inter partes*») vendría a enmascarar un criterio contrario a la validez, incluso *inter partes*, que no se pronuncia para no invadir la esfera de la competencia judicial. Así sucede, por ejemplo, con los «pactos

---

que pueda seguirse el procedimiento previsto en los artículos 681 y sigs. LEC, reclamando la totalidad de lo adeudado «si se hubiere convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro de la Propiedad». Nada de esto sucede cuando, pagando los plazos convenidos, el incumplimiento lo es, por ejemplo, de la obligación de concertar un seguro, o del impago de un impuesto o de un gasto de notaría, y el acreedor pretende acudir al procedimiento judicial sumario dando por exigible el crédito. Dado el claro e indubitado tenor del artículo 693.2 LEC, ello sólo es posible cuando el vencimiento anticipado se produce por el impago de los plazos. *No se niega con ello que, producido un incumplimiento pueda, de conformidad con lo pactado, darse por vencido anticipadamente lo debido, pero sí que pueda exigirse el pago total por el procedimiento de los artículos 681 y sigs. LEC* (en este sentido, Auto de la AP de Zaragoza, de 4 de junio de 2007: en el caso, se confirma la nulidad de actuaciones declarada por el JPI núm. 10 de Zaragoza, y solicitada al amparo de los arts. 225, 562.2 y 559 LEC en relación con el art. 240 LOPJ, al entender que el título ejecutivo carecía de los requisitos legales para llevar aparejada ejecución). En sentido que aquí se sostiene, RIVERO. Contra, CORDERO, que defiende la aplicación por analogía del artículo 693.2 LEC.

de negociación» (prohibición de disponer, de volver a hipotecar, que son ineficaces en los actos a título oneroso, conforme a los arts. 26 y 27 LH).

D) TÍTULO EJECUTIVO EN EL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO

a) *La reforma del artículo 130 LH*

La Ley 41/2007 modifica el artículo 130 LH, que pasa a tener la siguiente redacción:

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita *sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*».

Con anterioridad, y tras la reforma producida por la Disposición Final 9.<sup>a</sup> LEC, el precepto establecía que:

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, *sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo*».

Como puede observarse, el legislador de 2007: 1.º) ha suprimido el inciso «dado su carácter constitutivo», y 2.º) se refiere a los «extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo», y no a «los extremos contenidos en el asiento respectivo», como hacía la redacción anterior.

¿Cuál es el sentido de la reforma? En mi opinión es evidente que no se ha tratado de negar el carácter constitutivo de la inscripción, pues el mismo continúa recogiendo en los artículos 1.875 del Código Civil y 145 y 159 LH. La reforma tiene que ver con una cuestión diferente, la posibilidad o no de que la ejecución hipotecaria pueda realizarse teniendo en cuenta extremos que no consten en el asiento. El tema, a su vez, está relacionado con otros. A saber, el ya visto de qué cláusulas son inscribibles en el Registro de la Propiedad y, también, con el de las causas de oposición que el ejecutado puede hacer valer.

En el procedimiento judicial hipotecario (art. 681 y sigs. LEC) se ejecuta la hipoteca, y la doctrina ha venido entendiendo que un presupuesto de la ejecución es, por tanto, que exista el título ejecutivo requerido por la ley (art. 685.2 y art. 517.1.4.º LEC). El título ejecutivo debe documentar la obligación por la que se va a despachar la ejecución. Puede suceder, sin embargo, que el título constitutivo de la hipoteca no acredite la existencia y exigibilidad de la obligación o la titularidad del crédito hipotecario. La ley, entonces, requiere que el título sea completado, bien con otra inscripción, bien con

otros documentos. Así sucede si la hipoteca se ha constituido en garantía de una obligación futura o de una obligación condicional (art. 142 LH), o si la hipoteca se constituye para la seguridad del saldo de una cuenta corriente (art. 153 LH y art. 573 LEC), o para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador (art. 154 LH). Se ha discutido si puede admitirse la legitimación del cesionario de un crédito hipotecario cuando la transmisión no se ha inscrito mediante la aportación de la escritura de cesión (fue admitido por la STS de 29 de junio de 1989: de este problema me ocupó más adelante al hablar de la transmisión de los créditos hipotecarios y la modificación del art. 149 LH).

A la vista de la redacción del artículo 130 LH, la doctrina discutía si, en general, debía admitirse la integración del título por medio de títulos ejecutivos extrarregistrales (a favor CORDERO) o si, por el contrario, el juez carece de la posibilidad de tener en cuenta otros documentos ejecutivos en el procedimiento hipotecario (en este sentido, GARCÍA GARCÍA).

La redacción originaria del *proyecto de ley* que, sin embargo, quedó muy matizada durante la tramitación parlamentaria, proponía una modificación del artículo 130 LH de la que resultaba claramente que el título ejecutivo podía integrarse extrarregistralmente.

El proyecto de ley presentado en las Cortes el 9 de marzo de 2007 proponía la siguiente redacción del artículo 130 LH:

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de los extremos contenidos en el asiento y en el título respectivos».

La novedad en esa redacción es que la ejecución hipotecaria podía hacerse teniendo en cuenta, además de los extremos que figuren en el asiento, otros extremos que consten «en el título respectivo». Cabe pensar que el «título respectivo» es el título que da lugar a la inscripción de la hipoteca, dando por supuesto que todo el contenido de esa escritura no accede al Registro.

En el Congreso se presentaron dos *enmiendas* con idéntico contenido por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió: enmienda 47) y por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (enmienda 91, reiterada en el Senado, núm. 57 del GPP):

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una nueva hipoteca inscrita y, dado el carácter constitutivo de la inscripción, sobre la base de los extremos contenidos en el título inscrito que conste en el asiento respectivo».

La justificación de estas enmiendas era la siguiente:

«Mejora técnica para no perder, respecto del texto hasta ahora vigente, la consideración al carácter constitutivo de la inscripción registral y para reco-



ger del texto del Proyecto de Ley la mención del título que causó la inscripción. Se evita, además, que se planteen dudas acerca del procedimiento de ejecución de la hipoteca, ya que si no se utiliza un título inscrito ni se ejecuta en virtud de cláusulas también inscritas, es posible que el deudor pueda oponer excepciones que vayan más allá de las tasadas por la Ley, con lo que la gran eficacia del sistema se podría venir abajo precisamente en fase de ejecución».

La enmienda 121 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) proponía la siguiente redacción del artículo 130 LH:

«El procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, y dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento, complementados con aquellos que determine la legislación procesal».

Y se justificaba esta propuesta con el siguiente argumento:

«El texto, cuya modificación se propone, reforma el vigente artículo 130 de la Ley Hipotecaria, redactado a su vez por la Disposición Final 9.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimiendo del mismo la referencia al carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca en que tiene su apoyo el procedimiento de ejecución directa de la garantía, y estableciendo que dicha ejecución se apoyará tanto en lo que resulte de los asientos como en lo que resulte del título. Tal reforma es consecuencia de la voluntad del legislador, expresada en los párrafos de la Exposición de Motivos del proyecto, y en su artículo 12, de dejar fuera del Registro los elementos configuradores de la relación jurídica garantizada. Con ello, si no constan inscritos, la ejecución no podrá apoyarse en el asiento, sino que habrá de hacerlo del título del que resulten.

Tal idea resulta, de nuevo, extraordinariamente peligrosa, dada la posibilidad de que provoque la pérdida de eficacia de un procedimiento judicial, el de ejecución directa, en cuya rapidez tiene su apoyo el buen funcionamiento del mercado hipotecario. En efecto, sólo sobre la base de las presunciones de exactitud que los principios hipotecarios conceden al contenido del registro, en cuanto determina la vigencia de la garantía hipotecaria, su extensión y posibilidades de ejecución, puede admitirse la existencia de un procedimiento de ejecución de garantías hipotecarias en el que prácticamente no se admita oposición alguna, fuera de la fundada en la falta de vigencia de la garantía o error en la determinación de la cantidad adeudada.

Otra cosa es que, teniendo el procedimiento de ejecución directa su justificación y apoyo esencial en el contenido del Registro, deban acompañarse a la demanda ejecutiva los documentos que la legislación procesal determina, o que el juez considere necesarios, para determinar con exactitud el importe de la deuda y los términos en que puede producirse la ejecución, documentos entre los que, sin duda, se encontrará el título. En definitiva, la reforma, en la redacción actual de los preceptos cuya modificación se propone, y con la idea de flexibilizar el mercado hipotecario, en realidad lo que hace es poner en peligro uno de sus pilares fundamentales, a saber, el apoyo en la publicidad material del registro de la eficacia frente a terceros de la garantía y de las posibilidades de

ejecución rápida y eficaz de la misma, virtudes sin las cuales, huelga decirlo, el mercado no puede funcionar».

La preocupación de las enmiendas era la de evitar que el ejecutado pudiera oponerse a la ejecución hipotecaria alegando causas basadas en el crédito que no resultaran del asiento registral.

En el *Informe de la Ponencia*, el artículo 130 aparece ya redactado tal y como ha ido definitivamente aprobado (25):

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se *hayan* recogido en el asiento respectivo».

Los extremos del título que no se hayan recogido en el asiento quedan al margen de la ejecución hipotecaria.

#### b) *Valoración*

Dada la polémica anterior acerca de si es posible o no integrar el título constitutivo de la hipoteca por medio de título ejecutivos extrarregistrales, es criticable la falta de claridad de la nueva redacción del artículo 130. El precepto habla del título y del asiento, pero se refiere como título ejecutivo a los extremos del título recogidos en el asiento. Si se exige que estén recogidos en el asiento registral su eficacia como título ejecutivo deriva de su acceso al Registro, lo que en definitiva supone que, como regla general, no se admite que el título pueda integrarse con extremos que no hayan accedido al Registro.

Lo anterior no es incompatible con que, de hecho, como ya he señalado, cuando se trata de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, de obligaciones cambiarias, de saldo de cuenta corriente, necesariamente deben aportarse con la demanda los documentos que den certeza de la existencia, cuantía y vencimiento de la obligación, en los términos previstos en la propia ley (art. 143 LH, para las obligaciones futuras, arts. 572 y 573 LEC para la ejecución para el saldo de operaciones, y también para la hipoteca global, sentencia firme dictada en el juicio cambiario regulado en los arts. 819 y sigs. LEC, cuando se trate de hipoteca cambiaria).

El proyecto presentado en las Cortes permitía tener en cuenta en la ejecución hipotecaria aspectos del título crediticio no recogidos en el título hipotecario. Esta norma era coherente con la redacción prevista en el proyecto para el artículo 12 LH, que negaba el acceso al Registro de todas las cláusulas

---

(25) BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-9, de 25-10-2007.

que no vinieran exigidas por la ley. Pero ni el artículo 12 ni el artículo 130 fueron aprobados tal y como aparecían en el proyecto.

De una parte, el artículo 12, como ya hemos visto, es una norma confusa que, en general, restringe el contenido que puede acceder al Registro y, para las hipotecas constituidas a favor de entidades financieras del artículo 2 LMH permite, además de la inscripción de las cláusulas de contenido real, la mera transcripción de otras cláusulas. Por otra parte, no es seguro que el texto definitivamente aprobado del artículo 130 suponga ninguna innovación. El título hipotecario es el título inscrito, no el título crediticio. Sólo en los casos expresamente previstos deben aportarse otras inscripciones u otros documentos que completen el título, con la finalidad de acreditar la certeza de la obligación (obligaciones futuras, garantía en saldo de cuentas corrientes, ahora la hipoteca global...). No existe, sin embargo, una regla general de integración extrarregistral del título hipotecario.

Lo que sucede es que la ley ha querido cambiar quién lleva a cabo el control de si los extremos que figuran en el Registro permiten o no despachar ejecución y también el control del alcance de la cobertura hipotecaria. Por la misma razón, será el juez quien tenga que analizar más cuidadosamente las causas de oposición que puede invocar el ejecutado. El problema es que no se ha modificado el artículo 695 LEC, lo que puede resultar complejo en el caso de las hipotecas globales, como ya hemos visto.

La opción del legislador al restringir al máximo las causas de oposición del ejecutado en el procedimiento favorecen la realización del crédito hipotecario y proporcionan a los acreedores un medio ágil para lograr la satisfacción y efectividad de sus créditos. Si está justificado el carácter privilegiado de este procedimiento especial de ejecución de la hipoteca, conformado como una vía de apremio dirigida contra el bien hipotecado es, precisamente, porque el procedimiento se atiene a los exactos términos de la inscripción. Desde la reforma de la LH de 2007 al Registro pueden acceder, sin calificación, todas las cláusulas y estipulaciones recogidas en la escritura. Sin embargo, esta reforma de la LH no ha ido acompañada de ninguna modificación de la LEC, donde el ejecutado o el tercer poseedor no son considerados verdaderas partes, pues no se abre una verdadera fase de contradicción.

#### E) HIPOTECA INVERSA

La Ley 41/2007 introduce en su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> la llamada hipoteca inversa. Desde hace años, las entidades financieras han venido ofreciendo unos productos dirigidos a satisfacer las mismas necesidades para las personas mayores, permitiéndoles utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta.

La hipoteca inversa (llamada por algunas entidades «pensión hipotecaria») cuenta con una regulación propia desde la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Se trata de un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble. La Ley exige que se constituya la hipoteca sobre la vivienda habitual del solicitante y que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que el solicitante y los beneficiarios, que éste pueda designar, sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia;
- b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas;
- c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios (por ejemplo, si se trata de un matrimonio).

Es decir, se trata de un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses.

La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

En definitiva, se trata de una hipoteca con un sistema especial de amortización.

Estas hipotecas sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.

La Disposición Adicional cuarta de la Ley 41/2007 se ocupa del aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa, al establecer que las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa podrán destinarse, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado, y señalar el tratamiento fiscal a que se someten.

La Disposición Adicional segunda de la Ley 41/2007 regula, además, el seguro de dependencia, en cuya virtud la cobertura de la dependencia podrá instrumentarse bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan de pensiones.

F) SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La Ley 41/2007 modifica lo dispuesto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de los préstamos hipotecarios.

Aquí me limitaré a decir que, como han puesto de relieve los primeros comentaristas, *la reforma no protege tanto a los clientes como a las entidades que tienen concedidos los préstamos*, puesto que se introduce, en primer lugar, la exigencia de que se notifique por conducto notarial la oferta a la entidad acreedora y, en segundo lugar, se reconoce el derecho de esta entidad a enervar la subrogación, por su manifestación ante el notario que le ha hecho el requerimiento de su «disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que iguallen o mejoren la oferta vinculante».

En la redacción anterior de la Ley, la entidad acreedora enervaba la subrogación si formalizaba con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. En la práctica, se llevaba a cabo una renegociación de las condiciones con los clientes. Pero lo que dice la nueva Ley es que se enerva la subrogación aunque no haya un acuerdo con el cliente: ¿quién decide luego si realmente es una mejora en la oferta?, ¿qué sucede si pasa el plazo y no llega a formalizarse esa mejora?, ¿qué régimen se aplica durante el tiempo que transcurre hasta que se formalice la mejora?

Esta reforma enlaza con la doctrina de una única sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 de noviembre de 2003, que deducía de la redacción del texto legal la existencia de un verdadero derecho de la entidad acreedora a enervar la subrogación, al margen de la voluntad del deudor. El planteamiento es criticable porque, en realidad, es evidente que lo único que sucede es que el deudor amortiza anticipadamente una deuda, y del tenor de la Ley de 1994 no se deducía tal «derecho» a enervar la subrogación, sino tan sólo la posibilidad de competir con la entidad oferente. Nada malo había para la competencia y para los intereses de los clientes que estos propiciaran la existencia de ofertas y contraofertas por parte de las diferentes entidades. A esta situación ha puesto fin la Ley 41/2007, desde luego que en interés exclusivo de las propias entidades que han captado a sus clientes, de no verse expuestas a la molesta acción de la competencia.

La reforma se ocupa también del problema que puede suscitarse cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora. Para este caso, la Ley establece que la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos.

Se trata de una nueva manifestación de la protección que se quiere dispensar a la primera entidad que ha concedido un préstamo hipotecario. En efecto, la Ley parte del punto de vista de estas entidades, puesto que tiene en cuenta el que, siendo primer acreedor hipotecario, la entidad no habrá tenido demasiado inconveniente en ser segundo acreedor hipotecario. En la práctica,

las partes podían haber pactado la igualdad de rango, pero no lo hacen para ahorrar el pago de impuestos. Para asegurar la posición de su segundo crédito, que sería segundo hipotecario respecto del de otra entidad que se subrogara en el primer crédito, las entidades solían incluir una cláusula de vencimiento anticipado en el caso de que se produjera la subrogación de otra entidad en el préstamo garantizado con la primera hipoteca, de conformidad con la Ley 2/1994. La Resolución de la DGRN, de 2 de octubre de 2006, admitió la inscripción de esta cláusula de vencimiento anticipado, cuya operativa, dice, es semejante a la de una condición resolutoria y que la cláusula, libremente pactada por las partes, recoge un hecho o circunstancia que supone un riesgo para la subsistencia y rango de la hipoteca.

Pues bien, en el futuro, de acuerdo con la modificación introducida en la Ley 2/1994, no será necesario introducir cláusulas de este estilo. La nueva entidad tendrá que subrogarse en todos los créditos, pero la primera entidad tendrá derecho a enervar la subrogación en los términos explicados.

En realidad, esta norma no tiene en cuenta en absoluto la situación del deudor, pues si finalmente se produce la subrogación de los dos créditos es él el que tiene que asumir los gastos de una subrogación que él no había pensado modificar. Eso, quizás, le mueva a no llevar a cabo ninguna subrogación.

#### G) HIPOTECA RECARGABLE

Se habla de hipoteca recargable (o «hipoteca abierta», en la terminología de algunas entidades crediticias que la ofrecían ya con anterioridad) cuando se concede al deudor más crédito, permitiéndole disponer nuevamente del capital amortizado. Las entidades crediticias utilizan esta técnica de refinanciación de sus clientes, pero lo que no desean es que se considere que se ha producido una novación extintiva de la obligación garantizada, porque ello daría lugar a la pérdida de la garantía hipotecaria. Se pretende, además, mantener el rango hipotecario frente a acreedores posteriores que hayan podido acceder al Registro después de la constitución inicial de la garantía y antes de la ampliación del capital.

Ha sido doctrina tradicional en la práctica española entender que la ampliación del capital prestado por la entidad a su deudor no puede perjudicar a terceros. Desde este punto de vista, la DGRN ha venido deduciendo que la ampliación del capital equivalía a una nueva hipoteca por el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria (26). La hipoteca inicialmente

---

(26) En la Resolución de la DGRN, de 9 de enero de 2002 se afirma: «*Dada la accesoria e indivisibilidad de la hipoteca* (cfr. arts. 1.866 y 1.876 del Código Civil y 104 y 122 de la Ley Hipotecaria), que nace en garantía de una concreta obligación y por un importe determinado (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (arts. 1.212

inscrita conservaría su rango por la cifra de responsabilidad hipotecaria no amortizada.

En palabras de la Resolución de 17 de enero de 2002:

«TERCERO. [...] La accesividad de la hipoteca respecto al crédito para cuya seguridad se constituyó (arts. 1.212, 1.628 y 1.867 del Código Civil, y 12 y 104 de la LH, su indivisibilidad con subsistencia en tanto no se extinga totalmente esa obligación (arts. 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria) y su propia y única prioridad determinada por la fecha de su inscripción (arts. 24 y 26 de la Ley Hipotecaria) hacen que sea conceptualmente imposible

y 1.628 del Código Civil) y se extingue, y que subsiste íntegra, en tanto no se cancele, aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte aún debida, *no puede utilizarse la misma*, según señaló la Resolución de 26 de mayo de 2001, *para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase*, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que éste se ha reducido. El reconocimiento de esa reducción de la obligación no implica consentimiento cancelatorio alguno y su reflejo registral, posible conforme resulta del artículo 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, al margen de los efectos que pueda producir, no supone cancelación alguna. Por tanto, la ampliación de la responsabilidad hipotecaria de una finca para garantizar la del crédito que hasta entonces lo estaba habrá de hacerse, en su caso, por las nuevas cantidades que se pretenda que lo sean, con independencia y al margen de las anteriormente cubiertas por la hipoteca inscrita».

Y, según la Resolución de la DGRN, de 30 de abril de 2002: «La indivisibilidad de la hipoteca, a que antes se hacía referencia, no es sino una de las consecuencias de su accesividad, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (arts. 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), por un importe determinado o máximo (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (arts. 1.212 y 1.628 del Código Civil) y se extingue, sin que quepa la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro, tal como parece pretenderse al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del originalmente existente. *No puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible a la cobertura adicional de otro (cfr. Resoluciones de 6 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquél*. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cual sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 30 de marzo y 24 de julio de 1991) sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 7 de junio de 1999). Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 667 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cosa distinta es la posibilidad de la llamada ampliación de hipoteca con objeto de dar cobertura real a las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del préstamo hasta entonces garantizado, que ha sido admitida por Resolución de 17 de enero pasado con el alcance que en la misma se señala».

distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas. Estas características determinan, como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que *no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento*. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho Comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este Centro Directivo como incompatible con aquellos principios de accesibilidad e indivisibilidad.

CUARTO. Cuestión distinta es que no se pueda, por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente, pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación. Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque con sus peculiares efectos. El artículo 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. *Al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho*. A la ampliación de hipoteca hacen referencia los artículos 116 y 163 de la misma Ley, así como en el 219.2.º de su Reglamento. Cuando el primero atribuye al acreedor el derecho a exigir la ampliación de la hipoteca para garantizar intereses vencidos y no satisfechos que no lo estuvieran a consecuencia de la limitación que en orden a su garantía establece el artículo anterior, se cuida de dejar a salvo los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación. Esa salvedad implica que *frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones: una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada*. A la misma conclusión ha de llegar en el caso de la ampliación de hipoteca legal exigida al amparo del artículo 163 de la Ley, o de la ordenada por el Juez en el supuesto de ejercicio de la acción de devastación conforme al artículo 219.2. del Reglamento Hipotecario, máxime en este caso si la llamada ampliación tiene lugar mediante la constitución de hipoteca sobre otros bienes distintos de los hasta entonces hipotecados. Ante ello, ha de concluirse que la denominada por el propio legislador ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el artículo 678.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Centrándonos tan sólo en el supuesto que puede ser más dudoso, el de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, resultaría que caso de existir cargas intermedias la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas.



Por tanto, la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación, cual hipoteca de rango posterior que es (art. 134 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial. Caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá preferencia para el cobro con cargo del precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas pues en cuanto al exceso serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado. Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad legal y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente.

QUINTO. *En conclusión, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto de garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba, siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto de garantía (art. 12 de la Ley Hipotecaria), pero los efectos de tal inscripción son los que legalmente se deriven de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por la Ley (art. 24 de la Ley Hipotecaria) y no por la voluntad de las partes, salvo la posibilidad de renunciar al mismo dentro de los límites del artículo 6.2 del Código Civil, del que es un supuesto de aplicación concreta la posposición a que se refiere el artículo 241 del Reglamento Hipotecario. Por ello, en un caso como el presente es inscribible la ampliación de hipoteca convenida, si bien rechazando, cual estipulación o pacto sin trascendencia real [cfr. art. 61.6.a) del Reglamento Hipotecario], aquélla por la que los interesados declaran cuál haya de ser el rango registral que a tal inscripción ha de corresponderle».*

La modificación por la Ley 41/2007 del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de los préstamos hipotecarios, plantea el tema de si se ha introducido la hipoteca recargable en Derecho español, en cuya virtud, la ampliación del capital prestado, hasta el máximo del capital amortizado, quedaría cubierta por la misma garantía hipotecaria.

El artículo 13.2 de la Ley 41/2007 da nueva redacción al artículo 4.3 de la Ley 2/1994, que establece ahora:

«Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores».

La Disposición Transitoria única.3 de la Ley 41/2007 establece que:

«La ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley».

A la vista de estos preceptos se han mantenido posturas diversas, lo que da muestra de la falta de claridad de la reforma y de la inseguridad existente en esta materia: entiende, con comentarios positivos, que se introduce la hipoteca recargable GARCÍA GARCÍA; CANALS critica lo que le parece es el resultado de la nueva redacción legal; expresa sus dudas ante la falta de claridad del precepto CALATAYUD; cree que los argumentos en contra de la figura son superiores a los que permiten entender que se admite la hipoteca recargable FERNÁNDEZ-REYES.

La nueva norma se refiere a la modificación de la hipoteca por ampliación del capital, y establece que la hipoteca inscrita conserva el mismo rango si no implica un incremento de la cifra de responsabilidad. Como acertadamente afirma CORDERO, el precepto no afirma sin embargo que la parte de cifra de responsabilidad hipotecaria que se corresponde con la parte de crédito garantizado que se haya satisfecho puede servir de cobertura al capital empleado, contra lo que venía entendiendo la Dirección General de los Registros y del Notariado. Resulta dudoso, por tanto, que se haya introducido esa posibilidad sin decirlo expresamente y es bastante razonable entender que, lo que ha hecho la ley es, sencillamente, consagrar la interpretación de la DGRN sobre esta materia, tal y como defiende FERNÁNDEZ-REYES.

En la práctica, posiblemente, la nueva redacción legal puede plantear problemas, por lo que ahora interesa, con otros acreedores del deudor hipotecario cuando la entidad que conceda la ampliación de la hipoteca pretenda, cuando se den los requisitos del artículo 4.3 de la Ley 2/1994 (y, en particular, que no se supere el límite máximo inicial de responsabilidad) que la suma total tiene el rango de la primera hipoteca y pretenda tener preferencia sobre otros créditos que hayan accedido al Registro de la Propiedad antes de la ampliación. Estos *acreedores intermedios* podrán oponerse fundadamente a ello:

- Si se ha iniciado un procedimiento hipotecario judicial por la entidad que ha concedido la ampliación, los acreedores intermedios no podrán interponer una tercería de mejor derecho, pero podrán acudir a un juicio ordinario para hacer valer sus derechos (art. 698 LEC), con el argumento de que la nueva redacción dada al artículo 4.3 de la Ley 2/1994 permiten entender, en el caso de ampliación del capital de una hipoteca, que no supone novación extintiva y que, por tanto,

la hipoteca no se extingue, pero que la ley no dice que la cifra de cobertura ya amortizada y que ahora se amplía cubra al nuevo crédito, por lo que, frente a estos acreedores intermedios, la ampliación del crédito no otorga a ese nuevo crédito ninguna preferencia, por ser un crédito posterior, que ha accedido al Registro posteriormente, en el momento en el que se ha practicado la nota marginal a que se refiere el citado artículo 4.3.

- Si sobre el bien existen otros créditos hipotecarios posteriores al crédito hipotecario ampliado pero anteriores a la ampliación, o si se practica una anotación de embargo por un crédito no hipotecario antes de que se produzca la ampliación, estos acreedores no deberían ser postergados por el crédito hipotecario en la cuantía de la ampliación. El criterio decisivo es la fecha de la inscripción, y la ampliación del primer crédito hipotecario ha accedido al Registro después del segundo crédito hipotecario.

Basta pensar, por lo demás, que la admisión de la hipoteca recargable en el sentido de que la hipoteca cubre el nuevo préstamo con preferencia a los demás acreedores y sin su consentimiento, siempre que no se supere la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, daría lugar a que, ejecutada la hipoteca, se cancelarían todos los derechos e hipotecas posteriores, incluidos aquellos que accedieron al Registro antes de la ampliación.

El artículo 4.3 de la Ley 2/1999 sólo dice que «en ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente de ejecución de cargas posteriores». Esta previsión hay que relacionarla con la posibilidad de que, a petición del ejecutante, el Tribunal se dirija a los titulares de créditos anteriores que sean preferentes al que sirva de despacho de ejecución para que informen de la cantidad pendiente de pago. Una vez que esta información acceda al Registro será el límite de responsabilidad del adquirente de la finca en subasta al subrogarse en los derechos preferentes (arts. 657.2 LEC y 144 LH). Es lógico, por tanto, que una vez practicada la nota marginal informando sobre el importe de esos créditos preferentes al que se ejecuta (por hipótesis, la hipoteca que en principio se podría ampliar) ya no pueda llevarse a cabo tal ampliación. Pero esta regla no se ocupa de que, producida una ampliación antes de este momento, la ampliación tenga el rango de la primera inscripción.

H) TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

a) *Problemas que se planteaban antes de la reforma*

A) Transmisión del crédito y transmisión de la hipoteca

Suele explicarse que la hipoteca no inmoviliza el crédito garantizado pero que, dado el principio de accesoriedad de la hipoteca ni uno ni otra pueden ser objeto de transmisiones independientes, de modo que la cesión del crédito comporta la de la hipoteca que lo garantiza y no es posible la transmisión aislada de la hipoteca, sin el crédito garantizado (LACRUZ). A estas conclusiones ha llegado la doctrina con apoyo en los artículos 1.528 del Código Civil (27), 1.878 del Código Civil (28) y 149 LH (29) (este último, modificado por la Ley 41/2007).

Lo cierto es, sin embargo, que la cesión del crédito sin la hipoteca era algo perfectamente posible, puesto que el artículo 1.528 del Código Civil es una norma dispositiva, que admite pacto en contrario, de forma tal que la cesión de un crédito tendrá el alcance previsto en el negocio de cesión [también ex- art. 1.212 CC (30)] (31).

---

(27) Artículo 1.528 del Código Civil: La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

(28) Artículo 1.878 del Código Civil: El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero, en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la Ley.

(29) Que, en su redacción anterior a la reforma establecía: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».

(30) Artículo 1.212 del Código Civil: La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.

(31) Cabe distinguir:

- a) Si se cede un crédito hipotecario y no se transmite la hipoteca, hay que entender que la misma queda extinguida, pues la hipoteca garantiza una obligación y el cedente no puede seguir siendo titular de la garantía una vez que ya no es acreedor (art. 1857.1.º CC: «Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal»).
- b) En cambio, la cesión de parte del crédito o de los créditos garantizados con hipoteca no comportan la extinción parcial de la hipoteca si, pese a la cesión, la hipoteca sigue garantizando otras obligaciones que también estaban incluidas en la cobertura de la garantía.
- c) Tampoco en el caso de créditos asegurados con una hipoteca global, pues el acreedor hipotecario no deja de ser acreedor por el hecho de ceder cedido alguno de los créditos incluidos en la cláusula de globalización, pues pueden haber nacido o nacer en el futuro otros créditos (CORDERO).

En definitiva, lo que no cabe es ceder el crédito a una persona y que el cedente, que no es acreedor, siga siendo titular de la hipoteca.

Para la generalidad de la doctrina, en cambio, no cabe la cesión del derecho real de hipoteca sin ceder al mismo tiempo el crédito, pues ello equivaldría a una hipoteca independiente, que no está admitida en Derecho español (por todos, LALAGUNA, AMORÓS). La transmisión de la hipoteca de manera aislada, sin el crédito, con alguna excepción (LÓPEZ DE HARO, ANDERSON) (32), es rechazada en Derecho español.

#### B) Forma del negocio de cesión. Cesión del crédito y cesión de la hipoteca

Por lo que se refiere a la perfección y a la oponibilidad de la cesión de créditos hipotecarios se había suscitado un debate acerca de cuál era la forma requerida para la validez de la transmisión de créditos hipotecarios entre las partes y la eficacia frente a terceros. El artículo 149 LH admitía la cesión de créditos hipotecarios siempre que se hiciera «en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro».

Se ha defendido que la cesión del crédito hipotecario debía hacerse en escritura pública (art. 149 LH) y, entonces, la cesión del crédito comportaba la de la hipoteca (DÍEZ-PICAZO). La mayoría de la doctrina entendía, sin embargo, que la cesión del crédito tenía lugar en virtud del mero acuerdo de voluntades. Rige también, se argumentaba, para la cesión de los créditos hipotecarios, el principio de libertad de forma. En consecuencia, el negocio consensual de cesión es válido y eficaz, pudiendo los interesados exigir el otorgamiento de la escritura pública (arts. 1.279 y 1.280 CC).

La cuestión es, entonces, si el cambio de la titularidad de la hipoteca requería o no la correspondiente inscripción.

La mayoría de la doctrina, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 29 de junio de 1989 y de 23 de noviembre de 1993) entendieron que la cesión de la hipoteca se producía automáticamente con la cesión del crédito. Este planteamiento era coherente con lo dispuesto en los artículos 1.526 y 1.528 del Código Civil. En virtud del artículo 1.528 del Código Civil, y dada la accesoriedad de la hipoteca, podría entenderse que la cesión de un crédito llevaba automáticamente aparejada la transmisión de la hipoteca que lo garantizaba, aun cuando la cesión no se hiciera en escritura pública ni se inscribiera en el Registro (33) (si bien se enten-

---

(32) Desde este punto de vista, la hipoteca, nacida para la garantía de una concreta obligación, podría pasar a garantizar una obligación diferente. Se citan como argumentos a favor la posibilidad de una adquisición *a non domino* de un crédito extinguido pero cuya garantía hipotecaria pervive en el Registro, así como lo dispuesto en los artículos 118.II LH y 1.207 del Código Civil.

(33) La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

día que el art. 1.528 no tiene carácter imperativo y, en consecuencia, las partes podían excluir la cesión de la garantía). En virtud del artículo 1.526 del Código Civil la cesión sería válida, pero no podría oponerse a terceros, como el cesionario que inscribe, en el caso de doble cesión del crédito hipotecario (34).

A este planteamiento se le ha objetado que no resulta coherente con el carácter constitutivo que se atribuye a la inscripción de la hipoteca (arts. 1.875 CC y 145 LH) (35) y que no se ve la razón por la que la eficacia constitutiva de la inscripción debe limitarse a la constitución de la hipoteca y, parece razonable, desde este punto de vista, referirla también al momento de su transmisión (en este sentido, LACRUZ). A ello deben añadirse las críticas formuladas a la admisión jurisprudencial (iniciada por la citada STS de 29 de junio de 1989, y seguida por la jurisprudencia menor) de la legitimación del cesionario no inscrito para la ejecución judicial sumaria, por ser un procedimiento de base exclusivamente registral (en este sentido, GARCÍA GARCÍA, YSAS, MONTERO, GIL RODRÍGUEZ, ROCA SASTRE).

En la práctica, los problemas se han planteado sobre todo en los casos de fusiones por absorción de la entidad acreedora. En el caso de la STS de 29 de junio de 1989, se trata de una escritura por la que un Banco cede a otro todos sus bienes, derechos y obligaciones. Ejercitada por el banco adquirente una ejecución hipotecaria sin que hubiera tenido acceso al Registro de la Propiedad la cesión del crédito hipotecario, se dicta Auto aprobando el remate, pero el Registrador de la Propiedad no lo inscribe. El deudor interpone demanda solicitando la declaración de nulidad de actuaciones, pero el Tribunal Supremo no admite que tal circunstancia determine la nulidad del procedimiento, considerando que sólo existe un defecto subsanable mediante la solicitud por parte de la entidad cesionaria de la práctica de la inscripción de la cesión de hipoteca, presentando los documentos necesarios para ello. Reitera, a otros efectos, que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene eficacia constitutiva la STS de 23 de noviembre de 1993 (en un caso en el que, tras la cesión del crédito hipotecario, se produce el concurso del deudor y el Banco cedente participa en la junta de acreedores que aprobó una propuesta de convenio, y cuya nulidad es solicitada por otro acreedor).

---

(34) La cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiriere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.

(35) Conforme al artículo 1.875 del Código Civil es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad y conforme al artículo 145 LH, para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

Las objeciones doctrinales más importantes a la legitimación del cesionario no inscrito se han salvado argumentando que, a pesar de ser el judicial sumario un procedimiento de base registral y no figurar el ejecutante en el Registro como titular del crédito hipotecario, bien puede integrarse la demanda con los documentos acreditativos de la cesión del crédito (arg. art. 550 LEC, siempre que la cesión se haya realizado en escritura pública, conforme a lo dispuesto en los arts. 685.2 y 517.4.º LEC). Se dice, igualmente, que el juez puede examinar los documentos presentados (art. 551 LEC), y comprobar la validez de la cesión, o que no hay obstáculos registrales, como otra cesión inscrita. Que, frente al deudor, no tiene sentido invocar el artículo 38 LH y que la Ley permite que se despache ejecución frente a quien acredite ser sucesor del que figure como sucesor en el título ejecutivo (arg. art. 540 LEC). Desde este punto de vista sólo son terceros a los que no puede perjudicar la cesión no inscrita (art. 1.526 CC) aquellos que hubieran adquirido derechos sobre la hipoteca (cesionarios del crédito, los que se subrogan en el crédito y en la hipoteca por pago al cedente y los acreedores del cedente que desconozcan la cesión no inscrita y pretendan el embargo del crédito (en este sentido, CORDERO). Otras objeciones parecían difíciles de salvar, como la posibilidad de practicar la nota marginal si existiesen acreedores posteriores que pagan y que pretendieran la subrogación (arts. 689.2 y 659.3 LEC). La STS de 29 de junio de 1989, a la que me he referido antes, consideró que la falta de inscripción era un defecto subsanable. La redacción del artículo 105 RH apunta a la misma dirección, si bien la Ley no contempla la posibilidad de que el Juez ordene la inscripción de la cesión.

### C) Notificación al deudor de la cesión

Hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, el artículo 149 exigía como requisito de la cesión la notificación al deudor («se dé conocimiento al deudor»). En la práctica ha sido frecuente que en las minutas de préstamos y créditos hipotecarios se establezca la renuncia a la notificación, posibilidad expresamente contemplada en el artículo 242 RH («a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública»), si bien se ha dudado de su admisibilidad en los contratos de adhesión y en los contratos con consumidores (GARCÍA GARCÍA, YSAS). El artículo 150 LH establece que no es necesaria la notificación cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, lo que encuentra explicación en el hecho de que en estos casos, por la propia índole de estos créditos no resulta posible cumplir ese requisito (ROCA SASTRE).

La doctrina mayoritaria solía explicar la exigencia de notificación como una carga, en el sentido de que al deudor no le es oponible la cesión mien-

tras no la conozca. Esta conclusión se apoyaba en una interpretación conjunta del artículo 149 LH con lo dispuesto en el artículo 1.527 del Código Civil y 151 LH (36).

Lo decisivo, en realidad, más que el hecho de la notificación, para que el pago al cedente sea liberatorio, es que el deudor conozca la cesión. Pero es evidente que la notificación no sólo es la forma más segura de garantizar el conocimiento, sino también de probar que el deudor conoce la cesión.

El deudor al que se ha notificado la cesión o que tiene conocimiento efectivo de la misma y que paga puede cancelar la hipoteca con el consentimiento del titular registral (art. 82.1 LH).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 RH también puede cancelarse la hipoteca con el documento que acredite el pago «cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y éste pagare al cedente», sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 LH. Ello con independencia de que la cesión esté o no inscrita en el Registro, pues lo decisivo para el deudor es si conoce o no la cesión. Si no está inscrita la cesión, el deudor también puede cancelar la hipoteca con la carta de pago otorgada por el cedente (art. 82.1 LH).

## b) *La modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria*

### A) Antecedentes

En el Anteproyecto sometido a audiencia pública por el Ministerio de Economía y Hacienda, el 26 de octubre de 2006, se preveía la siguiente redacción del artículo 149.I LH:

---

(36) En efecto, conforme al artículo 1.527 del Código Civil, «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación». Por su parte, el artículo 151 LH establece que «si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta». La notificación no se concebía como un requisito de validez de la cesión, pero el deudor que pagaba al cedente queda liberado por hacer el pago a un acreedor aparente. Esta tesis se completaba con la idea de que lo relevante es el conocimiento de la cesión por el deudor cedido. Por otra parte, el deudor cedido que no tiene conocimiento de la cesión puede oponer al cesionario la compensación de los créditos que haya adquirido contra el cedente después de la perfección de la cesión y hasta la notificación (art. 1.198 del Código Civil: «El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión»).



«El crédito hipotecario garantizado con hipoteca podrá enajenarse o cederse con sujeción a las Leyes, si no se hubiese pactado lo contrario. *La transmisión de la titularidad de la hipoteca que garantice el cumplimiento de una obligación exigirá los mismos requisitos que para su constitución*».

En el proyecto de Ley de 9 de marzo de 2007, la redacción prevista era la siguiente:

«El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad».

Esta es la redacción que pasó a convertirse en Ley.

La nueva redacción otorgada por la Ley 41/2007 al artículo 149.I LH, en primer lugar, distingue entre la cesión del crédito y la de la hipoteca, para la que requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad y, en segundo lugar, suprime la exigencia de notificar al deudor la cesión. Es preciso por ello analizar las siguientes cuestiones:

- si la reforma, al disociar la cesión del crédito de la del derecho real de hipoteca, permite una transmisión aislada de este derecho de garantía;
- si la escritura pública y la inscripción del negocio de cesión han pasado a ser constitutivas, y sin su otorgamiento y práctica no hay válida transmisión del crédito hipotecario;
- si en el ámbito obligacional, en las relaciones con el deudor cedido, ha dejado de ser necesaria la notificación de la cesión.

## B) Distinción entre la cesión del crédito y la cesión de la hipoteca

Se distingue ahora entre la cesión del crédito garantizado mediante hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca. La primera queda sometida a las reglas de cesión de créditos del Código Civil (art. 1.526 y sigs. CC). La segunda debe hacerse necesariamente en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Se zanja de esta forma la polémica anterior acerca de si la cesión del crédito comportaba, con independencia de la forma en la que se realizara, la adquisición de la hipoteca, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.528 del Código Civil.

Con la redacción que la Ley 41/2007 otorga al artículo 149 LH, resulta claro ahora que la transmisión del crédito hipotecario no comporta automáticamente la cesión de la hipoteca. Para que el cesionario, nuevo acreedor del crédito, sea también titular de la hipoteca, es preciso que la cesión de la

hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro. La hipoteca sólo se transmite mediante la inscripción de la cesión en el Registro. Esta exigencia de forma es coherente con el carácter constitutivo que la inscripción tiene cuando se constituye la hipoteca. Igualmente debe ser cuando cambia su titular.

De manera minoritaria esta tesis había sido defendida por algunos autores para la redacción anterior del artículo 149 (SANCHO REBULLIDA, LACRUZ, RUBIO GARRIDO, JORDANO FRAGA) mientras que otro sector doctrinal había propuesto, *lege ferenda*, la reforma del precepto en el sentido de atribuir a la inscripción de la cesión un carácter constitutivo (BLANCO PÉREZ-RUBIO). La mayoría de los autores habían entendido, sin embargo, que la inscripción era meramente declarativa y necesaria únicamente a efectos de que la cesión produjera efectos frente a terceros.

De esta forma se eliminan algunos problemas que suscitaba la atribución a la inscripción de la cesión de un mero efecto declarativo. En efecto, admitido que la cesión no inscrita transmitía también al cesionario la garantía hipotecaria se aceptó, como ya he explicado, la legitimación del cesionario no inscrito para ejercer el procedimiento judicial sumario hipotecario del artículo 130 LH. La reforma del artículo 149 LH debe llevar ahora a otra conclusión: *el cesionario no se convierte en acreedor hipotecario mientras no se inscriba la cesión y, en consecuencia, no estará legitimado para promover el ejecutivo hipotecario*. Es discutible si el cesionario, que no es acreedor hipotecario, está legitimado para ejercer la acción de devastación del artículo 117 LH (contra ANDERSON; a favor, BLANCO PÉREZ-RUBIO).

Pese a todo, y en relación con la redacción del proyecto, no ha faltado quien entiende que la exigencia de constancia de la cesión en escritura pública y su inscripción registral no deben valorarse como requisitos de validez de la cesión, sino sólo como condicionantes de su eficacia frente a terceros (CORDERO). Esta opinión, que no me parece resultar del artículo 149 LH, enlaza con la opinión, sostenida ya antes de la reforma legal, de que la cesión del crédito hipotecario, salvo que las partes la excluyan, lleva aparejada la cesión de la hipoteca. Desde este punto de vista, y contra lo que aquí he expuesto como interpretación más probable, se ha defendido que la reforma no introduce de manera separada la cesión de la hipoteca y la cesión del crédito, para lo que se entiende que hubiera hecho falta una regulación adicional.

### C) Cesión del crédito sin transmisión de la hipoteca

A la vista de lo anterior, cabe preguntarse si ha pasado a convertirse en requisito de validez de la cesión del crédito el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En mi opinión, la respuesta es negativa. La reforma del artículo 149 LH y la exigencia de que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deba hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad no implican, en cambio, que la cesión del crédito requiera como requisito de validez el otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro. Aplicando la conocida jurisprudencia elaborada en torno a los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil se trata de una *forma* a cuyo otorgamiento puede ser compelido el cedente por el cesionario, a quien sí le interesa convertirse en titular del derecho real de hipoteca.

La cesión es válida desde la perfección del negocio de transmisión. El cesionario que no inscribe es titular del crédito pero no es un acreedor hipotecario, con todas las consecuencias que de allí pueden derivarse. Esta disociación entre el régimen de transmisión de la hipoteca y el de transmisión del crédito garantizado por la hipoteca puede originar la concurrencia de dos titulares distintos sobre uno y otra: titular del crédito será el cesionario del crédito transmitido y titular de la hipoteca seguirá siendo el acreedor cedente cuando no se haya otorgado la transmisión de la hipoteca en escritura pública y se haya practicado la inscripción en el Registro de la Propiedad. La conservación de la hipoteca por el cedente puede ser relevante en el ámbito de la constitución de fondos de titulización (que, hoy por hoy, no están formados por los créditos hipotecarios, sino por las participaciones hipotecarias, en las que el emisor conserva la titularidad del crédito y viene obligado a realizar, conservar y ejercitar los derechos pertinentes para su efectividad: cfr. art. 5 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, de instituciones de inversión colectiva, art. 15 LMH y art. 61 RMH).

#### D) ¿Necesidad de la notificación?

La redacción actual del artículo 149 LH suprime toda referencia a la necesidad de que se notifique al deudor la cesión.

Durante la tramitación de la Ley, el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), en el Senado propuso una enmienda por la que el precepto hubiera quedado de la siguiente manera:

«La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, y el cesionario deberá notificar al deudor hipotecario la cesión del crédito o préstamo en el plazo que se establezca reglamentariamente».

Se justificaba la enmienda en el deseo de evitar dudas interpretativas y de explicitar que el cesionario debe notificar esa circunstancia al deudor. La enmienda no fue aceptada y la redacción actual del artículo 149 LH no hace ninguna referencia a la notificación al deudor.

Puesto que, en el nuevo régimen legal, para la transmisión de la garantía hipotecaria es necesaria la inscripción en el Registro de la escritura de cesión, cabe preguntarse si se ha pretendido sustituir la notificación por la inscripción como medio que vincula al deudor. Así lo sugirió CHICO ORTIZ para el Derecho anterior, por entender que la inscripción supone la publicidad necesaria que implica toda notificación.

En la práctica esta interpretación supondría imponer al deudor la carga de tener que consultar el Registro antes de pagar para asegurarse de que no se ha inscrito la cesión del crédito (en la línea de la tesis de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, para quienes el deudor tiene la carga de asegurarse de que quien le reclama el pago es el verdadero acreedor y que al pagarle lo hace válidamente y queda liberado de su obligación; también ANDERSON). Desde este punto de vista cabría defender que, si no se ha llevado a cabo la inscripción, aunque se haya llevado a cabo la cesión, el pago al cedente libera al deudor. Pero este planteamiento, en mi opinión, puede llevar a consecuencias absurdas.

Si se considera decisiva la inscripción y no el conocimiento del deudor, habrá que llegar a la conclusión de que el deudor se libera pagando al cedente, aunque se le haya notificado la cesión, siempre que no se haya producido la inscripción, lo que no es muy razonable. Aunque es discutible el sentido de la reforma, parece deseable seguir considerando, a efectos obligacionales, la relevancia de la notificación (o el conocimiento, si puede probarse, del deudor).

A esta razón pueden añadirse otras. En primer lugar, que el artículo 1.527 del Código Civil continúa considerando decisiva la notificación al deudor para determinar las consecuencias del pago efectuado por el deudor. Frente al argumento de que el artículo 1.527 del Código Civil vería reducido su ámbito de aplicación a los créditos no hipotecarios, se alza el argumento de que la reforma de 2007, que ha dado nueva redacción al artículo 149 LH y suprimido en él toda referencia a la notificación, no ha modificado lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la misma Ley, en los que se hace referencia a la notificación y a las consecuencias de la omisión de la misma.

En definitiva, resulta preferible entender que la notificación sigue jugando el papel que resulta de lo dispuesto en el artículo 1.527 del Código Civil: el deudor cedido que no tenga conocimiento de la cesión queda liberado si paga al cedente, aunque la cesión se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. La consecuencia, entonces, es la aplicación de lo previsto en el artículo 151 LH (37).

---

(37) Artículo 151 LH: si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta.

E) ¿Se ha introducido la posibilidad de transmitir de forma aislada la hipoteca?

Puede plantearse si la nueva redacción del artículo 149 LH, al disociar la cesión del crédito de la titularidad de la hipoteca está posibilitando la transmisión de la hipoteca de manera aislada. Es evidente que se ha abierto una puerta a esta interpretación, pero resulta extraño que una cuestión tan importante, de haberse querido admitir, no se haya previsto expresamente. En realidad, desde este punto de vista, lo único que habría hecho la reforma del artículo 149 LH es clarificar que la cesión de la hipoteca requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. No que la hipoteca pueda transmitirse de forma aislada para garantizar un crédito distinto de aquél que garantizaba cuando se constituyó (contra SÁENZ DE JUBERA).

La redacción del artículo 1.528 del Código Civil excluye que el cedente de un crédito, que deja de ser acreedor, siga siendo titular de la hipoteca. Lo que se ha discutido es la posibilidad de ceder la hipoteca para cuando el nuevo titular sea acreedor. La cuestión se plantea de manera específica para la hipoteca global pues, como señala CORDERO, en este caso, la hipoteca no garantiza obligaciones determinadas, sino determinables en función de una cláusula de globalización prevista en el título constitutivo. Ciertamente, tiene razón esta autora cuando señala que el derecho de hipoteca, en sí mismo, es un derecho susceptible de transmisión en cuanto que tiene un valor patrimonial (art. 1.112 CC) y que, en particular, con la hipoteca global se cedería la «posibilidad» de endeudamiento del obligado. Por lo que se refiere a las hipótesis en que esta transmisión del derecho de hipoteca podría tener sentido se apuntan los casos en que el acreedor hipotecario de una hipoteca global atraviese dificultades financieras que le hagan gravoso atender a las peticiones de crédito del deudor y prevea que no va a poder rentabilizar la garantía, o los supuestos de escisión de la entidad bancaria. Se entiende que en estos casos la transmisión de la hipoteca debe ser consentida por los terceros que hayan adquirido derechos sobre la hipoteca (los cesionarios de créditos garantizados por la hipoteca global, los acreedores subhipotecarios, los terceros que se subrogan en los créditos garantizados, los acreedores del acreedor hipotecario).

Si esta postura se había defendido con argumentos atendibles antes de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 41/2007, la nueva redacción del artículo 149 y la introducción de una regulación expresa admitiendo la hipoteca global en el artículo 153 bis refuerzan la posibilidad de la transmisión de una hipoteca global en garantía de unos créditos similares a los previstos en la cláusula de globalización y de los que sea titular el nuevo titular de la hipoteca. Es dudoso, sin embargo, que sin una referencia legal expresa deba entenderse así (expresamente lo rechaza para la hipoteca global, por entender que la flotante sigue siendo accesoria de los créditos, AZOFRA).

F) Necesidad de escritura pública para la inscripción de la transmisión de la garantía hipotecaria

La Asociación Hipotecaria Española, a lo largo del proceso de elaboración de la Ley 41/2007, insistió en la necesidad de facilitar la transmisión de los créditos hipotecarios. En el anteproyecto de Ley logró introducir un segundo párrafo en el artículo 149 LH, por el que las transmisiones de carteras hipotecarias entre entidades de crédito nacionales o europeas se pudieran formalizar por notificación unilateral de la entidad cedente al Registro de la Propiedad. Según la Asociación, el objetivo de esta propuesta era «atender las recomendaciones de la Comisión Europea y de los mercados de eliminar, en los países que existe, la exigencia de constituir nuevos préstamos o hipotecas en las transmisiones de préstamos hipotecarios, y así facilitar la competencia transfronteriza y mejorar la profundidad del mercado hipotecario europeo frente a sus competidores americanos y asiáticos».

En el proceso de audiencia pública se eliminó esta norma proyectada, reforzando la necesidad de formalizar la operación mediante escritura pública e inscripción en el Registro. En su comentario al proyecto de Ley presentado en las Cortes, la Asociación consideró la redacción proyectada del artículo 149 como un «grave retroceso, similar al error histórico cometido con la obligación de registrar los bonos hipotecarios, se haga prevalecer el interés común al corporativo, subsanando el cambio introducido en el proceso de audiencia pública» (38).

---

(38) Según la Asociación, en los USA, UK y NL, «una forma normal de trabajar en el mercado hipotecario es la superespecialización por funciones de lo que en su día fue el proceso clásico. Así, hay entidades que únicamente hacen la contratación de los préstamos que después transfieren a una o varias entidades de crédito especializadas en este tipo de inversión y, además, hay otras terceras que administran los créditos, pero ni los contratan ni los tienen en balance. Este tipo de superespecialización genera una eficiencia y reducción de márgenes que se traducen en menores costes para los consumidores. En el resto de los países es habitual la transferencia de carteras hipotecarias entre las entidades y en todos ellos se está avanzando en la dirección de la superespecialización, porque esa es una vía que tanto los mercados como la Comisión Europea vislumbran como muy eficaz para conseguir la integración, incrementar la competencia transfronteriza y permitir a los ciudadanos beneficiarse de la misma. Desde la creación del mercado hipotecario en España, se transmiten los préstamos hipotecarios a través de participaciones y certificaciones sin necesidad de inscripción registral y en determinadas circunstancias, sin escritura pública. De hecho, la finalidad esencial de los mercados hipotecarios de todo el mundo es poder comercializar las hipotecas eficientemente y sin ninguna traba o costes innecesarios. Uno de los objetivos de la futura Ley es abrir y preparar el marco legislativo para el desarrollo de los niveles de especialización que en un futuro próximo necesitará el mercado. La aparición de plataformas de contratación que permitan la distribución de productos competitivos de entidades nacionales o extranjeras sin necesidad de presencia física en un territorio concreto es inevitable e imprescindible en el futuro inmediato. *La modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, que se recoge en el texto del anteproyecto, contiene graves incorrecciones gramaticales, técnicas y legales que empeoran no-*

Es muy clara la conexión entre estas ideas y una de las enmiendas presentadas durante la tramitación de la Ley (39) que, si bien no fue aceptada, refleja las aspiraciones de los miembros de la Asociación Hipotecaria Española, al pretender que su sola declaración sirviera para modificar al titular hipotecario «sin necesidad de registrar un nuevo préstamo o una nueva hipoteca».

En Derecho español, sin embargo, contra lo que dice la Asociación, en la cesión de un crédito hipotecario el consumidor no es parte en la cesión, ni debe otorgar su consentimiento (40).

---

*tablemente su redacción actual, impiden el desarrollo de nuestro mercado en la dirección que la Comisión está intentando y podrían cercenar el mercado de titulización español. Por eso, se propone una redacción alternativa, o en el peor de los casos, que permanezca la actual».*

(39) La enmienda número 48 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) (Congreso, Serie A núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, pág. 52), proponía la adición al artículo 149 LH de un párrafo referido a la posibilidad de que las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, pudieran inscribir la cesión de los créditos o préstamos hipotecarios a otras entidades financieras españolas o de la Unión Europea mediante declaración ante el Registro, por sí solas.

Esta reforma del artículo 149 se justificaba con el argumento de que la redacción del primer párrafo, propuesta en el proyecto de Ley para el artículo 149 LH, «es respetuosa con las previsiones del Código Civil al que se remite, y puede considerarse que contempla adecuadamente las cesiones de hipotecas genéricamente consideradas y en relación con las operaciones de cesión entre particulares, cedentes y cesionarios, no integrado en el sistema financiero. Sin embargo, esta modificación no contempla todas las necesidades de los mercados hipotecarios modernos y no atiende a las recomendaciones de la propia Comisión que está preconizando la libre transferencia de las carteras hipotecarias entre todas las entidades financieras europeas. El objetivo perseguido por la Comisión es permitir el establecimiento en todo el territorio comunitario de entidades especializadas en originación de préstamos hipotecarios, que puedan ser transferidos sin obstáculos a otras entidades o instituciones interesadas en mantenerlos en sus carteras o transformarlos en títulos para su financiación en los mercados internacionales. De este modo, se pretende impulsar la competencia transfronteriza y facilitar la creación de un mercado hipotecario europeo con dimensión y profundidad suficientes para operar eficientemente en todo el mundo. El caso más reciente de recomendación en este sentido es el del Mortgage Funding Expert Group (MEFG) de la Comisión Europea y el de la Federación Hipotecaria Europea, que en su respuesta a la Comisión el pasado 15 de febrero, dice textualmente: «(...) es importante que las hipotecas y las carteras de préstamos hipotecarios puedan transferirse de un prestamista a otro dentro de la UE sin necesidad de registrar un nuevo préstamo o una nueva hipoteca y de obtener el consentimiento del consumidor (...)».

Por ello, para adecuar el tratamiento de las cesiones a los estándares aplicables europeos se propone adicionar un párrafo al artículo 149 en el que, con carácter facultativo, las entidades financieras contempladas en la Ley del Mercado Hipotecario, puedan ceder de forma más ágil y flexible los créditos hipotecarios para facilitar su movilización, bastando con la comparecencia por escrito del titular registral, entidad financiera cedente, para inscribir los préstamos cedidos a nombre del cesionario de los mismos con los consiguientes efectos de lograr ser competitivos y eficientes, y sin el encarecimiento derivado de otras tramitaciones más formales».

(40) Los comentarios de la Asociación de los que se hizo eco la enmienda citada sólo podrían plantearse, en todo caso, si se refieren a los casos de créditos asegurados con una



Como hemos visto, la nueva redacción del artículo 149 LH tampoco exige, para la transmisión del crédito hipotecario, el consentimiento del deudor hipotecario, sino escritura en la que intervengan cedente y cesionario. La notificación al deudor, que ahora no aparece en el artículo 149 LH, no es un requisito de la validez de la transmisión. Como excepción, no es necesaria la inscripción ni la notificación al deudor cuando la hipoteca garantiza obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 150 LH (art. 153 LH 1909, cuando se introdujo esta regla) (41). Es lógico que así sea porque en esos casos la identidad del titular no está amparada por el Registro. El cambio de titular, por definición, se produce por la orden del primer acreedor de que el crédito sea pagado a determinada persona (en los títulos a la orden) o a quien sea poseedor del título (42). Si en lo que se estaba pensando es en la cesión de los créditos hipotecarios como una forma de obtener liquidez por parte de las entidades financieras, fuera de la excepción prevista en el artículo 150 LH, la transmisión de la hipoteca deberá hacerse siempre en la forma prevista en el artículo 149 LH, sin que se vea la razón por la que las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley deban tener un tratamiento diferente a los demás acreedores hipotecarios.

En la argumentación de la Asociación hay una confusión entre la transmisión de títulos en el mercado primario y en el secundario. Sólo para este último, al que en realidad no se refiere el artículo 149 LH, tendrían sentido algunas de las objeciones formuladas. En Derecho español, en el mercado secundario, que es la fórmula habitual de captación de fondos de las entidades que conceden préstamos y créditos hipotecarios, no hay cesión de los créditos hipotecarios. Los créditos hipotecarios son, precisamente, la garantía que respalda a los titulares de las cédulas y los bonos, y la entidad emisora conserva la titularidad de los créditos. Sólo para las participaciones hipotecarias se discute si su emisión supone una cesión parcial del crédito hipotecario (contra Díez-PICAZO, LACRUZ; a favor, ORTÍ, MADRID PARRA, NASARRE) (43). Los titulares de

hipoteca global. Si el acreedor cede todos los créditos asegurados sin ceder la garantía y quiere aplicar la misma garantía a otro tipo de créditos diferentes con el mismo deudor necesitará constituir una nueva hipoteca. Necesitará, para ello, el consentimiento del hipotecante. Si la cesión de créditos es parcial, la hipoteca sigue asegurando otros créditos que también estaban incluidas en la cobertura de la garantía, y es dudoso si esta variación en la cobertura de la garantía constituye una novación de la hipoteca.

(41) Artículo 150 LH: Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el Derecho Hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro.

(42) Cuando el crédito se incorpora al título valor circula según al propia ley de los bienes muebles: en el origen del asiento creador de la hipoteca (art. 154 LH) están perfectamente identificados los títulos del asiento y en combinación con el título resulta la identidad de cada acreedor hipotecario (PEÑA, RUBIO GARRIDO).

(43) Aun cuando el artículo 15 LHM utiliza expresiones que inducen a pensar que hay una cesión parcial del crédito hipotecario («hacer participar a terceros en todo o



cédulas y bonos carecen de acción contra el deudor hipotecario, y disponen en cambio de una acción personal contra el emisor, con la preferencia especial que señala el artículo 1923.3 del Código Civil frente a otros acreedores con relación a la totalidad de los préstamos y créditos hipotecarios inscritos a favor del emisor cuando se trate de cédulas y de los afectados en la escritura de la emisión cuando se trate de bonos (art. 14 LMH). Pero esta preferencia no se puede hacer valer cuando los créditos salen del patrimonio de la entidad emisora (MADRID PARRA), y de ahí que se establezcan restricciones a la libre disposición a terceros de los créditos hipotecarios (art. 25 RMH, sobre consentimiento del sindicato de bonistas, cuya existencia ya no es obligatoria desde la Ley 41/2007, interpretando que existe para las cédulas una prohibición de disponer de los créditos si se rebasa el límite de cobertura previsto en el artículo 16 LMH: en este sentido, NASARRE). Desde este punto de vista, la libre cesión de los créditos hipotecarios que sirven de apoyo a la emisión de cédulas y bonos supondría un ataque a la seguridad de los mismos títulos.

Por otra parte, si en lo que se está pensando es en la cesión de los títulos en el mercado secundario debe tenerse en cuenta que, según los artículos 22 y sigs. LMH y 80 y sigs. RMH, su transmisión puede verificarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho sin necesidad de intervención de fedatario público (aunque, por razones fiscales, desde la Ley 14/1985, si la transmisión no se efectúa a través de fedatario debe llevarse a cabo con intervención de alguna de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario, y que están obligadas a practicar la debida retención fiscal) ni de notificación al deudor. Si son nominativos pueden transmitirse por declaración escrita en el mismo título. La transmisión de las participaciones hipotecarias debe notificarse por el adquirente a la entidad emisora, que anota en un libro especial las emisiones y las transmisiones y efectuar el pago al tenedor que acredite ser el último cesionario del título nominativo (art. 67 RMH). Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 LMH, podrán movilizarse los créditos y préstamos garantizados con primera hipoteca en los términos y requisitos que se determine reglamentariamente.

---

parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera»), la regulación de los derechos que se atribuyen en este artículo 15 LMH al titular de la participación lleva a pensar que no hay propiamente cesión, que la entidad emisora conserva la titularidad del crédito hipotecario, que el titular de la participación sólo tiene una acción contra la entidad emisora, que ésta conserva la titularidad del crédito y su ejercicio y que sólo si no insta la ejecución cuando haya sido compelido a ello podrá el titular de la participación subrogarse en dicha ejecución (art. 15 LMH y art. 61 RMH).

### 3. MODIFICACIONES EN EL MERCADO SECUNDARIO

La Ley del mercado hipotecario establece un mercado secundario de créditos hipotecarios, mediante la creación de títulos que permiten a las entidades financieras que han prestado con garantía hipotecaria obtener, a su vez, de terceros, la financiación con la garantía de esos créditos hipotecarios.

Según la información recogida en el Estudio sobre integración de los mercados hipotecarios europeos, de la Asociación Hipotecaria Española, los depósitos de clientes e interbancarios representan la principal fuente de financiación (85 por 100), en tanto las cédulas hipotecarias y los títulos respaldados con hipoteca suponen otro 5 por 100, respectivamente, de la financiación total, correspondiendo el resto a los fondos propios de los bancos.

La lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 pone de relieve que una de las finalidades perseguidas con la reforma de la Ley del mercado hipotecario ha sido introducir flexibilidad y sofisticación en la emisión de títulos (44). Aquí me limitaré a llamar la atención sobre algunos de los aspectos jurídicos de la reforma.

(44) «El segundo ámbito de modernización que se aborda en esta Ley corresponde a los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito a través de la emisión de cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios. La coyuntura favorable en los últimos años de nuestro mercado hipotecario e inmobiliario es una gran oportunidad para consolidar nuestro mercado de títulos hipotecarios. Este reto necesita de mejoras regulatorias y técnicas que fomenten la innovación y permitan un alto grado de flexibilidad a las entidades emisoras de estos títulos. Las mejoras técnicas introducidas se enfocan en dos líneas: una primera, de *eliminación de obstáculos administrativos que pesaban especialmente sobre la figura de los bonos hipotecarios*, y una segunda y de mayor calado, consistente en hacer posible una mayor sofisticación desde el punto de vista financiero de las emisiones de cédulas y bonos hipotecarios».

La primera línea la explica la Exposición de Motivos de la siguiente manera: «se eliminan algunas trabas administrativas que han obstaculizado el desarrollo de los bonos hipotecarios con el objetivo de conseguir un trato administrativo neutral de los bonos frente al de las cédulas hipotecarias. Para ello desaparece la necesidad de nota al margen en el Registro de la Propiedad para cada una de las hipotecas afectadas y la constitución, antes obligatoria, de un sindicato de tenedores de bonos pasa a ser potestativa. Además, se igualan al tratamiento ya existente para las cédulas al incluir el recurso a la responsabilidad patrimonial universal del emisor en caso de que las garantías especiales no cubran el montante de la deuda. Por último, se establece que todos los préstamos y créditos hipotecarios afectados a los bonos deberán cumplir los requisitos de la Sección II de la Ley, pues la lógica de este instrumento es permitir la emisión de títulos hipotecarios de alta calidad crediticia a entidades con mayores dificultades en la refinanciación».

La «segunda línea», como mejora técnica, se explica en la Exposición de Motivos en los siguientes términos: «en la cartera de créditos y préstamos hipotecarios que sirve de garantía a las cédulas hipotecarias no se incluyen aquellos préstamos o créditos que se hubieran afectado a una emisión de bonos hipotecarios o hayan sido objeto de participaciones hipotecarias. Para facilitar la segregación de los créditos y préstamos de la cartera de garantía del resto de los que componen el activo de las entidades emisoras se ha previsto un registro contable especial. En dicho registro se recogerán todos los préstamos y créditos hipotecarios que configuran la garantía de las cédulas y, adicionalmente, se

Por lo que se refiere a las entidades emisoras, la reforma del artículo 2 LMH (45) debe ponerse en relación con la modificación del sistema financiero producida en nuestro país desde 1981, año en que se aprobó la ley. Si se compara la nueva redacción del precepto con la configuración legal de lo que son «entidades de crédito», de conformidad con el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, se observa que algunas entidades de crédito no pueden emitir los títulos que se refiere la LMH (las entidades de dinero electrónico) y que, por otra parte, a pesar de la entradilla del artículo 2 LMH («entidades de crédito»), las entidades oficiales de crédito, que sí pueden emitir títulos cuando lo autoricen sus estatutos, no son calificadas legalmente como entidades de crédito. De cualquier forma, importa llamar la atención sobre la amplitud de sujetos que pueden emitir títulos valores, frente a la restricción inicial de la Ley de 1981. En particular, por lo que se refiere a la emisión de cédulas, el artículo 12 LMH dice ahora que pueden ser emitidas por todas las entidades a que se refiere el artículo 2 (inicialmente esta posibilidad se limitaba al Banco de España, y después se amplió a las entidades oficiales de crédito y sociedades de crédito hipotecario; en 1986 se amplió a la Caja Postal de Ahorro y en 1988 a los bancos y cooperativas de crédito). Tradicionalmente, la ausencia de unos mayores controles (no era necesaria inscripción en el Registro de la emisión, por ejemplo, a diferencia de lo que sucedía anteriormente con los bonos), iba acompañada de una mayor exigencia de las entidades emisoras.

identificarán entre ellos aquellos que cumplen con los requisitos de la Sección II de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, pues ello resulta necesario para computar el límite establecido a la emisión de cédulas contenido en el artículo 16. Además, este límite de emisión se revisa para asegurar que se mantiene la alta calidad crediticia de las cédulas hipotecarias, quedando en el 80 por 100 de los créditos y préstamos hipotecarios que cumplen los requisitos de la mencionada Sección II».

Finalmente, la Exposición de Motivos explica como «una serie de mejoras para ambos instrumentos, cédulas y bonos hipotecarios, que incrementan la posibilidad de sofisticación financiera de las emisiones»:

- la posibilidad de incluir activos líquidos de sustitución en la cartera de la emisión, que contribuye a cubrir el riesgo de liquidez ante un eventual concurso;
- el refuerzo a la posibilidad de cubrir el riesgo de tipo de interés a través de contratos de derivados financieros asociados a una emisión, que se produce al entrar los flujos económicos generados por estos instrumentos en favor de la entidad en el conjunto de activos segregados sobre los que el tenedor del título hipotecario es acreedor con privilegio especial.

(45) Artículo 2 LMH: Las entidades de crédito que, a continuación se detallan, podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:

- a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,
- b) las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,
- c) las cooperativas de crédito,
- d) los establecimientos financieros de crédito.

Por lo que se refiere a los créditos que se movilizan, la ley se refiere ahora expresamente a los «préstamos» y a los «créditos», reforzando la idea que ya se admitía con anterioridad de que no sólo están incluidos los contratos de préstamo, sino también aquellas operaciones jurídicas que, en sustancia, den cuerpo a un contrato de préstamo (RUBIO GARRIDO). Igualmente, al establecer de manera expresa en el artículo 4 LMH que se incluyen los préstamos garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establecen en la ley, «sea cual sea su finalidad» aclara, frente a las dudas anteriores de algunos autores, que no se impone una determinada finalidad a la operación del crédito (en este sentido, ya antes de la reforma, por todos, RUBIO GARRIDO).

La Ley 41/2007 fortalece la figura de la cédula mediante las siguientes medidas:

- El artículo 5 LMH establece que el préstamo o crédito garantizado con hipoteca no podrá exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado (se reduce del 70 al 60 por 100 el valor del préstamo en relación con el valor del bien; salvo que se trate de préstamos que financien la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda, para los que se mantiene el límite del 80 por 100).
- El artículo 16 LMH establece que las entidades no podrán emitir cédulas hipotecarias por importe superior al 80 por 100 de los capitales no amortizados de los préstamos y créditos hipotecarios de su cartera, deducido el importe de los afectados a bonos hipotecarios (se reduce el anterior límite de la emisión del 90 al 80 por 100).
- El artículo 16 LMH introduce la alternativa de que la cartera que dé soporte a las cédulas esté formada, hasta un límite del 5 por 100 del principal emitido, por activos de sustitución de calidad (46).

---

(46) Los previstos en el artículo 17.2, al que se remite el artículo 16:

- a) valores de renta fija representados mediante anotaciones en cuenta emitidos por el Estado, otros Estados miembros de la Unión Europea o el Instituto de Crédito Oficial;
- b) cédulas hipotecarias admitidas a cotización en un mercado secundario oficial, o en un mercado regulado, siempre que dichas cédulas no estén garantizadas por ningún préstamo o crédito con garantía hipotecaria concedido por el propio emisor de los bonos ni por otras entidades de su grupo;
- c) bonos hipotecarios admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, o en un mercado regulado, con una calificación crediticia equivalente a la del Reino de España, siempre que dichos valores no estén garantizados por ningún préstamo o crédito con garantía hipotecaria concedido por la propia entidad emisora de los bonos, ni por otras entidades de su grupo;
- d) valores emitidos por Fondos de Titulización Hipotecaria o por Fondos de Titulización de Activos admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, o en un mercado regulado, con una calificación crediticia equivalente a la del Reino de España, siempre que dichos valores no estén garantizados por ningún préstamo o

Las cédulas representan un crédito privilegiado sobre todos los créditos hipotecarios de la entidad, y ahora la Ley 41/2007 introduce la necesidad de que la entidad emisora lleve un registro contable especial de los préstamos que sirven de cobertura a la emisión (art. 12 párrafo segundo). Pero no existe un control directo de este registro (ni de las transmisiones o negocios que la entidad haga de esos créditos) por parte de los cedulistas, sino el control que resulte de los sistemas de inspección. La Ley añade en el artículo 14 LMH que todas las cédulas, cualquiera que fuese su fecha en que se hayan emitido, tendrán la misma pelación.

Por lo que se refiere a los bonos, la reforma suprime la que hasta ahora venía siendo reconocida como la principal característica de los bonos: la nota marginal en el Registro de la Propiedad en relación con los créditos hipotecarios afectos a la emisión (47). El legislador presenta esta supresión como eliminación de una traba administrativa que, al encarecer la emisión, impedía el éxito de los bonos. Lo que sucede es que, de esta forma, se reduce una de las garantías previstas en la legislación anterior y habrá que esperar a ver las repercusiones que esta novedad tiene en la práctica (48). La entidad emisora debe llevar ahora también, como sucede con las cédulas, un registro contable especial de los créditos afectos a la emisión de las cédulas (párrafo cuatro del art. 13 LMH). La Ley convierte en potestativo el sindicato de bonistas que, con anterioridad tenía carácter obligatorio (art. 13 párrafo quinto LMH) (49).

---

crédito concedido por la propia entidad emisora de los bonos hipotecarios, ni por otras entidades de su grupo;

- e) otros valores de renta fija admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, o en un mercado regulado, con una calificación crediticia equivalente a la del Reino de España, siempre que dichos valores no hayan sido emitidos por la propia entidad emisora de los bonos hipotecarios, ni por otras entidades de su grupo;
- f) otros activos de bajo riesgo y alta liquidez que se determinen reglamentariamente.

(47) Establece ahora el párrafo 2 del artículo 13 LMH que el capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados, *sin necesidad de inscripción registral*, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en escritura pública, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora, y, si existen, por los activos de sustitución contemplados en el apartado segundo del artículo 17 que se afecten en escritura pública y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

(48) En opinión de VALLE MUÑOZ, al suprimir ahora este requisito lo que se hace, de hecho, es equiparar los bonos a las cédulas. Señala cómo los bonos no se han utilizado por resultar más incómodos para los emisores pero que en épocas de crisis, como puede ser la actual, podría resultar útil mantener una figura de mayor garantía.

(49) Podrá constituirse un sindicato de tenedores de bonos, cuando estos se emitan en serie, en cuyo caso la entidad emisora designará un comisario que concurra al otorgamiento de la escritura pública mencionada en el segundo párrafo de este artículo en nombre de los futuros tenedores de bonos. Dicha persona, cuyo nombramiento deberá ser ratificado por la asamblea de tenedores de bonos, será presidente del sindicato, y, además de las facultades que le hayan sido conferidas en dicha escritura o las que le atribuya la citada asamblea, tendrá la representación legal del sindicato, podrá comprobar que por

Se introduce la posibilidad de que hasta el 10 por 100 del principal de cada emisión de bonos pueda estar cubierto por determinados activos de sustitución (art. 17).

El capítulo III de la Ley 41/2007 se ocupa de las entidades de tasación, modificando el artículo 3 LMH e introduciendo en la misma unos nuevos artículos 3 bis, 3 bis II y 3 bis ter dirigidos a garantizar la independencia de las entidades de tasación respecto de las entidades que finalmente conceden los préstamos hipotecarios.

#### 4. OTRAS REFORMAS

##### A) MERCADO HIPOTECARIO Y SITUACIONES DE INSOLVENCIA

A) Concurso del deudor hipotecario. El artículo 12.2 de la Ley 41/2007 modifica el artículo 10 LMH. El sentido de la reforma es zanjar la duda que tras la promulgación de la Ley concursal en el año 2003 se suscitó acerca de si para el éxito de la acción de reintegración del artículo 71 LC, respecto de hipotecas constituidas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 LMH, la administración concursal debía probar el fraude en la constitución del gravamen.

En la redacción originaria del artículo 10 LMH, que se remitía al entonces vigente artículo 878 del Código de Comercio (retroacción de la quiebra), se establecía expresamente la necesidad de fraude. La Ley concursal, al suprimir la retroacción de la quiebra e introducir en el artículo 71 las acciones de reintegración de los actos realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso no exige intención fraudulenta, sino perjuicio patrimonial y presume, salvo prueba en contrario, que el perjuicio patrimonial cuando se trate de «la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas en sustitución de aquéllas».

La modificación efectuada por la Ley 41/2007 introduce ahora expresamente la regla de que «las hipotecas inscritas a favor de las entidades, a que se refiere el artículo 2, sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, por la administración concursal, *que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen*».

---

la entidad se mantiene el porcentaje a que se refiere el artículo 17.1, y ejercitar las acciones que correspondan a aquél.

El Presidente, así como el sindicato en todo lo relativo a su composición, facultades y competencias, se regirán por las disposiciones del Capítulo X del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en cuanto que no se opongan a las contenidas en la presente Ley.

De esta forma queda reforzada la posición de las entidades referidas en caso de concurso del deudor y, a la vez, la posición de los titulares de cédulas, bonos o participaciones emitidas con el respaldo de los créditos hipotecarios, puesto que sólo en caso de fraude en la constitución de la hipoteca podrá rescindirse la constitución de la hipoteca que garantice una obligación preexistente.

B) Concurso de la entidad emisora. El artículo 14 LMH establecía en su redacción originaria el contenido del derecho de los titulares de las cédulas y bonos hipotecarios frente al emisor, la preferencia especial que establece el artículo 1923.3 del Código Civil frente a otros acreedores y con relación a los créditos hipotecarios (de todos los inscritos a favor del emisor para las cédulas y de los afectados a la emisión para los bonos) así como un orden de prelación en relación a los créditos hipotecarios de los titulares de los bonos sobre los tenedores de las cédulas cuando concurrieran sobre un mismo crédito.

La Disposición Final 19.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, añadió dos párrafos al artículo 14 LMH para el caso de concurso. Estos párrafos reciben nueva redacción por la Ley 41/2007.

Se establece que en caso de concurso del emisor, los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios gozarán del privilegio especial establecido en el número 1.º del apartado 1 del artículo 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En realidad debe tenerse en cuenta que ese privilegio no es sobre los inmuebles hipotecados, sino sobre los créditos hipotecarios.

Además, se establece la aplicación del artículo 84.2.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En consecuencia, tienen la consideración de créditos contra la masa, los pagos que correspondan por amortización de capital e intereses de las cédulas y bonos hipotecarios emitidos y pendientes de amortización en la fecha de solicitud del concurso hasta el importe de los ingresos percibidos por el concursado de los préstamos y créditos hipotecarios y, si existen, de los activos de sustitución que respalden las cédulas y bonos hipotecarios y de los flujos económicos generados por los instrumentos financieros vinculados a las emisiones. Estos pagos deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso de forma inmediata (art. 154). La ley se ocupa, además, del caso de que exista un desfase temporal entre el vencimiento de los pagos que la entidad emisora haya de realizar a los titulares de las cédulas y los bonos y los pagos que los deudores de la entidad emisora deban hacer a ésta. La finalidad del régimen legal es establecer el cauce y las facultades y obligaciones para que la administración concursal gestione la cartera hipotecaria para agilizar el reembolso de las cantidades que deben abonarse a los cedulistas.



B) ARTÍCULO 693 LEC

La Ley 41/2007 modifica el apartado 3 del artículo 693 LEC, permitiendo que, cuando se trate de vivienda, el deudor pueda no sólo una vez, sino en más ocasiones, liberar el bien consignando las cantidades establecidas en el precepto siempre que medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor (50).

Se trata de una medida justificada, podríamos decir, en «razones humanitarias», que no figuraba en el proyecto de Ley y que no requiere apenas comentario (51).

---

(50) Conforme al artículo 693.2 LEC, podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.

Ahora, el artículo 693.3, redactado por la reforma de 2007, establece que:

«En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

*Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones, siempre que al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.*

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se liquidarán las costas, y una vez satisfechas éstas, el Tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

(51) La justificación de la enmienda número 131, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) y que dio lugar a la reforma es la siguiente: «La fórmula de la rehabilitación actual del préstamo hipotecario prevista en la LEC sólo permite que se realice por una sola vez parece excesivamente restrictivo. En un contrato de tan larga duración y de tan alto contenido económico, como es el de préstamo hipotecario, parece desmesurado que no contenga al menos la posibilidad de utilizar esta figura en más ocasiones. Hay que reconocer que la implantación de un número determinado de ocasiones en las que se puede hacer uso de la rehabilitación hipotecaria podría generar una gran inseguridad en el tráfico y en el acreedor. Para ello se proponen fórmulas como la de que el paso de un plazo (cinco años, por ejemplo) de cumplimiento puntual e ininterrumpido en el pago de las obligaciones por el deudor «borre» el uso de esta figura que haya podido hacer con anterioridad y le permita utilizarlo de nuevo por primera vez. Una especie de carnet por puntos en el mundo hipotecario, pero en el que el buen cumplimiento simplemente sirva para eliminar del tracto el incumplimiento anterior.

Esta medida generaría mayor seguridad en el consumidor, mayor equilibrio en las prestaciones y obligaciones derivadas del contrato y daría seguridad al acreedor por cuanto



C) HIPOTECA MOBILIARIA

La Disposición Final tercera de la Ley 41/2007 modifica los artículos 2, 8 y 54 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954:

1.º) Se amplía su ámbito objetivo, al modificar el artículo 2 que, hasta ahora, prohibía la constitución de estas garantías sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados.

Ahora, precisamente, la nueva redacción de este precepto admite de forma expresa, aunque sin efectos retroactivos, esta posibilidad:

«Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuviesen hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar. También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho. El presente apartado carecerá de efectos retroactivos».

En la redacción originaria, la prohibición de la constitución de estas garantías sobre bienes ya hipotecados, pignorados o embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho iba acompañada de la ineficacia de la nueva garantía. En la actualidad, los problemas de preferencia deben resolverse con arreglo a los criterios generales (por ejemplo, será preferente el derecho al cobro del vendedor a plazos que inscribió a su favor la reserva de dominio o la prohibición de disponer, art. 15 de la Ley de ventas a plazos).

2.º) Se modifica el artículo 8, que regula la cesión total o parcial de los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, añadiendo la posibilidad de que puedan servir de cobertura a las emisiones de títulos del mercado secundario.

De acuerdo con el nuevo artículo 26 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, añadido por la Ley 41/2007, para poder movilizarse, ha de tratarse de créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o primera prenda sin desplazamiento.

3.º) Se amplía el objeto de la prenda sin desplazamiento, permitiendo sujetar a esta garantía todo tipo de derechos de crédito.

La Ley añade dos nuevos párrafos al artículo 54, en cuya virtud podrán sujetarse también a prenda sin desplazamiento:

que persistiría la amenaza de ejecución de la vivienda del deudor mientras que éste no hubiera acreditado buena fe y solvencia en el cumplimiento de sus obligaciones durante un plazo lo suficientemente continuado».

- Los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas, siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero.
- Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.

No parece que la finalidad de esta última norma sea la de exigir que todas las prendas sobre créditos deban constituirse como prendas sin desplazamiento, sometidas al régimen legal previsto en la Ley 2/1981 que, «para su eficaz constitución», requieren inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Si así fuera, se vería afectada de manera importante la práctica financiera de la prenda de créditos: fundamentalmente, las entidades financieras aceptan los depósitos bancarios, las imposiciones a plazos, las cuentas indisponibles, las libretas de ahorro y las cuentas corrientes en prenda como garantía de los créditos que ostentan frente a sus clientes. El Tribunal Supremo ha admitido desde hace tiempo que el objeto del derecho real de prenda es el crédito a la restitución de una cantidad de dinero y que es eficaz frente a terceros (sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de noviembre de 1999, 10 de marzo de 2004). El artículo 90.1.6 de la Ley concursal, además, establece que gozan de privilegio especial «los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. *Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados*».

En mi opinión, la reforma no ha querido excluir esta práctica, lo que debiera haber dicho de manera expresa. Sencillamente, introduce la posibilidad de que la prenda de créditos puede constituirse, además de como prenda ordinaria, como prenda sin desplazamiento (así se ha pronunciado también la DGRN en Resolución de 18 de marzo de 2008, por la que se resuelve una consulta planteada al Centro Directivo por la Asociación Española de Banca y la Confederación Española de Cajas de Ahorro).

Es decir, las prendas de créditos podrán seguir constituyéndose como venía haciéndose hasta ahora (escritura pública) y, además, si se quiere, como prenda sin desplazamiento al amparo de la Ley 2/1981. En este segundo caso, es aplicable el artículo 90.1.1.º de la Ley Concursal (conforme al cual, gozan de privilegio especial «Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados»).

*¿Quid si se constituyen sucesivamente una prenda ordinaria y una prenda sin desplazamiento sobre el mismo crédito?* De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1981 debe prevalecer la primera, aun cuando la segunda goce de inscripción y la primera no (52). En consecuencia, no creo que haya mucho incentivo para constituir prendas sin desplazamiento sobre créditos, ante el riesgo de que sobre los mismos se haya constituido ya una prenda ordinaria.

¿Es posible constituir una prenda ordinaria sobre un crédito sobre el que ya existiera una prenda sin desplazamiento anterior? Según el artículo 55.II de la Ley 2/1981, no «podrá constituirse prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignorados con arreglo a esta Ley». Esta regla tiene sentido cuando se trata de bienes tangibles, corporales, pues en la escritura de la prenda sin desplazamiento de posesión debe indicarse el inmueble en que se situaren esos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito (art. 57.2 de la Ley 2/1981), lo que tampoco tiene sentido para los derechos de crédito. Ahora, precisamente, la reforma de 2007 admite que los derechos sean objeto de prenda sin desplazamiento por lo que, puede argumentarse, para ellos no es aplicable lo dispuesto en el artículo 55.2.

Si se admite esto, y *se constituye en primer lugar una prenda sin desplazamiento y, posteriormente, una prenda ordinaria sobre el mismo crédito, debe prevalecer la primera, por ser primera en el tiempo.* En consecuencia, las entidades que vayan a aceptar un crédito en prenda como garantía de otras obligaciones deberían consultar previamente el Registro de Bienes Muebles, a efectos de conocer si sobre tal crédito existe una prenda sin desplazamiento porque, en tal caso, su garantía prendaria quedaría postergada.

#### D) TRANSPARENCIA

La finalidad de las normas de transparencia es permitir que los clientes dispongan de la información necesaria para conocer y comparar el coste financiero de los préstamos ofrecidos por cada entidad, lo que requiere un mínimo de información estandarizada y uniforme.

a) Aplicación de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. La generalidad de los créditos hipotecarios que se suscriben sólo quedan sometidos a los artículos 16, 17 y 18 de la Ley de crédito al consumo, que

---

(52) Artículo 56 LHM: La constitución de la prenda *no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados* y sin perjuicio de la responsabilidad, civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

regulan la oferta vinculante, la publicidad sobre ofertas de crédito y el coste total del crédito y tasa anual equivalente (53).

b) *Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994*. La Orden hace uso de la habilitación que el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, hacía al Ministerio de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa, así como exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos, pudiendo imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos.

La Orden se circunscribe a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas (150.000 euros) (54). La Circular del Consejo General del Notariado, de 16 de julio de 1994, aclaró que, si además de vivienda, se hipoteca algún local o solar, se aplica igualmente el contenido de la Orden de 5 de mayo de 1994. No se aplica sin embargo cuando se trate de una hipoteca, aunque sea sobre vivienda, constituida en garantía de deudas no hipotecarias contraídas con anterioridad (art. 1.4 de la Orden de 5 de mayo de 1994).

---

(53) La Ley 7/1995 se aplica a los contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio (empresario), concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional (art. 1). Además, conforme al artículo 2.1.a), a los contratos en los que el importe del crédito sea superior a 20.000 euros sólo se les aplica el capítulo III de la Ley (arts. 16 a 20). Aun cuando se trate de créditos entre empresarios y consumidores, y por un importe superior a 20.000 euros, el artículo 2.2 de la Ley establece que «las disposiciones de los artículos 6 al 14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria». Esto significa, en definitiva, como digo en el texto, que la generalidad de los créditos hipotecarios que se suscriben sólo quedan sometidos a los artículos 16, 17 y 18 de la Ley de crédito al consumo, que regulan la oferta vinculante, la publicidad sobre ofertas de crédito y el coste total del crédito y tasa anual equivalente. La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008) excluye también de su ámbito de aplicación el crédito garantizado con hipoteca (art. 2).

(54) Según su Preámbulo, la finalidad primordial de la Orden es la de garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, y por ello presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. La Orden, además, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

c) *Sentido de la reforma.* La Ley 41/2007 ha modificado el artículo 48.2.a) de la Ley 26/1988, a cuyo amparo se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994, añadiendo lo siguiente: «La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos».

Por lo que se refiere a la aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994 a los créditos hipotecarios, la Resolución de la DGRN, de 27 de octubre de 1994, ya se había manifestado en este sentido.

Se introduce además una nueva letra h) en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, por la que se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda «determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información precontractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera».

d) *En el ámbito de la Unión Europea,* el Parlamento Europeo aprobó la Resolución de 14 de noviembre de 2006 sobre crédito hipotecario [2006/2102(INI)] que, entre otras consideraciones, advierte que:

- una mayor transparencia sobre aspectos fundamentales relativos a los productos hipotecarios existentes, no sólo mejorará la eficacia del mercado sino que también incrementará el grado de confianza de los prestatarios que están interesados en realizar operaciones de crédito hipotecario en otros Estados miembros y les permitirá adoptar una decisión informada;
- el acceso por parte de los consumidores a una información lo más amplia y sencilla posible, proporcionada de acuerdo a cada caso específico y conformada por elementos homogéneos susceptibles de estudios comparativos en los diversos Estados miembros, es una condición imprescindible para que aquellos puedan ejercer de una manera más eficaz la libertad de elección en la contratación transfronteriza de un crédito hipotecario.

Existe, además, un *Acuerdo europeo relativo a un Código de conducta* voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, negociado y adoptado por las Asociaciones europeas de consumidores y las Asociaciones

europeas del sector de crédito que ofrecen créditos vivienda, que constituye el fundamento de un Código de conducta voluntario destinado a ser aplicado por cualquier entidad que ofrezca créditos vivienda al consumidor (55).

e) Otras normas de transparencia en la Ley 41/2007. La Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, en sus apartados 3 y 4, se refiere al régimen de transparencia en la comercialización de la hipoteca inversa.

#### E) COMPENSACIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

El capítulo IV de la Ley 41/2007 (arts. 7 a 9) regula el «régimen de la compensación por amortización anticipada» (56). Se cambia la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de compensación porque se entiende que es ésta más acorde con su naturaleza. Desde luego, no se trata propiamente de una comisión que retribuya la prestación de ningún servicio, sino de una compensación por los daños que pudiera causar a la entidad el desistimiento del contrato.

La compensación por amortización anticipada se divide, además, entre la compensación que se hace a la entidad por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes de originación del préstamo (art. 8), y la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés (art. 9).

Este nuevo régimen de compensación por amortización anticipada sustituye al anterior de comisión para los préstamos hipotecarios concertados

---

(55) En relación con la existencia de este Código, la *Nota informativa de la AHE sobre el proyecto de Ley de reforma del mercado hipotecario, 8 de marzo de 2007 (AHE)*: hizo constar que, «lamentablemente no incorpora una referencia a la necesaria convergencia en esta materia con Europa, cuando somos el único país de los quince cuya normativa es incompatible con el Código de Conducta Europeo. Los otros catorce ya lo han suscrito, así como la mayoría de los diez nuevos Estados miembros lo están suscribiendo. Además, cuando menos en dos ocasiones que nos conste, la Comisión se ha dirigido al Gobierno español urgiéndole a que adapte nuestra normativa en la materia. Tampoco se ha incorporado un mandato al Gobierno para que se regule adecuadamente la actividad de los intermediarios hipotecarios para evitar riesgos innecesarios a las familias, tal como se viene reclamando desde muchos sectores sociales».

(56) Explica la Exposición de Motivos de la Ley que: «Uno de los objetivos de la presente Ley es alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado. En la actualidad existe una regulación sobre la *comisión de amortización anticipada en caso de subrogación del préstamo hipotecario* que, al no estar ligada directamente al perjuicio económico que sufre la entidad de crédito cuando se produce dicha subrogación, discrimina artificialmente entre las diferentes estructuras de tipos de interés posibles en un préstamo hipotecario. Desde la perspectiva del objetivo de protección a los clientes, el régimen actual también resulta insatisfactorio, pues permite que estos tengan que abonar una comisión a la entidad prestataria incluso cuando la amortización es beneficiosa para esta última.

a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de modo que en ningún contrato podrá cobrarse por ambos conceptos» (57).

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV., *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia*, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- AMORÓS GUARDIOLA, «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985.
- ANDERSON, M., *Cesión de créditos hipotecarios*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La hipoteca global: valoración y crítica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004.
- ARNÁIZ RAMOS, R., *Análisis del proyecto de Ley de regulación del mercado hipotecario* ([www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2007/03](http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2007/03)).
- ARRANZ PUMAR, G., «Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero», en *Derecho de los Negocios*, núm. 210, marzo de 2008.
- ÁVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, CEH, Madrid, 1990.
- ÁVILA NAVARRO, P.; MURO VILLALÓN, J., VALLE MUÑOZ, J. L., *Problemática actual de la hipoteca. Ponencia sobre la hipoteca del Tercer Congreso de Registradores de España*. Granada, 2006 ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)).
- AZOFRA, F., «La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas», en *Diario La Ley*, 6909, 24 de marzo de 2008 (*La Ley 10182/2008*).
- «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, 707, mayo-junio de 2008.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., REGÚLEZ LUZARDO, J., *Seminario de Derecho Registral*, Bilbao, sesión de 19 de febrero de 2008 ([www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)).
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «Artículos 149 a 152 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 8, Edersa, Madrid, 2000.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P., *El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario*, XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, mayo de 2008 ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)).

---

(57) Una exposición sistemática de las comisiones de cancelación anticipada en procedimientos no subrogatorios (para operaciones firmadas antes y después de la Ley 41/2007), de la comisión de cancelación anticipada en procedimiento subrogatorio, de la comisión por riesgo de interés y por ampliación de plazo puede verse en LACRUZ PÉREZ, M. J. *Notas prácticas sobre algunos aspectos de los préstamos y créditos hipotecarios, tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la Ley sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios* ([www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)).



- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona.
- CANALS BRAGE, F., «El incierto porvenir de la hipoteca en España», en *Diario La Ley*, 6691, 12 de abril de 2007 (*La Ley* 1509/2007).
- «Una modesta proposición (para la redacción de los asientos de inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca) según las enseñanzas de Juan Manuel Rey Portolés», en *Libro-Homenaje a J. M. Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- CAÑIZARES LASO, A. (coordinadora), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006.
- CARRASCO PERERA, Á., «Las nuevas hipotecas», en *Expansión*, 10 de enero de 2008 ([www.gomezacebo-pombo.com/prensa.asp?id=es&pg=5](http://www.gomezacebo-pombo.com/prensa.asp?id=es&pg=5)).
- «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito (A propósito de la reforma operada por la Disposición Final 3.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007)», en *Diario La Ley*, 6867, 23 de enero de 2008 (*La Ley* 108/2008).
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO E., «La hipoteca inversa y el aseguramiento de los intereses o de por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 741/2007.
- CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1989.
- CORDERO LOBATO, E., «La hipoteca», en CARRASCO PERERA, Á.; E., CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi Editorial, Cizur Menor, 2002.
- «Proyectadas novedades en materia hipotecaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 732/2007.
- *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito hipotecario)*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997.
- CRESPO ALLUÉ, F., «Artículos 695 a 698», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, editorial Lex Nova, A. M. Lorca Navarrete, dir., V. Guilarte Gutiérrez, coord., Valladolid, 2003.
- DE OÑA, F., *Titulización de hipotecas, crisis subprime e impacto en los mercados*, XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, mayo de 2008 ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)).
- DELGADO RAMOS, J., *Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007, de reforma del sistema hipotecario* ([www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)).
- DELGADO, «La accesoriadad de la hipoteca en Derecho español», en *RGLJ*, 1934.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «Artículo 130 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 6, Edersa, Madrid, 2000.
- «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *Diario La Ley*, 6727, 4 de junio de 2007 (*La Ley* 1964/2007).
- *La eficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria como garantía jurídica del mercado secundario*, XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, mayo de 2008 ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)).



- DÍAZ MORENO, A., «Reforma del mercado hipotecario», en *Derecho de los Negocios*, núm. 209, febrero de 2008.
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.ª ed., 2.ª reimpre-  
sión, Tecnos, Madrid, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid,  
1993.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículos 681 a 694», en *Comentarios a la Nueva Ley de  
Enjuiciamiento Civil*, tomo III, editorial Lex Nova, A. M. LORCA NAVARRETE, dir.,  
V. GUILARTE GUTIÉRREZ, coord., Valladolid, 2003.
- FREIXAS, X., *El mercado hipotecario español. Situación actual y proyecto de reforma*,  
Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Madrid, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Barcelona,  
1994.
- «De la hipoteca (comentario a los arts. 1.874 a 1.880 del Código Civil)», en  
*Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J., *La cesión de créditos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GIL RODRÍGUEZ, «Ejecución hipotecaria por el banco acreedor sin que hubiera inscrito  
previamente la cesión a su favor», en *Poder Judicial*, 17, 1990.
- GOMA LANZÓN, F., «Ley de reforma del mercado hipotecario. Mientras yo te siga  
queriendo, tú no te cambias de banco», en *El Notario del Siglo XXI, Revista on  
line del Colegio Notarial de Madrid*, marzo-abril de 2008, núm. 18.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de  
Justicia», en *RCDI*, núm. 702, 2008.
- «Reforma del mercado hipotecario. Aspectos básicos», en *Economist&Jurist*, mayo  
de 2007.
- *Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131  
LH (procedimiento judicial sumario)*, Madrid, 1994.
- GÓMEZ JENÉ, F. J., *La publicidad registral de las cláusulas de las hipotecas como base  
de la seguridad jurídica. Seguridad jurídica y mercado secundario*, XVI Congre-  
so Internacional de Derecho Registral, Valencia, mayo de 2008 ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)).
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., «La hipoteca», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. III,  
vol. 3.º, J. F. Delgado de Miguel, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ-MENESES, M., «La Ley 41/2007 y las contradicciones de la desregulación»,  
en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*,  
marzo-abril de 2008, núm. 18.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M., VALLS COMBAU, J. F., *Comentarios  
a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Iurgium, Barcelona, 2000.
- JORDANO FRAGA, F., «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el  
régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de  
Derecho inmobiliario*, 1999.
- *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Comares, Granada, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. segundo, 2.ª ed., revisada  
y puesta al día por A. Luna, Dykinson, Madrid, 2004.
- LACRUZ PÉREZ, M. J., *Notas prácticas sobre algunos aspectos de los préstamos y  
créditos hipotecarios, tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la*

- Ley sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios* (www.notariosyregistradores.com).
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977.
- LÓPEZ DE HARO, «Cesión del rédito hipotecario», en *RGLJ*, 1930.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., MUÑOZ DE BENAVIDES, C., «Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», en *Diario La Ley*, 6864, 18 de enero de 2008 (*La Ley* 31/2008).
- MADRID PARRA, A., «Los valores hipotecarios tras la Ley 41/2007», en *Derecho de los Negocios*, núm. 214-215, julio-agosto de 2008.
- MARIÑO VILA, M., *Compensación por amortización anticipada* (www.notariosyregistradores.com).
- MARTÍNEZ-GIL VICH, J. L., «Privilegio exorbitante. La hipoteca flotante», en *El Notario del Siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, marzo-abril de 2008, núm. 18.
- MERINO ESCARTÍN, F., *Hipoteca: cláusulas inscribibles y no* (www.notariosyregistradores.com).
- MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., «Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés», en *Libro-Homenaje a J. M. Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- MUÑIZ ESPADA, E.; NASARRE AZNAR, S.; SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Un modelo para una eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Madrid, 2008.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales (comentario a los arts. 1.526 a 1.536 del Código Civil)», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.<sup>a</sup> ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- PRETEL SERRANO, J. J., «Artículo 153 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 8, Edersa, Madrid, 2000.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., «Artículo 695» y «Artículo 698», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, J. M. RIFÁ SOLER, J. F. VALLS GOMBAU, coordinadores, Tomo III, Barcelona, 2000.
- RIPOLL SOLER, A., *Compensación por amortización anticipada (Comentario de los arts. 7 a 9 de la Ley 41/2007)* (www.notariosyregistradores.com).
- ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, 8.<sup>a</sup> ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- RODRÍGUEZ BOIX, F., *La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre* (www.notariosyregistradores.com).
- RODRÍGUEZ OTERO, L., *Addenda de actualización de «Instituciones de Derecho Hipotecario», enero de 2008* (www.notariosyregistradores.com).
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007», en *Diario La Ley*, 6950, 21 de mayo de 2008 (*La Ley* 16887/2008).

- «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, 707, mayo-junio de 2008.
- *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriadad*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- SANCHO REBULLIDA, F., en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. segundo, 2.<sup>a</sup> ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1991.
- TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., «Artículo 12 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 3, Edersa, Madrid, 1999.
- VALLE MUÑOZ, J. L., *La reforma del mercado secundario de hipotecas*, comunicación presentada al III Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Granada, 2006 ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)).
- VIDAL FRANCÉS, P., «Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991.
- YSAS Y SOLANES, «Comentario a la STS de 29 de junio de 1989», en *CCJC*, 21.

## DODUMENTACIÓN DE INTERÉS

- Acuerdo europeo relativo a un código de conducta voluntario sobre información pre-contractual para créditos vivienda ([ec.europa.eu/internal\\_market/fin services-retail/docs/home-loans/agreement\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/fin services-retail/docs/home-loans/agreement_es.pdf)).
- AIAF, *Informe Anual. El mercado de renta fija en el años 2007* ([www.bolsasymercados.es](http://www.bolsasymercados.es)) ([www.aiaf.es](http://www.aiaf.es)).
- Asociación Hipotecaria Española, *Resumen de las propuestas de modificación formuladas al anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia*, Madrid, 5 de diciembre de 2006 ([www.ahe.es](http://www.ahe.es)).
- Asociación Hipotecaria Española, *Nota informativa de la AHE en relación con el proyecto de Ley de reforma del mercado hipotecario*, 8 de marzo de 2007 ([www.ahe.es](http://www.ahe.es)).
- Asociación Hipotecaria Española, *Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española, Informe del Presidente*, Madrid, 27 de junio de 2007 ([www.ahe.es](http://www.ahe.es)).
- Asociación Hipotecaria Española, *Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española, Informe del Presidente*, Madrid, 25 de junio de 2008 ([www.ahe.es](http://www.ahe.es)).
- Asociación Hipotecaria Española, *Resumen del Informe trimestral de los mercados hipotecarios europeos de la Federación Hipotecaria Europea*. Resultados primer trimestre de 2008 ([www.ahe.es](http://www.ahe.es)).
- Banco de España. *Informe de Estabilidad Financiera 04/2008*. Madrid, 2008 ([www.bde.es/informes/be/estfin/infestfin.htm](http://www.bde.es/informes/be/estfin/infestfin.htm)).
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Blanco. Política de los servicios financieros 2005-2010 [SEC(2005) 1574]*. Bruselas, 1-12-2005, COM(2005) 629 final.

- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde. El crédito hipotecario en la Unión Europea*. Bruselas, 19-7-2005, COM(2005) 327 final.
- Commission of the European Communities, *White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets (presented by the Commission) [SEC(2007)] 1683 [SEC(2007)] 1684*, Brussels, 18-12-2007. COM(2007) 807 final.
- Congreso de los Diputados. *Tramitación de la Ley 41/2007* ([http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?\\_piref73\\_1335538\\_73\\_1335535\\_1335535.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&PIECE=IWA8&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=127-127&QUERY=121.cini](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&PIECE=IWA8&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=127-127&QUERY=121.cini)).
- European Commission, Report of the Mortgage Funding Expert Group. European Commission. Internal Market and Services DG FINANCIAL INSTITUTIONS. *Retail issues, consumer policy and payment systems*, Brussels, 22-12-2006 ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/](http://ec.europa.eu/internal_market/)).
- Foro Hipotecario del Colegio de Registradores, 18 de abril de 2007. Intervenciones de C. Rodríguez Braun, J. Vegas Torres, A. Domínguez Luelmo, R. Sanz Company, F. Cabrillo Rodríguez ([www.registradores.org](http://www.registradores.org)).
- Ministerio de Economía y Hacienda. Secretaría de Estado de Economía. *Respuestas del Ministerio de Economía y Hacienda de España a las preguntas planteadas en el Libro Verde de la Comisión de la Unión Europea sobre el «crédito hipotecario en la UE»* (1-12-2005) ([ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/ms-es\\_minfin-es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/ms-es_minfin-es.pdf)).
- Parlamento Europeo, *Resolución de 14 de noviembre de 2006 sobre crédito hipotecario [2006/2102(INI)]*.
- Servicio de Asesoramiento sobre el Sistema Bancario Español (SASBE), *Documento 88, Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE*, 23 enero 2008 ([www.afi.es/infoanalistas/comun/MostrarFichero.asp?idContenido=822623&idSeccion=425646](http://www.afi.es/infoanalistas/comun/MostrarFichero.asp?idContenido=822623&idSeccion=425646)).

## RESUMEN

### HIPOTECA

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, introduce una mayor flexibilidad en los principios tradicionales de accesoria y especialidad cuando la hipoteca se constituye a favor de entidades financieras. En particular, y con el propósito declarado de flexibilizar los instrumentos de financiación y de que las entidades financieras puedan aumentar sus productos garantizados con hipoteca, la Ley introduce la llamada hipote-

## ABSTRACT

### MORTGAGE

Act 41/2007 of 7 December amending the Mortgage Market Act and other mortgage-system legislation lent greater flexibility to the traditional principles of accessory relationship and specificity of parties in mortgages made with financial institutions. The act's declared intent was to make financing instruments more flexible and to enable financial institutions to increase their mortgage-secured products. With that intent, the act did several things in particular: It introduced something called an «hipoteca glo-

ca global o flotante, permite discutir si introduce la «hipoteca recargable» y modifica algunos preceptos de la Ley Hipotecaria (arts. 12, 130 y 149). La defectuosa redacción de algunas reformas y la falta de coordinación con otros textos legales (señaladamente, con la Ley de Enjuiciamiento Civil) permite que sobre algunos aspectos claves de la reforma se hayan producido inicialmente diversas interpretaciones.

Aunque es difícil predecir cuál será la práctica de las entidades financieras y el éxito de algunas de las figuras introducidas por la Ley 41/2007, este trabajo se centra en la incidencia de la nueva regulación en la situación jurídica del acreedor, del deudor y de otros terceros interesados, en especial en el ámbito de la ejecución. También, en segundo lugar, en las consecuencias de la Ley en las garantías de los títulos del mercado hipotecario.

bal» or «hipoteca flotante» (a mortgage up to a maximum amount, secured by existing property, for several debts, some of which might not yet exist); it enabled discussion of the possibility of introducing «rechargeable mortgages»; and it amended some terms of the Mortgage Act (articles 12, 130 and 149). Because of the faulty wording of some terms and the lack of coordination with other laws (a case in point, the Civil Proceeding Act), some key aspects of the reform have given rise at first to a number of different interpretations.

Although it is hard to predict what practices financial institutions will take up and what success some of the concepts introduced by Act 41/2007 will have, this paper focuses on the new regulation's impact on the legal situation of the lender, the borrower and other interested third parties, especially in foreclosure. Also, secondarily, this paper addresses the act's consequences in terms of the guarantees backing mortgage-market securities.

*(Trabajo recibido el 07-10-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)*



# DICTÁMENES Y NOTAS





# Hipotecas especiales

por  
ABIGAIL QUESADA PÁEZ  
*Abogada*

## *SUMARIO*

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO HIPOTECARIO.
  - III. LA HIPOTECA RECARGABLE.
  - IV. HIPOTECA FLOTANTE.
  - V. LA CONVERSIÓN DE INMUEBLES EN RENTA: UNA POSIBILIDAD PARA LAS PERSONAS MAYORES:
    - 1. LA HIPOTECA INVERSA. CARACTERÍSTICAS.
    - 2. CONCEPTO Y DEFINICIÓN.
    - 3. FUNCIONAMIENTO.
    - 4. BENEFICIOS.
    - 5. CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA.
  - VI. CONCLUSIONES.
- REFERENCIAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Quando se hace necesario establecer mecanismos de financiación que ayuden a superar situaciones de crisis es el legislador el único que puede seleccionar los instrumentos jurídicos financieros para hacerlo.

La Ley 41/2007, del 7 de diciembre, que modifica la Ley 2 de 1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, presenta una serie de medidas que tienen como finalidad modernizar el mercado hipotecario y así dotarlo de una mayor flexibilidad a través de la ampliación de la oferta de productos crediticios, con nuevas figuras como la hipoteca inversa, la hipotec-

teca global e incluso la oculta hipoteca recargable, hasta la potenciación de las formas de refinanciación de las entidades de crédito a través de la emisión de deuda respaldada por su cartera hipotecaria, pasando por la reducción de costes asociados a las subrogaciones, así como también una nueva regulación del régimen de cancelación anticipada de determinadas financiaciones.

Depende mucho de la perspectiva desde la que se analice la ley y ateniéndonos a su repercusión mediática y social, sin duda la gran estrella ha sido, *la hipoteca inversa*. Ella abre el camino a la posibilidad de utilizar la vivienda propia como garantía para que los mayores y/o dependientes obtengan un complemento a sus pensiones.

También es cierto que se necesita un cambio importante de mentalidad, además de una normativa como la aprobada. Pero, al menos, es un primer paso.

La hipoteca global ha tenido también atención, aunque en menor medida, a través de ella podrán beneficiarse especialmente las pequeñas y medianas empresas, ya que pueden asegurarse varias operaciones, incluso futuras, con una única garantía.

La hipoteca recargable se presenta con características más confusas, tiene que ver con que las hipotecas que se suscriban a partir de esta ley y que se podrán ampliar sin necesidad de cancelar el préstamo y de volver a constituirlo de nuevo.

Pero para muchos autores, sin duda, la gran aportación de esta ley, aunque pueda no parecer tan evidente a primera vista, es la apuesta por devolver *los principios básicos de la hipoteca, el de accesoriedad y el de especialidad*, a su justo término, tratando de superar la rigidez que se había impuesto en los últimos años en su aplicación.

Esta es la mayor revisión de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario, en sus veintisiete años de vigencia para —entre otras cosas— dotar de vida a los bonos hipotecarios como uno de esos instrumentos de refinanciación. En un momento como el actual, en que las cédulas hipotecarias españolas son vistas con recelo por los inversores extranjeros, sus casi exclusivos compradores, el bono hipotecario puede ser más atractivo por resultarles más familiar, más parecido a otros bonos europeos.

En el marco de la reforma, nuestro trabajo tendrá como objeto describir los alcances logrados puntualmente en los aspectos relacionados a la hipoteca flotante o de máxima, la hipoteca recargable y fundamentalmente a la hipoteca inversa, sus características, funciones, beneficios e incluso sus deficiencias.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO HIPOTECARIO

El mercado hipotecario es uno de los segmentos del sistema financiero español con mayor influencia en la estabilidad macroeconómica y financiera.

De su funcionamiento depende la financiación de la vivienda que representa alrededor de los dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares españoles. Para las entidades de crédito supone más de la mitad del total del crédito otorgado al sector privado.

En los últimos diez años se ha producido una fase de expansión del crédito hipotecario con finalidad residencial en España. La aparente facilidad y alegría en la concesión de préstamos hipotecarios que ha imperado en los últimos años se ha convertido en una trampa para millones de consumidores que, mes a mes, buscan más formas de apretarse el cinturón para cancelar sus deudas.

El argumento que esgrimen las diferentes entidades de crédito es la baja tasa de morosidad, pero esto no deja de ser un riesgo económico familiar, ya que no se han articulado medidas de protección al consumidor.

La reforma al mercado hipotecario otorga carta de naturaleza a fórmulas de endeudamiento como la hipoteca recargable («utilice su vivienda para pagarse un coche, vacaciones, tratamientos de estética», etc.) pero no incide en verdaderas soluciones a los problemas de endeudamiento.

La situación actual aún es más complicada, debido al aumento del precio de la vivienda y la consiguiente necesidad del consumidor de acudir a nuevas formas de financiación.

### III. LA HIPOTECA RECARGABLE

El artículo 4.º de la Ley 2 de 1981, de Subrogación y Novación de los Préstamos Hipotecarios, que en la nueva ley se llama *hipoteca recargable*, es una figura ya existente en otros países de Europa, sobre todo en Francia.

Debemos decir que la recarga de hipoteca es una reserva de rango permanente que le permite al deudor hipotecario reutilizar la preferencia de rango de una hipoteca preexistente, no cancelada registralmente y que tiene como límite la parte del mismo ya satisfecha y hasta el límite inicialmente constituido.

La recarga no es necesariamente una novación del contrato causal garantizado, aunque sí puede serlo si el deudor utiliza dicho rango para ampliación del negocio preexistente con el acreedor originario, pero puede utilizarlo a favor de otro acreedor. Es decir, que la recarga afecta a una cuestión adjetiva o hipotecaria, que es el rango, aunque tenga contenido patrimonial y en ningún caso a la obligación o al negocio existente.

Es decir, la hipoteca recargable introducida por la Ley 41/2007 permite ampliar el capital de préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras, sin alterar el rango hipotecario y sin el consentimiento de los titulares registrales posteriores (salvo el incremento de la responsabilidad hipotecaria

o la ampliación del plazo del préstamo, mención que entendemos referida a la ampliación del plazo de la hipoteca).

La ley introduce en el artículo 4 de la Ley de Subrogación y Novación de Préstamos Hipotecarios dos nuevos párrafos: el segundo y el tercero. El segundo viene a definir legalmente cuándo una alteración de un préstamo hipotecario es una mera novación y no una extinción de la relación persistente, y entre dichos supuestos recoge además de la alteración del tipo de interés o del modo de amortización, la prestación o modificación de garantías personales, la alteración del plazo y la ampliación o reducción del capital.

Por su parte, el párrafo 3 señala expresamente que las modificaciones anteriores no supondrán una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo y por este incremento o ampliación.

En estos casos se necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior de conformidad con la normativa hipotecaria vigente para mantener el rango. En ambos supuestos se harán constar en el registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

En resumen, podemos decir que el nuevo párrafo segundo de la Ley de subrogación y novación trata de la naturaleza contractual de la figura, y el párrafo tercero del ambiente real.

La ampliación del principal del préstamo aumenta la onerosidad de la prestación del deudor y por consecuencia el riesgo impago y ejecución de la hipoteca, lo que purgará las cargas posteriores (art. 674 LEC) sin consentimiento de los acreedores posteriores (segundo a ulteriores rangos) u otros titulares registrales posteriores (tercer poseedor embargante) mientras no se eleve la responsabilidad máxima hipotecaria y no se amplía el plazo de garantía. Los acreedores hipotecarios posteriores a una hipoteca en garantía de préstamos o créditos bancarios constituidos tras haber entrado en vigencia la Ley 41/2007 (la única que permite la recarga) sufrirán las amenazas del aumento ilimitado de la deuda garantizada por la hipoteca devaluándose así su propia garantía.

Podemos decir que es obvio que el incremento de la responsabilidad hipotecaria y/o del tiempo implica una pérdida del rango, ya que la finalidad del precepto no es tanto afirmar que en esos casos existe el mismo, sino justamente declarar que en todos los demás casos del punto 2 no existe perjuicio para el rango hipotecario de los derechos para terceros. No compartimos la opinión de los que consideran que *per se* la ampliación del plazo no perjudica a terceros, con derechos inscritos. La opinión generalizada antes y

después de la reforma es que cualquier alteración de la responsabilidad hipotecaria o del tiempo afecta a terceros y por tanto los puede perjudicar.

Antes de la Ley el que compraba una finca hipotecada que tuviera constancia fehaciente mediante carta de pago ya sea en escritura pública o inscripción marginal (art. 143 de la Ley Hipotecaria, 240 RH) de que el crédito garantizado estuviera parcialmente amortizado podía descontar o retener del precio la cantidad de la deuda pendiente, pues siendo la diferencia una garantía accesoria a la obligación no podía ejecutarse por una cuantía mayor que la adeudada (art. 118 de la LH).

Desde ahora y al permitirse la recarga de hipoteca (es decir, ampliar el capital de la obligación incluso por arriba del principal inicial) si el comprador retuviera o descontara del precio la cantidad que le conste fehacientemente como debida y el vendedor ampliara posteriormente el capital de su obligación, el acreedor podría ejecutar la hipoteca por importe superior al retenido o descontado.

Consecuentemente el comprador de un finca gravada con hipoteca bancaria constituida tras la Ley 41/2007 deberá retener o descontar del precio toda la responsabilidad máxima hipotecaria, aunque le conste fehacientemente incluso por anotación registral que la deuda ha sido amortizada.

Consideramos que la llamada Hipoteca Recargable precisaría alguna forma legal más que la acometida por la Ley 41/2007, y para ello podemos tomar como referencia la operada para este fin por el Derecho francés en el 2006 donde se debieron modificar preceptos del Código Civil.

La legislación española —al contrario de la francesa— no establece expresamente el carácter recargable o reasignable de la hipoteca. En España no se permite que el acreedor pueda disponer de su hipoteca manteniendo su crédito, aunque algunos han querido ver dicha posibilidad en la nueva redacción dada al artículo 1.526 del Código Civil por la Ley 41/2007.

Si se acepta la recarga se trata de una imposición legal, no exigiendo como hace el ordenamiento francés, el pacto expreso al respecto, y no cabiendo aquí, como si en el vecino, que se pacte el carácter no recargable de la garantía.

Y de aceptarse sería a favor del mismo acreedor. No vemos, en principio, argumento alguno que permita utilizar la hipoteca a favor de otro crédito de otro acreedor, en tanto que, como hemos dicho, el único supuesto en el que en nuestro ordenamiento cabe una hipoteca en garantía de diversas obligaciones lo es y desde la reforma del 2007, el artículo 153 bis que regula la mal llamada hipoteca flotante que, recordemos, es una hipoteca en garantía de diversas obligaciones con un mismo acreedor.

#### IV. HIPOTECA FLOTANTE

La Ley 41/2007 introduce el artículo 153 bis en la Ley Hipotecaria, en la que se consagra legalmente la posibilidad de constituir hipotecas globales o flotantes a favor de determinadas entidades y con sujeción a condiciones.

Por hipoteca flotante o global se entiende aquélla por la que se pacta una inclusión en la cobertura en garantía de un número ilimitado de obligaciones que no vienen determinadas cuando se constituye la hipoteca, pero que son determinables conforme a ciertos criterios de integración pactados por las partes.

No hace falta insistir en la utilidad de este instrumento para las entidades de crédito, que ven así abierta la posibilidad de sujetar con una única garantía hipotecaria una pluralidad de obligaciones ya sean estas presentes o futuras, asumidas o por asumir por el deudor frente a su acreedor hipotecario. Se consigue así mantener un rango hipotecario preferente frente a los restantes acreedores del hipotecante.

Para algunos autores, el nuevo artículo 153 bis recoge, con carácter de una presunta novedad, lo que algunos han llamado incorrectamente hipoteca flotante, y la ley llama sin ninguna fineza hipoteca de máximo y que en realidad debería llamarse más propiamente *hipoteca única en garantía de diversas obligaciones* presentes y futuras.

Lo que se pretende en este punto mediante la reforma de la Ley 2 de 1981 es generalizar la posibilidad de garantizar con hipotecas de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, pero se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a los que están sometidas aquéllas.

Es decir, la hipoteca flotante permitirá garantizar una o más obligaciones presentes o futuras, incluso sin conexión causal entre ellas con entidades financieras, sin individualizar la responsabilidad máxima hipotecaria atribuida a cada obligación.

La necesidad de analizar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan plenamente las nuevas demandas, obliga a quienes como operadores jurídicos entienden que en su labor se encuentra la de orientar y facilitar el acceso al registro de títulos autorizados por medios legales existentes para lograr que la propiedad y los derechos sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva.

Esta es una medida que no existía en nuestro ordenamiento jurídico, con ella pequeñas y medianas empresas y autónomos podrán lograr más fácil acceso a diversas formas de crédito (líneas de descubierto, avales, etc.) y en mejores condiciones que los asequibles hasta ahora con el simple recurso a su responsabilidad personal sin afrontar por ellos excesivos costos de constitución de sucesivas garantías reales.

Sin duda, la ley busca flexibilizar el mercado hipotecario, y esto se determina en la ampliación de oferta de productos crediticios con nuevas figuras como las que ya mencionamos recargable, la global y hasta la potenciación de las formas de refinanciación de las entidades de crédito a través de la emisión de deuda respaldada por su cartera hipotecaria, pasando por la reducción de costes asociados a las subrogaciones y modificaciones, una nueva regulación del régimen de cancelación anticipada de determinados financiamientos.

Pero sin duda la estrella de esta reforma es *la hipoteca inversa*, de la que hablaremos a continuación.

## V. LA CONVERSIÓN DE INMUEBLES EN RENTA: UNA POSIBILIDAD PARA LAS PERSONAS MAYORES

### 1. LA HIPOTECA INVERSA. CARACTERÍSTICAS

Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tiene España y la mayoría de los países desarrollados, que es la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida.

La hipoteca inversa, regulada en esta Ley, se define como un crédito o préstamo hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad de crédito dispuesto más los intereses, se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario mediante la cancelación de la deuda por sus herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

Se suele denominar de manera popular *hipoteca inversa* a todo negocio que vulgarmente explicado sería la operación contraria a lo que habitualmente se entiende por hipoteca. Es decir, si popularmente una hipoteca se entiende como una «compra a plazos» de la vivienda, esta operación se explicaría como ir recibiendo a plazos el dinero que se obtendrá de la venta de la vivienda, pudiendo continuar viviendo en ella hasta el fallecimiento, momento en que la entidad se queda con ella.

Ahora bien, este no es el único producto financiero que existe para transformar los activos inmobiliarios en rentas. Existen otras figuras y negocios que pueden facilitar a las personas de edad una renta adicional, como puede ser la vivienda pensión o la conocida cesión para alquiler.

En nuestro país se conoce desde antaño el denominado censo vitalicio o renta vitalicia, que consistía básicamente en que una persona cedía a otra un capital en bienes muebles o inmuebles a cambio de que ésta le pague una renta anual durante la vida de una o más personas. Figuras similares existían y existen en Derecho Civil Común y en algunos Derechos Forales, como es el caso de Baleares y Cataluña.

En países como Gran Bretaña, el desarrollo de este tipo de operaciones se remonta al año 1989. Aunque en forma menos representativa sucede lo mismo en Australia, Canadá, Dinamarca y Finlandia.

España tiene un altísimo número de propietarios, lo que representa que las posibilidades de desarrollo de hipotecas inversas también sea alto, pero hay algo que debemos tener en cuenta, y es el incremento del valor inicial de la propiedad, pues el precio de la vivienda ha ido en aumento en estos últimos años del 10 al 18 por 100 anual.

Según el Banco de España el precio de la vivienda en nuestro país está sobrevalorado en torno al 20 por 100, porque los factores que han conducido al encarecimiento —más renta disponible, tipos baratos, demografía, inmigración, etc.— no lo justifican totalmente. No obstante, según datos del Instituto Nacional de Estadística, se ha pasado de las 463.099 viviendas iniciadas en 1998 a las 690.207 del 2003 (no hay todavía estadísticas más recientes), récord histórico que ha supuesto un 49 por 100 más en cinco años. Respecto del año anterior, el 2002, este crecimiento ha sido del 21,4 por 100. Las estimaciones señalan que en 2006 se produjeron cifras algo inferiores, en torno a las 585.000 viviendas iniciadas. Este ritmo de crecimiento de la oferta, calificado por algunos de vertiginoso y poco justificable, ha supuesto que en España se construyan más casas que en Alemania, Francia, Italia y Reino Unido juntos, se vendan 25 veces más pisos que en Francia y se está construyendo casi 1,6 millones de viviendas, lo que supone el número más elevado de toda la historia de nuestro país. Según los datos del Servicio de Estudios de la Caixa, en junio de 2003 el número de viviendas en construcción rondaba la cifra de 1.450.000 frente al 1.595.000 de junio de 2004, lo que supone un aumento del 10 por 100.

La hipoteca inversa plantea dos posibilidades: decidir si se celebra un contrato por el cual se obtenga una renta temporal, es decir, una cantidad económica durante un tiempo determinado hasta completar el porcentaje del valor de la vivienda pactado pudiendo ocurrir que una vez cumplido ese plazo no se reciba más renta o, por el contrario, la posibilidad de obtener una renta vitalicia, continuar cobrando mientras se viva y si es así se está realizando una operación financiera y la contratación de un seguro que garantice una cobertura vitalicia; en el caso de optar por esta segunda es evidente que las cantidades económicas periódicas son menores, pues la entidad procurará no pagar más de lo que vale la propie-



dad; sin embargo esas rentas se obtendrán hasta el momento del fallecimiento, independientemente del tiempo transcurrido desde la celebración del contrato.

Es evidente que la edad y la esperanza de vida son factores muy a tener en cuenta a la hora de optar entre la renta temporal y vitalicia, siendo más recomendable las primeras cuanto más avanzada sea la edad del receptor de la renta.

Debemos señalar que la hipoteca inversa tiene un beneficio frente a otro tipo de operaciones similares que ya mencionamos, y es el mejor tratamiento fiscal, pues es la menos gravosa de las operaciones que aquí se relatan, ya que la renta que percibe el mayor no tributa. Además también puede ser percibido como positivo que la persona conserve la posesión y la propiedad pudiendo continuar viviendo en ella incluso transmitirla por herencia aunque con cargas.

Ahora bien, lo habitual es que la hipoteca inversa tenga naturaleza vitalicia, por lo cual el contrato del mencionado seguro que le permite obtener esa renta vitalicia genera mayor tranquilidad para el contratante, pero también niveles de renta menores y mayores gastos de celebración.

En cuanto a las entidades financieras, las hipotecas inversas provocan que cierto número de inmuebles pasen de ser propiedad de un particular a ser propiedad de una entidad, lo que puede generar un problema y además un gasto adicional para la entidad que además deberá administrarla, conservarla y gestionar su venta; por esta razón, algunas entidades que celebran hipotecas inversas han comenzado a ofrecerle a los particulares comprar inmuebles sobre los que se celebran operaciones; como vivienda pensión, o hipoteca inversa en las que se transfiera la propiedad directamente a un tercero. La entidad financiera opera sólo como intermediaria entre el mayor y un tercero, dando garantías de cobro a la persona mayor y facilitando al comprador la adquisición de una vivienda a un precio menor que el de mercado. El comprador tendrá la nuda propiedad, es decir, tendrá la propiedad, pero no el uso, ya que el antiguo propietario se reserva uso y disfrute mientras viva.

Insistimos en que la nueva Ley da paso a una figura inexplorada de forma masiva en nuestro ordenamiento; lo importante es también que sus disposiciones y medidas no susciten dudas y controversias respecto de su orientación y su objetivo, por ello consideramos que las entidades financieras deberán ser sumamente cuidadosas y capaces de orientar correctamente, a fin de defender los intereses de los más débiles en esta situación, que son los demandantes potenciales de este producto y que les representa una decisión financiera muy importante en el consumidor con implicaciones personales para él, y para su familia.

La nueva legislación española ha sido precavida y ha considerado la tarea de asesoramiento como un aspecto fundamental para la publicidad del pro-

ducto, introduciendo la obligatoriedad de esta instancia, con carácter general encomendando al Ministro de Economía la determinación de las condiciones en que deberá desarrollarse el asesoramiento.

España padece consecuencias graves de una política de vivienda nefasta y un abuso del negocio inmobiliario hipotecario que ha sido muy perjudicial para los consumidores. Los españoles destinamos a la renta del pago de cuota de hipotecas una buena parte de la renta disponible de los hogares. En estos últimos años los gobiernos han estado más preocupados en seguir dando cuerda al negocio hipotecario que a trazar una política social de viviendas para todos.

La *hipoteca inversa* se presenta como una muy buena posibilidad de solución en los problemas de dependencia de los mayores, a diferencia de la hipoteca recargable, es decir, reutilizable —de la que ya hemos hablado— que sólo es un placebo, pero no incide en verdaderas soluciones a la problemática planteada.

## 2. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

La *hipoteca inversa* es un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.
- b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.
- c) Que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.
- d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños, de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Cabe constituir una hipoteca inversa sobre un inmueble que no sea la vivienda habitual del solicitante (en tal caso, la escritura de constitución no gozará de las reducciones arancelarias ni de la exención del impuesto de actos jurídicos documentados).

Sólo pueden ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.

Se desprende la posibilidad de que el beneficiario sea persona distinta del constituyente de la hipoteca o solicitante; pudiendo ser una o varias personas, que deberán —eso sí— cumplir los requisitos de tener sesenta y cinco o más años o, en su defecto, estar afectadas de dependencia severa o gran dependencia.

### 3. FUNCIONAMIENTO

*En vida del prestatario* o, en su caso —de haberse pactado así—, de los beneficiarios: pueden disponer del importe del préstamo de una sola vez, o de varias —en forma periódica—. No se amortiza capital ni se pagan intereses.

No obstante, si el deudor hipotecario transmite voluntariamente el bien hipotecado, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

*Al fallecimiento del deudor hipotecario* o, si así se estipuló, al fallecimiento del último de los beneficiarios, sus herederos podrán:

- a) Cancelar el préstamo en el plazo estipulado, abonando la totalidad del capital y los intereses. No cabe aplicar compensación alguna por la cancelación.
- b) No rembolsar el préstamo, en cuyo caso el acreedor podrá obtener el recobro «hasta donde alcancen los bienes de la herencia».

### 4. BENEFICIOS

Una de las ventajas que ofrece la hipoteca inversa, además del evidente aumento de la renta tras la jubilación, es la fiscalidad que lleva aparejada. Hay que recordar que sólo las que cumplan con todos los requisitos podrán disfrutar de los beneficios fiscales independientemente de que sea para la constitución, subrogación, novación modificativa o cancelación.

Los beneficios fiscales que ofrece esta hipoteca consisten en la exención de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad del ITP-AJD en las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación de hipotecas inversas.

### 5. CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA

Según un informe de la Fundación Edad y Vida dedicada al análisis de los problemas de los mayores, existe una fuerte preferencia por parte de los mayores de seguir viviendo en sus casas, al mismo tiempo que se concede

mucho valor a la posibilidad de dejar una herencia, aunque la actitud ante *la hipoteca inversa* es más apropiada en los casos de necesidad frente a la venta.

Sin embargo, los más jóvenes contestan a favor, demostrando que las condiciones familiares ya no son las mismas y de las transformaciones que experimenta nuestra sociedad con relación a concebir la vida familiar.

Quizá fuera prudente anexar en un futuro a la posibilidad de hipoteca inversa sobre otras viviendas que no sean la de uso habitual para que sea más aceptada.

Por otra parte varias cajas de crédito han optado por comercializar la hipoteca inversa, mientras que algunos bancos aún no lo hacen por dos motivos: por la posibilidad de demanda de parte de los herederos de la vivienda de sus padres y por el rechazo de las entidades a los procesos de ejecución de viviendas por las demoras administrativas y demás.

Para estas entidades podemos señalar dos riesgos claros: por una parte, la contratación de la renta vitalicia genera el riesgo de longevidad, y por otro el riesgo de capital negativo, que es el más importante, y tiene que ver con la posibilidad de que al momento de amortizar el préstamo, el valor de la vivienda hipotecada resulte menor e insuficiente para hacer frente a la deuda total acumulada.

En países con mayor experiencia sobre esto, como Reino Unido, la contratación del seguro es obligatorio, en nuestro país como no existe un registro ni un sistema de índices de precios de vivienda fiable que pueda servir de parámetro a las compañías de seguro, no se puede tener una proyección segura, por lo tanto no es posible que las empresas incrementen su actividad en este mercado. El riesgo al capital negativo es un obstáculo para la *hipoteca inversa* porque impide que el producto se afiance.

## VI. CONCLUSIONES

En cuanto a la hipoteca recargable, consideramos que la reforma operada por la Ley 41 sobre la Ley de Subrogación y Novación de préstamos hipotecarios tiene como finalidad sólo definir cuando una novación de préstamos hipotecarios es meramente modificativa y no extintiva, regulando en el nuevo número 2 el aspecto contractual entre acreedor y deudor, y en el número 3 el aspecto real o de oponibilidad del rango de la hipoteca novada al rango de los derechos de terceros inscritos o anotados, por lo tanto esto no supone una gran novedad en nuestro ordenamiento.

No logramos con esta reforma mayores expectativas de obtener financiación ni para el acreedor reteniendo el crédito o viceversa ni para el deudor mediante la posibilidad de pactar la reutilización del rango hipotecario, bien solicitando un nuevo crédito al antiguo acreedor o bien a otro fomentando la

competencia entre entidades financieras. Así el acreedor sólo dispone de la hipoteca si dispone del crédito y la presunta recarga a favor del deudor solo podrá ser con el primitivo acreedor y no con otro nuevo.

Además la recarga supone romper con el sistema de igualdad de condiciones de los acreedores no basada en el criterio *prior tempore potior iure*, ocasionando con ello un perjuicio a los terceros, y en este caso, sin un claro precepto legal de respaldo.

Respecto de la hipoteca flotante, sin duda es un paso adelante en cuanto a la posibilidad de sujetar con una única garantía hipotecaria, una pluralidad de obligaciones presentes y futuras, y de esta forma flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas con requisitos y figuras jurídicas adaptadas a las nuevas demandas del mercado inmobiliario.

Respecto del papel que puede jugar la movilización del valor de la vivienda mediante productos financieros para contribuir a cubrir las necesidades de renta durante los últimos años de la vida, y su afirmación de que el desarrollo de un mercado de hipotecas inversas ofrece un gran potencial de beneficios económicos y sociales, no se pone en duda.

Pero la hipoteca inversa es un negocio, no debemos creer que es una solución para cualquier persona mayor, ni cualquier persona mayor puede realizar una hipoteca inversa, ya que ella es en relación directa al valor de la propiedad y ello dependerá de la conveniencia de la entidad financiera para ofrecer el producto.

Por otra parte, no debemos olvidar que existen muchas posibilidades contractuales para convertir en renta la propiedad inmobiliaria, de hecho no existe un contrato específico de hipoteca inversa. Y en esto se deberán considerar las circunstancias de cada persona de acuerdo a sus necesidades. Además no todas las rentas son de por vida, aunque pueda existir la posibilidad de convertirla en vitalicia perdiendo algo de renta, ni reciben el mismo trato fiscal, e incluso, en operaciones casi idénticas, cada entidad puede exigir condiciones diferentes.

La incidencia de factores sociológicos y psicológicos es fundamental y deben tenerse en cuenta en todos los actores implicados. Además existe una tendencia a identificar hipotecas inversas con dependencia, cuando, sin embargo, esta relación no tiene porqué ser cierta, pues ni todas las personas mayores son dependientes, ni el deseo de aumentar el nivel de renta disponible en una persona mayor tiene porqué deberse a una situación de dependencia. Sin embargo, no dudamos, que la dependencia provoque un aumento del gasto y la necesidad de niveles de renta superior con los que costear servicios.

En la actualidad y más aún en los años venideros, son precisos cambios. Creo, como ya lo mencionaba, que sería fundamental, como aspecto dinamizador, que la hipoteca inversa pueda constituirse también sobre viviendas que no sean la de uso habitual.

También considero que para lograr una aceptación mayor, debería tener mayores estímulos fiscales. Y que el asesoramiento certero para ofrecer el producto es indispensable, al mismo tiempo que un sistema de índice de precios de la vivienda fiable y actualizado.

## REFERENCIAS

- ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA: *Resumen de las propuestas de modificación formuladas al Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia*, 5 de diciembre de 2006.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE CONSUMO PARA LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA: ADICAE (2007): *Los consumidores y las hipotecas, créditos rápidos, y los servicios de reunificación de deudas ante la coyuntura alcista de tipos*.
- FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS (2005): *Pensiones y ahorro a largo plazo: un viejo problema en busca de nuevas soluciones*. Papeles de La Fundación, núm. 9, Madrid.
- HERCE, J. A. (2007): *La sostenibilidad de las pensiones en España. ¿Una demografía desfavorable o un diseño equivocado?* Fundación Carolina.
- SÁNCHEZ, José Carlos, en *Mercado hipotecario: nuevos retos, nuevas soluciones*, conferencia dictada durante el Seminario de la UIMP, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Publicado por Gabinete de Comunicación, julio 30, 2008.

### *Servicio de Estudios del Banco de España*

- TAPIA POYATO, Cándido, «El mercado inmobiliario de la vivienda en España en los últimos años: El papel de las entidades de crédito», en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 3, año 2005.
- ZURITA MARTÍN, I. (2004): *Protección civil de la ancianidad*, Ed. Dykinson. Madrid.

### *Consultas en línea*

[www.notariado.org](http://www.notariado.org)  
[www.arandazi.es](http://www.arandazi.es)  
[www.noticiasjuridicas.es](http://www.noticiasjuridicas.es)  
[www.diariojuridico.com](http://www.diariojuridico.com)

- SÁNCHEZ, José Carlos, en *Mercado hipotecario: nuevos retos, nuevas soluciones*, conferencia dictada durante el Seminario de la UIMP, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Publicado por Gabinete de Comunicación, Julio 30, 2008.

El presente carácter de novedoso del artículo 153 bis lo es más nominal que de hecho. Efectivamente, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 habla de la no-

vedad que supone aceptar legalmente la existencia de una única hipoteca en garantía de diversas obligaciones presentes o futuras lo que es cierto, pero no que no pudieran llegar al mismo resultado por otra vía a pesar de lo que dice dicha exposición de motivo no encarece la operación.

El término *hipoteca inversa* proviene de la traducción literal del término «reverse mortgage».

En Cataluña resultan especialmente interesantes para este caso la Ley 6 de 1990, de los Censos, y la más reciente Ley 6 de 2000, de pensiones periódicas.

Según el Servicio de Estudios del Banco de España, el 82 por 100 de los hogares españoles son propietarios de su vivienda principal y el 18,5 por 100 dispone en estos momentos de una segunda vivienda.

Datos extraídos del informe de TAPIA POYATO, Cándido, «El mercado inmobiliario de la vivienda en España en los últimos años: El papel de las entidades de crédito», en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 3, año 2005.

Asociación Hipotecaria Española: Resumen de las propuestas de modificación formuladas al Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia, 5 de diciembre de 2006, pág. 7.

#### RESUMEN

##### HIPOTECA

*La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la Ley 2 de 1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, presenta una serie de medidas que tienen como finalidad modernizar el mercado hipotecario y así dotarlo de una mayor flexibilidad a través de la ampliación de la oferta de productos crediticios, con nuevas figuras como la hipoteca inversa, la hipoteca global e incluso la oculta hipoteca recargable.*

*Comenzando por esta última, vemos que la recarga de hipoteca es una reserva de rango permanente que le permite al deudor hipotecario reutilizar la preferencia de rango de una hipoteca preexistente, no cancelada registralmente y que tiene como límite la parte del mismo ya satisfecha y hasta el límite inicialmente constituido. Y permite ampliar el capital de préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras, sin alterar el*

#### ABSTRACT

##### MORTGAGE

*Act 41/2007 of 7 December amending Act 2 of 25 March 1981 regulating the mortgage market presents a series of measures whose goal is to bring the mortgage market up to date. In doing so, Act 41/2007 aims to make the market more flexible by expanding the range of credit products on offer with the addition of new items, such as the reverse mortgage, the «global» mortgage and even the concealed rechargeable mortgage.*

*Beginning with the latter, a mortgage recharging facility is a permanent reservation of rank that permits the borrower to reuse the ranked preference of a pre-existing mortgage whose registry entry has not been cancelled; its limit is the portion that has already been paid, up to the initial limit of the mortgage. And it enables financial institutions to increase the capital of mortgage loans they have already granted without changing the*

rango hipotecario y sin el consentimiento de los titulares registrales posteriores.

Por hipoteca flotante o global se entiende aquella por la que se pacta una inclusión en la cobertura en garantía de un número ilimitado de obligaciones que no vienen determinadas cuando se constituye la hipoteca, pero que son determinables conforme a ciertos criterios de integración pactados por las partes; en realidad, debería llamarse más propiamente hipoteca única en garantía de diversas obligaciones presentes y futuras.

La hipoteca inversa, regulada en esta Ley, se define como un crédito o préstamo hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. La hipoteca inversa es un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan una serie de requisitos. La recuperación por parte de la entidad de crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario mediante la cancelación de la deuda por sus herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

rank of registration and without the consent of later holders of registered mortgages.

What Spanish legislation calls a «floating» or «global» mortgage is a mortgage arranging for the secured coverage to include an unlimited number of obligations that are not determined when the mortgage is created but can be determined under certain eligibility criteria accorded by the parties. Actually, it would be more appropriate to call it a single mortgage securing various present and future obligations.

A reverse mortgage, as regulated in the act, is defined as a mortgage credit or loan where a homeowner draws sums of money, usually on a regular basis, although he or she may draw a single sum for which there is a ceiling (set as a percentage of the home's appraisal value at the time the mortgage is made). The reverse mortgage is a loan or credit secured by a mortgage on a piece of real estate that is the applicant's home and constrained by a series of requirements. The financial institution usually recovers its loan plus interest when the homeowner dies; either the heirs repay the debt, or the bank forecloses on the home.

(Trabajo recibido el 09-10-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)



# DERECHO COMPARADO



# Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado  
del Ministerio de Justicia de España. Registrador de la Propiedad.  
Vocal de la Comisión General de Codificación*

## SUMARIO:

- I. INSTITUCIÓN ECONÓMICA.
- II. TÍTULO DE LEGITIMACIÓN EN EL TRÁFICO.
- III. SISTEMAS REGISTRALES EFICIENTES.
- IV. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA FALTA DE UN TÍTULO INSCRITO DE PROPIEDAD DEL TRANSFERENTE.
- V. INFLUENCIA DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y DEL REGISTRO EN EL DESARROLLO ECONÓMICO.
- VI. LA SITUACIÓN EN LOS PAÍSES CARENTES DE REGISTRO DE LA PROPIEDAD AVANZADO.
- VII. CLAVES DE UN REGISTRO EFICAZ EN EL FUTURO.
- VIII. REGISTRO JURÍDICO DE FUERTES EFECTOS.
- IX. REGISTRO ÍNTEGRO E INTEGRADO.
- X. REGISTRO ÁGIL BASADO EN TECNOLOGÍA ELECTRÓNICA.
- XI. REGISTRO A CARGO DE JURISTAS CUALIFICADOS QUE EJERZAN LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES.
- XII. IMPORTANCIA PARA EL NOTARIADO DE UN REGISTRO BASADO EN LA CALIFICACIÓN.
- XIII. RELACIÓN ENTRE EL NIVEL DE EFICACIA DE UN REGISTRO Y LA CALIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN INSCRITA.
- XIV. PERJUICIOS PARA EL NOTARIADO DERIVADOS DE LA MONOPOLIZACIÓN DEL REGISTRO.

- XV. LA DUALIDAD DE FUNCIONES, CON ALTO NIVEL DE EXIGENCIA, ÚNICA SOLUCIÓN VIABLE PARA MANTENER UN EFICAZ SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA.
- XVI. EL REGISTRO DEBE BASARSE EN DOCUMENTACIÓN PÚBLICA COMO REGLA GENERAL.
- XVII. EL TÍTULO PÚBLICO INSCRITO TIENE MAYORES EFECTOS QUE EL NO INSCRITO.
- XVIII. LOS PROCEDIMIENTOS SUMARIOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO INSCRITO.
- XIX. INEFICIENCIA DE LOS SISTEMAS DE COBERTURA DE RIESGOS POR ASEGURADORAS.
- XX. INFLUENCIA DE UN EFICAZ SISTEMA REGISTRAL EN EL MERCADO HIPOTECARIO.
- XXI. CONCLUSIONES.

## I. INSTITUCIÓN ECONÓMICA

En esta ponencia quiero analizar las perspectivas de presente y sobre todo de futuro de los Registros de la Propiedad en el mundo, tanto como institución jurídica, como institución económica, en la que se basa el desarrollo de los mercados inmobiliario e hipotecario, y por tanto el crecimiento económico de los pueblos.

Se ha demostrado recientemente por los especialistas en análisis económico del Derecho Civil, que los países no son más ricos por razón únicamente de sus recursos naturales, sino sobre todo por la capacidad que tienen de ponerlos en circulación, de incorporarlos al tráfico jurídico. El valor de la propiedad en países en desarrollo no es intrínsecamente menor que en los países desarrollados; sin embargo, en la práctica comercial nacional e internacional, tienen mucho menos valor, porque la propiedad no está formalizada, no está incorporada a un documento que asegure con seguridad su circulación en los mercados. Por eso cuanto más inversión se haga en el futuro en la titulación de la propiedad y en el fortalecimiento institucional de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como de los registradores, mejores rendimientos macroeconómicos tendrá el país.

Porque el título que permite la comercialización segura de los bienes y su inserción en el mercado económico formal (no sólo de los inmuebles, sino también de los bienes muebles identificables) no es otro que la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

Los dos aspectos son importantes:

- a) La escritura pública notarial hace referencia a la relación entre partes (y el contrato en ella formalizado será vinculante entre las partes otorgantes);

- b) el Registro de la Propiedad a los efectos de ese acto o contrato frente a terceros (de modo que sólo lo inscrito es oponible a terceros).

Dado que sin inscripción no existen plenos efectos frente a cualquier tercero, se dice que el Registro ofrece la «verdad oficial» en la contratación inmobiliaria.

Los documentos públicos también en principio hacen efecto aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha (vid. arts. 1.218 y 1.865 del Código Civil español), pero lo cierto es que sólo por medio de la publicidad registral adquieren plenitud de efectos *erga omnes*, frente a todos, ya que los títulos no inscritos no perjudican a tercer adquirente que confía en lo que dicen los asientos registrales e ignora la existencia de aquellos (art. 32 de la Ley Hipotecaria española y numerosos artículos del Código Civil, entre ellos el 1.124 *in fine*, 1.473 CC, relativo a la doble venta y que atribuye la preferencia en caso de doble transmisión de un mismo inmueble al que primero lo inscriba en el Registro).

Lo explica bien la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, que en principio no afectó al sistema español de transmisión de la propiedad, basado en el título y en el modo (arts. 609 y 1.095 CC), pero sí que lo modalizó en cuanto a la relación frente a terceros: «una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, traspasa el dominio frente a todos. Si no inscribe aunque tenga la posesión, es decir, aunque haya modo, será el comprador dueño con relación al vendedor, pero no respecto de otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

El Registro de la Propiedad es así la institución en cuya virtud se producen las transmisiones de la propiedad frente a todos, a todos los efectos.

La consecuencia es que, en realidad, en los países más desarrollados, el modo o desplazamiento posesorio que atribuye eficacia frente a terceros al título de propiedad, es un modo público: la inscripción en un Registro Público. En Derecho español y en muchos Derechos latinoamericanos, aunque rige la teoría del título y el modo (de manera que para transmitir se requiere un contrato traslativo válido y un desplazamiento posesorio), y aunque este modo o desplazamiento posesorio puede consistir en la tradición instrumental (art. 1.462 CC), lo cierto es que se exige inscripción en el Registro de la Propiedad si se quiere tener la plena oponibilidad frente a todos. Lo que supone que, *de facto*, ha cambiado el sistema de transmisión inmobiliaria, superando la teoría del título y el modo.

## II. TÍTULO DE LEGITIMACIÓN EN EL TRÁFICO

Por eso, el instrumento de legitimación en el tráfico, el título que dota de valor a la propiedad y permite su negociación segura y ágil en el comercio —sea nacional o internacional— tiene que estar necesariamente inscrito en un Registro Público. O dicho de otra forma, el título de legitimación en el tráfico que sirve para dotar de valor al inmueble en el ciclo económico formal es necesariamente un documento público de propiedad, es decir, una escritura notarial (también una sentencia judicial o una reparcelación administrativa) amparado por el Estado a través de un Registro Público.

Y cuantos mayores efectos atribuya el Derecho a esa inscripción, mayor valor atribuirá a la propiedad inscrita.

Por eso no son iguales todos los sistemas registrales. Sólo los sistemas basados en la titulación pública, en el folio real y en la fe pública registral, se consideran hoy en día como sistemas plenamente fiables y garantes de la mayor rentabilidad de la propiedad inscrita.

O dicho de otra forma, por razón del contenido: sólo los Registros que depuren las titularidades inscritas (a través de la exigencia de forma pública y de un previo control de legalidad por parte del funcionario autorizante del título, sea notario, juez o Administración; y a través de la calificación registral del título que se presenta) son fiables, pues de poca ayuda sirven esos sistemas registrales que tienen que ser complementados con la formalización de un seguro de títulos para el caso de evicción o declaración de nulidad del título del transferente.

En el futuro, los distintos países deben aspirar a tener sistemas registrales eficientes.

## III. SISTEMAS REGISTRALES EFICIENTES

Como decíamos, no todos los sistemas registrales son plenamente fiables y protectores de la titularidad inscrita.

Hoy en día la crisis de las hipotecas *sub prime* o hipotecas basura, ha puesto de relieve que no son mejores ni mucho menos los sistemas económicos que todo lo permiten, sino aquellos que realizan un control preventivo de legalidad de los contratos; sistemas de seguridad jurídica preventiva.

Se pueden clasificar los sistemas registrales en tres clases, según los efectos que reconocen a la inscripción en el Registro:

1.º Los de menores efectos son aquellos sistemas de mero depósito de títulos. Es el propio de ciertos Estados de Estados Unidos; en ellos el adquirente tiene que realizar una labor de investigación de los títulos del transferente, depositados en el Registro, pero nunca tiene la seguridad plena de la

titularidad del vendedor. Para evitar los riesgos de la evicción, esto es, de la pérdida de la cosa frente al verdadero propietario, el comprador concierta un seguro, llamado seguro de títulos, que le garantiza una indemnización para el caso de la pérdida de la titularidad de la cosa. Son sistemas de mero depósito de títulos. Se ha demostrado que las compañías de seguros introducen numerosas cláusulas de exoneración. Y sobre todo estos sistemas son la antítesis de los sistemas de seguridad jurídica preventiva, como se ha demostrado en el mercado hipotecario de Estados Unidos, donde la posibilidad de titularizar cualquier crédito hipotecario, sin control preventivo alguno, ha llevado a una de las crisis financieras más importantes de la historia.

2.º Los sistemas de transcripción de títulos o de mera oponibilidad frente a terceros. Es el caso del sistema francés, que se caracteriza porque la inscripción en el Registro produce el efecto de perjudicar a terceros de manera que lo no inscrito no perjudica al comprador. El comprador puede estar seguro que las cargas o gravámenes derivados de títulos no inscritos no le perjudican. Ya existe un cierto control preventivo, de manera que el inversor (acreedor hipotecario, comprador) puede centrar su información en lo que el Registro publica, sin temor a cargas o transmisiones no publicadas que le puedan perjudicar. Existen también filtros previos de control, como la exigencia de documentación pública o el principio de tracto sucesivo.

3.º Los sistemas de inscripción o fe pública registral, como el alemán, el suizo o el español —y muchos latinoamericanos de influencia española—, en los que el Registro de la Propiedad no sólo garantiza la inoponibilidad de lo no inscrito, sino que asegura la titularidad del transferente. El Registro de la Propiedad proclama una única titularidad sobre la cosa, y nunca el adquirente de buena fe va a ser perjudicado por la posible evicción o pérdida de titularidad por el transferente. Son sistemas de fuerte control preventivo, de exigencia de forma pública y de calificación por parte del Registrador de la adecuación de los títulos inscribibles a la legalidad.

Sólo los países que siguen este sistema de fe pública logran la mayor protección (y por ende el mayor valor) de la titularidad inscrita. Lo mismo ocurre con el mercado hipotecario primario y secundario, en la medida que son sistemas en que no se autoriza cualquier hipoteca ni se admite titularizar y colocar en el mercado secundario cualquier cartera hipotecaria, sino sólo la que cumple determinados requisitos (primera hipoteca, sin cargas anteriores, hasta un máximo del valor de tasación del inmueble fijado por una sociedad de tasación independiente, con un porcentaje máximo autorizado de titularización de la cartera hipotecaria).

#### IV. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA FALTA DE UN TÍTULO INSCRITO DE PROPIEDAD DEL TRANSFERENTE

En la práctica, la falta de inscripción de la propiedad se traduce en la disminución automática de cerca del 50 por 100 del valor de la finca.

O dicho al revés: el comprador de fincas va a pagar cerca del doble por la propiedad registrada con relación a la no registrada. Esto es un cálculo estimativo, ya que ocurre muchas veces que el inversor (el potencial adquirente del bien) ni siquiera llega a formalizar la transacción con relación a la propiedad no inscrita, dados los riesgos de evicción, esto es, de la aparición de otra persona con mejor derecho sobre la finca o la posible existencia de gravámenes desconocidos sobre la finca no inscrita, que van a ser oponibles al adquirente, pues éste —al tratarse de propiedad no inmatriculada— no va a poder alegar la inoponibilidad de lo no inscrito. Y si quiere obtener financiación, dada la falta de garantías de la propiedad no inmatriculada, va a recibir menos de la mitad de su valor o con tipos de interés usurarios.

Los riesgos de la compra de una propiedad sin título público inscrito son tan grandes (posible pérdida de la titularidad por evicción, aparición de cargas no inscritas, necesidad de ir a un pleito judicial, falta de tutela de la posesión) que desincentivan la inversión y por tanto el desarrollo económico de los pueblos.

Tratándose de inversores institucionales, las consecuencias de la falta de protección registral de la propiedad, necesariamente va a ser la canalización de la inversión hacia otros países o hacia otras zonas donde la propiedad esté formalizada.

Esto es lo que está sucediendo en muchos países en desarrollo, que carecen en un alto grado de propiedad inscrita; o de países procedentes de la zona de influencia comunista, esto es, de la antigua Unión Soviética, en los que tampoco la propiedad está totalmente clarificada y donde los Registros de la Propiedad están desactualizados.

#### V. INFLUENCIA DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y DEL REGISTRO EN EL DESARROLLO ECONÓMICO

Las posibilidades de desarrollo económico de los pueblos son por tanto mucho mayores en los países que están dotados de una estructura legal que fomente la formalización de la propiedad. En el futuro del Registro de la Propiedad por tanto, irá adquiriendo cada vez más importancia.

Cuando la propiedad de la tierra está formalizada e inscrita en un Registro Público, en un Registro de la Propiedad, y en consecuencia no existen dudas de la titularidad y de las cargas existentes sobre los inmuebles, el valor de esa propiedad crece exponencialmente.



Los países llamados subdesarrollados o en vías de desarrollo tienen un ingente valor de propiedad de la tierra sin aprovechar, precisamente porque está sin formalizar.

El problema de estos países no es carecer de recursos, sino que estos no estén en circulación por falta de registración adecuada de los títulos de propiedad. Recientes estudios sitúan esta propiedad no formalizada, estos activos sin aprovechar, en más de 10 billones de dólares. Como señala HERNANDO DE SOTO, «es fundamental distinguir entre la casa y el título de propiedad de la casa. La casa está en un mundo físico y tangible, pero el título de propiedad está en un mundo conceptual. El potencial económico no está en el mundo físico, sino en el conceptual» (1). Este mundo conceptual de propiedades exige escritura notarial e inscripción en el Registro. Si no existe título de propiedad inscrita y amparada por el Estado, el bien carece de aptitud en el tráfico y de valor. Se dice que es como tener dinero sin poder usarlo.

Sólo cuando los propietarios pueden ser fácil y rápidamente identificados a través de un Registro Público basado en una titulación también pública de la propiedad, es cuando nace el mercado inmobiliario e hipotecario. Sin títulos inscritos de propiedad no hay confianza ni inversión.

Es por tanto esencial en los poderes públicos invertir recursos en la definición legal de la propiedad y en dotar a los titulares de títulos públicos de propiedad inscritos. Es esencial, desde un punto de vista económico, integrar la propiedad de la tierra en un marco legal, y esto sólo se consigue mediante su formalización notarial e inscripción registral.

## VI. LA SITUACIÓN EN LOS PAÍSES CARENTES DE REGISTRO DE LA PROPIEDAD AVANZADO

La situación del sistema registral e hipotecario en los países que tuvieron una legislación comunista o de economía planificada, y que ahora quieren acudir a la economía libre de mercado, es francamente preocupante y disuasoria de la inversión inmobiliaria, precisamente porque carecen de un Registro de la Propiedad avanzado que garantice una contratación ágil y segura.

Es el caso de los países de la Europa oriental, de los países que conformaban la extinta ex-Yugoslavia, o en ciertos países de Latinoamérica.

Ciertamente la situación no es uniforme. Unos países están más avanzados que otros debido, en gran parte, a la existencia de una tradición jurídica más sólida (caso de Croacia), lo que se traduce en un mercado hipotecario más desarrollado. Pero todos ellos tienen una problemática común que han tratado de abordar no siempre de forma homogénea. Estos problemas comunes son fundamentalmente los siguientes:

---

(1) HERNANDO DE SOTO, *El misterio del capital*, Diana, 2001.

- a) la necesidad de restablecer o instaurar un sistema moderno de seguridad jurídica, del que carecen;
- b) superar los problemas derivados de la socialización del suelo durante la época comunista;
- c) restablecer las expropiaciones derivadas de los fenómenos migratorios producidos en los países —caso de Bosnia-Herzegovina— que sufrieron además de una legislación comunista una guerra civil;
- d) arbitrar medidas para el fomento de un mercado hipotecario que permitan dinamizar la contratación inmobiliaria como motor de la economía.

El problema de la restitución afecta a todos los países que sufrieron una economía comunista centralizada y ha sido abordado por cada uno de ellos de forma distinta, de manera que, o bien se ha optado por proteger las titularidades de los usuarios de los pisos, indemnizando a los antiguos propietarios de los terrenos con bonos del Estado o con otros terrenos estatales; o bien se ha optado por indemnizar a los usuarios devolviendo los terrenos a los anteriores propietarios, creando, al efecto, fondos especiales para tales indemnizaciones.

En cualquier caso, el proceso de reprivatización siempre genera una gran inseguridad jurídica; en los países ex comunistas de Europa oriental y en los Balcanes todavía en la actualidad está generando numerosos pleitos. En la mayor parte de los casos de países de procedencia comunista ocurre que en la práctica conviven tres clases de propiedad:

- a) la propiedad libre, francamente escasa después de los procesos de nacionalización, expropiación y ocupación que sufrieron estos países;
- b) la propiedad social o pública, ya que sobre los terrenos de propiedad pública se realizan edificaciones sociales, bien para personas afectadas por la guerra, bien para personas jóvenes o con bajos salarios;
- c) La propiedad que podríamos llamar disociada o en régimen de superficie: en ella el suelo es público, pero la propiedad de los pisos o departamentos es privada.

Es en estos casos donde se vive el debate sobre la restitución o indemnización derivada de los procesos de reprivatización. Normalmente se ha acudido al principio general de restablecer la propiedad a sus antiguos propietarios. Claro está que este reconocimiento sólo es eficaz en la práctica, cuando no ha habido cesiones o transmisiones a terceros. Si no ha habido cesiones a terceros adquirentes, el asiento registral de incautación se tiene por no puesto y prevalece la titularidad de los anteriores titulares registrales que el propio asiento proclama.

Sin embargo, si se trata de una edificación realizada por el Estado que incautó el suelo, ocupada por terceros adquirentes, la solución normalmente pasa por convertir a los usuarios en verdaderos propietarios, si bien exigiéndoles el pago de una cantidad de dinero adicional que integra un Fondo público destinado a la construcción de nuevas edificaciones. A los que fueron propietarios de los terrenos con anterioridad a la nacionalización se les indemniza en dinero o con bonos del Estado, aunque en algunos países la forma y el momento de ese pago aún está por determinar.

En cualquier caso, el problema de la restitución todavía no está cerrado, sigue generando incertidumbre, nadie ha quedado satisfecho (ni usuarios ni antiguos propietarios) y una de las principales medidas que debería adoptarse es cerrar el proceso de restitución, buscando medidas basadas fundamentalmente en el restablecimiento de las propiedades a los anteriores propietarios cuyo suelo fue nacionalizado o expropiado en la guerra.

En algunos países de Latinoamérica también se dan problemas de falta de clarificación de la propiedad inscrita o de falta de formalización, aunque por razones distintas a los países comunistas de Europa oriental.

No se trata ya de un problema derivado de la restitución, sino de problemas de indigenismo, migración de poblaciones y de ocupación fáctica de propiedades por grupos poblacionales de pobreza extrema, que hacen incierta la propiedad. Debe aclararse que en algunos países centroamericanos, como es el caso de Nicaragua y en el futuro de Cuba, se mezclan problemas de restitución y de indigenismo o deslocalización de poblaciones.

## VII. CLAVES DE UN REGISTRO EFICAZ EN EL FUTURO

El Registro de la Propiedad del futuro, como instrumento jurídico y económico, base del desarrollo de los pueblos, cuya importancia —como hemos afirmado— irá creciendo exponencialmente, se tiene que basar en los siguientes ejes o principios estructurales:

1.º Debe ser un Registro jurídico, no de mera publicidad, lo que, a su vez, exige que la inscripción atribuya fuertes efectos jurídicos al acto o negocio inscrito.

2.º Debe ser íntegro e integrado. Íntegro, en el sentido de que quien lo consulte obtenga la totalidad de la información jurídica atinente al inmueble sin necesidad de consultar otras instituciones. Eso exige estar integrado con otras instituciones:

- a) Las entidades municipales deben facilitar la situación urbanística de la finca.
- b) El Catastro debe facilitar la situación física, fiscal y destino del inmueble.

c) Las autoridades de Medio Ambiente deben facilitar las características medioambientales de las fincas.

3.º Debe ser un Registro ágil, basado en las más modernas técnicas electrónicas (telemáticas o informáticas).

4.º Debe ser un Registro a cargo de juristas cualificados que ejerzan la calificación de los títulos inscribibles.

## VIII. REGISTRO JURÍDICO DE FUERTES EFECTOS

Debe ser un Registro jurídico, no de mera publicidad, lo que, a su vez, exige que la inscripción atribuya fuertes efectos jurídicos al acto o negocio inscrito.

Los sistemas registrales menos eficientes son aquéllos en los que el Registro es de mera publicidad. Como vimos, la ineficiencia del sistema exige la concertación de un seguro de títulos, es decir, de un seguro que asegure las consecuencias jurídicas de la evicción o de la aparición de cargas ocultas.

Los sistemas de mera inoponibilidad ya aportan algo al negocio inscrito: lo no inscrito no perjudica al comprador o adquirente del inmueble. Pero no son suficientes, porque no aseguran la titularidad del transmitente.

Los sistemas de fe pública registral son los únicos que garantizan plenamente la seguridad jurídica en las transacciones, porque defienden al adquirente de posibles vicios en la titularidad del transmitente, no sólo previenen frente a cargas no inscritas. Y además ejercen un control preventivo de los títulos inscribibles con mucha más eficacia que los sistemas de mera oponibilidad.

Sólo los Registros de fe pública, con atribución de fuertes efectos al negocio inscrito, logran plenamente su finalidad de asegurar la contratación. Los Registros del futuro son claramente Registros de fe pública, insertados en sistemas registrales de seguridad jurídica preventiva, y basados en el control preventivo de la contratación.

Eso, a su vez, supone que los Registros deban estar a cargo de juristas especializados, independientes e inamovibles, que ejerzan ampliamente sus funciones calificadoras, pues no puede existir fe pública registral si los pronunciamientos contenidos en los títulos no son controlados y depurados por un funcionario o profesional oficial no vinculado con las partes otorgantes.

El binomio fe pública registral-calificación sustantiva y formal, es inescindible.

## IX. REGISTRO ÍNTEGRO E INTEGRADO

Debe ser íntegro e integrado. Íntegro, en el sentido de que quien lo consulte obtenga la totalidad de la información jurídica atinente al inmueble sin

necesidad de consultar otras instituciones. Sólo así, cuando el Registro de una información completa de la situación jurídica de los inmuebles y derechos, se logrará una plena seguridad en la contratación inmobiliaria y desde una perspectiva económica, se conseguirá la máxima reducción de costes de información y transacción.

No se trata sólo de que lo no inscrito no sea oponible al que sí inscribe su título, sino que además el que inscriba su título tenga un conocimiento completo de la situación jurídica en que se encuentra el inmueble adquirido: cargas, gravámenes, afecciones del inmueble al pago de impuestos, calificación urbanística de la finca, situación medioambiental.

Eso exige estar integrado con otras instituciones:

- a) Las entidades municipales deben facilitar la situación urbanística de la finca.
- b) El Catastro debe facilitar la situación física, fiscal y destino del inmueble.
- c) Las autoridades de Medio Ambiente deben facilitar las características medioambientales de las fincas.

#### A) REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y URBANISMO

El sistema español es de los más avanzados en la protección del adquirente que confía en el Registro; sin embargo, no ha conseguido todavía la plena integración Registro-urbanismo, aunque lleva muchos años procurando esa integración.

De hecho, España ha sido denunciada ante la Comisión de la Unión Europea por el hecho de que ciudadanos comunitarios no españoles han adquirido bienes inmuebles en territorio español, creyendo que son urbanizables, cuando posteriormente ha resultado que esos inmuebles están situados en zonas verdes destinadas a sistemas generales, y por tanto no urbanizables, o situados en zonas de demanio público (fundamentalmente marítimo-terrestre).

La doctrina del Tribunal Supremo español (2) es que prevalece la calificación urbanística de la finca, aunque el adquirente esté protegido por la fe pública registral, y por tanto puede ordenarse la demolición de las fincas por infracción urbanística, sin que en trámites de ejecución de sentencia pueda impedirse aquélla. En esto no coincide con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de Ministerio de Justicia español, que

---

(2) La STS de 13 de mayo de 2005 considera que no puede impedirse la ejecución de una sentencia firme que en un proceso penal por delito urbanístico ordena la demolición de las casas construidas en zona no edificable, aunque los adquirentes estuvieran protegidos por la fe pública registral.

considera que no puede cancelarse las inscripciones (obras nuevas y adquisiciones) a favor de terceros protegidos por la fe pública registral.

## B) REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO

La descripción de la finca en el Registro de la Propiedad tiene que estar coordinada con el Catastro, pero entendiendo que son instituciones distintas. La inscripción en el Registro de la Propiedad se hace para determinar quién es su propietario y qué cargas recaen sobre la misma. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que la Administración, para determinadas finalidades, fundamentalmente de tipo fiscal, necesita descripciones de la consistencia física del inmueble, más precisas, más completas y de carácter gráfico. Con esta finalidad se creó en España el Catastro, por la Ley de 23 de marzo de 1906, junto con otras disposiciones complementarias.

El Catastro está regulado en la actualidad por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Lo define el artículo 1.º como Registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales. En su artículo 2.º se dispone que la información catastral estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria y de asignación equitativa de los recursos públicos, a cuyo fin el Catastro Inmobiliario colaborará con las Administraciones Públicas, los juzgados y tribunales y el Registro de la Propiedad.

La propia ley reconoce que las competencias del Catastro se entienden sin perjuicio de las funciones del Registro de la Propiedad, reconociéndose la prevalencia de éste en cuanto a los aspectos jurídicos sustantivos (art. 3.º).

Es preciso destacar que la misión del Catastro no es la de señalar titularidades inmobiliarias; esto es, la misión del Registro de la Propiedad. Pero el Catastro sí que puede suministrar una exacta descripción de las fincas que constituyen la base física de los derechos. Para ello es necesaria una perfecta coordinación entre el Registro y el Catastro.

La propia legislación hipotecaria propugna esta coordinación entre ambas instituciones, consciente de la necesidad de que el Registro de la Propiedad base sus pronunciamientos en una adecuada base física. Por eso el artículo 9 de la Ley Hipotecaria establece (tras la reforma introducida en los párrafos segundo, tercero y cuarto de la regla 1.ª de dicho artículo por la Ley 24/2001) que podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica, que podrá acompañar al propio título inscribible o bien ser objeto de una operación registral específica a través de acta notarial que la incorpore. Además se obliga a los registradores a disponer de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan la coordinación de las fincas registrales con su calificación urbanística.

En base a ellas, los Registros de la Propiedad en España han ido formando sus propias bases gráficas (el denominado proyecto GEOBASE), obtenidas de diversas fuentes de planimetría oficial, correspondiendo al Registrador validar su conformidad con la definición del objeto del negocio jurídico hecha por los interesados en el título inscribible.

En el sentido globalizador de entender el Registro de la Propiedad como instrumento de publicidad del régimen jurídico total de los inmuebles (titularidad, cargas, procedimientos judiciales o administrativos sobre las fincas, estatutos, afecciones fiscales, limitaciones urbanísticas, negocios en curso sobre la finca, etc.) han sido fundamentales las reformas en materia catastral que buscan la incorporación de los datos físicos de las fincas en el Registro.

Las principales normas que han impulsado en España esta coordinación son las siguientes:

- Real Decreto de 3 de mayo de 1980, sobre coordinación Catastro-Registro.
- Real Decreto de 30 de marzo de 1990, sobre informatización de los Registros de la Propiedad y llevanza de bases gráficas.
- La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (arts. 50 a 57), y la reforma del Reglamento Hipotecario, de 4 de septiembre de 1998 —que adaptó el Reglamento a la citada Ley— reguló la necesidad de constancia en el Registro de la Propiedad, de la referencia catastral del inmueble. En la misma línea potenció la coordinación de la realidad física con la jurídico-registral, exigiendo que en el Registro se lleven bases gráficas, y permitiendo la definición de la finca a partir de planos; en definitiva, la descripción de las fincas será, a partir de entonces, esencialmente perimetral. Una de las principales novedades que introdujo esta Ley es que para la inmatriculación de fincas rústicas y urbanas es siempre necesario acompañar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción de la finca en el título.

### C) REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y MEDIO AMBIENTE

Igualmente importante para lograr la integridad de la información del Registro en orden a las situaciones jurídicas de las fincas, es que aquélla incluya la situación medioambiental de la finca: posibles sanciones al propietario por incumplimiento de obligaciones medioambientales; situación de la finca en zonas de especial protección paisajística, rural o por razón del patrimonio histórico-artístico; situación de la finca en zonas afectadas por rutas de navegación aérea, en especial si tiene repercusiones acústicas (aeropuertos, por ejemplo), etc.

## X. REGISTRO ÁGIL BASADO EN TECNOLOGÍA ELECTRÓNICA

La finalidad del Registro es dar seguridad en la contratación, reduciendo los costes de transacción, garantizando una rápida y segura transacción inmobiliaria, sin necesidad de acudir a costes externos que investiguen la titularidad y cargas del inmueble.

Esta finalidad de asegurar la rapidez en la contratación exige que el mismo Registro actúe con rapidez. Esto tiene como consecuencia que el Registro tiene que utilizar las más modernas técnicas telemáticas y electrónicas en los siguientes ámbitos:

- a) en el tratamiento de la publicidad formal (solicitud y expedición de notas simples y certificados);
- b) en el tratamiento de la publicidad instrumental; se diferencia de la anterior en que consiste en la localización de los bienes a través de una integración de las bases de datos de todos los Registros, de manera que una vez localizado el Registro donde radican los bienes, éste expide la publicidad formal (es el FLEI y FLOTI en España, instrumento al que la Unión Europea aspira a dotarse a nivel de todos los países europeos);
- c) en la presentación de los títulos en el Registro;
- d) en la notificación de observaciones, tachas o defectos al presentante e interesados;
- e) en la comunicación de la práctica de los asientos.

Los Registros —y por tanto los registradores— deben de estar dotados de firma electrónica avanzada, generada por una entidad de prestación de servicios de firma electrónica reconocida, sin que sean suficiente los sistemas de huella digital. La dación de la firma electrónica reconocida se extiende no sólo a la identidad del firmante, sino también a la vigencia del cargo.

## XI. REGISTRO A CARGO DE JURISTAS CUALIFICADOS QUE EJERZAN LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

Lo más importante de todo, para lograr un perfecto sistema registral que garantice plenamente las transacciones inmobiliarias y mercantiles, con la consiguiente repercusión que eso tiene en la reducción de costes de transacción y en la seguridad de los mercados hipotecarios, primario y secundario, es que el Registrador ejerza funciones calificadoras. El Registro de la Propiedad del futuro no puede ser un mero Registro informático, centralizador de información, sin efecto añadido alguno en orden a la seguridad jurídica, sino todo lo contrario: debe depurar y controlar preventivamente los títulos presentados a inscripción.



A) CONCEPTO

Calificar, en Derecho Hipotecario o Registral, es determinar si el acto o contrato (título tanto en sentido formal como en sentido material), presentado al Registro de la Propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros, con la finalidad de que sólo tengan acceso, y por tanto la protección del sistema, los títulos válidos y perfectos.

Si se pretende un sistema en el que los asientos registrales se presuman exactos, íntegros, concordantes con la realidad jurídica, y en el que la inscripción dote de efectos frente a terceros de aquello que publica el Registro, resulta imprescindible la realización de un juicio por parte de un jurista, independiente de las partes que han otorgado el documento y de quienes lo han autorizado, en quien el Estado delega esa competencia, que examine la corrección técnica de los títulos que pretenden acceder al Registro.

Mediante la calificación, los títulos defectuosos son rechazados del Registro, bien de manera definitiva, bien con carácter provisional; y si se juzgan válidos, el registrador va a proceder a la inscripción de su contenido que tenga trascendencia real.

La calificación de la validez de los títulos inscribibles es la función principal del registrador, junto con la calificación del interés del solicitante en la publicidad de los asientos del Registro a través de notas simples, certificaciones y demás medios de publicidad formal (cfr. arts. 607 CC y 221 y 222 LH).

Aunque el Registrador decide con total independencia sobre una cuestión que afectará de manera decisiva los derechos de las personas interesadas en la situación inscribible, la calificación no es una función judicial. Su finalidad no es la de resolver una situación contenciosa, sino la de decidir si se incorpora o no al Registro de la Propiedad, con eficacia *erga omnes* —y en ocasiones con eficacia constitutiva— una nueva situación jurídica inmobiliaria.

La decisión de inscribir, derivada de un juicio de calificación favorable, se dice así, que no produce el efecto de cosa juzgada, ya que tal carácter sólo lo tiene una cuestión decidida en un procedimiento declarativo judicial firme. Pero la inscripción, aunque no tenga carácter de cosa juzgada, tiene una eficacia más intensa que las sentencias en el plano de la eficacia frente a terceros. Mientras que una sentencia sólo produce eficacia entre las partes litigantes y sus herederos o causahabientes (cfr. art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la inscripción produce efectos *erga omnes*. Sólo mediante la inscripción, el derecho real se desenvuelve plenamente, porque sólo mediante la inscripción adquiere su plena eficacia frente a terceros (arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria). De ahí que la misma sentencia —en el ejercicio de una acción real o de una acción personal con trascendencia real— una vez inscrita en el Registro de la Propiedad adquirirá esa plenitud de eficacia.

La falta de cosa juzgada hace que la inscripción no impida que el contenido del nuevo asiento pueda ser impugnado ante los Tribunales, pero siempre será sin merma de los derechos adquiridos por terceros de buena fe que confían en lo que el Registro publica (arts. 1.3 y 41 LH).

## B) NATURALEZA

La naturaleza jurídica de la función registral calificadora ha sido definida en ocasiones como perteneciente a la *jurisdicción voluntaria* por las normas de Derecho positivo y por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (3). Lo mismo hizo el proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria presentado en las Cortes Generales, que pretendió descargar determinadas materias de los juzgados para su atribución a secretarios judiciales, notarios y registradores, precisamente por entender que estas funciones de jurisdicción voluntaria son más acordes con su función, que con la judicial (4). Y es también el criterio sostenido por el propio Tribunal Supremo, que en su sentencia de 22 de mayo de 2000, dictada sobre la nulidad del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, afirma que el procedimiento registral se incardina dentro de la jurisdicción voluntaria.

Las más recientes reformas legislativas en España han tendido a incorporar al procedimiento registral (dentro del cual se desenvuelve la calificación), alguna de las garantías propias del procedimiento administrativo (5), pero sin que lo hayan convertido en un procedimiento administrativo ordinario, como lo demuestra que los recursos contra la calificación del registrador se sigan sometiendo, tras las citadas reformas legales, al control de la jurisdicción civil y no de la contencioso-administrativa.

En definitiva, la función calificadora se encuadra dentro de la jurisdicción voluntaria, se rige por un procedimiento especial y no por el procedimiento administrativo común, está dirigida a la atribución de derechos reales frente a terceros, y produce efectos *erga omnes*.

---

(3) Véanse las Resoluciones de 26 de junio de 1986 y 6 de junio de 1991, así como el Real Decreto de 16 de septiembre de 1994, sobre normas procedimentales en materias de Justicia, en el que expresamente se dice que las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no son actos administrativos, sino actos de jurisdicción voluntaria. Lo mismo hace la Exposición de Motivos de la Ley de 13 de abril de 1999, sobre condiciones generales de la contratación.

(4) Proyecto de ley de jurisdicción voluntaria publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 27 de octubre de 2006.

(5) Así ocurre en materia de fehaciencia de notificaciones, cómputo de los plazos para recurrir, oficinas ante las que se puede interponer el recurso, etc., introducidos por las reformas llevadas a cabo por las Leyes 24/2001 y 24/2005.

C) CARACTERES

Podemos destacar los siguientes caracteres de la calificación:

1.º *Exclusividad*. La función calificadora la atribuye el Estado en exclusiva al Registrador (art. 8 de la Ley Hipotecaria), quien ni siquiera puede consultar a la Dirección General de los Registros sobre aquellas cuestiones que hayan de ser objeto de calificación (art. 273 LH). Obviamente, se trata de una actuación personalísima que no puede ser delegada.

2.º *Obligatoriedad*. El Registrador está obligado a decidir. Rige respecto de él, al igual que en el ámbito judicial, el aforismo *iura novit curia*. Decidirá en el sentido que crea más ajustado a Derecho sin que pueda suspender su decisión (véase el art. 42.9 LH y 197 RH, que regulan la anotación preventiva por imposibilidad del registrador, que nunca es una imposibilidad derivada de la dificultad jurídica de la cuestión planteada). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad —reconocida por el art. 18 LH, en la redacción dada por la Ley 24/2005— de pedir la prórroga del plazo de calificación y despacho, por hasta quince días más en caso de razones extraordinarias, en las que sí podrían incluirse la especial complejidad jurídica del título presentado.

3.º *Motivación*. Si la decisión del Registrador es denegatoria o suspensiva de la inscripción, ha de motivar su decisión, y ha de indicar los defectos que ha apreciado en el título, así como los posibles mecanismos de subsanación (arts. 19 y 258.4 LH y 127 RH). Si es favorable a la inscripción, la motivación viene recogida en todo el contenido del asiento registral previo al acta de inscripción. Por esa razón el acta de inscripción, en la práctica, suele expresarse diciendo: «En su virtud, inscribo....» porque el contenido previo del asiento es justificativo de la decisión de inscribir.

4.º *Globalidad*. De acuerdo con el artículo 258.5 LH, la calificación del Registrador ha de ser «global y unitaria». Es decir, que la inscripción del título presentado ha de ser admitida o rechazada en bloque, sin que quepan sucesivas y ulteriores calificaciones parciales. Caso de producirse, si la actuación fuera reiterada, sería determinante de responsabilidad disciplinaria ex artículo 313.B) letra e). No infringe, sin embargo, la globalidad de la calificación, el que el registrador alegue nuevos defectos cuando se aportan títulos complementarios que a su vez manifiestan nuevos defectos que no se pudieron advertir en la calificación inicial.

5.º *Libertad e independencia*. El Registrador es un funcionario independiente, únicamente subordinado a otros órganos o autoridades en vía administrativa o jurisdiccional a través de la presentación de los recursos oportunos. Por tanto, su actividad es libre, y no ha de seguir directrices, ni indicaciones de ningún tipo.

En efecto, en el ejercicio de la función calificadora, el registrador es absolutamente independiente, incluso de calificaciones anteriores suyas o de otros registradores (Resolución de 18 de noviembre de 1960), sin que pueda hacer caso de apremios judiciales (art. 136 RH) o de autoridades administrativas y, como hemos visto, sin poder ni siquiera consultar en duda ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 273 LH). Esta independencia en la calificación se manifiesta con carácter general en todos los sistemas jurídicos en los que rige un Estado de Derecho y de economía libre de mercado, con independencia del carácter funcional o profesional que se reconozca al registrador.

Ahora bien, independencia no significa arbitrariedad. El superior principio de legalidad consagrado en la Constitución (ex art. 9 CE) impone el sometimiento del registrador a la ley como no puede ser de otra forma en quien está llamado a aplicarla. En ese contexto debe ser interpretado el precepto introducido por la Ley 24/2001, que impuso el carácter vinculante para todos los registradores de las resoluciones estimatorias expresas de la DGRN una vez que se publican en el *BOE*. Determina la ley que sólo quedará sin efecto tal vinculación si, habiéndose recurrido en vía jurisdiccional civil, prospera el recurso, en cuyo caso deberá publicarse en el *BOE* la sentencia firme la anulación de aquélla (art. 327 LH). Lógicamente para que las resoluciones sean vinculantes, debe tratarse del mismo procedimiento o bien producirse una identidad de supuestos fácticos con los que sirvieron de base a la doctrina de la DGRN; que no exista doctrina contradictoria de la propia Dirección General en la materia —por tanto que sea uniforme—; y además de que la jurisdicción civil no haya dejado sin efecto tales resoluciones, de manera que si el asunto del fondo debatido se encuentra pendiente de resolución firme por los tribunales, hasta que no se pronuncien definitivamente los tribunales, su vinculación no resulta pertinente (6). Sólo en caso de concurrir esos requisitos, las Resoluciones del Centro Directivo serán de carácter vinculante y el incumplimiento determi-

---

(6) Sentencia de 22 de enero de 2008, dictada por la Sección 17.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, que anuló la resolución de la DGRYN, de 9 de junio de 2006, en uno de cuyos Fundamentos de Derecho se afirma: «A mayor abundamiento, ha de recordarse que la Exposición de Motivos de la LH señala que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede, con arreglo a nuestra legislación política, estar subordinado a la autoridad del orden administrativo, principio de salvaguardia judicial que acoge el artículo 1 LH y, por tanto, la doctrina de la DG no puede ser de rango superior que la jurisprudencia dictada por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, por lo cual, si el asunto de fondo debatido se encuentra pendiente de resolución firme por los Tribunales y sujeta al control jurisdiccional hasta tanto no se pronuncien definitivamente los Tribunales, su vinculación no resulta pertinente».

nante de responsabilidad del Registrador. Pero a este tema nos referimos posteriormente.

6.º *Responsabilidad.* La responsabilidad es una consecuencia de la libertad y la independencia que el Registrador tiene para llevar a cabo su función calificadora. La responsabilidad se refiere a los daños y perjuicios que se pueden producir. Los artículos 296 a 312 de la Ley Hipotecaria reconocen responsabilidad:

- Por no practicar los asientos necesarios, dentro de los plazos que establece la ley.
- Por la realización de un asiento inexacto.
- Por la realización de una cancelación sin el título o los requisitos que exige la ley.
- Por errores u omisiones en las certificaciones.

La responsabilidad de los registradores en España es exigible por vía jurisdiccional civil (sin perjuicio de la administrativa o penal a que pudiera dar lugar su actuación), pero nunca es responsable la Administración Pública por los perjuicios derivados de la incorrecta calificación del registrador, esto es, no es aplicable la doctrina de la responsabilidad patrimonial de la Administración por indebido funcionamiento de los servicios públicos cuando se trata de errores en la calificación registral, atribuida personalmente al registrador. Así lo confirma la doctrina del Consejo de Estado, que admite no obstante la posibilidad de responsabilidad patrimonial del Estado por indebida prestación de servicios públicos cuando se trata no de cuestiones de calificación registral, sino de perjuicios derivados del indebido funcionamiento de los medios personales y materiales del Registro como organización administrativa.

- A mi juicio, sería procedente también la exigencia de responsabilidad (civil o disciplinaria) en los supuestos de calificaciones insólitas, esto es, apartándose en absoluto del ordenamiento jurídico, y aquí sí sería indicativo el caso de no seguir la doctrina reiterada del Tribunal Supremo o de la DGRN en supuestos idénticos.

#### D) FUNDAMENTO

1.º El primer fundamento de la calificación no es otro que el de servir de soporte al entramado de presunciones y efectos que atribuye la inscripción en el Registro de la Propiedad, y que son los siguientes: se presume la posesión y exactitud del derecho inscrito (art. 38 LH), se facilita la prescripción *secundum tabulas*, esto es, a favor del titular registral para el hipotético caso de que hubiera accedido al Registro un título viciado (art. 35 LH); se

dificulta la usucapión en contra de titular inscrito (art. 36 LH); se protege al adquirente de buena fe y a título oneroso que confía en el Registro (art. 34); no se pueden oponer cargas o titularidades no inscritas frente al que inscribe (arts. 32 y 37 LH); las únicas cargas oponibles a terceros son las contenidas en la certificación registral (art. 225 LH), etc.

No se puede atribuir a una institución tan fuertes efectos, sin adoptar las medidas necesarias para que el sistema no quiebre: debe procurarse que los pronunciamientos registrales en que se basan tales efectos estén sólidamente fundados. Ésta es la razón de porqué sólo pueden acceder al Registro los negocios que sean ciertos y válidos (Resolución de 26 de enero de 1990), debiendo excluirse de aquél todo acto o negocio jurídico que no reúna los requisitos prescritos por el Ordenamiento Jurídico para su validez y eficacia (Resolución de 13 de mayo de 1994).

2.º Pero existe otro pilar justificativo de la calificación, que es la de servir de base a procedimientos sumarios para la defensa del derecho del titular registral. Dado que la inscripción en el Registro de la Propiedad atribuye al titular una acción expedita y rápida para la defensa de su derecho (art. 41 LH), como si de la ejecución de una sentencia se tratara, lo lógico es que el Ordenamiento Jurídico arbitre medidas para que lo inscrito sea realmente válido y eficaz.

La propia constitucionalidad de la ejecución hipotecaria fue puesta en entredicho, dada la limitación de causas de oposición que conlleva. El Tribunal Constitucional sin embargo, mantuvo desde el primer momento la constitucionalidad del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria —hoy ejecución directa sobre bienes hipotecados— basándose en dos razones: la posibilidad de que se acuda a un juicio declarativo donde se ventilen las cuestiones no admitidas en la ejecución hipotecaria; y sobre todo las garantías del procedimiento registral, entre las cuales lógicamente está la calificación de los títulos inscritos en el Registro por parte del Registrador, que les dota de un *fumus bonis iuris*.

3.º Pero la justificación económica de la calificación registral independiente de las partes intervinientes en el negocio o acto que pretende su acceso al Registro —independiente incluso de la propia Administración Pública—, es la de permitir el funcionamiento libre de mercado, que no existiría si se encomendara la determinación de las reglas jurídicas sobre fijación de rango, delimitación de derechos reales, cancelación de cargas, etc. —esenciales para el desarrollo del tráfico de bienes— a una persona vinculada a alguna de las partes intervinientes, como pudiera ser la propia Administración que en tal mercado actúa también como sujeto de Derecho Privado.

4.º También es base y justificación de la calificación registral, los principios constitucionales de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y seguridad jurídica (proclamados en el art. 9 de la

Constitución Española), que obligan a la propia Administración al sometimiento a la legalidad y a la adopción de instrumentos que garanticen ese superior valor, que es la seguridad jurídica, entre los que se encuentran los que integran la seguridad jurídica preventiva.

Los sistemas registrales más eficientes en la consecución de este fin son aquellos que no se limitan a hacer descansar sólo en el sistema judicial la solución de los conflictos, sino que lo previenen, adoptan instituciones de control preventivo que impidan la aparición de litigios.

5.º La agilidad del tráfico es finalmente otra de las razones justificativas de la calificación registral. Aunque pudiera parecer que la calificación ralentiza la agilidad en las transacciones o que es un obstáculo en el mercado es todo lo contrario, porque a través de ella, una vez inscritos los títulos, se crea una situación jurídica protegida que reduce drásticamente los costes de transacción de las futuras transacciones inmobiliarias y comerciales. Evidentemente que el sistema debe ser equilibrado, de manera que debe potenciarse un sistema registral de calificación responsable, donde se rechacen y sancionen las calificaciones insólitas, arbitrarias o no justificadas; y donde se potencien fórmulas positivas —no meramente negativas o de rechazo— en las que el registrador realice un papel asesor en la subsanación de los defectos de los títulos, como ocurre en España (7).

#### E) EXTENSIÓN

La función calificadora del Registrador, en tanto que sujeta al principio de legalidad, debe contemplar la totalidad del ordenamiento jurídico.

Así el artículo 18 LH establece que «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad:

- la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como
- la capacidad de los otorgantes y
- la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas».

La calificación de la legalidad de los títulos juega de manera diferente según cuál sea la naturaleza de los documentos:

---

(7) El artículo 222.7 obliga a los registradores, en el ejercicio profesional de su función pública, a informar a cualquier persona que lo solicite sobre materias relacionadas con el Registro y sobre los medios registrales más adecuados para lograr los fines lícitos que se propongan; y cabe que se pidan informes sobre la forma de subsanación, que podrán ser vinculantes, bajo la premisa del mantenimiento de la situación registral (art. 355.2 RH).

A) En los documentos judiciales la calificación tiene algunas limitaciones. Así, tratándose de documentos judiciales, es evidente que el Registrador no puede decidir sobre el fundamento o la justicia interna de la sentencia o la resolución judicial ni sobre la validez de cualquier trámite procesal, pues el principio constitucional de tutela efectiva se hace descansar en jueces y tribunales bajo el régimen general de los recursos procesales. Por eso nuestro Ordenamiento Jurídico limita la calificación registral en este ámbito, además de a los aspectos formales, a examinar la competencia del funcionario judicial, los trámites esenciales del procedimiento en relación especialmente con la intervención de los titulares de derechos inscritos o anotados (art. 20 LH), la congruencia de la resolución judicial con el procedimiento seguido, o la existencia de obstáculos que impidan la inscripción (art. 100 RH y Resolución de 12 de febrero de 1996).

En materia de calificación de la competencia de jueces y tribunales, ya la RDGRN, de 31 de diciembre de 1981, distinguió dos supuestos distintos: *a)* supuestos apreciables de oficio por el Juez, por estar basados en motivos de orden público en donde el Juez que ha intervenido es incompetente, o por falta de jurisdicción al estar atribuido el asunto concreto a un Juzgado o Tribunal de diversa índole, o por falta de competencia objetiva al haber tenido lugar el procedimiento ante un Tribunal de la misma jurisdicción pero de distinto grado, o por falta de competencia funcional a que se refiere expresamente el artículo 100 de la Ley Hipotecaria, y que por constituir todos ellos un presupuesto esencial del proceso, su infracción puede provocar la nulidad del acto; y *b)* aquellos otros supuestos de carácter dispositivo, basados en motivos de orden privado, como son los de competencia territorial en donde cabe la sumisión de las partes a un determinado Juzgado, bien expresa, bien tácitamente, y así como en los casos del supuesto primero puede el Registrador no admitir el mandato, si aprecia la existencia de incompetencia por parte del Juez o Tribunal que lo ordenó, en el segundo de los supuestos no cabe esta misma solución, como ha puesto de relieve la doctrina hipotecarista, ya que ello supondría erigir al Registrador en defensor de los intereses de las partes, que éstas pueden ejercitar en la forma que estimen más oportuna.

En cuanto a la congruencia, no será calificable la incongruencia de la demanda con la sentencia, sino la del procedimiento seguido con la resolución adoptada, como medida de garantía de la llamada adecuada al proceso de los titulares de derechos inscritos que se van a ver afectados por ella. Uno de los supuestos más frecuentes de calificación de documentos judiciales que determinan la denegación de la inscripción por falta de congruencia de la resolución judicial con el procedimiento seguido, se produce en materia de reanudación de tracto sucesivo, donde es frecuente incidir en el equívoco de que se puede acudir a un expediente de esta naturaleza cuando no existe



verdaderamente tracto interrumpido, como ocurre cuando el promotor del expediente es causahabiente del titular registral (8).

B) En materia administrativa, el ámbito de calificación es mayor que en los documentos judiciales, aunque no llega en su extensión a la calificación de documentos notariales. Nuestro ordenamiento jurídico limita la calificación también a cuestiones formales, de competencia (9), de congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, de tracto sucesivo y de existencia de obstáculos en el Registro (art. 99 RH en relación con el 20 LH), pero admite la calificación de los trámites esenciales del procedimiento a diferencia de lo que ocurre con el proceso judicial. Así son muy numerosos los casos en que se ha pronunciado la DGRN sobre la competencia de los registradores para velar porque el procedimiento seguido se ajuste a los trámites legales establecidos. Por ejemplo, así ha ocurrido en materia de enajenación de bienes de las Corporaciones Locales, donde es relativamente frecuente que las entidades locales acudan a procedimientos de contratación directa, cuando legalmente sólo es admisible la enajenación en subasta pública (10).

C) En los documentos notariales, la calificación opera en toda su amplitud, incluyendo tanto los aspectos sustantivos de validez civil del negocio, como los aspectos formales del instrumento público, y dentro de ellos no sólo de los que pueden dar lugar a su nulidad o anulabilidad sino también cuando supongan omisión de las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria para practicar la inscripción (véase el art. 98 RH).

## XII. IMPORTANCIA PARA EL NOTARIADO DE UN REGISTRO BASADO EN LA CALIFICACIÓN

Esta concepción del Registro de la Propiedad del futuro se basa en la documentación pública como título inscribible y es bueno también para el Notariado como profesión.

---

(8) La sentencia firme de 22 de junio de 2004, del Juzgado de Primera Instancia número 51 de Madrid, confirma la RDGRN de 27 de octubre de 2003, entendiendo que el Registrador de la Propiedad actuó en el ámbito de su competencia al calificar que el procedimiento elegido no fue el correcto a los fines de la inscripción registral.

(9) Sobre calificación de competencia de los órganos administrativos, véase la RDGRN de 29 de noviembre de 2006, que confirmó la calificación denegatoria de un embargo dictado por un recaudador municipal sobre bienes inmuebles situados en otro término municipal. Entiende la DGRN que el registrador puede calificar la competencia, y en este sentido exigir la intervención de los órganos de recaudación de la Comunidad Autónoma o del Estado para embargar bienes inmueble situados fuera de la jurisdicción del ayuntamiento, tal como exige la Ley de Haciendas Locales.

(10) Por todas, véase la RDGRN de 3 de enero de 2005.

Existe en el mundo, especialmente en América, pero también está incidiendo fuertemente en la Unión Europea, una tendencia a la liberalización de la función notarial (11).

Esta tendencia a la liberalización sólo se puede impedir tendiendo al fortalecimiento de la función calificadora. Sin un Registro jurídico público, no tiene sentido el monopolio de la función notarial. La razón es que cualquier tendencia a convertir el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, el Registro de Bienes Muebles o cualquier otro jurídico, en un Registro privado meramente informático, conllevará lógicamente una flexibilización en las formas de los documentos inscribibles (piénsese en el Registro de Anotaciones en cuenta en España, relativa a la transmisión de las acciones de las sociedades que cotizan en Bolsa, por poner un ejemplo, donde la forma de transmisión o pignoración de valores es privada, sin intervención alguna notarial).

Si se considera que la calificación registral es un segundo filtro innecesario que se solapa al notarial, el mismo argumento se esgrimirá por los abogados frente a los notarios en la contratación en masa, que está redactada por minuta. No debe olvidarse el sometimiento disciplinario y deontológico de los abogados a sus respectivos Colegios Profesionales, que de por sí son Corporaciones de Derecho Público, por lo que puede llegar a considerarse que también el primer filtro notarial sobra (piénsese en el sistema LOGALTY llevado en el despacho Garrigues, en el que el despacho de abogados monopoliza el sistema de contratación, ofreciendo formularios electrónicos y actuando como terceros de confianza; en definitiva, sustituyen al notario y al registrador).

La falta de control o calificación registral disminuye el nivel de exigencia del control notarial. Cuando no hay guardabarreras, lógicamente el tráfico es más fluido, hasta que pasa el tren... En la práctica registral se oyen las quejas reiteradas de los buenos notarios, que cumplen fielmente su función, frente a los registradores flexibles en su calificación que toleran actuaciones de notarios igualmente flexibles.

La falta de calificación fomenta macronotarías y notarías dependientes de grandes clientes, donde el notario no tiene margen de intervención, bajo riesgo de pérdida de la clientela. Con mucha más virulencia se produciría este fenómeno, si además de rebajarse el nivel de calificación registral, se admitiera documentación privada. El intento de ganarse al cliente arruinaría el nivel de seguridad jurídica preventiva.

Es lógico que si «todo se puede inscribir» bajo responsabilidad del autorizante, el mismo criterio se siga respecto de la forma de la titulación ins-

---

(11) Así se ha señalado en el Informe de la Universidad de Bremen de 2007 que considera inevitable la liberalización del acceso a la función notarial para adecuarse a las directivas europeas sobre servicios y al objetivo de desregularización del mercado interior.

cribible. Se fomentaría el acceso al Registro de documentos privados, sin restricción, en régimen de competencia, y bajo la responsabilidad de cada operador, sometiéndolos a un régimen de seguros (seguros de títulos).

Si en España no han proliferado los seguros de títulos es porque tanto notarios como registradores aportan su contribución al sistema de seguridad jurídica, con alta cualificación jurídica y profesional, y con sus propios seguros profesionales.

### XIII. RELACIÓN ENTRE EL NIVEL DE EFICACIA DE UN REGISTRO Y LA CALIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN INSCRITA

Un Registro de bajo perfil, meramente informático, sin calificación, tiene como consecuencia necesaria una titulación inscribible también de baja cualificación. Así ocurre en los sistemas de mero depósito de documentos (vgr., Estados Unidos), donde la intervención notarial es de mera legalización de firmas.

Por el contrario, los Registros de fe pública e inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe, que están basados en la calificación registral, siempre tienden a descansar en documentación pública, fundamentalmente notarial (es el caso de los sistemas notariales y registrales continentales por regla general, a excepción de los sistemas nórdicos y de Portugal).

Ni siquiera cualquier documento notarial debe ser suficiente para acceder al Registro, sino que tiene que ser una forma notarial relevante. Es decir, tiene que ser del tipo del notariado latino, en el que el Notario de fe de capacidad asesora a las partes y tenga derecho de negar su intervención en caso de que el negocio o acto que se pretende documentación públicamente sea ilícito (12). Y cualquier documento notarial que responda a estos parámetros debe circular libremente en el ámbito de la Unión Europea, en la misma forma que para los títulos extrajudiciales el *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, (CE) número 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para los créditos no impugnados*.

---

(12) Con relación a la negativa a autorizar actos o negocios que a juicio del notario sean nulos, el Tribunal Supremo (STS de 20 de mayo de 2008) ha declarado que el notario puede realizar advertencias pero no negarse a la formalización pública, salvo que una ley le autorice a ello, pues prevalece el derecho del interesado al acceso al Registro, de manera que ya será el registrador el que calificará su validez, al igual que jueces y tribunales (esta sentencia anula la reforma del art. 145 del Reglamento Notarial que pretendía atribuir al notario un genérico control de legalidad).

#### XIV. PERJUICIOS PARA EL NOTARIADO DERIVADOS DE LA MONOPOLIZACIÓN DEL REGISTRO

Cualquier posición notarial basada en la estrategia que pretende el monopolio del acceso al Registro, que quedaría reducido a un mero Registro informático sin función calificadora del registrador, y donde el notario pilota todo el sistema de obtención de información, presentación (prioridad) e inscripción, y donde él califica bajo su responsabilidad, en el fondo supondría convertir al notario en una nueva figura que respondería a la suma de las actuales figuras de Notario y de Registrador, y exigiría la fusión de funciones. Pero eso supondría el hundimiento de ambas profesiones y del sistema de seguridad jurídica preventiva que en esta ponencia se ha defendido como objetivo a perseguir en el futuro. Porque esa figura resultante carecería de independencia, estaría sometida a elección, y no serviría de soporte a las presunciones de existencia del derecho inscrito, base de los procedimientos sumarios de defensa del titular registral. Estos sólo pueden descansar en un juicio independiente de quienes intervienen en la redacción del documento.

La estrategia de monopolizar el Registro por el Notario, mediante absorción de su función, implicaría necesariamente la desvalorización de ambas funciones (notarial y registral), una fuerte disminución de su rol a favor del colectivo de abogados, y una disminución de la eficacia del sistema de seguridad jurídica preventiva.

Coincide la tesis del monopolio notarial del Registro, con la posición de algunos registradores que propugnan la liberalización total del documento inscribible. Aquí sólo cambia el nombre: en lugar del notario es el Registrador ante quien se autoriza el documento que pretende el acceso al Registro, él es quien lo califica para su única responsabilidad, quien lo inscribe y quien lo publica. Esta posición igualmente exigiría una fusión con los notarios, que pasarían a ser registradores, conllevaría la desvalorización de los asientos registrales, y la imposibilidad de servir de soporte a procedimientos sumarios.

#### XV. LA DUALIDAD DE FUNCIONES, CON ALTO NIVEL DE EXIGENCIA, ÚNICA SOLUCIÓN VIABLE PARA MANTENER UN EFICAZ SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

La única solución posible para mantener un sistema de seguridad jurídica eficaz en el futuro es contar con un Registro sólido, de fuertes efectos jurídicos, basado en la calificación independiente del registrador, bajo su responsabilidad; y que ese Registro tenga como base una documentación notarial fuerte, esto es, configurada bajo el prisma del notariado latino, en el que el

notario asesore, adecue la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico y juzgue la capacidad.

Ahora bien la escritura pública no puede ni debe ser el único cauce de acceso al Registro porque lo impide, además de la razón de las cosas, la distinta naturaleza de los actos inscribibles (que no son sólo actos y contratos, sino también resoluciones jurisdiccionales y actuaciones administrativas). Debe seguirse avanzando en la clarificación de ese gran sector de documentos judiciales y administrativos que cada vez más tienen reflejo registral.

Pero no debe ser así respecto de los documentos privados donde el rechazo debe seguir siendo la regla general, por las razones que se estudian a continuación.

## XVI. EL REGISTRO DEBE BASARSE EN DOCUMENTACIÓN PÚBLICA COMO REGLA GENERAL

En cuanto a los documentos privados, sólo deberían admitirse aquellos supuestos excepcionales admitidos expresamente en las normas, en los que al menos tuvieran firma electrónica reconocida por una sociedad de certificación de firma electrónica y siempre bajo el entendimiento de que un documento privado inscrito no puede ni debe tener los mismos efectos que un documento público inscrito.

Debe, en este sentido, dejarse bien claras las diferencias entre documento público y privado, de la misma manera que no es lo mismo un Registro Público y Registro privado (por muy tecnológico y avanzado que sea).

Documento público es el autorizado por un funcionario público competente con las solemnidades requeridas por la ley. Ya sólo por eso tiene unos efectos muy superiores al documento privado:

- a) tiene plena fuerza probatoria del hecho o acto que documente, de la fecha y de la identidad de los intervinientes;
- b) hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieran hecho los primeros;
- c) tienen valor ejecutivo, pudiendo servir de base a acciones ejecutivas sobre el patrimonio del deudor.

Por el contrario, el documento privado no prueba, por sí solo, la certeza de la fecha del acto, ni de la identidad de los intervinientes. Es cierto que el documento privado reconocido por las partes puede llegar a tener el mismo valor probatorio que el documento público (art. 326 en relación con el 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pero debe advertirse que para que eso ocurra tiene que haber un reconocimiento del documento ante el juez. O, lo que es lo mismo, el mero documento privado con firma electrónica no se puede equiparar

al documento público a efectos probatorios, salvo que no se impugne judicialmente, es decir, que se reconozca ante el juez como cualquier documento privado. En efecto, el artículo 3.6 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, considera posible la impugnación de la firma electrónica avanzada, disponiendo que en estos casos se procederá conforme a lo establecido en el artículo 326 LEC, equiparándolos por tanto a los documentos privados. Esto no ocurre con el documento público electrónico; el documento público aunque es también impugnabile, hace prueba plena y sólo pueden desvirtuarse con el cotejo de las copias con sus originales, matrices o asientos (art. 320 LEC). Además la propia Ley 59/2003, de Firma Electrónica, parte de reconocer que el documento electrónico puede ser soporte de documentos públicos o de documentos privados, de manera que en los documentos electrónicos públicos son aquellos documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

Sólo los Registros basados en documentación pública, calificada por los registradores, pueden arbitrar acciones sumarias para la defensa de los derechos inscritos. Si falla uno de los dos supuestos es muy difícil sostener que un juez vaya a admitir la limitación de excepciones que estos procedimientos conllevan. La acción real registral (arts. 41 LH y 250 LEC) o la acción hipotecaria (art. 681 y sigs. LEC), que disminuyen drásticamente las causas de oposición a la ejecución, se basan en el valor probatorio del documento público (que sigue siendo además el título ejecutivo) y en la presunción de legitimación derivadas de la calificación registral (art. 38 LH) que, a su vez, se basa en la calificación del título por un jurista independiente de quien ha autorizado el título.

## XVII. EL TÍTULO PÚBLICO INSCRITO TIENE MAYORES EFECTOS QUE EL NO INSCRITO

De la misma manera que el Registro debe basarse en títulos públicos como regla general, debe reconocerse que el título público inscrito goza de mayores efectos que el no inscrito.

Sólo el derecho formalizado en un título inscrito en el Registro tiene la presunción de titularidad y posesión (art. 38 LH), y sólo él goza de los efectos de inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe (art. 32 LH) y de fe pública registral (art. 34 LH).

No es posible que se predique del título notarial las presunciones de veracidad, integridad y legalidad, porque esos sólo son atributos del título notarial inscrito en el Registro de la Propiedad, precisamente porque están

inscritos. Es contrario a la lógica pretender afirmar que el título notarial es íntegro, porque a los pocos momentos de estar autorizado puede estar desvirtuado por otro título inscrito (así, por ejemplo, sería absurdo que una entidad financiera concediera un crédito a una persona, ofreciendo ésta como garantía las propiedades documentadas en una escritura pública no inscrita o incluso en una inscrita que no fuera acompañada de una certificación o nota simple acreditativa de la situación actual de titularidad y cargas).

Por tanto, el Registro del futuro debe basarse en un equilibrio de posiciones de notarios y registradores, dentro de un sistema de seguridad jurídica preventiva eficaz, sin pretensiones de acaparar funciones ajenas, lo cual acabaría con él.

## XVIII. LOS PROCEDIMIENTOS SUMARIOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO INSCRITO

Uno de los principales efectos de un buen sistema de seguridad jurídica preventiva es que el Registro atribuya al titular inscrito, procedimientos sumarios de defensa del derecho inscrito: acciones para proteger al propietario titular registral frente a perturbadores sin título o contrato —ocupantes en precario—; acciones para la realización forzosa de las garantías inscritas, con limitaciones de las causas de oposición (ejecución de hipotecas, condiciones resolutorias explícitas, etc.; inversión de la carga de la prueba en beneficio del titular registral, etc.

El Registro del futuro atribuirá en los sistemas registrales eficaces procedimientos muy breves para la defensa de sus pronunciamientos, como si de la ejecución de una sentencia se tratara.

Lógicamente esto sólo es posible si quien califica el título que pretende acceder al Registro y gozar de estos procedimientos expeditos es un funcionario distinto de quien autoriza el documento, pues los jueces no confiarían en la presunción de validez de lo inscrito, en el *fumus bonis iuris* que la inscripción conlleva, si sólo dependiera de la intervención de un fedatario elegido por las partes.

## XIX. INEFICIENCIA DE LOS SISTEMAS DE COBERTURA DE RIESGOS POR ASEGURADORAS

Los seguros de títulos sólo aparecen en sistemas registrales ineficientes. Generan gran incertidumbre porque no excluyen el riesgo de evicción o de aparición de cargas ocultas, sino tan sólo indemnizar en caso de que se produzca el siniestro —y siempre, claro está, que en la póliza se haya incluido, pues son muy numerosos los supuestos excluidos—.

El sistema registral eficaz del futuro es aquél en el que no existan seguros cubriendo el riesgo de evicción o cualquier riesgo jurídico, que debe estar suficientemente cubierto por el propio Registro. A lo sumo esos seguros deben limitarse a cubrir aquellos aspectos patológicos, en los que el sistema registral no alcanza: dobles inmatriculaciones, propiedades no inscritas, falsificaciones de títulos, etc. Pero en el buen entendimiento de que lo ideal es que se adopten medidas en el propio sistema registral para que no existan dobles inmatriculaciones o falsificaciones de títulos.

## XX. INFLUENCIA DE UN EFICAZ SISTEMA REGISTRAL EN EL MERCADO HIPOTECARIO

Los sistemas registrales influyen decisivamente en los mercados económicos. Comenzamos la ponencia hablando de la importancia que tienen en el mercado inmobiliario, pues revalorizan exponencialmente la propiedad del país. Incluso tienen consecuencias positivas en la cultura e integración social de los pueblos, ya que permiten acceder al crédito a un sector de la sociedad que en otro caso estaría condenada al abandono. En definitiva, la formalización de la propiedad tiene clara incidencia en la mejora de la calidad de vida de los pueblos.

Pero en un ámbito más amplio, el despegue de la economía depende también de la captación de capitales externos al país, y esto sólo es posible en los mercados de valores. Entre ellos, los valores hipotecarios son de los más importantes. Los bonos, cédulas o participaciones hipotecarias no son sino valores negociados en los mercados y garantizados con las carteras hipotecarias de las entidades financieras que los emiten.

En el futuro predominarán también en este sector los sistemas de control preventivo, como ha demostrado la crisis financiera internacional de las *sub prime* o hipotecas basura de Estados Unidos, que ha trasladado su ineficacia a todos los mercados del mundo. Y cuya causa no es otra que la falta de un control preventivo de lo que se puede titular o no. Estos sistemas registrales ineficaces —como es el de Estados Unidos—, carentes de control preventivo de las carteras hipotecarias que se pueden empaquetar y vender en los mercados, que pretenden justificar su actuación en la libre competencia y que afirman que el propio mercado se autoorganiza y ofrece los ajustes necesarios, han tenido que implorar la ayuda del Estado, han invocado la suspensión provisional del mercado libre, y han instado una tutela estatal que un control preventivo hubiera hecho innecesaria.

Las Agencias de Valoración de los Valores Hipotecarios tienen también gran culpa de la crisis. Por una razón elemental: y es que sólo acudían a criterios económicos para valorar las emisiones y atribuir una mejor o peor



clasificación o rating. En el futuro esas categorías o valoraciones de los bonos hipotecarios tendrán que atender también a criterios jurídicos, de manera que estén mejor valoradas las que se emitan en Estados con sistemas registrales de seguridad jurídica preventiva, donde se reconozca a los suscriptores de los valores acciones de ejecución contra los propios bienes hipotecados que sirven de cobertura a las emisiones, y donde no pueda titulizarse cualquier cosa sino que exista legislación reguladora y restrictiva que exija previas tasaciones de los inmuebles y limite el máximo de las emisiones a un porcentaje del total de la cartera hipotecaria de las entidades emisoras.

## XXI. CONCLUSIONES

El Registro de la Propiedad, para servir de instrumento jurídico y económico, soporte de un adecuado mercado inmobiliario e hipotecario, esenciales para el desarrollo de los pueblos, se debe basar en los siguientes ejes o principios estructurales:

1.º Debe ser un Registro jurídico, no de mera publicidad, que atribuirá fuertes efectos jurídicos al acto o negocio inscrito.

2.º Debe ser un Registro íntegro en el sentido de que quien lo consulte obtendrá toda la información jurídica atinente al inmueble sin necesidad de consultar otras instituciones.

3.º Debe ser un Registro coordinado con otras instituciones, de manera que ofrecerá también la situación urbanística de la finca; la situación física, fiscal y de destino del inmueble; así como las características medioambientales de las fincas.

4.º Debe ser un Registro ágil, basado en las más modernas técnicas electrónicas, con firma electrónica avanzada del Registrador, y con posibilidad de obtener información inmediata *on line*, a través de técnicas telemáticas o informáticas.

5.º Debe ser un Registro a cargo de juristas cualificados que ejerzan la calificación de los títulos inscribibles.

6.º Debe ser un Registro que permita atribuir al titular registral procedimientos específicos y sumarios en la defensa del derecho inscrito, con causas de oposición muy limitadas.

7.º Debe ser un Registro basado en la exigencia de titulación pública para el acceso al mismo, pero sin estar monopolizado por ningún operador jurídico.

8.º Debe ser un Registro que garantice plenamente la contratación, no sólo en el ámbito inmobiliario, sino también en el hipotecario, de manera que no son fiables los sistemas registrales que amparen emisiones de bonos hipotecarios calificados por sus características económicas o en los que las agen-

cias de evaluación (*rating*) no tengan en cuenta también los aspectos jurídicos de los productos emitidos.

#### RESUMEN

##### REGISTRO DE LA PROPIEDAD

*En el trabajo se analizan las principales características de un sistema registral eficiente. A juicio del autor, el Registro de la Propiedad, si quiere ser soporte de un adecuado mercado inmobiliario e hipotecario, esenciales para el desarrollo económico de los pueblos, debe ser un Registro jurídico, íntegro, coordinado con otras instituciones, ágil, basado en las más modernas técnicas electrónicas, con firma electrónica avanzada, debe estar a cargo de juristas cualificados que ejerzan la calificación de los títulos inscribibles, debe ser un Registro que permita atribuir al titular registral procedimientos específicos y sumarios en la defensa del derecho inscrito, y debe estar basado como regla general en la exigencia de titulación pública para el acceso al mismo, pero sin estar monopolizado por ningún operador jurídico. Finalmente debe ser un Registro que garantice plenamente la contratación, no sólo en el ámbito inmobiliario, sino también en el hipotecario, de manera que no son fiables los sistemas registrales que amparen emisiones de bonos hipotecarios calificados por sus características económicas o en los que las agencias de evaluación (*rating*) no tengan en cuenta también los aspectos jurídicos de los productos emitidos.*

#### ABSTRACT

##### PROPERTY REGISTRATION SYSTEM

*The paper analyses the main characteristics of an efficient registration system. In the author's opinion, if a property registration system is to support a suitable real estate and mortgage market, such as are essential for a people's economic development, that system must be a juridical, comprehensive system coordinated with other institutions. It must be agile, based on the most modern electronic techniques, and use the advanced electronic signature. It must be run by qualified legal scholars who scrutinise all titles submitted for registration. It must be a system that gives registered owners access to specific, summary procedures for the defence of their registered rights. It must be based, as a general rule, on the requirement that titles must be embodied in public documents in order to become eligible for registration, and it must not be monopolised by any judicial operator. Lastly, it must be a system that fully guarantees the making of contracts not only in the real estate area, but also in the mortgage area. Registration systems that support issues of mortgage bonds judged solely by their economic characteristics or systems where rating agencies do not also take into account the legal aspects of products are not trustworthy.*

*(Trabajo recibido el 29-10-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)*

# La protección de los derechos reales en Estados Unidos: el seguro de títulos (1)

por

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO  
*Profesora Ayudante-Doctor de Derecho Civil*  
*Universidad de Valladolid*

## SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN AL SISTEMA.
- II. EL REGISTRO DE DOCUMENTOS O REGISTER OF DEEDS.
- III. EL SEGURO DEL TÍTULO:
  1. ¿A QUIÉN PROTEGE EL SEGURO?
  2. LA COBERTURA DEL SEGURO:
    - a) *Defectos existentes versus defectos futuros.*
    - b) *El carácter comerciable (marketable) del título: la esencia de la cobertura.*
    - c) *Los defectos sustantivos del título.*
    - d) *Otros problemas frecuentes.*
    - e) *La actitud de las aseguradoras.*
  3. EL SEGURO DE TÍTULOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA.
- IV. CONCLUSIONES.

---

(1) Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación de la Junta de Castilla-León con referencia VA033A07, y ha sido parcialmente financiado por el Decanato de Castilla y León del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

## I. APROXIMACIÓN AL SISTEMA

Se viene afirmando, con carácter general, que el sistema estadounidense de protección de los derechos reales es el seguro de títulos. Más allá de esta genérica afirmación, el complejo modelo norteamericano se integra por un doble mecanismo de protección. En primer lugar, existe un Registro, que es en realidad un registro de documentos (*Register of Deeds*) con el efecto de oponibilidad y un funcionamiento un tanto deficiente. Como complemento a esta protección, y en ocasiones llegando casi a suplirla, es posible contratar con una compañía aseguradora un seguro del título basado siempre en los documentos registrados, cuyo ámbito de cobertura varía en cada caso. Lo verdaderamente interesante es este seguro, pues el modelo registral estadounidense, mucho más deficitario que el español, poco nos puede enseñar. No obstante, en la medida en que el seguro se apoya en los documentos registrados, se hace necesaria una previa alusión al mecanismo registral para el adecuado entendimiento de la tutela suministrada a través de los seguros.

Conviene puntualizar, además, que las genéricas afirmaciones formuladas en las páginas sucesivas son susceptibles de matizaciones según los Estados, ya que si bien hay unas pautas generales comúnmente seguidas en todos los casos, cada Estado tiene su propia regulación sobre el Registro y las prácticas de las aseguradoras pueden variar en alguna medida. El único Estado que escapa totalmente de este régimen es Iowa (2), donde rige un sistema registral con mayores controles, próximo al registro de derechos, y se prohíbe la utilización del seguro de títulos, sustituido por un fondo de carácter público.

## II. EL REGISTRO DE DOCUMENTOS O *REGISTER OF DEEDS*

La transmisión de los derechos reales tiene lugar fuera del Registro, mediante la entrega del documento por el transmitente al adquirente. No obstante, este último puede presentar el documento para su registro ante la oficina correspondiente del *Register of Deeds*, y como veremos seguidamente, conviene que así lo haga para la protección de su derecho.

Los documentos susceptibles de registro son aquéllos por los que se transmite la propiedad sobre inmuebles o se constituye una hipoteca o servidumbre, pero también los contratos de arrendamiento cuando son a largo plazo (3). Se trata de documentos privados que generalmente han de firmarse ante un funcionario público con el fin de evitar falsificaciones y fraudes.

---

(2) STRICKLER, S. S., «Iowa's title guaranty system: is it superior to other states' commercial title insurance?», *51 Drake L. Rev.* 385 y sigs.

(3) Por arrendamiento a largo plazo se entiende aquéllos que superan los tres años. SINGER, J. W., *Introduction to Property*, Aspen Law & Business, NY, 2001, pág. 514.

El solicitante del registro presentará el documento original. Una copia del mismo quedará depositada en el *Register of Deeds*, devolviéndose el original al solicitante. El registro del documento requiere además el pago de una tasa cuya cuantía varía según los Estados (4). Y para mantener una cierta organización de los documentos depositados existen índices de transmitentes y adquirentes (*grantor-grantee index*), de manera que cada vez que se deposita un documento, se incluye el nombre del transmitente (*grantor*) en la lista de transmitentes y el nombre del adquirente (*grantee*) en la lista de adquirentes.

Los documentos así registrados producen una serie de efectos que benefician y protegen al adquirente frente a terceros (5). Tales efectos pueden ser de tres tipos distintos, dependiendo de la ley que rija en el concreto estado:

1. *Race statute*: en este caso, el primero que inscribe se convierte en titular del derecho frente a todos, aun cuando tuviera conocimiento de que el anterior titular ya había transmitido el derecho a un tercero que, sin embargo, no registró el documento. Como su nombre indica, se trata de una carrera, y el primero que llega al Registro se impone sobre los demás, con independencia de cualquier otra circunstancia. De este modo, basta con consultar los documentos depositados en el Registro para determinar quién es el titular del derecho. Es el sistema que existía en un primer momento en la generalidad de los Estados, pero conduce a resultados manifiestamente injustos, por lo que fue abandonado por muchos de ellos. Actualmente sólo subsiste en Louisiana y Carolina del Norte.

2. *Notice statute*: este régimen se creó a partir de interpretaciones judiciales que trataban de mitigar los efectos injustos del sistema anterior. Si el segundo adquirente tiene conocimiento de que ya ha habido una transmisión anterior que sin embargo no consta en el registro, no puede convertirse en el verdadero titular, aunque registre el documento antes que aquél, porque de lo contrario se daría lugar a actuaciones fraudulentas. En este sistema se opta por proteger en todo caso al ulterior adquirente que ignore la transmisión anterior no registrada, y se le protege incluso cuando él mismo no ha registrado el documento de su adquisición. El principal problema de este sistema radica en determinar cuándo el segundo adquirente tenía conocimiento de la transmisión anterior. Por este motivo, el sistema no resulta eficiente. Es el modelo seguido aproximadamente en la mitad de los estados.

3. *Race-notice statute*: este último régimen nace de la combinación de los dos anteriores. El ulterior adquirente tiene prioridad sobre los documentos anteriores no registrados sólo si ignora la existencia de los mismos y además

---

(4) Por ejemplo, en Massachussets actualmente son \$125 con carácter general, excepto si el valor del inmueble supera los \$400,000, en cuyo caso se añade una tasa extra.

(5) Sobre esta cuestión, DUKEMINIER, J.; KRIER, J. E.; ALEXANDER, G. S., y SCHILL, M. S., *Property*, 6th edition, Aspen Publishers, NY, 2006, pág. 580 y sigs.

registra su documento antes que aquéllos. Éste es el modelo que se estima más justo y se ha extendido por la mitad de los Estados.

La protección del segundo adquirente en los dos últimos supuestos queda supeditada además a que su adquisición se haya realizado a título oneroso.

En cualquier caso, el Registro permite informar a los terceros sobre una determinada transacción inmobiliaria reflejada en el documento depositado, de manera que no pueden alegar ignorancia del mismo. En este sentido, se dice que el Registro proporciona *constructive notice* sobre los derechos. Y también da prioridad al derecho recogido en el documento sobre los derechos de terceros relativos al mismo inmueble, cuando el documento por el que se transmiten no ha accedido al Registro (6), aunque esta prioridad, como hemos visto, juega de distinto modo según el régimen que rija en cada Estado. En definitiva, lo que existe, con carácter general, es un efecto de oponibilidad de los documentos registrados —común, por otra parte, a los registros de documentos—.

Pero lo que verdaderamente llama la atención del *Register of Deeds* es la ausencia de control de los documentos registrados. No se exige que el transmitente haya registrado previamente el documento de su adquisición para que la nueva transmisión quede registrada. En definitiva, no hay tracto, y ello obliga a desconfiar de lo publicado en el Registro: el riesgo de que no coincida con la realidad es muy elevado, cualquier documento que se presente en el Registro es admitido sin comprobar la cadena de transmisiones y es perfectamente posible que aparezcan registrados simultáneamente documentos contradictorios. Por ejemplo, en un caso de doble venta ambos adquirentes podrán registrar el contrato de compraventa, pero sólo uno de ellos será el verdadero titular, cuestión que se dilucidará con arreglo a los criterios anteriormente expuestos.

En consecuencia, los particulares no pueden confiar en el mero registro de un documento; el hecho de que haya un documento depositado en el que el actual transmitente figure como adquirente no es garantía bastante, porque éste pudo adquirir de quien no era titular ni figuraba en el registro como tal y sin embargo, lograr que su documento se registre. Por ello, la búsqueda se extiende más allá, tratando de reconstruir toda la cadena de transmisiones, y si esto no es posible a partir de los documentos registrados, el adquirente se opondrá a celebrar el negocio. De este modo, aunque en el *Register of Deeds* no hay control sobre el tracto para depositar los documentos, en la práctica hay una cierta tendencia a que toda la cadena de transmisiones esté registrada porque lo contrario equivale a excluir de facto las posibilidades de transmitir el bien (7).

---

(6) Estas dos funciones del Registry of Deeds, prioridad del derecho e información, son resaltadas por BURKE, B. y SNOE, J., *Property*, 2nd edition, Aspen Publishers, NY, 2004, pág. 391.

(7) BURKE, B. y SNOE, J., cit., pág. 393.

Por otra parte, al no existir el efecto de fe pública registral, si alguna de las transmisiones padeció un vicio sustantivo que la convertía en nula, serán nulas también todas las transmisiones posteriores realizadas a partir de ésta (8).

La falta de confianza en lo publicado por el Registro es, por tanto, claramente apreciable. Y la interpretación de los documentos registrados exige conocimientos especializados que permitan reconstruir la cadena de transmisiones y determinar, en caso de títulos contradictorios, cuál habría de estimarse válido. Toda esta labor es requerida por la ausencia de una calificación registral que actúe como filtro de los documentos presentados e impida que accedan al Registro documentos que no guarden una lógica formal con el contenido del Registro. Y es imposible que los particulares lleven a cabo por sí mismos esta tarea, por lo que deben acudir a profesionales especializados (*lawyers* y *abstractors*) que traduzcan y resuman toda la información registrada para darles a conocer las circunstancias relevantes del título que pretenden adquirir a través de lo que se denomina *abstract of title*.

La búsqueda y examen del título en el Registro se lleva a cabo a partir de los índices de adquirentes y transmitentes. En primer lugar se examina el índice de adquirentes; debe comprobarse que el transmitente está registrado como adquirente, y que su transmitente también se registró con anterioridad como adquirente, y así sucesivamente hasta llegar a la raíz del título, que generalmente es el documento por el que el gobierno federal o estatal entregó la tierra a una persona. Después se examina el índice de transmitentes, desde el más antiguo hasta el más reciente, porque sólo tras esta segunda búsqueda puede afirmarse que no hubo otras transmisiones por parte de alguno de los anteriores titulares, circunstancia que no se advertiría examinando sólo el índice de adquirentes.

Con el fin de aligerar en alguna medida esta tediosa labor, se ha comenzado a limitar temporalmente la búsqueda mediante normas estatales (*marketable title acts*). De este modo, se toman en consideración únicamente los documentos registrados durante un período de tiempo que generalmente se sitúa entre cuarenta y sesenta años, desde el entendimiento de que circunstancias anteriores que en todo este tiempo no hayan sido objeto de reclamación no deben tener trascendencia. Pero al tiempo que esta medida facilita la búsqueda del título, comporta también el inconveniente para los titulares registrados de que los derechos procedentes de documentos registrados antes del plazo en que queda acotada la búsqueda deben volver a registrarse si se quiere que subsistan frente a terceros.

Uno de los principales inconvenientes de este sistema es la dispersión de la información, ya que no sólo tienen relevancia los documentos que se vinculan estrictamente a la cadena de transmisiones, sino también otros que de

---

(8) En este sentido, cfr. *Messersmith v. Smith*, 60 N.W.2d 276, N.D., June 05, 1953 (NO. 7380).

algún modo estén relacionados. Un ejemplo bastante ilustrativo en este sentido es el caso *Guillette v. Daly Dry Wall, Inc.* (9). Un solar había sido objeto de división en varias parcelas, y existía un documento relativo a una de las parcelas resultantes de la división en el que se establecían restricciones para esa parcela en beneficio de las demás y tales restricciones se hacían extensivas a las demás parcelas. El documento estaba registrado, pero quedaba fuera de la estricta cadena de transmisiones de las demás parcelas, con lo cual, adquirentes de estas últimas ignoraron la existencia de las restricciones porque limitaron la búsqueda en el Registro a la cadena de transmisiones de tales parcelas. Cuando propietarios de otras fincas trataron de hacer valer las limitaciones, ellos pretendieron que no se les aplicaran porque al quedar fuera de su estricta cadena de transmisiones, no se podía entender que dieran *constructive notice*, es decir, no había publicidad suficiente como para que les fueran oponibles. Sin embargo, el tribunal sostuvo que el documento que contenía las restricciones se había registrado correctamente y no podía ser considerado como un documento no registrado, por lo que debía desplegar todos sus efectos frente a terceros. Por tanto, la búsqueda del título en el registro no ha de limitarse a la estricta cadena de transmisiones, sino también a otros documentos otorgados por el transmitente durante el tiempo en que fue titular de la finca que ahora transmite.

Esta breve descripción del funcionamiento del *Register of Deeds* permite concluir claramente que la búsqueda y el examen del título a través de los documentos depositados son tareas lentas y costosas. Además, es una actividad compleja no exenta de cierto riesgo o posibilidad de error al emitir un juicio sobre la situación en que se encuentra el título, por la dificultad para localizar e interpretar debidamente todos los documentos relevantes que afecten al caso.

No obstante, el trabajo se ha facilitado en los últimos tiempos en la medida en que toda la información comienza a recopilarse mediante sistemas informáticos. Sin embargo, llama la atención el hecho de que son las propias compañías privadas de *abstractors* y de seguros de títulos las que muchas veces recopilan toda la información a modo de duplicado en soporte informático del contenido del Registro, aunque los propios Registros están tratando también de informatizar toda la información (10). Posteriormente veremos cómo se conjuga esta duplicidad de información.

---

(9) 367 Mass. 355, 325 N.E.2d 572, Mass., April 08, 1975.

(10) BURKE, B. y SNOE, J., cit., págs. 392 y 394. En términos generales, en Estados Unidos existe una gestión e incluso comercialización de la información jurídica y económica de las personas por parte de empresas privadas que dista mucho del entendimiento español de estas cuestiones y, en particular, la protección de la intimidad. Mientras que en España hay una tendencia a excluir del conocimiento general los datos sensibles de las personas, en Estados Unidos hay empresas privadas que recopilan la información y la suministran a cualquiera que lo solicite a cambio de un precio. Sirva de ejemplo



En cualquier caso, la situación en que se encuentra el título, de acuerdo con los documentos registrados, no es una labor realizada desde el propio Registro, sino por profesionales especializados, *abstractors* y *lawyers*. La responsabilidad de los mismos por una información errónea del título es una cuestión importante, porque se encuentra estrechamente ligada al grado de protección que proporciona el sistema a los particulares en relación con la seguridad jurídica inmobiliaria.

Respecto de la figura del *abstractor* debe puntualizarse, en primer lugar, que no necesariamente tiene formación jurídica. Cuando carece de tales conocimientos, su actuación se limita a obtener la información del Registro y será un abogado quien posteriormente la interprete para determinar la situación en que se encuentra el título (11). En tal caso, si el *abstractor* omite algún documento registrado, la responsabilidad por los daños que ello pueda ocasionar es exclusivamente suya y no del abogado (12).

En cualquier caso, en el informe que se emite con relación al título debe reflejarse cualquier circunstancia de trascendencia jurídica que se derive de los documentos registrados, y si se omite negligentemente algún elemento que afecte al título, el particular perjudicado podrá exigir responsabilidad (13). Pero todo lo que afectando al título no se pueda conocer a través de los documentos registrados (por ejemplo, si hubo fraude o falsificación, o si, por otra circunstancia, el título es nulo) escapa de la responsabilidad de estos profesionales.

Tradicionalmente se vino entendiendo que la responsabilidad por el informe sobre el título era contractual, y por tanto, limitada a la persona que le contrató. Cualquier tercero que sufra algún daño por haber confiado en un informe erróneo no podría exigir responsabilidad a quien lo redactó. Sin embargo, en la actualidad la generalidad de los Estados, a excepción de Ohio (14), ha modificado su jurisprudencia hacia una responsabilidad extracontractual. En este sentido, se viene entendiendo que la responsabilidad del *abstractor* no ha de entenderse limitada a la persona que le contrata, porque generalmente es el propietario del inmueble que pretende venderlo quien lo

---

www.intelius.com. Dentro de este diferente entendimiento de las cosas, se explica que todo el contenido del Registro pueda ser duplicado por empresas privadas que crean así una base de datos paralela a la información registral.

(11) Ex parte Watson, 356 S.C. 432, 589 S.E.2d 760, S.C., 2003.

(12) Lawyers Title Ins. Corp. V. Groff, 148 N.H. 333, 808 A.2d 44, N.H., 2002.

(13) Por ejemplo, en Chelsea Title & Guaranty Co. V. Louis Briggs Const., Inc., 315 So.2d, 299, Fla. App. 1975, el informe del *abstractor* omitió la existencia de una hipoteca sobre el inmueble.

(14) En este sentido, por ejemplo, Davis v. Montenery, 173 Ohio App. 3d 740, 880 N.E.2d 488, Ohio App. 7 Dist., 2007. En este caso, el comprador queda totalmente desprotegido porque aunque había confiado en el informe sobre el título, la falta de una vinculación contractual con el *abstractor* y el abogado, que habían sido contratados por el acreedor hipotecario, impide exigirles responsabilidad.

encarga para suministrar información a los terceros interesados en la adquisición. Por tanto, el *abstractor* ha de ser responsable también frente a estos terceros que resulta previsible que van a confiar en su informe. De otro modo, los daños producidos por un error en su actuación quedarían sin reparación en numerosas ocasiones. Generalmente, el informe encargado por el vendedor da lugar a responsabilidad también frente al comprador (15), y también se ha llegado a admitir que en el seguro de hipoteca el *abstractor* no sólo responda frente al acreedor hipotecario sino frente al deudor que haya confiado en el informe (16). Sin embargo, debe recalarse la idea de que la responsabilidad se extiende sólo a los terceros que el *abstractor* pudo prever de manera razonable que iban a confiar en el informe (17).

Es frecuente, por último, aunque no preceptiva, la suscripción de seguros de responsabilidad civil para hacer frente a la indemnización por los daños causados en el marco de esta actividad de carácter jurídico. Cuando tales seguros no se han suscrito, o por las características del caso, el daño no queda cubierto (18), se pueden suscitar delicadas cuestiones de solvencia de los *abstractors* y *lawyers*, particularmente cuando se trata de personas físicas y no compañías privadas.

Las carencias del sistema explican que se reclame una mayor seguridad con relación al título. Para dar respuesta a esta exigencia se ha extendido la utilización de seguros dirigidos a garantizar que el título presenta unas determinadas características, indemnizando en caso contrario. Su mayor o menor presencia varía en función del territorio, y así, mientras en Nueva Inglaterra tienen una escasa implantación, siendo los abogados quienes de forma primordial intervienen en las transacciones inmobiliarias, en otros lugares, particularmente en el Wild West, las compañías aseguradoras llegan incluso a desplazar a los agentes que tradicionalmente se han encargado de esta cuestión —abogados y *abstractors*—, asumiendo un protagonismo casi absoluto.

---

(15) Entre otras, *First American Title Ins. Co., Inc. v. First Title Service Co. of the Florida Keys*, 457 So.2d 467, Fla. 1984; *Williams v. Polgar*, 391 Mich.6, 215 N.W.2d 149 Mich. 1974.

(16) *Fox v. Title Guaranty and Abstract Co. of Mobile*, 337 So.2d 1300, Ala. 1976.

(17) En este sentido, *First American Title Ins. Co., Inc. v. First Title Service Co. of the Florida Keys*, cit., destaca que la responsabilidad el *abstractor* puede existir frente al comprador o el acreedor hipotecario cuando es contratado en beneficio de estos últimos, pero no frente al asegurador del título de cualquiera de los dos. No obstante, el asegurador podría dirigirse contra el *abstractor* una vez que ha indemnizado al asegurado en base al principio de subrogación. Otros terceros que por cualquier circunstancia confien en el informe sin que el *abstractor* pudiera sospechar que así ocurriría no pueden exigirle la reparación de los daños causados.

(18) Por ejemplo, en el caso *Reid v. Dayton title Co.*, 31 Ohio Misc. 275, 278 N.E.2d 384 Ohio Mun., 1972, el error cometido por el *abstractor* se produjo en un momento en que el seguro de responsabilidad civil estaba vigente pero cuando se descubrió el error, la póliza ya no estaba en vigor, por lo que la compañía aseguradora no respondió.

La configuración y cobertura de estos seguros, así como las consecuencias que se derivan de su utilización centrarán el resto de este estudio.

### III. EL SEGURO DEL TÍTULO

La suscripción de un seguro que garantice el título es una decisión, en principio libre y voluntaria, que puede tomar cualquier particular como medida de prevención frente a las consecuencias que se derivarían si se demuestra que el título que ha adquirido no reúne las condiciones inicialmente previstas. Como hemos visto, el *Registrar of Deeds* suministra información sobre los títulos a través de los documentos registrados, pero la búsqueda y examen de estos documentos no ofrece una certeza absoluta en cuanto a las circunstancias del título. Existe siempre un riesgo de que el transmitente no sea el titular, o que haya algún gravamen no conocido en el momento de la adquisición. Para evitar los perjuicios que de ello se derivarían, el titular puede suscribir un seguro que garantice que su título existe en los términos en que él lo ha adquirido y si resulta no ser así, la compañía aseguradora le indemnizará. Pero esta posibilidad de suscribir el seguro puede descartarse y así hay propietarios de inmuebles que no han asegurado su título, sino que han limitado sus cautelas en la adquisición a la búsqueda en los documentos del Registro. En otras ocasiones, el seguro del título desplaza el examen en el Registro: el particular confía en la protección conferida a través de la póliza, aunque ésta se diseña a partir de los documentos registrados. Posteriormente veremos con mayor detalle este tipo de situaciones, la protección suministrada y la responsabilidad por defectos del título.

#### 1. ¿A QUIÉN PROTEGE EL SEGURO?

El seguro del título se suscribe generalmente con relación al derecho de propiedad y a la hipoteca, y en algún caso también para los arrendamientos a largo plazo que, como se ha indicado anteriormente, también acceden al Registro. El supuesto más frecuente es el seguro de hipoteca, porque el acreedor hipotecario sistemáticamente condiciona la concesión del préstamo a la suscripción de la garantía. Ello no sólo se debe a su interés en proteger su situación, sino también a que este seguro es requisito indispensable para que un crédito hipotecario pueda acceder al mercado hipotecario secundario.

En ocasiones puede ocurrir que sólo se haya suscrito el seguro de hipoteca y no el de propiedad. Si posteriormente se descubre un gravamen oculto, dado que el seguro garantiza exclusivamente el título que se ha asegurado, únicamente obtendría una indemnización el acreedor hipotecario y no el pro-

pietario, pese a que este último habrá sido quien pagó la prima en beneficio de aquél.

Esta precisión que se acaba de formular resulta un tanto técnica, y ello provoca frecuentemente que el propietario que ha pagado la prima de un seguro del título (el título de hipoteca) no llegue a comprender el verdadero significado de su actuación hasta que, descubierto el defecto del título, comprueba que sólo su acreedor hipotecario y no él tiene derecho a una indemnización por parte de la compañía aseguradora. Indudablemente, el propietario en estos casos se siente claramente insatisfecho por el funcionamiento del sistema.

## 2. LA COBERTURA DEL SEGURO

El seguro del título no ha de considerarse como una garantía de que el título es perfecto y carece de cualquier carga o gravamen, de manera que en caso contrario se tendría que indemnizar al titular. Más correctamente, este seguro garantiza que el título reúne unas determinadas características, que no son siempre las mismas, sino que se configuran para cada caso concreto, y si en un momento posterior se demuestra que hay algún defecto en el título respecto de los términos en que se había asegurado, el titular tendrá derecho a una indemnización. Por ejemplo, se puede adquirir un inmueble gravado con una servidumbre y suscribir un seguro que garantiza el título de propiedad en estos términos. La referida servidumbre no puede dar lugar a una indemnización, pero si se descubre que el inmueble adquirido estaba hipotecado, este gravamen sí que da derecho a indemnización en el marco del seguro del título, porque el título asegurado ha resultado defectuoso respecto de los términos en que había quedado garantizado.

No obstante, la indemnización no se produce automáticamente por el mero hecho de que aparezca el defecto en el título, sino que es preciso además que como consecuencia de tal defecto, el asegurado sufra una pérdida económica. Así, si se descubren cargas anteriores a la hipoteca asegurada, pero el acreedor hipotecario cobra íntegramente su crédito, el asegurador no tendrá la obligación de indemnizar (19).

---

(19) *The Title Insurance Co. of Richmond, Inc. v. The Industrial Bank of Richmond, Inc.* (156 Va. 322, 157 S.E. 710, 1931); *Ruby Drilling Co., Inc. v. Title Guaranty Co. of Wyoming, Inc.*, *Title Guaranty Co. of Wyoming, Inc v. Ruby Drilling Co., Inc.* (750 P-2d 674, 1988), *Fidelity Nat. Title Ins. Co. of Tennessee v. Kidd* (99 N.C.App. 737, 394 S.E.2d 225, 1990).

a) *Defectos existentes versus defectos futuros*

Conviene puntualizar, en relación con los defectos cubiertos por el seguro, que sólo se incluyen aquéllos que pudieran existir antes de la emisión de la póliza aunque se descubran después, y no los que nazcan en un momento posterior. Todo lo que ocurra después de este momento escapa de la cobertura, aun cuando sea contrario a los intereses del asegurado, y por tanto, no da derecho a una indemnización. Por ejemplo, en el sistema estadounidense existen ciertas exigencias medioambientales en relación con sustancias nocivas o peligrosas de los terrenos que dan lugar a una obligación del propietario de limpiar el suelo. Si él no lo hace, es posible que los poderes públicos ordenen que se haga a su costa, en cuyo caso puede afectarse el inmueble a la devolución de estas cantidades mediante el registro de la correspondiente reclamación en el *Register of Deeds*. Teniendo en cuenta este régimen, si cuando se adquiere un título sobre el inmueble (propiedad o hipoteca) el suelo está contaminado con estos materiales, o incluso los poderes públicos ya han procedido a la limpieza y por tanto se ha generado la deuda, pero no se ha registrado el documento que da lugar a la afección del bien, el supuesto no estará cubierto en principio por el seguro porque se trata de una afección producida con posterioridad a la suscripción del seguro. El título, cuando se adquirió, carecía de esta afección que nace con posterioridad. No obstante, sería posible pactar de modo expreso una extensión de la cobertura que alcance este supuesto, pero en cualquier caso, la responsabilidad de la aseguradora no nacería por un defecto en el título cuando se adquirió, sino por otro riesgo de distinta naturaleza que se ha querido cubrir también con el seguro (20).

Además de este ámbito de los requisitos medioambientales, existen también otros casos similares en que se produce una afección del bien por disposición legal en un momento posterior a la emisión de la póliza y el supues-

---

(20) Así, por ejemplo, en el caso *Chicago Title Insurance Company v. Kumar* (24 Mass.App.Ct. 53, 506 N.E.2d 154, April 13, 1987), un particular adquirió un inmueble ignorando que había materiales nocivos en el mismo y suscribió un seguro del título de propiedad. También se suscribió un seguro que garantizara al acreedor hipotecario su título de hipoteca, pero en él se hizo una ampliación de la cobertura a que el terreno tuviera sustancias nocivas. Esta específica extensión de la cobertura determinó que, una vez descubiertos los materiales en el inmueble, los intereses del acreedor hipotecario quedaran protegidos con el seguro. Pero no podía entenderse igual con relación al título del propietario. Su seguro se limitaba a garantizar que el título adquirido carecía de defectos, y así era. Cuando se adquirió la propiedad, el inmueble tenía sustancias peligrosas, pero éste es un dato que afecta a las circunstancias físicas del bien y no al título de propiedad, porque el mero hecho de que existan estas sustancias no significa que haya una afección sobre el bien. La afección no existe hasta que se registra la reclamación en el *Registry of Deeds*, y tal circunstancia no se había producido al emitirse la póliza, cuya cobertura quedaba limitada a los gravámenes existentes en el momento de suscribirse la póliza y no los que pudieran aparecer con posterioridad.

to queda fuera de la cobertura del seguro. Por ejemplo, en *Mayers v. Van Schaick* (21), se había impuesto a los propietarios de ciertos inmuebles beneficiados por determinadas mejoras realizadas en un municipio la repercusión parcial del coste de las mismas, determinando que su incumplimiento daría lugar a idénticas consecuencias que el impago de los impuestos municipales, es decir, la afección del bien, que se produciría el 15 de junio del año en que se ha exigido ese pago. Una de las propietarias, Eleanor M. Grieve, quedaba obligada al pago durante cuarenta años a contar desde 1929, debiendo añadir las cantidades correspondientes en el pago del impuesto municipal, y pocos años después decidió vender el inmueble. El 22 de mayo de 1993 se emitió una póliza a favor del adquirente por la que se aseguraba la inexistencia de afecciones y gravámenes sobre el inmueble, por lo que lo adquirió confiado de esta información e ignorando la obligación de pago al municipio por las mejoras. Se habían realizado todos los pagos hasta 1932, pero no en 1933, por lo que se produjo la afección del bien el 15 de junio, de acuerdo con la normativa antes apuntada y el adquirente exigió responsabilidad al asegurador. El tribunal entendió, sin embargo, que no procedía tal responsabilidad porque cuando se emitió la póliza, tal gravamen no existía y es exclusivamente esto lo que garantizó el asegurador y no eventuales afecciones futuras.

Otras veces, la modificación en el título no nace directamente de una norma legal, sino a partir de la autonomía de la voluntad. En *National Mortgage Corporation v. American Title Insurance Company* (22), el rango preferente de una hipoteca se había condicionado a que el importe del préstamo se destinara a la adquisición de materiales de construcción. Se incumplió tal obligación y consecuentemente, la hipoteca perdió su rango preferente. Pese a que el título de hipoteca había sido asegurado, la entidad aseguradora no respondió porque la pérdida de rango había sido debida a circunstancias posteriores a la emisión de la póliza.

b) *El carácter comerciable (marketable) del título: la esencia de la cobertura*

Centrándonos en el ámbito estricto de cobertura del seguro puntualizaremos, en primer lugar, que existe una cobertura estándar y la posibilidad de ampliarla en el caso concreto a otros extremos, de manera que en cada caso, la garantía tendrá una extensión diferente. Vamos a ver de forma detallada los aspectos a los que puede alcanzar la cobertura, comenzando por el carácter comerciable del título.

---

(21) 268 N.Y. 320; 197 N.E. 296; 1935.

(22) 299 N.C. 369, 261 S.E.2d 844, 1980.

La esencia de la cobertura básica, común a todos los supuestos, consiste en que el título sea «mercadeable» o comerciable (*marketable*) (23). El problema radica en determinar cuándo un título reúne esta condición, y no es una cuestión baladí, pues como veremos, en gran medida la mayor o menor protección suministrada por los seguros dependerá del significado que se otorgue a este término. El título no necesariamente ha de ser perfecto para ser comerciable, pues en ese caso casi ningún título tendría esta característica y el asegurador siempre tendría que indemnizar. Más bien, se considera que un título es comerciable si no presenta defectos suficientemente significativos, entendiendo por tales aquéllos que llevarían a un potencial adquirente o acreedor hipotecario a rechazar la transacción. Sin duda, la idea de defecto «suficientemente significativo» queda sujeta a la valoración judicial, aunque hay un común entendimiento de que la existencia de gravámenes y la nulidad del título son los casos principalmente encuadrados en esta noción.

Al analizar el tratamiento jurisprudencial del carácter comerciable del título, se advierte una tendencia hacia una noción estricta del término, limitando sensiblemente la cobertura del seguro. Así, es doctrina jurisprudencial más que consolidada la distinción entre el carácter comerciable o «mercadeable» del título y de la tierra. El primero alude a las condiciones jurídicas y el segundo a los aspectos físicos del inmueble, y es a este terreno donde se reconduce la mayor parte de las cuestiones que se suscitan con relación a la responsabilidad de las compañías aseguradoras de títulos, frustrando las expectativas de protección del asegurado. La ilustración de estas ideas a través de algún ejemplo práctico favorece la mejor comprensión de la materia.

Así, por ejemplo, en *Hocking v. Title Insurance & Trust Co.* (24), Dorothy L. Hocking había adquirido dos inmuebles resultantes de la división de un solar con el fin de edificar en ellos, y a continuación aseguró sus títulos de propiedad. Posteriormente, el municipio denegó la concesión de permisos de construcción con relación a los referidos inmuebles porque se había vulnerado la normativa municipal sobre división de fincas. Entonces, la señora Hocking reclamó una indemnización a la aseguradora, pero ésta se opuso a indemnizar al considerar que el supuesto escapaba de la cobertura del seguro. El tribunal entendió que aunque fue desafortunado para la demandante que no pudiera usar los inmuebles con los fines previstos, ello no afecta al carácter comerciable de su título sobre la tierra, sino sólo a su valor de mercado. Su título de propiedad es perfectamente válido y por tanto, el asegurador no tiene obligación de indemnizar; si el valor de las fincas resulta ser inferior al estimado inicialmente, deberá dirigirse contra quien le indujo a esa falsa

(23) Sobre el concepto de «marketable title», MURRAY, J. C., *Title insurance coverage for «unmarketability of the title»*, Real Estate Law and Practice course Handbook Series, January-March 2006, pág. 47 y sigs.

(24) 37 Cal.2d 644, 234 P.2d 625, 40 A.L.R.2d 1238, Cal., 1951.

representación de la realidad, que serán en cualquier caso personas distintas del asegurador. La decisión, sin embargo, no estuvo exenta de cierta polémica y así en un voto particular se defendía que si el defecto presenta tales características que deja prácticamente sin valor al inmueble, debe considerarse que hay un defecto en el título porque el supuesto va más allá de simplemente prohibir ciertos usos del bien.

En realidad, el planteamiento del tribunal es teóricamente correcto, pero insatisfactorio desde un punto de vista práctico. Esta situación se produce por la conjunción de varios factores. Por un lado, la falta de transparencia de la situación jurídica del inmueble dificulta en muchos casos conocer las circunstancias que rodean una transacción inmobiliaria. Por otra parte, la terminología de «seguro de título» evoca una idea de protección que hace aumentar las expectativas del asegurado respecto de lo que realmente está contratando, teniendo en cuenta que normalmente ignora el significado técnico de «título» —y por tanto, lo que se está asegurando— y que los intereses empresariales de las compañías de seguros, como después se expondrá, guiados por la obtención de beneficios, buscan la percepción de primas reduciendo el riesgo realmente asumido para evitar el pago de indemnizaciones.

c) *Los defectos sustantivos del título*

Más allá del carácter comerciable de un título, entendido como la mera posibilidad de transmitirlo y la ausencia de gravámenes o restricciones que llevarían a cualquier persona a rechazar la transacción, el seguro se extiende comúnmente también a defectos de capacidad y otros defectos de derecho sustantivo que afecten a la validez de la transmisión. Éste es quizá el aspecto más interesante desde la perspectiva del Derecho español, por cuanto el Registrador de la Propiedad puede comprobar, mediante la calificación, la validez formal de la transmisión, pero hay aspectos de carácter sustantivo que necesariamente escapan de su conocimiento y control. La cobertura del seguro de títulos en relación con este punto podría ofrecer tal vez una protección superior a la proporcionada por un registro de derechos, o tal vez no.

En este sentido, la falta de capacidad de una de las partes es uno de los riesgos expresamente cubiertos en las pólizas de seguros de títulos. Sin embargo, al tiempo que se cubre este tipo de defectos, se incluye generalmente una cláusula en la póliza por la que se excluye la cobertura cuando el defecto fue causado o al menos conocido por quien lo padece. Y no es extraño que tal circunstancia se produzca, lo que lleva en muchos casos a excluir la cobertura del seguro. Un ejemplo es el caso *Rosenblatt v. Louisville Title Co.* (25), en que la venta de un inmueble se resolvió por falta de capacidad

---

(25) 218 Ky. 714, 292 S.W. 333, 1927.



de la vendedora, que fue incapacitada al poco tiempo de la transmisión debido a su estado mental. Como tal circunstancia era perceptible para la compradora, el seguro que suscribió en garantía de su título no podía entenderse que cubriera este riesgo.

En la misma línea se encuentran casos en que el negocio jurídico es declarado nulo por falsificación de la firma en el documento, y al tratarse de un defecto creado o conocido por el asegurado, escapa de la cobertura (26), y los supuestos de resolución del negocio jurídico por fraude (27).

Por una parte, es lógico que atendida la naturaleza del contrato de seguro, no se cubra un defecto creado o conocido por el asegurado, pero al mismo tiempo, esta circunstancia revela que la aparentemente mayor protección del seguro de títulos frente a un registro de derechos con relación a los defectos sustantivos se desvanezca.

Además, observamos también que cuando se produce tal defecto, las compañías aseguradoras suelen encontrar argumentos para excluir su responsabilidad. Una clara muestra de esta idea es el caso *Keown v. West Jersey Title and Guaranty Company*: Keown, fideicomisario, enajena un inmueble que formaba parte del fideicomiso para satisfacer una deuda del fideicomiso y con el dinero sobrante adquiere otro inmueble que se integra en el fideicomiso, suscribiendo un seguro que garantice el título adquirido. Cuando el tribunal declara la falta de capacidad de Keown como fideicomisario para adquirir inmuebles, éste reclama al asegurador, y ante su negativa a indemnizar, acude a la vía judicial. La Corte Suprema de New Jersey (28) consideró que la compañía aseguradora tenía que responder por el defecto del título. Entendía que el título transmitido no era comerciable como consecuencia de la falta de capacidad del Keown para adquirirlo; el título era válido hasta el momento de la adquisición, pero como el adquirente carecía de capacidad, en el momento en que se le transmite se convierte en un título defectuoso, no comerciable. Por otra parte, la póliza expresamente excluía —como ocurre en la generalidad de los casos—, los defectos del título creados o sufridos por el asegurado. Una cláusula de esta índole llevaba a excluir la cobertura según la opinión del asegurado. Pero el tribunal rechazó esta postura porque no apreció un comportamiento deliberadamente deshonesto, ilegal o injusto por

---

(26) Por ejemplo, *Greenpoint Mortgage Funding, Inc. v. Stewart Title Ins. Co.* (49 A.D.3d 687, 854 N.Y.S.2d 185, 2008 N.Y.Slip Op. 02552, N.Y.A.D. 2 Dept., 2008); *Bush v. Coult, Lockhart Company v. Commonwealth Land Title Ins. Co.* (594 P.2d 865, UTA, 1979). El caso *Inglewood Park Mausoleum Company v. Ferguson* (9 Cal. App.2d 217, 39 P.2d 305, 1935), por el contrario, refleja un caso de falsificación de firma en que el asegurador sí respondió porque el acreedor hipotecario confió en la validez de una firma falsa reconocida por funcionario público.

(27) *Ginger v. American Title Ins. Co.* (29 Mich.App. 279, 185 N.W.2d 54, 1970); *Taussig v. Chicago Title & Trust Co.* (171 F.2d 553, C.A.7 1949).

(28) 147 N.J.Super. 427, 371 A.2d 370, N.J.Super.L., 1977.

parte del asegurado, particularmente porque incluso durante los trámites de la adquisición, un profesional inmobiliario había considerado que Keown tenía derecho a adquirir el título.

La resolución fue apelada, y la Corte Suprema modificó su postura (29). En primer lugar, estimó que el título transmitido era comerciable cuando se le transmitió, con independencia de que su adquisición pudiera ser impugnada por un tercero como consecuencia de la falta de capacidad del fideicomisario. Y por otra parte, entendió que el caso se enmarcaba en la exclusión de los defectos creados por el asegurado. En realidad, la generalidad de los conceptos hacen admisibles en muchas ocasiones interpretaciones contrarias, y la excelente defensa de las compañías aseguradoras en juicio les lleva en la mayoría de los casos a eludir la responsabilidad.

Frente a todos los casos anteriores, existe un supuesto en el que es más probable que el asegurado no haya creado ni conocido el defecto, y por tanto, escapa de la cláusula que excluye la cobertura. Se trata de los casos de seguro de hipoteca cuando el defecto sustantivo (fraude, falsedad del título, falta de capacidad, vicio del consentimiento, etc.) se haya producido en la compraventa financiada con ese préstamo hipotecario. El acreedor hipotecario, al no formar parte de aquel negocio jurídico, puede ignorar las circunstancias en que se basó la adquisición nula que él financia (30). Pero precisamente por este motivo, las aseguradoras se muestran reacias a asegurar este tipo de riesgos en el seguro de hipoteca (31); no tienen control sobre la estructura de la transacción ni tienen acceso a la documentación en la que se basa la transacción, lo que les permitiría determinar la verdadera naturaleza del negocio jurídico. Incluso en algunos estados (Nueva York, Texas) se prohíbe cubrir tal riesgo desde el entendimiento de que la compañía aseguradora no puede valorar el riesgo que asume.

Pero si bien es ésta la postura tradicional, en los últimos tiempos se están advirtiendo ciertos esfuerzos para procurar que las compañías aseguradoras extiendan su cobertura a este ámbito (32). El resultado es un mayor escrutinio de las aseguradoras sobre la transacción antes de decidir si emiten la póliza, porque ante todo tratan de evitar una avalancha de reclamaciones que posiblemente no podrían afrontar en términos de solvencia.

---

(29) 161 N.J.Super. 19, 390 A.2d 715, N.J.Super.A.D., 1978.

(30) Así se aprecia en *First American Title Ins. Co. v. Leonardo* (Not Reported in A.2d, 2008 WL 149967, N.J.Super.A.D., 2008).

(31) Sobre esta cuestión, CARPI, J. E., *Creditor's rights issues in title insurance transactions*, Real Estate Law and Practice Course Handbook Series, November 28, 2007, pág. 488 y sigs.

(32) Así, por ejemplo, los últimos modelos de seguros, ALTA 2006, incluyen expresamente la cobertura por fraude para el acreedor hipotecario.

d) *Otros problemas frecuentes*

Otro aspecto de posible protección a través del seguro de títulos es el relativo al cumplimiento de la normativa municipal y en especial las licencias. Sin embargo, con carácter general, tales cuestiones quedan fuera de la cobertura porque no forman parte de la noción estricta de título comerciable y no sólo no se realiza una ampliación específica de la cobertura a estos extremos, sino que además, para disipar toda duda, se alude a los mismos en el listado de materias excluidas de cobertura. En este sentido, por ejemplo, en *Somerset Savings Bank v. Chicago Title Ins. Co.* (33), la licencia de edificación concedida inicialmente fue revocada porque no se habían observado todos los trámites para su concesión. El acreedor hipotecario que había concedido un préstamo para financiar la adquisición del inmueble y la construcción reclama una indemnización a la compañía aseguradora, que se niega a responder. El tribunal consideró que la normativa urbanística no constituye un gravamen sobre el inmueble, sino restricciones a su uso. Teniendo en cuenta la distinción entre la falta de carácter comerciable desde un punto de vista económico, que afecta al uso y valor económico del inmueble, y el carácter comerciable del título, relativo al derecho de propiedad, la cuestión ha de entenderse fuera de la cobertura del seguro del título. El incumplimiento de la normativa urbanística afecta al valor de una finca pero no al derecho de propiedad en sí mismo.

Sin embargo, en *Radovanov v. Land Title Company of America, Inc.* (34) la compañía aseguradora tuvo que responder en un caso de incumplimiento de la normativa urbanística, pero la protección no se basó en esta circunstancia, porque no altera la condición del título como comerciable, sino que se había iniciado un juicio por este motivo, y es la litispendencia no advertida por la aseguradora la que da derecho a la indemnización porque hace que el título no sea comerciable.

Las controversias relativas a los linderos son otro de los puntos conflictivos entre aseguradores y asegurados. Lo normal es que esta cuestión forme parte del listado de materias excluidas de cobertura en la póliza (35), aunque es posible negociar la extensión de la cobertura a este extremo, en cuyo caso, si la finca resulta ser más pequeña de lo que consta en el contrato, la compañía aseguradora tendrá que indemnizar (36). Pero fuera de este supuesto, cuando haya

(33) 420 Mass. 422, 649 N.E.2d 1123, Mass., 1995. En la misma línea, *Bear Fritz Land Co. v. Kachemak Bay Title Agency, Inc.* (920 P.2d 759, Alaska, 1996); *Chu v. Chicago Title Ins. Co.* (89 A.D.2d 574, 452 N.Y.S.2d 229, N.Y.A.D.2Dept., 1982).

(34) 189 Ill.App.3d 433, 545 N.E.2d 351, 136 Ill.Dec.827, Ill.App.1Dist., 1989.

(35) *Lynburn Enterprises, Inc. v. Lawyers Title Ins. Co.* (191 Ga.App. 710, 382 S.E.2d 599, Ga.App., 1989).

(36) *U.S. Life Title Ins. Co. of Dallas v. Hitsell* (164 Ga.App. 443, 296 S.E.2d 760, 1982).

un error en los linderos, el propietario tendrá que soportarlo aun cuando como consecuencia de ello se deriven ciertas limitaciones en sus facultades de uso (por ejemplo, no poder edificar por la menor extensión del inmueble, o que la vivienda deba derribarse por invadir parcialmente la vía pública) (37).

e) *La actitud de las aseguradoras*

Sin duda, las entidades aseguradoras son reacias a asumir verdaderos riesgos que puedan desembocar en su obligación de indemnizar. En este sentido, por una parte tienden a limitar la cobertura a aquellos extremos que pueden ser conocidos a través del examen de los documentos registrados, excluyendo cualquier otra circunstancia. Así, es habitual en los seguros de títulos —aunque no siempre es así— introducir una cláusula por la que, más allá de las exclusiones que acabamos de ver, se deja fuera de la cobertura cualquier situación de posesión del inmueble que no conste en el Registro (38). El asegurador, puesto que limita sus indagaciones a los documentos registrados, ignora las circunstancias posesorias del inmueble y aun cuando pudiera llegar a saber que el poseedor es una persona distinta a quien resulta del Registro, tampoco quiere dedicar demasiados esfuerzos en averiguaciones.

Pero además, en relación con los aspectos incluidos en la cobertura, los términos en que se redactan las pólizas están llenos de matices que comportan al menos dos consecuencias.

Por un lado, dificultan la comprensión para el asegurado cuando es un consumidor. Un claro ejemplo es *Private Lending & Purchasing, Inc. v. First American Title Ins. Co.* (39). En la póliza se dejaron fuera de la cobertura todos los gravámenes advertidos al examinar los documentos del *Register of Deeds*, pero el asegurado ignoraba el significado de esta exclusión. Sólo cuando descubre tales gravámenes, comprueba que no están cubiertos por el seguro. El acreedor hipotecario, por su parte, generalmente cuenta con mejor asesoramiento y conocimiento de la materia, y ello es esencial en la contratación de la póliza.

Por otra parte, falta en algún sentido claridad y precisión de los términos, con lo que se admiten diferentes interpretaciones, a favor y en contra de la

---

(37) Éste es el caso de *Heyd v. Chicago Title Ins. Co.* (218 Neb. 296, 354 N.W.2d 154).

(38) En este sentido, *Parker v. Title & Trust Co. of Florida* (429 So.2d 1267, Fla.App. 1 Dist., 1983) y *Herbil Holding Co. v. Commonwealth Land Title Ins. Co.* (183 A.D.2d 219, 590 N.Y.S.2d 512, N.Y.A.D., 2 Dept., 1992), el tribunal defendió una interpretación favorable al asegurado: si más allá de la posesión de un inmueble hay un derecho que legitima para poseer, como generalmente ocurre, el asegurador no puede alegar la exclusión de las situaciones posesorias para tratar de eludir la cobertura. El derecho del poseedor es un defecto del título que queda cubierto por el seguro.

(39) 54 Mass.App.Ct. 532, 766 N.E.2d 532, 2002.

cobertura, dando lugar a una litigiosidad que es reflejo de los intereses contrapuestos de las partes, el asegurador y el asegurado (40). En este sentido, uno de los criterios para decidir si la cobertura ha de interpretarse con una mayor o menor extensión es considerarla directamente proporcional a la prima satisfecha, es decir, si ésta fue elevada, hay que decantarse por una mayor cobertura (41). En cualquier caso, se advierte una cierta tendencia de las compañías aseguradoras a negar la indemnización incluso en casos que quedan dentro de la cobertura del seguro (42).

En conclusión, es bastante habitual en la práctica que la cobertura del seguro quede limitada a aquellos extremos que pueden ser conocidos a partir del contenido del Registro. No todo lo que teóricamente se puede asegurar es objeto de la garantía. En ocasiones el seguro se extiende a alguno de estos otros aspectos a cambio de una prima superior, pero hay cierto rechazo de las compañías aseguradoras a ampliar su cobertura porque se dedican a una actividad empresarial guiada por la obtención de un beneficio y miden mucho, por tanto, los riesgos que realmente están dispuestas a asumir.

### 3. EL SEGURO DE TÍTULOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

En otro orden de cosas, y dado que la cobertura del seguro se diseña a partir de la investigación del título en el *Register of Deeds*, se suscitan diversas cuestiones relacionadas con esta actuación previa a la emisión de la póliza y las posibles responsabilidades del asegurador en este ámbito.

La cobertura del seguro, como hemos visto, varía según los casos. Por este motivo, más allá de los concretos riesgos que puedan quedar cubiertos, es interesante determinar el grado de seguridad en relación con la información que obtienen los particulares respecto de la situación jurídica de un bien. No sólo se trata de que un concreto riesgo esté cubierto y otro no, sino si a la hora de contratar el seguro, el asegurado puede confiar en mayor o menor medida en los agentes que intervienen en este sector y si por tanto, la cobertura que se pacte va a resultar verdaderamente efectiva en el caso concreto. De acuerdo con ello, podrá valorarse si el sistema resulta más o menos eficaz en términos de seguridad jurídica preventiva. Puede entenderse que la negativa de la aseguradora a emitir una póliza o a asumir ciertos riesgos pone en

---

(40) Por ejemplo, *Riordan v. Lawyers title Ins. Corp.* (393 F.Supp.2d 1100, 2005).

(41) Fue el criterio adoptado en *Denny's Restaurants, Inc. v. Security Union Title Ins. Co.* (71 Wash.App. 194, 859 P.2d 619, Wash.App.Div.1, 1993).

(42) Por ejemplo, *Bozeman v. Commonwealth Land Title Ins. Co.* (470 So.2d 465, La.App. 1Cir., 1985). El seguro cubría expresamente una servidumbre que gravaba el inmueble, sin embargo la aseguradora se negaba a indemnizar aunque posteriormente se declaró judicialmente su responsabilidad.

aviso al particular sobre los defectos del título que pretende adquirir, con un efecto disuasorio, con lo que el seguro de títulos cumpliría una función de seguridad jurídica preventiva (43). Pero también podría darse el caso contrario. Imaginemos, por ejemplo, que incluso con seguro del título, el particular pierde su derecho porque el riesgo que verdaderamente existía en la transacción no quedó cubierto, pese a que era más o menos previsible y había sospechas fundadas sobre su existencia, pero esa información o bien se pasó por alto negligentemente, o bien se ocultó al particular para lograr la suscripción del seguro y con ello, el cobro de la prima y las comisiones de los agentes que intervienen en este ámbito. Si tales supuestos son posibles y quedan impunes, surge una desconfianza en el sistema, que por otra parte estaría generando costes innecesarios al introducirse un elemento —la prima del seguro— que no comporta ninguna ventaja porque los riesgos realmente existentes en la transacción no quedan cubiertos.

Los deberes y responsabilidades en relación con la información suministrada al particular antes de suscribir el seguro constituyen un dato bastante significativo en este sentido. Como en cualquier otro seguro, en el seguro de títulos la compañía aseguradora examina las concretas circunstancias para valorar el riesgo que asume y fijar el importe de la prima en función del mismo. Pero, ¿esta información es transparente para los particulares? Veamos el margen de impunidad de las aseguradoras en relación con esta cuestión.

Uno de los puntos clave es la responsabilidad de las aseguradoras por el informe preliminar que elaboran antes de la emisión de la póliza, basado en la investigación que ha llevado a cabo con relación al título. Se ha venido discutiendo (44) si tal informe cumple un papel equivalente al que realizan los *abstractors* y abogados y por tanto, si la aseguradora asume la misma responsabilidad cuando omite defectos del título que debía haber advertido al examinar los documentos registrados en el *Register of Deeds*. Una de las principales objeciones a esta responsabilidad de las compañías aseguradoras consiste en entender que produciría un encarecimiento de los seguros: a mayor responsabilidad, mayor importe de la prima.

La decisión acerca de atribuir o no a las compañías aseguradoras la responsabilidad del *abstractor* comporta consecuencias prácticas importantes en relación con la indemnización: el alcance de la misma suele ser más amplio con la responsabilidad del *abstractor* que con la derivada del contrato de seguro. La estricta responsabilidad del asegurador como tal no alcanza nece-

---

(43) Ésta es la opinión de SZYPSZAK, C., «Public Registries and private solutions: an evolving American real estate conveyance regime», *Whittier Law Review*, Spring 2003, pág. 688 y sigs.

(44) Un detallado estudio es el realizado por DAVIS, J. B., *More than the bargained for: are title insurance companies liable in tort for undisclosed title defects?*, *Catholic University Law review*, Fall 1995, pág. 71 y sigs.

sariamente a todos los daños producidos, sino sólo en los términos del seguro y con los límites establecidos en la póliza, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad extracontractual del *abstractor* (45). Por ejemplo, si como consecuencia del defecto del título el bien disminuye de valor, lo habitual será que esa diferencia de valor sea la que se repara y no otros daños causados, a menos que se pacte una indemnización superior (46). Si como consecuencia del defecto, el asegurado pierde el título, la indemnización se fijará en la medida en que se haya cuantificado el título.

Evidentemente, las compañías aseguradoras tratan de eludir esta mayor responsabilidad atribuida a los *abstractors* argumentando que ese informe preliminar se realiza únicamente a efectos internos, para realizar sus propias estimaciones en el caso concreto y que por tanto, carece de proyección frente al asegurado, así que no se les puede hacer responsables frente a este último cuando el informe haya omitido algún defecto del título. Los particulares, por el contrario, sostienen que han confiado en el informe de la aseguradora previo a la formalización de la transacción, y que, como no se ponía de manifiesto el defecto del título en el referido informe, decidieron adquirir ese título.

La jurisprudencia no mantiene una postura uniforme con relación a esta cuestión. En gran medida, es común la distinción entre la responsabilidad que asume el asegurador y la que corresponde al *abstractor*. Esta última resulta exigible cuando existían gravámenes o cualquier defecto del título en los documentos registrados y no se informó de ello al particular. El *abstractor* que redactó el informe del título debe responder por los daños causados. La responsabilidad del asegurador se mide de acuerdo con otros parámetros: si se descubre un defecto del título que está dentro de la cobertura del seguro, la compañía aseguradora tiene que indemnizar, porque éste es precisamente el objeto propio del seguro del título (47). No se atiende aquí, en principio, a si el defecto del título estaba contenido en un documento registrado o no; la responsabilidad existe o no en función de la cobertura del caso concreto. Generalmente, por tanto, el asegurador no responde como *abstractor* salvo que haya asumido además de manera específica la función propia

---

(45) *Fidelity Nat. Title Ins. Co. of Tennessee v. Suburban West Abstractors* (852 A.2d 318, 2004), *Barthels v. Santa Barbara Title Co.* (28 Cal.App.4th 674, 33 Cal.Rptr.2d 579, 2 Dist., 1994).

(46) En *Mc Minn v. Damurjian v. Chicago Title Ins. Co.*, el tribunal acordó que la indemnización no debía limitarse al menor tamaño del inmueble respecto de lo acordado, sino que también debía alcanzar al hecho de que, como consecuencia de esa menor dimensión, el titular no podría edificar sobre él.

(47) *Williams v. Polgar* (391 Mich.6, 215 N.W.2d 149 Mich. 1974), *Citibank v. Chicago Title Ins. Co.* (214 A.D.2d 212, 632 N.Y.S.2d 779, N.Y.A.D. 1 Dept., 1995), *Culp Const. v. Buildmart Mall* (795 P.2d 650, Utah, 1990), *Herbert A. Crocker & Co. v. Transamerica Title Ins. Co.* (27 Cal.App.4th 1722, 33 Cal.Rptr.2d 313 1 Dist. 1994), *Anderson v. Title Ins. Co.* (103 Idaho 875, 655 P.2d 82, 1982), *Bender v. Kansas Secured Title and Abstract Co. Inc.* (34 Kan.App.2d 399, 119 P.3d 670, 2005).



de este último en relación a la elaboración de un informe del título para el cliente (48); pero el informe preliminar que realiza el asegurador a efectos internos no puede equipararse sin más a él.

En otras jurisdicciones —más minoritarias— se advierte, sin embargo, una tendencia a equiparar la responsabilidad del *abstractor* por no incluir en su informe del título gravámenes u otros defectos registrados y la de la compañía aseguradora cuando omite tales extremos en su informe preliminar (49).

Al mismo tiempo, advertimos que no hay una sola manera de actuar de las compañías de seguros. Así, por ejemplo, en Nueva Inglaterra tienen escasa implantación y se conserva una intervención bastante activa de los *abstractors* y *lawyers*. Si se desea, como complemento a su actuación se puede contratar un seguro del título. En otros lugares, estos profesionales se han visto prácticamente desplazados por las aseguradoras, que controlan toda la transacción, hacen una búsqueda y examen del título y determinan en qué términos aseguran. En estos casos, si la aseguradora se opone a emitir la póliza no se llevará a cabo la transacción, en parte por la inseguridad que se genera con ello al adquirente y en parte porque sabe que no podrá transmitir después un título cuyo aseguramiento es rechazado por las aseguradoras. La única alternativa sería acudir a la vía judicial para disipar las dudas sobre el título y sólo entonces se conseguiría el seguro, pero los costes que ello implica disuaden en la generalidad de los casos para llevar a cabo la transacción (50). De este modo, aunque el seguro no es preceptivo, en la práctica acompaña siempre a la transacción y nadie querrá adquirir sin seguro.

En parte de los Estados Unidos, la implantación del seguro de títulos es tal que las propias compañías aseguradoras han creado unos registros paralelos al *Register of Deeds*, totalmente informatizados, que se conciben como una copia de los documentos registrados, de carácter privado para uso interno de la aseguradora. Se denominan *title plants* y muchas veces son sólo copias de los índices de transmitentes y adquirentes, pero a veces son una copia de todo el contenido del Registro, incluidos los documentos registrados, de manera que en estos casos el *title plant* es un duplicado del *Register of Deeds*. La ventaja de los *title plants* es que los datos informatizados se interrelacionan, de manera que no se queda en una mera copia de los índices, sino que a partir

---

(48) Así lo apuntan, por ejemplo, *Brown's Tie & Lumbre Company v. Chicago Title Co. of Idaho* (115 Idaho 56, 764 P.2d 423, 1988), *Walter Rogge, Inc. v. Chelsea Title & Guaranty Co.* (116 N.J.517, 562 A.2d 208, N.J., 1989).

(49) *Shada v. Title & Trust Co. of Florida* (457 So.2d 553 Fla.App. 4 Dist., 1984), *Malinak v. Safeco Title Ins. Co. of Idaho* (203 Mont. 69, 661 P.2d 12, 1983), *White v. Western Title Ins. Co.* (40 Cal. 3d 870, 710 P.2d 309, 1985), *Heyd v. Chicago Title Ins. Co.* (218 Neb. 296, 345 N.W.2d 154, 19984), *Smirlock Realty Corp. v. Title Guarantee Co.* (52 N.Y.2d 179, 418 N.E.2d 650, 1981), *Bank of California v. First American Title Ins. Co.* (826 P.2d 1126, Alaska, 1992).

(50) BURKE, D. B., *Law of Title Insurance*, Boston, New Cork, 1993, pág. 2: 20.



de ellos se ordena la información por fincas y no mediante índices de personas, con lo que su funcionamiento es mucho mejor que el del Registro. A veces, incluso, varias compañías aseguradoras colaboran en la realización y mantenimiento de los *title plants*. Como éstos tienen una organización y funcionamiento más eficiente que el Registro, en los lugares en que están ampliamente desarrollados se advierte una tendencia a contratar el seguro del título no porque se quiera este aseguramiento en sí, sino para beneficiarse de la eficiente búsqueda del título que llevan a cabo profesionales especializados dentro de la compañía aseguradora a través de los *title plants* (51).

Pese a la relevancia práctica que adquieren en algunos estados los *title plants*, debe tenerse en cuenta que éstos no pueden llegar a suplir al *Register of Deeds*. Aquéllos no son más que una copia privada de documentos que, por registrarse en una oficina pública, producen determinados efectos —que varían según rija el *race statute*, *notice statute* o *race-notice statute*—. Los *title plants* nunca se pueden llegar a imponer sobre el Registro sino que han de estar siempre supeditados a él: una transacción recogida en el *title plant*, pero no en el Registro carecería de los efectos de oponibilidad frente a terceros, con todo lo que ello implica en caso de títulos contradictorios.

De acuerdo con esta situación, cuando existen *title plants* y se omite por completo la intervención de *abstractors*, lo razonable debería ser entender que la aseguradora asume la responsabilidad de estos profesionales, porque, como se apunta desde la doctrina estadounidense (52), con ello se hace necesario tomar en consideración los documentos registrados en el *Register of Deeds*, que no debe quedar relegado a un segundo plano porque cumple una función esencial en el sistema de transmisión de los derechos reales en Estados Unidos. Es decir, cuanto mayor sea el protagonismo de las aseguradoras a través de los *title plants*, más se justifica que se les exija la responsabilidad extracontractual del *abstractor* derivada del examen del Registro.

De no entenderse así, podría ocurrir que nadie responda cuando defectos del título han pasado inadvertidos porque, por una parte no ha intervenido el *abstractor*, y por otro lado, el asegurador no ha asumido la función de éste y simplemente redactó un informe del título con valor interno. Posteriormente emitió una póliza cubriendo sólo determinados riesgos, y si el defecto del título no es uno de esos riesgos, no va a indemnizar al asegurado. Podría entenderse entonces que si los *title plants* de las aseguradoras son sólo bases de datos privadas y no una información oficial, a diferencia del Registro, y el asegurador logra escapar de la responsabilidad del *abstractor*, es probable que se esté moviendo en un terreno de impunidad y lucrándose con ello. Al mismo tiempo, el modelo registral, ya de por sí bastante debilitado en Estados

(51) BURKE, D. B., *Law of Title Insurance*, cit., pág. 15: 6 y sigs.

(52) BURKE, D. B., *Law of Title Insurance*, Boston, New Cork, 1993, pág. 15: 38 y sigs.

Unidos, podría llegar a verse completamente desplazado por seguros privados que cubren ciertos riesgos de las transacciones inmobiliarias en base a decisiones y políticas empresariales.

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, la posición hegemónica que adquieren las aseguradoras en algunos Estados, circunstancia que ha propiciado prácticas abusivas en diversos sentidos. Así, en ocasiones, al investigar el título han descubierto algún gravamen y lo han ocultado al particular para evitar que rechace celebrar la transacción porque ello significaría no emitir la póliza y por tanto no cobrar la prima. Al redactar la póliza, es habitual introducir una cláusula por la que se excluye de la cobertura cualquier defecto del título contenido en los documentos registrados. En tal caso, el gravamen no es un riesgo cubierto, la aseguradora conoce su existencia y el asegurado no. La jurisprudencia viene reconociendo en estos casos la responsabilidad de las aseguradoras por su actuación de mala fe (53).

Asimismo, la actuación de las aseguradoras en una posición hegemónica en las transacciones inmobiliarias amenaza con otros riesgos, como son los problemas de competencia con los abogados (54), en la medida en que llegan a suplir su función profesional; las sospechas sobre la vulneración de la normativa antitrust (55), porque son unas pocas las aseguradoras que dominan todo el mercado, y la oscuridad en relación con los elementos que integran la prima y las comisiones (56), en cuanto si realmente se está cobrando lo que debe o si las cifras son abusivas y están por encima de lo que corresponde.

No debemos olvidar que el seguro del título, en el caso del título de propiedad, es generalmente un contrato de adhesión que impone la compañía aseguradora al particular, quien, por otra parte, desconoce el significado y alcance de muchos de los términos contenidos en la póliza, dada su falta de profesionalización en la materia. El particular se enfrenta a este tipo de situaciones contadas veces en su vida y carece de experiencia sobre cómo actuar y el alcance de los posibles riesgos que puede asumir (57). Ciertamente, los particulares suelen acudir a un abogado cuando van a realizar una transacción inmobiliaria y confían en el asesoramiento que éste les ofrece. Sin embargo, los abogados especializados en esta materia son muchas veces también agen-

---

(53) *Lawyers Title Ins. Co. v. Frieder*, 147 Colo. 44, 362 P.2d 555, 1961; *American Title Ins. Co. of Miami v. Byrd*, 376 S.W.2d 785, 1964.

(54) BURKE, D. B., *Law of Title Insurance*, cit., pág. 10: 1 y sigs.

(55) BURKE, D. B., *Law of Title Insurance*, cit., pág. 8: 1 y sigs.

(56) URI, N. D., «The title insurance industry: a reexamination», *Real Estate Law Journal*, Spring 1989, pág. 313 y sigs.; ROBERTSON, P. Q., «Kickbacks, RESPA and the title insurance industry: how to get a foot in the (courthouse) door», *Real Estate Law Journal*, Winter 2007, pág. 270 y sigs.

(57) Particularmente crítico con los seguros de títulos respecto de los consumidores, PAYNE, J. M., «Title searches and title insurance», *Real Estate Law Journal*, Winter 1990, pág. 282.

tes de una compañía aseguradora, y cobran una comisión de la misma por la suscripción de un seguro (58). Tal circunstancia hace dudar seriamente de la objetividad de las opiniones dadas a su cliente y pone en riesgo la seguridad en las transacciones. Por el contrario, en el seguro de hipoteca es más frecuente la negociación; ambas partes son profesionales en este campo y se encuentran, por tanto, en una posición de igualdad (59).

#### IV. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos concluir que la protección de los derechos reales inmobiliarios a través del seguro del título ofrece ciertos atractivos desde el punto de vista teórico, en cuanto que permite cubrir cualquier riesgo al asegurado.

Sin embargo, estas ventajas se disipan en la práctica, debido fundamentalmente al hecho de que esta protección queda en manos de empresas privadas guiadas por la obtención de beneficios. Su finalidad última no es la seguridad jurídica inmobiliaria, sino el desarrollo de una actividad rentable. Y esto sólo puede ser posible si las primas percibidas superan con creces a las indemnizaciones que las aseguradoras tienen que afrontar. De este modo, la razón última que guía su actuar es emitir pólizas en las que tengan un alto grado de seguridad de que no se va a producir el riesgo asegurado. Ello no significa necesariamente que existiendo un seguro del título haya un alto grado de certeza sobre la inexistencia de defectos en el título porque, como hemos visto, puede que los defectos existan pero hayan quedado fuera de la cobertura.

En una relación desigual, como la que existe entre el asegurador y un consumidor que adquiere un inmueble, se puede llegar a situaciones de indefensión porque este último carece de conocimientos suficientes para valorar el significado de la póliza y recibe informaciones cuya fiabilidad se hace dudosa desde el momento en que no existe una clara responsabilidad por las omisiones o imprecisiones de esta información. La industria del seguro de títulos genera por tanto grandes beneficios a las aseguradoras, pero no siempre proporciona las condiciones de seguridad y certeza en el tráfico inmobiliario que serían deseables.

---

(58) Esta cuestión ha sido objeto de críticas por la doctrina estadounidense. Entre otros, WILSON, P. A., «The ethical title insurance lawyer», *Real Estate Law and Practice Course Handbook Series*, October 2006, pág. 477 y sigs.; MURRAY, J. C., «Attorney malpractice in real estate transactions: is title insurance the answer?», *Real Estate Law and Practice Course Handbook Series*, Summer 2007, pág. 221 y sigs.; BINTINGER, P., «Conflict of interest: attorney as title insurance agent», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Winter 1991, pág. 687 y sigs.

(59) Esta distinción ha sido puesta de relieve ya en «Title Insurance: the duty to search», *Yale Law Journal*, May 1962, pág. 1178 y sigs.

RESUMEN

SEGURO DE TÍTULOS

*El seguro de títulos se ha desarrollado en Estados Unidos como sistema alternativo de protección de los derechos reales. Ningún otro país cuenta con un mecanismo similar, sino con sistemas registrales. En todos los casos, los problemas son prácticamente los mismos, pero el modo de resolverlos difiere. El objetivo de este artículo es mostrar el sistema de seguro de títulos y sus principales ventajas y desventajas en lo que se refiera a la publicidad y protección de los derechos reales. El ámbito de cobertura y la responsabilidad por errores en la búsqueda del título son algunas de las cuestiones clave en este tema. Y como conclusión, surge una idea interesante: las compañías aseguradoras de títulos, en cuanto que son empresas privadas, están más interesadas en obtener beneficios con su actividad que en proporcionar protección en las transmisiones. Sin embargo, los registros públicos conservan su interés en la seguridad de las transacciones inmobiliarias como un principio general en su actuación.*

ABSTRACT

TITLE INSURANCE

*Title insurance has been developed in United States as an alternative system of protection for property rights. No other country has a similar mechanism, but registration systems. Problems are nearly the same in every case, but the way to resolve them is different. The purpose of this paper is to show the title insurance system and its main advantages and disadvantages as far as property rights disclosure and protection are concerned. Extent of coverage and liability for mistakes in the search of title are some of the key issues in this topic. And an interesting idea arises as a conclusion: title insurance companies, which are private companies, are more interested in obtaining profits with their activity than in providing protection in conveyance. Public registries, however, keep their interest in security in land transactions as a general principle.*

*Trabajo recibido el 01-09-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)*

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL



## **RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE***

Por Juan José JURADO JURADO

### **Registro de la Propiedad**

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 2-10-2008  
(*BOE* 6-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Luarca

**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CUOTAS INDIVISAS. INMATRICULACIÓN: SENTENCIA JUDICIAL. REBELDÍA. HERENCIA YACENTE.**

El principio de especialidad exige que se determinen las participaciones indivisas que se atribuyen a cada uno de los que adquieren conjuntamente una finca. La inmatriculación por medio de sentencia dictada en juicio declarativo puede practicarse directamente sin que sean de aplicación los requisitos establecidos en el artículo 295 de la LH y 298 de su Reglamento. Tratándose de sentencia dictada en rebeldía, para practicar una inscripción directa se necesita el transcurso de los plazos previstos en los artículos 501 y 502 de la LEC. La doctrina de la Dirección General sobre los requisitos de legitimación procesal de la herencia yacente sólo son predicables de casos en los que se trate de herencia yacente de un titular registral, pero no si lo es respecto a participaciones indivisas no inmatriculadas.

Resolución de 3-10-2008  
(*BOE* 7-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Gadesa

**PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL. SUBROGACIÓN REAL.**

El hecho de que las fincas registrales a las que se refiere un mandamiento judicial no existan ya, por haberse sustituido por otras en un procedimiento de compensación urbanística, no impide la práctica de la anotación de embargo o demanda que se llevará a efecto sobre las fincas de resultado que por

subrogación real hayan sustituido a aquéllas. Pero si respecto de las fincas de origen existe un documento presentado previamente y suspendido de despacho, hasta que caduque este asiento de presentación no cabe calificar el siguiente.

Resolución de 6-10-2008  
(BOE 7-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Arrecife

**ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE: SEGUNDAS Y POSTERIORES TRANSMISIONES.**

Dado que el Tribunal Supremo ha declarado ajustado a Derecho el Reglamento de Costas, el Centro Directivo corrige su anterior doctrina y considera exigible la certificación de no invadir la zona marítimo-terrestre también en segundas y posteriores transmisiones.

Resolución de 7-10-2008  
(BOE 7-11-2008)  
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 7

**PROPIEDAD HORIZONTAL. EXPEDIENTE DE DOMINIO.**

No es posible inmatricular, vía expediente de dominio, un departamento privativo perteneciente a un edificio en propiedad horizontal ya inscrito, dado que supone una modificación del título constitutivo que sólo puede realizarse en escritura o juicio declarativo.

Resolución de 8-10-2008  
(BOE 7-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Torreveja, número 1

**RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO**

No es necesaria la determinación de cuotas indivisas en las adquisiciones realizadas por dos cónyuges casados en régimen económico-matrimonial extranjero, siendo posible la inscripción en los términos del artículo 92 del RH.

Resolución de 9-10-2008  
(BOE 7-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 1

**ESTIPULACIONES MERAMENTE OBLIGACIONALES. PROHIBICIONES DE ENAJENAR.**

Las estipulaciones obligacionales, como la consistente en la obligación de constituir un derecho real, sólo pueden acceder al Registro si se aseguran por



medio de una garantía de carácter jurídico-real. Lo mismo cabe decir de las prohibiciones de enajenar impuestas en actos a título oneroso.

Resolución de 10-10-2008

(BOE 7-11-2008)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 5

**ANOTACIONES PREVENTIVAS: RECTIFICACIÓN. DERECHO DE USO DE VIVIENDA FAMILIAR.**

Para cancelar una anotación de embargo que se dice ha sido extendida por error, es necesario el oportuno mandamiento judicial, sin que sea bastante una instancia. El derecho de uso atribuido en un proceso de separación o divorcio sólo se inscribirá a favor del cónyuge, sin que corresponda titularidad a los hijos, que son meramente beneficiarios. Además no tiene sentido la constancia registral si se atribuye al cónyuge titular privativo de la vivienda.

Resolución de 11-10-2008

(BOE 7-11-2008)

Registro de la Propiedad de León, número 2

**RECTIFICACIÓN DE UNA ESCRITURA. OBRA NUEVA.**

Para rectificar una escritura en lo referente a la descripción de la edificación contenida en la finca, se necesita el consentimiento de todas las partes que la otorgaron. Por otro lado, si lo que se pretende es expresar que existe una vivienda, será aplicable la normativa urbanística y la del seguro decenal.

Resolución de 13-10-2008

(BOE 7-11-2008)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

**ACTA DE NOTORIEDAD PARA RECTIFICACIÓN DE CABIDA.**

Para inscribir un acta de notoriedad de rectificación de superficie es preciso que no existan dudas fundadas respecto de la identidad de la finca, como por ejemplo el proceder ésta de una reparcelación o ser muy grande la diferencia de cabida.

Resolución de 18-10-2008

(BOE 7-11-2008)

Registro de la Propiedad de Escalona

**RECTIFICACIÓN DE CABIDA: INMATRICULACIÓN EN CASO DE DUDAS.**

Existiendo dudas sobre la identidad de la finca a los efectos de la inscripción de un exceso de cabida acreditado con certificación catastral, cabe sol-

ventarlas acudiendo a la inmatriculación de dicho exceso por medio del sistema de doble título previsto en el artículo 205 de la LH en relación con el 298.3 de su Reglamento.

Resolución de 20-10-2008

(BOE 7-11-2008)

Registro de la Propiedad de Granada, número 6

**RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.**

No es el recurso gubernativo el cauce procedimental adecuado para discutir la procedencia o validez de inscripciones ya practicadas. Para practicar una anotación preventiva de iniciación de expediente de disciplina urbanística, basta acreditar que se ha notificado al titular registral el acuerdo de iniciación, sin que sea además preciso que se acredite la notificación de la decisión de solicitar la práctica de la anotación registral.

Resolución de 22-10-2008.

(BOE 7-11-2008)

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1

**COMPRAVENTA: PRECIO. ASUNCIÓN DE DEUDA. REGISTRADOR SUSTITUTO.**

A los efectos de lo establecido en el artículo 10 de la LH es correcto pactar que tanto el precio como el importe del IVA los abona el comprador por el sistema de retener esas cantidades como compensación por la subrogación en el préstamo hipotecario que grava la finca. La calificación sustitutoria no puede consistir en una mera confirmación de la calificación inicial.

Resolución de 14-10-2008

(BOE 8-11-2008)

Registro de la Propiedad de Fuente de Cantos

**OBRA NUEVA: NECESIDAD DE LICENCIA.**

La declaración de obra nueva no puede acceder al Registro sin que se acredite el previo otorgamiento de la preceptiva licencia y, lógicamente, siempre que se ajuste en su descripción a los datos de superficie que resultan del propio Registro.

Resolución de 15-10-2008

(BOE 8-11-2008)

Registro de la Propiedad de Balmaseda

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO: REQUISITOS.**

Para practicar anotación preventiva de derecho hereditario es imprescindible que se aporte el título sucesorio del que resulta tal cualidad. Sin tal requisito no es posible practicar ni siquiera la de suspensión. Si se solicita en instancia privada las firmas han de estar legitimadas.

Resolución de 16-10-2008  
(BOE 8-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Pinto

**EXCESO DE CABIDA.**

La mera declaración de que la cabida de la finca es la que resulta del título, sin aportación de prueba alguna, no permite la inscripción de un exceso de cabida.

Resolución de 17-10-2008  
(BOE 8-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Madrid, número 18

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. PARTICIÓN DE HERENCIA: LEGITIMARIOS.**

La calificación registral ha de hacerse con todos los requisitos formales previstos en la legislación hipotecaria, sin que pueda ser meramente verbal. La legítima se configura en el Derecho Común como una *pars bonorum*, lo cual implica la necesaria concurrencia de los legitimarios a la partición de la herencia. No es aplicable el artículo 15 de la LH.

Resolución de 29-10-2008  
(BOE 19-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 4

**RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. CONVENIO REGULADOR.**

La cotitularidad generada entre cónyuges casados en separación de bienes no es exactamente igual que la de una comunidad romana o por cuotas, en tanto en aquel caso han de tenerse presentes las denominadas normas del régimen económico-matrimonial primario. Es por ello que debe considerarse contenido propio del convenio regulador los pactos referentes a la distribución entre los ex cónyuges de bienes de los que son titulares en *pro indiviso*, siendo en consecuencia dicho convenio directamente inscribible.

Resolución de 23-10-2008  
(BOE 20-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Santoña

**HIPOTECA UNILATERAL: CANCELACIÓN.**

La cancelación de una hipoteca unilateral a instancias exclusivamente del dueño de la finca requiere, como se desprende de la letra de la legislación hipotecaria que la regula, que hayan transcurrido dos meses desde la especial intimación que a tal efecto se le haya realizado al acreedor, sin que baste, para que se inicie el cómputo de dicho plazo, que el acreedor tenga conocimiento de que la hipoteca se ha constituido.

Resolución de 24-10-2008  
(BOE 20-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Escalona

#### **PARTICIÓN JUDICIAL DE HERENCIA. HEREDEROS FIDEICOMISARIOS.**

Tratándose de una partición judicial de herencia en la que el propio Juez manifiesta la duda sobre si han concurrido todos los fideicomisarios, parece evidente que ha de estarse a lo previsto en el artículo 82 del RH y exigir acta de notoriedad para identificar a los mismos cuando no han sido designados nominalmente en el testamento.

Resolución de 27-10-2008  
(BOE 20-11-2008)  
Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2

#### **CONDICIÓN RESOLUTORIA. ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

Es cierto que la reversión del derecho transmitido, cuando éste se transmitió bajo condición resolutoria y ésta se ha cumplido, requiere el consentimiento del adquirente o resolución judicial. Sin embargo, si se trata de un caso en el que el transmitente es la Administración, y la transmisión se verificó por medio de un acto administrativo en sentido estricto, puede admitirse la actuación unilateral de dicha Administración, al amparo de la legislación de contratos de las administraciones públicas.

Resolución de 4-11-2008  
(BOE 17-12-2008)  
Registro de la Propiedad de Algete

#### **RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.**

Si se admite el planteamiento de los defectos señalados en la nota de calificación, lo que procede es aportar al Registro la documentación subsanatoria y no un recurso gubernativo.

Resolución de 6-11-2008  
(BOE 18-12-2008)  
Registro de la Propiedad de Laredo

**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCIÓN.**

El título presentado a inscripción ha de recoger todas las circunstancias personales del adquirente exigidas por la regla 9 del artículo 51 del RH, sin que sea suficiente, a tal efecto, que consten en un asiento anterior de la misma finca.

Resolución de 10-11-2008

(BOE 17-12-2008)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

**RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. DOCUMENTOS INSCRIBIBLES.**

Para rectificar una inscripción que se supone incorrectamente practicada, es necesario aportar el documento público en cuya virtud se practicó, sin que baste la presentación de una mera fotocopia. Además debe presentarse directamente ante el Registrador, y no en el procedimiento de resolución del recurso.

Resolución de 11-11-2008

(BOE 18-12-2008)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12

**SEGURO DECENAL: EXCEPCIÓN DEL AUTOPROMOTOR.**

El hecho de que se trate de un caso en que se declara la obra nueva de un edificio que se divide horizontalmente en dos viviendas, no es óbice para poder aplicar la excepción del seguro decenal prevista para el caso del autopromotor, siempre que éste declare que las destina a uso propio.

Resolución de 12-11-2008

(BOE 18-12-2008)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 1

**SUSTITUCIÓN VULGAR: CASOS. LEGADOS: ENTREGA.**

Conforme al artículo 774 del Código Civil, la sustitución vulgar sin expresión comprende los supuestos de renuncia del sustituido. El legatario de cosa específica no puede tomar posesión por sí mismo de la cosa legada.

Resolución de 20-11-2008

(BOE 18-12-2008)

Registro de la Propiedad de Navalmoral de la Mata

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.**

La calificación registral ha de ser unitaria, señalando todos los defectos existentes. El expediente de dominio no es el procedimiento adecuado para la rectificación de una inscripción indebidamente practicada. Dicha circunstancia es susceptible de calificación por tratarse de una incongruencia del procedimiento.

## Registro Mercantil

Por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 30-9-2008  
(BOE 6-11-2008)  
Registro Mercantil de Madrid, número 9

### PROTOCOLO FAMILIAR.

La publicidad registral del protocolo familiar, que queda al arbitrio del órgano de administración con el consentimiento expreso de los afectados cuyos datos sean incluidos en el protocolo, puede realizarse:

- Por su publicación en la web de la sociedad en el dominio de internet que conste en el Registro Mercantil (art. 9 de la Ley 34/2002).
- Por la constancia en la hoja abierta a la sociedad de la simple existencia del protocolo y sus datos identificativos sin detallar su contenido (art. 5 del Real Decreto 171/2007).
- Al depositar las cuentas anuales incluyendo entre los documentos presentados copia o testimonio del documento público en que conste el protocolo.
- Por la inscripción de determinados acuerdos sociales adoptados en ejecución de un protocolo publicado (art. 7 del Real Decreto 171/2007).

El supuesto contemplado en este recurso encaja en la segunda de las vías enumeradas.

Si la hoja de la sociedad está cerrada por falta de depósito de cuentas, no puede practicarse el asiento que motivaría la constancia en el Registro del protocolo.

El hecho de que el protocolo esté suscrito por quien era administrador en la fecha de su protocolización notarial, no suple la necesidad de solicitud expresa por parte del órgano de administración inscrito ni el consentimiento de todos los afectados por el protocolo.

Resolución de 28-10-2008  
(BOE 15-11-2008)  
Registro Mercantil de Valencia, número 3

### PODER. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y ORGÁNICA. COMBINACIÓN.

Admite la Dirección General un poder a varias personas físicas, expresando que para ejercer determinadas facultades que se detallan debe actuar uno

de los apoderados mancomunadamente con el consejero-delegado de la sociedad. Declara que, en este caso, se combina la representación voluntaria con la orgánica, y uno y otro representantes, voluntario y orgánico, habrán de ser designados y actuarán con cumplimiento de los requisitos de forma y sustantivos propios del tipo de representación que ejercen. No puede negarse la inscripción sobre la base de las posibles vicisitudes relativas a la revocación del poder o a la extinción de la representación orgánica a la que se ha ligado la actuación del representante voluntario.

## Registro de Bienes Muebles

Por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 29-9-2008  
(BOE 6-11-2008)

Registro de Bienes Muebles de Barcelona

### RECURSO GUBERNATIVO.

El plazo de un mes para interponer el recurso debe computarse de fecha a fecha, por lo que, si la notificación de la calificación se ha verificado el 12-12-2007, el plazo se cumple el 12-1-2008 (sábado, día hábil, pues permanece abierto tanto el Registro como la Oficina de Correos).

Resolución de 1-10-2008  
(BOE 6-11-2008)

Registro de Bienes Muebles de Madrid

### ANOTACIÓN DE EMBARGO. ADJUDICACIÓN. CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Existen dos tipos de anotación de embargo en el Registro de Bienes Muebles (vid. Resoluciones de la DGRN de 21-10-2002):

Las del artículo 68.d) de la LHM, desarrollado por los artículos 13, 34-39, 41 y 46 de su Reglamento, que abre folio registral si el vehículo no figura previamente inscrito.

Las de la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y artículos 5 y 27 de la Ordenanza, que requieren previa inscripción del bien a favor del demandado. En el caso objeto del recurso, se trata del primer tipo de anotación a favor de la TGSS y con posterioridad resulta inscrito un contrato de financiación con reserva de dominio que es anterior a la fecha del embargo, pero posterior en rango registral. Por ello, al ejecutarse el embargo y adjudicarse el bien, procede la cancelación ordenada de las cargas posteriores y, entre ellas, el contrato de financiación y la reserva de dominio, dado que no consta la interposición de la correspondiente tercería de dominio y el consiguiente sobreseimiento del procedimiento.

## RESOLUCIÓN COMENTADA

por Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES,  
*Registrador de la Propiedad*

### *HIPOTECA: CALIFICACIÓN DE SUS DIFERENTES CLÁUSULAS*

RESOLUCIÓN de 24 de julio de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Notario de Torredembarra don Ricardo CABANAS TREJO, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Falset a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

En el recurso interpuesto por el Notario de Torredembarra, don Ricardo CABANAS TREJO, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Falset, doña Ana ALLENDE AGUIRRE MENDI, a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

### HECHOS

#### I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Torredembarra, don Ricardo CABANAS TREJO, el día 28 de febrero de 2008, se formalizó un préstamo garantizado con hipoteca concedido por la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid a la sociedad Edilhouse 2006, S. L., y con garantía del aval prestado por la entidad 27 Bamacres, S. L.

Dicho título se presentó en el Registro de la Propiedad de Falset el 28 de marzo de 2008, causó el asiento 957 del Diario 79; y fue objeto de la calificación negativa que a continuación se transcribe en lo que interesa en este recurso:

«Registro de la Propiedad de Falset.

Nota de despacho y calificación parcial negativa.

Examinado y calificado el precedente documento, se ha practicado en el día de hoy la inscripción del derecho real de hipoteca a favor de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en el tomo 1190, libro 67 de Mora la Nova, folios 173, 177 y 181, fincas 3.629, 3.630, 3.631, respectivamente, inscripciones 2.<sup>a</sup>, extendiéndose a su margen notas de afección fiscal.

...No se ha practicado la inscripción de los párrafos o cláusulas que se indican, seguidamente, atendiendo a los siguientes:

#### *Hechos*

El día 23-3-2008 a las 12,50 horas, bajo el número de entrada 1.041 presentada físicamente en la Oficina por..., escritura de préstamo hipotecario con número de protocolo 359/08 autorizada por el Notario Ricardo CABANAS TREJO, que causó el asiento 957 del Diario 79.

El documento ha sido inscrito según se ha indicado al principio de esta nota, pero no se han inscrito las cláusulas o párrafos que se expresan en los Fundamentos que siguen de acuerdo con la instancia suscrita por el presen-



tante, que es, a su vez, otorgante de la escritura en representación de la Caja acreedora, de fecha 28 de marzo de 2008, en que se solicita en su caso la inscripción parcial».

### *Fundamentos de Derecho*

Las cláusulas, párrafos o pactos que no se han hecho constar en la inscripción por su calificación negativa el día de hoy son las siguientes:

#### I. EN CUANTO AFECTANTES AL PLAZO

1.<sup>a</sup>) La comprendida en la letra *h*) de la estipulación decimoséptima, por un lado, en su primera parte referida al incendio o deterioro de la finca hipotecada por cualquier causa en la cuarta parte porque ha de estarse a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 5 de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario, y 29 de su norma de desarrollo, Real Decreto 685/1982, que establecen el procedimiento que ha de seguirse para tal supuesto de modo imperativo, en el que el deudor tiene opción por la devolución de todo o sólo una parte después de requerido por el acreedor que pretenda una ampliación, no concordando con dichos preceptos la cláusula de la escritura que establece un vencimiento automático y por la totalidad de la cantidad en tal supuesto; y subsidiariamente, por no adaptarse tampoco a lo establecido en el número 3.º del artículo 1.129 del Código Civil, pues no se prevé que sea el deudor el que pueda optar a la ampliación de garantía antes de producirse el vencimiento anticipado automático que prevé dicha cláusula. Y en su segunda parte, relativa a la expropiación forzosa porque ha de estarse al régimen legalmente previsto para dicho supuesto en los artículos 110.2 de la Ley Hipotecaria, 4 y 8 de la Ley de Expropiación Forzosa, 8.1 y 62.4 de su Reglamento que prevén la subrogación real de la indemnización y la intervención del acreedor en el procedimiento, y al 1129.3 del Código Civil que concede la posibilidad del deudor de ampliar o sustituir la garantía por otra nueva igualmente segura.

2.<sup>a</sup>) La causa de vencimiento anticipado comprendida fuera de la cláusula decimoséptima concretamente en el último párrafo de la cláusula de «garantía adicional» para el caso de fallecimiento, suspensión de pagos o quiebra de los fiadores —dejando aparte cuestiones terminológicas en cuanto a referencia a «fallecimiento» de personas jurídicas o «suspensión o quiebra» frente a la actual figura única de concurso— el pacto, inserto en el contexto de una cláusula de afianzamiento ajena al Registro, es contrario a la esencia de la hipoteca —arts. 104, 117 de la Ley Hipotecaria, y arts. 1857.1, 1876 del Código Civil— pues no se puede hacer depender el vencimiento de la hipoteca de circunstancias o personas ajenas a la propia obligación garantizada que no menoscaban en absoluto la garantía real constituida y que aquí, claramente, no afectan de ningún modo a la solvencia del deudor (Resoluciones de la DGRN de 27-1-86, 5-6-87, 15-7-98) pacto que es rechazado incluso cuando el concurso afecta al propio deudor (art. 61.3 de la Ley Concursal). Insubsanable.

Dichas cláusulas afectan a la duración de la hipoteca (Resolución de la DGRN de 10 de marzo de 2008), configuran los contornos del derecho real con trascendencia *erga omnes* (Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987) determinando la posibilidad de ejecución o realización de valor que es

inherente al derecho real de hipoteca (arts. 569.2.3, 569.1 del Libro V del Código Civil de Cataluña; 104, 126 de la Ley Hipotecaria, 7 de su Reglamento, 693 de la LEC), teniendo en cuenta que la ejecución directa por el Juez parte de los extremos recogidos en el asiento con los efectos de publicidad legalmente previstos (arts. 1, párrafo tercero, 32, 38 párrafo primero y 130 de la Ley Hipotecaria) en consonancia con el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (art. 145 de la Ley Hipotecaria, 1.857 del Código Civil y, por todas, STS de 29-9-2003) sin posibilidad de atender en el proceso el Juez a la oposición del deudor por nulidad de las mismas (art. 130 de la Ley Hipotecaria y 695 de la LEC). Se tiene también en cuenta que, en tal medida, son cláusulas de trascendencia real que han de ser calificadas por el Registrador (arts. 12, 16 y 65 LH, párrafo cuarto, tercer inciso de la exposición de motivos de la Ley 41/2007) por afectar a la duración de la hipoteca; que sobre el supuesto planteado en esta nota no hay pronunciamiento expreso de la DGRN; y la fundamentación de constitucionalidad del proceso de ejecución sumaria hipotecaria (reproducido en esencia en el vigente) dada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981.

## II. AFECTANTES A OTROS EXTREMOS

1.<sup>a</sup>) El penúltimo párrafo de la estipulación duodécima sobre la facultad reconocida a la Caja acreedora en caso de adjudicación o remate de descontar los importes que se expresan, por no ser susceptibles de convenio previo las normas procesales establecidas para la ejecución en las que no se prevé tal descuento, concretamente los artículos 654 y 672 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando excluidas del juego de la autonomía de la voluntad. Insubsanable. 2.<sup>a</sup>) El párrafo segundo de la estipulación decimotava sobre segundas copias con fuerza ejecutiva ya que, como señaló la Resolución de 20 de mayo de 1987, la atribución de eficacia ejecutiva a la segunda copia requiere que su expedición haya sido consentida por todos los afectados y entre ellos está el tercer poseedor que haya de soportar la ejecución. Insubsanable.

III. Por lo demás, a efectos puramente informativos —para que no existan dudas de lo inscrito y no inscrito— se hace constar que tampoco accederán al Registro, atendido su objeto, los apoderamientos y autorizaciones del segundo párrafo de la 17.<sup>a</sup> h) y último párrafo de la misma 17.<sup>a</sup> desde «asimismo» hasta el final, la estipulación decimotava en cuanto a sus párrafos primero y tercero y la estipulación vigésima hasta el final, por no ser ni de trascendencia real ni financieras ni de vencimiento anticipado careciendo de toda relevancia en el desenvolvimiento del derecho real de hipoteca —Resoluciones de 19 de abril de 2006 y 28 de enero de 2001—.

En virtud de los anteriores Hechos y Fundamentos Jurídicos,  
Acuerdo:

Primero. Denegar la inscripción del documento en cuanto a los pactos expresados.

Segundo. Notificar la presente calificación...

Recursos. Órganos: Contra la precedente calificación negativa parcial puede interponerse recurso... Falset, a 15 de abril de 2008. La Registradora de la Propiedad, Ana Allende AGUIRRE MENDI».

## II

La calificación fue notificada por correo certificado con aviso de recibo al Notario autorizante de la escritura el 28 de abril de 2008.

Dicho Notario, el 13 de mayo de 2008, mediante escrito que causó entrada en el Registro el día siguiente, interpuso recurso contra la calificación con base, entre otras consideraciones, en los fundamentos de derecho que a continuación se detallan:

### I. CAMBIO DE PARADIGMA HIPOTECARIO

1. Los antecedentes. La funcionaria calificadora pretende una interpretación sesgada de los artículos 12 y 130 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, dirigida a retener, dentro del ámbito de su función calificadora, la potestad para decidir sobre la contrariedad a derecho de las cláusulas de un préstamo hipotecario.

Olvida con ello que la reforma ha supuesto un cambio total del paradigma registral de la hipoteca, y que en el nuevo modelo el Registrador nada tiene que decir sobre las cuestiones atinentes a la legalidad, pero tampoco respecto de cualquier otra de significado material, fuera de la exigua comprobación de aquellos elementos de naturaleza «real», que la misma ley le tasa. Para percatarse de la enormidad del cambio es necesario reparar brevemente en la situación precedente que se ha querido superar.

Desde hace tiempo esta Dirección General viene insistiendo en la consideración unitaria de la hipoteca con el crédito garantizado, y al hacerlo destaca cómo «junto al contenido típico del derecho de hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes a cargo del deudor e hipotecante y correlativas facultades en favor del acreedor, con pretensión de constituir una situación jurídica de naturaleza real, que reclama la inscripción en su totalidad» (en lugar de muchas, Resolución de 20-5-87). Pero después se admitían restricciones sobre la base de una tajante separación entre «obligacional» y «real», pues —según dice dicho Centro— se llegaría a la desnaturalización de esto último si todo lo pactado gozara de acceso tabular. Aunque esto no era muy exacto, pues la naturaleza del convenio no muda sólo por quedar intabulado, entonces se tropezaba con el obstáculo no menor de la «claridad y precisión» de los derechos reales que el Registro publica, lo que finalmente también imponía la purga.

Esta Dirección General, al ejercer dicho control (que como necesario antecedente también permite a los Registradores) ha evitado, en términos generales, las declaraciones de invalidez y muy singularmente ha rehusado el escrutinio directo del carácter abusivo de los pactos con arreglo a la normativa de consumidores o la de condiciones generales de la contratación, por entender que éste no es un control que compete a dichos funcionarios, sino en exclusiva a los Jueces (vid. Resoluciones de 10-10-1991, 1-6-1992, 04-06-1992, 6-7-1992, y entre las más recientes la de 19-4-2006). Lo habitual ha sido que la calificación y el posterior recurso se centraran en si la cláusula tenía eficacia meramente personal u obligacional, sin entrar en otras disquisiciones, sin prejuzgar sus efectos civiles o su validez *inter partes* (cfr. Resoluciones de 4-11-1968, 5-6-1987 y 16-7-1996). Dando un paso más, la Resolución de 2-10-06 delimitó los tres únicos criterios que el Registrador puede tomar en con-

sideración: el posible carácter obligacional de la cláusula sin trascendencia real; la contravención de la legislación hipotecaria; y la coincidencia con supuestos ya examinados por dicho Centro Directivo. De todos modos, como han destacado determinados autores, no se puede tomar como fundamento del rechazo la falta de un atributo (trascendencia real —esto es, eficacia frente a terceros—), que justamente se quiere lograr con la misma inscripción negada. Por ello, en realidad el Centro Directivo lo que lleva a cabo es un control —encubierto— sobre el carácter abusivo de la obligación y sobre su incidencia en la consistencia de la garantía, lo que claramente queda fuera de su competencia, pues no le puede corresponder una potestad de la que antes ha privado a los Registradores. En el recurso se discute sobre el acierto de la calificación (art. 326.1 de la Ley Hipotecaria) y, como es lógico, sólo en el ámbito competencial de quien la emite.

El resultado final de esta comprensión ha sido un exceso de anecdotismo, que ha tenido que ir discriminando en cada caso la pretendida naturaleza real u obligacional del pacto, sin resultar fácil el alumbramiento de criterios más amplios generadores de uniformidad y, con ello, de seguridad (ejemplo del carácter especialmente prolífico del ámbito de las causas de vencimiento anticipado son las Resoluciones de 8-11-1993, 23-10-1987, 26-10-1987, 22-3-2001, 3-9-2005, 22-7-1996 y 26-10-1987; pero la accesibilidad registral se ha extendido a numerosas obligaciones del deudor con relación a la finca hipotecada (vid. Resoluciones de 3-9-2005, 28-1-1998, 29-1-1998, 30-1-1998 y 2-2-1998).

En la práctica ha ocasionado una notoria disparidad de criterios calificadores y la dificultad de predecir el sentido final de la inscripción.

El debate sobre la naturaleza real u obligacional de los pactos ha sido siempre un falso debate, pues todo es obligacional y surte efectos entre las partes al margen de la publicidad registral, aunque precisamente por esos mismos efectos que va a producir, el tercero se verá afectado, pero lo es por la ejecución de una garantía que ya sabía existente, junto con sus límites de responsabilidad y duración.

Tampoco cabía entender que aquella depuración era una labor previa a la verdadera calificación que se pudiera llevar a cabo sin motivar la exclusión de esos contenidos que, según el personal criterio del Registrador, se reputaban exclusivamente obligacionales del préstamo (y así se reprocha a la funcionaria ante la cual se interpone este recurso en la Resolución de 7 de febrero de 2008).

Este resultado también era perturbador en la práctica, pues, por razón de que el artículo 130 de la Ley Hipotecaria limitaba la ejecución directa sobre los bienes hipotecados a «los extremos contenidos en el asiento respectivo», terminó por no saberse muy bien cuándo, cómo y contra quién debía reclamarse, de modo que se entendió que la cláusula de vencimiento anticipado no inscrita podrá hacerse valer, quizá, en una ejecución ordinaria y, en cualquier caso, en un proceso de declaración, pero no en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, y ello aunque la ejecución se siguiera exclusivamente contra el mismo deudor.

El sentimiento de insatisfacción llevó al legislador a la actual reforma. En la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 deja muy claro lo que persigue con la reforma de los artículos antes citados: «precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa». Ya no se trata de que la

Dirección General de los Registros y del Notariado imponga la uniformidad por la vía de «sentar» una doctrina casuística.

2. La tramitación parlamentaria revela que se quiso evitar toda suerte de control material del Registrador sobre la legalidad de las cláusulas. Así, según el artículo 12 de la Ley Hipotecaria propuesto en el Proyecto de Ley: «en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas. En el Registro de la Propiedad sólo podrán inscribirse las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipotecas previstas expresamente por la Ley». Para la Exposición de Motivos del proyecto era claro lo que se perseguía: «las demás cláusulas del contrato de préstamo, crédito o cualquier otra obligación garantizada con hipoteca no serán inscribibles, salvo que la Ley dispusiera otra cosa». Varias enmiendas fueron presentadas en el Congreso sobre el artículo 12 de la Ley Hipotecaria y en alguna de ellas se propuso una vuelta al sistema del borrador de anteproyecto mediante la transcripción completa de las cláusulas, «en tanto no sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas», inciso este último que fue suprimido en el texto definitivamente aprobado.

3. La interpretación de esta Dirección General. El nuevo artículo 12 de la Ley Hipotecaria ya ha sido objeto de interpretación por esta Dirección General (Resolución de 24 de marzo de 2008, entre otras muchas) en unos términos que a la funcionaria no le está permitido desconocer, dado el carácter vinculante de la doctrina de dicho Centro Directivo. Tal interpretación permite llegar a las siguientes conclusiones:

- a) El ámbito de control material del Registrador coincide en los supuestos de ambos párrafos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, y queda circunscrito a las cláusulas de trascendencia real.
- b) La propia ley tasa cuáles son esas cláusulas de trascendencia real (las del párrafo primero), sin que le esté permitido al Registrador ensanchar el ámbito que tan rigurosamente se le acota; como mucho, y sólo por razón de una exigencia expresa, que el legislador ha olvidado armonizar, podría entenderse que siempre es inscribible el pacto del artículo 693.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- c) Respecto de cualesquiera otras cláusulas, carece de sentido debatir sobre su naturaleza real u obligacional. Si es una hipoteca de las del primer párrafo, porque no se recogerán en el asiento (salvo lo dicho sobre el art. 693.1), y si es de las del segundo párrafo, porque se recogerán todas, sin excepción; en palabras de la Resolución antes citada, se hacen constar, «aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación». La razón por la cual en este segundo caso sí que hay traslado al asiento, debe buscarse en el singular régimen de la subrogación activa de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, al objeto de permitir que el nuevo acreedor tome un conocimiento íntegro del negocio que subroga, y por idéntica razón el trasvase ha de ser completo, sin recortes por la calificación.
- d) El posicionamiento más importante de esta Dirección General es el referido a la «nueva» naturaleza de la publicidad registral; dice la Resolución antes citada: «lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos

de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007, en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación». A partir de ahora, la constancia en el asiento de —por ejemplo— las causas de vencimiento anticipado, sólo cumple una función de publicidad noticia, de simple información (lo dicho antes respecto del acreedor subrogante), pero esto no significa que vayan a quedar sin producir el efecto que persiguen.

Simplemente ocurre que la anticipación de la exigibilidad es un efecto entre partes, que repercute sobre el tercero sólo por razón de que el incumplimiento prematuro del deudor dará lugar a la ejecución de la garantía, pero ésta es una circunstancia con la que ha de contar el tercero por el mero hecho de saber que hay una hipoteca.

- e) Esta misma Dirección General pone de manifiesto que —también— para las entidades del mercado hipotecario, hay una modalidad de hipoteca con extrañamiento completo del clausulado financiero: la nueva hipoteca de máximo del artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria, respecto de la cual, según la Resolución citada, «la voluntad flexibilizadora de la Ley 41/2007 ha sido aún mayor, pues respecto de éstas dicha norma delimita aún más la calificación registral en cuanto a las obligaciones que garantiza, pues bastará que la escritura pública incluya su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas». La hipoteca ha ganado en autonomía frente a la obligación u obligaciones garantizadas, sobre las que pasa a «flotar» convertida en rango, pero, por otro lado, los negocios nutridores de aquéllas, y más concretamente sus pactos ajenos al Registro de la Propiedad, pasan a configurar en exclusiva las condiciones financieras de unas obligaciones que, sólo como saldo final líquido garantizado, serán objeto de posible reclamación en su día, siempre dentro de los límites de responsabilidad y plazo que el Registro publique.
- f) Como mucho retiene el Registrador la modesta tarea de separar lo financiero de lo estrictamente documental, pues aquellas cláusulas que sólo responden a exigencias de redacción del instrumento público, sin formar parte de su contenido negocial y financiero, deben quedar ausentes del Registro (aunque tampoco pasa nada si, en la duda, o por error, se transcriben). También conservaría la facultad de aparcas fuera del Registro ciertas cláusulas sobre obligaciones accesorias que sólo afectan al deudor (pago de ciertos gastos, designación de gestor), o las que solemnecen autorizaciones o apoderamientos conferidos por aquél, pues en este punto el Registro carece de cualquier asomo de eficacia, y en ningún caso cabe entender que los terceros también apoderan o consienten, sólo por constar en el asiento el conferido en su día por el deudor.

A la vista de todo lo anterior, el nuevo artículo 130 de la Ley Hipotecaria necesariamente ha de ser reinterpretedado a la luz de una norma sustantiva que ha restringido de manera tan drástica las cláusulas de trascendencia real «calificables». De hecho, será necesario hacerlo en los términos del proyecto, que claramente basculaba hacia el lado del título, pues al final la solución de aquél para la constancia —mejor, su falta— de las cláusulas en el Registro también se ha impuesto, aunque no para todas las hipotecas. Resultaría inadmisibles que por razón de la distinta condición subjetiva del acreedor se quebrantara la uniformidad del régimen procesal de ejecución sobre el bien hipotecado, por ello los «extremos» contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento necesariamente han de ser los mismos en una y en otra hipótesis, y ese mínimo común múltiplo se restringe a las cláusulas de trascendencia real que han sido dispuestas por la ley en idénticos términos para ambos párrafos. A partir de aquí ya se verá la utilidad de las restantes cláusulas, sin que el hecho de estar recogidas o ausentes del asiento, y dado que esto no confiere una superior validez o eficacia (al contrario, sólo «publicidad con efectos mera noticia»), pueda suponer discriminación procesal alguna entre los acreedores.

También habrá de ser interpretado correctamente el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, en su proclama de que la novación del contrato primitivo no surtirá efecto contra tercero, «como no se haga constar en el Registro por medio de una nota marginal». Si las condiciones financieras de unos préstamos ya no van a figurar en el Registro, y las de otros lo harán sólo como publicidad «noticia», es claro que la modificación de esas mismas condiciones, cuando no incida sobre los aspectos definidores básicos de la garantía —y ya sabemos cuáles son para la ley—, surtirá los efectos correspondientes con independencia de su constancia registral, pues sólo se trata de la eficacia propia del negocio.

4. El sentido literal del precepto. La Registradora pretende seguir calificando lo que en la actualidad expresamente se le ha vetado. Si, hasta la reforma, los Registradores solían negar solamente el carácter real de los pactos sometidos a su severo escrutinio, y de este modo dejarlos fuera del Registro, ahora se trata de imputarles la misma trascendencia real que en el pasado se les negaba, y con esta excusa entrar a pronunciarse sobre su validez. Pero esto supone un salto cualitativo y un claro entrometimiento en el ámbito del control judicial, pues el Registrador no puede hacer ese tipo de pronunciamientos, que sólo competen a un Juez.

Además, con su razonamiento, la Registradora desconoce el sentido literal de las palabras empleadas en el precepto. La duración de la hipoteca viene claramente fijada en la escritura de nuestro caso (324 meses).

Obviamente un pacto de vencimiento anticipado afecta a la duración, pero no lo es en términos tan relevantes para el tercero. Buena prueba de ello la tenemos en el nuevo artículo 4 de la Ley 2/1994, que exige la aceptación por los titulares de derechos inscritos de rango posterior, «para la ampliación del plazo del préstamo», pero no para la modificación de aquellas condiciones financieras que se refieran a las causas de vencimiento anticipado. La eficacia del pacto es entre las partes del negocio, y sólo de forma refleja se verá aquejado el tercero cuando, finalmente, el deudor incumpla la obligación prematadamente exigible, y sobre cuya garantía aquél ha recibido la información precisa a través del Registro. La información necesaria para calibrar su posición y mensurar el riesgo que le toca asumir por razón de la prioridad, estrictamente ceñida al «mínimo común múltiplo» de los dos párrafos del artícu-



lo 12 de la Ley Hipotecaria. Por eso, después de haber hablado en el párrafo primero de dicho artículo de la «duración» como cláusula de relieve real, el siguiente párrafo principia diciendo: «las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras... se harán constar». El legislador claramente ha separado una —duración— de las otras —vencimiento anticipado—, y lo que la ley ha separado, que no se empeñe la funcionaria calificadora en unirlo de nuevo.

## II. LA OPOSICIÓN EN LA EJECUCIÓN

El argumento más efectista empleado por dicha funcionaria en su calificación es el alusivo a la hipotética situación de indefensión del ejecutado, privado de oponer en la ejecución especial la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado cuestionada. De entrada, conviene reparar en la petición de principio en la que incurre. Como el deudor está impedido en ese singular proceso de ejecución, en lugar de preguntarse sobre el proceso judicial en que sí podría hacerlo, opta por auto-atribuirse ella misma la susodicha facultad, sin que nadie se lo pida. Al atacar la validez de las cláusulas se está realizando una actividad que por su radicalidad exige una valoración exhaustiva de las circunstancias del caso, lo que claramente corresponde a otras instancias. Frente a esto no puede argumentarse que, por la vía de la impugnación de la Resolución de esta Dirección General —incluso, directamente sin ella—, también se llega al control judicial, pues, problemas de legitimación aparte, lo que se discute en el juicio verbal es si el Registrador puede hacerlo, sólo con los medios de que dispone, sin que haya contienda entre las partes, y a los exclusivos efectos de su inscripción, lo cual es muy distinto (cfr. sentencia de la Audiencia Provincial —AP— de Valencia —Sección 11.ª— de 16 de mayo de 2007, que acota con extrema pulcritud el ámbito del recurso judicial del art. 328 de la Ley Hipotecaria).

Por lo que se refiere a la objeción estrictamente procesal puesta por la funcionaria calificadora, está por ver la eficacia de todas esas causas transcritas —ahora, mejor que inscritas—. En opinión de muy reputados autores, como la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo ha dispuesto la posibilidad de vencimiento anticipado en el caso de impago, pero no para las demás causas que puedan establecerse en el título, aunque se inscriban, tan sólo podrán alegarse en el procedimiento declarativo ordinario, pero nunca en el de ejecución especial sobre el bien hipotecado. Pero lo importante es que antes como ahora, con o sin calificación, la decisión última es cosa del Juez, y si en el pasado no había indefensión, no se ve por qué ha de haberla ahora.

Por otro lado, dando por supuesto que la ejecución hipotecaria da lugar a un proceso de ejecución, aunque con especialidades, tampoco cabe desconocer que ante otra rotunda limitación de los motivos de oposición en aquel tipo de proceso, los Tribunales han ensanchado el ámbito de respuesta cuando se ve involucrada una especial normativa protectora. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.ª), de 27 de enero de 2005: «si como consecuencia de esta normativa, de carácter tuitivo, el contrato que constituye el título que se pretende ejecutar merece una sanción de nulidad radical y absoluta, sea total o de alguna o algunas de sus cláusulas, ese mismo carácter protector de los consumidores y la existencia de un vicio tan grave como es el de nulidad, derivado de una norma imperativa, no es admisible que quede al



margen del proceso de ejecución, pues de lo contrario se estarían restringiendo los efectos y finalidades de la citada normativa. Esta es la línea seguida por numerosas Audiencias, como son, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.<sup>a</sup> en sentencia de 16-12-2002; la Audiencia Provincial de Córdoba, en auto de 25-11-2002; y la de Barcelona en sentencia de 14-11-01». En relación a esto, téngase en cuenta lo proclamado por la sentencia del Tribunal Constitucional —STC— número 14/1992, de 10 de febrero, según la cual, respecto de los diversos preceptos de la Ley 26/1984, se trata de «...normas jurídicas cuyos mandatos deben informar la actuación judicial y pueden ser alegados por las partes en todo tipo de procesos, incluidos los juicios ejecutivos. Ello significa que en estos procesos ejecutivos los jueces habrán de dictar sentencia, bien denegando el remate de los bienes embargados, bien anulando el juicio en los supuestos previstos por la Ley... casos éstos que pueden llevar igualmente a denegar el despacho de la ejecución si son apreciados por el Juez en el control ex officio». Vid. también, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona —Sección 1.<sup>a</sup>— de 21-7-2000.

Cuando se trata de cláusulas abusivas o de condiciones generales de la contratación, la transcripción del clausulado financiero en el Registro de la Propiedad en nada limita las posibilidades de respuesta del consumidor/ adherente mediante el ejercicio de la correspondiente acción individual de nulidad, cuya sentencia, merced a la modulación de efectos de los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, habrá de provocar sólo la nulidad parcial del contrato, con expurgo de la cláusula anulada, y siempre con el *in dubio* interpretativo a su favor. Incluso, preventivamente cabe una limitada intervención del Registrador, pero en los términos que así se han previsto en la ley (del art. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y que de su necesaria coordinación con el actual artículo 12 de la Ley Hipotecaria resulta que el Registrador sí que podrá —*rectius*, deberá— evitar la inscripción: cuando el contrato incluya una cláusula declarada nula por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Pero éste no es el fundamento invocado por la Registradora en su nota de calificación.

La situación del deudor no es, por tanto, tan desesperada como la funcionaria calificadora nos quiere hacer creer. Mecanismos de reacción hay por su congruo cauce que sólo puede ser el judicial. Aunque se admita a efectos argumentativos que el ejecutado realmente estuviera por completo inerte ante una retahíla de cláusulas inscritas de forma tan —para la funcionaria— indiscriminada, nada de especial habría en ello, pues cosas mucho peores pueden ocurrir en la ejecución hipotecaria. No se alcanza a ver por qué la ejecución fundada en una causa de vencimiento anticipado, que no haya recibido la bendición previa del Registrador, ha de ser peor que la seguida sin posibilidad alguna de poner en cuestión la concurrencia misma del supuesto de hecho determinante del vencimiento, por mucho que la causa hubiera sido calificada favorablemente por aquél (lo grave es que se haya sostenido —por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de enero de 1999— que en el proceso de ejecución especial no puede alegarse por el ejecutado alguna causa por la que pudiera ser negado, impugnado o discutido ese vencimiento ni tan siquiera podría alegarlo en el procedimiento cuya iniciación se insta, sino que habría de hacerlo en el juicio declarativo posterior correspondiente).

Todavía peor es que la posibilidad de oponer la misma extinción de la obligación garantizada venga fuertemente limitada (el art. 695.1 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil sólo admite la escritura pública de carta de pago, lo que para algún autor supone desconocer la realidad y puede seguirse sosteniendo que en el proceso especial de ejecución hipotecaria el derecho accesorio de hipoteca se ha convertido en un derecho autónomo, privándose al deudor de cualquier alegación relativa a la obligación. Por ello, atendida la sentencia del Tribunal Constitucional 110/1993, de 25 de marzo, puede seguir repitiéndose después de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que se sigue produciendo la vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española).

Ante esta sumariidad tan expeditiva de la ejecución hipotecaria, la vía para salvar su constitucionalidad ha sido la del recurso al declarativo posterior (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 69/1995, de 9 de mayo, así como la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, luego reiterada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 64/1985, 8/1991, 6/1992, 217/1993, 21/1995). Pues bien, esto que vale en general para el proceso de ejecución mismo, también habrá de servir para las causas de vencimiento anticipado que se hayan hecho constar en el Registro de la Propiedad, a despecho de la opinión del Registrador. Queda a los interesados la opción de contender entre sí en el juicio que corresponda sobre la nulidad del título, y de asegurar la efectividad de la sentencia en la forma prevista en el artículo 698.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En resumen, para su tutela el deudor no necesita al Registrador, o mejor, no lo necesita en términos muy distintos a como ocurre con otras circunstancias igual de graves —o peores— que son posibles en la ejecución de la hipoteca. Precisamente, porque el legislador ha sido por fin consciente de ello, se ha cambiado el paradigma hipotecario en los términos que se han visto.

### III. LA PRETENDIDA ILEGALIDAD DE LAS CLÁUSULAS INDEBIDAMENTE CALIFICADAS POR LA REGISTRADORA

Debe rechazarse el contenido de su sedicente calificación. No existe la contrariedad que denuncia, o, al menos, no existe en términos que desde su limitada función le sea dable apreciar.

Además, dado que el procedimiento registral no es un contradictorio, la interpretación por parte del funcionario de las cláusulas contractuales debe ajustarse a los cánones hermenéuticos al uso. En particular no le está permitido prescindir de viejo aforismo de DECIO: *interpretatio fien debet semper ut actus valeat*, y que tiene plasmación positiva en nuestro sistema de Derecho Privado en el artículo 1.284 del Código Civil al disponer: «si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos» (cfr. las Resoluciones, entre muchas, de 25 de julio de 1998, 28 y 30 de abril de 2005, 26 de septiembre y 27 de noviembre de 2006).

La eventual aplicación desviada del pacto habrá de ser corregida por los Tribunales, pero no le corresponde al Registrador imaginar el futuro como base para el ejercicio de su función en el presente (*iudicium non potest esse super futuro*). Y mucho menos quedan amparadas aquellas desviaciones por el dato añadido de la constancia tabular de un pacto polisémico, como si la legitimación del Registro equivaliera a una patente de corso para todas las interpretaciones posibles, incluidas las que se hagan *contra legem*. Cuando el conflicto surja, el Tribunal las desdeñará, poco más, y esto es mucho menos costoso que la pauperización de la autonomía contractual.

1. EN CUANTO AFECTANTES AL PLAZO

A) *La comprendida en la letra h) de la estipulación decimoséptima*

a) En su primera parte referida al incendio o deterioro

a') El artículo 5 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario: Este precepto ya no dice lo que la funcionaria pretende; el artículo 2.3 de la Ley 41/2007 ha dado nueva redacción al artículo 5 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, y no contempla esa hipótesis de desmerecimiento. De todos modos, aunque aceptáramos su vigencia, deben tenerse en cuenta algunas ideas:

Que dicha ley regula determinados aspectos de la hipoteca inmobiliaria que garantiza los préstamos que sirvan de cobertura a las emisiones de bonos y cédulas; no es, por tanto, una norma aplicable a toda hipoteca concedida por estas entidades, sino sólo cuando vayan a servir de cobertura a las emisiones de bonos y cédulas, acontecimiento futuro que la Registradora ahora no debe dar por seguro.

En la medida que la cláusula busca el reforzamiento de la garantía para la futura titulización, no hay motivo para excluir *a priori* la libertad de pacto.

En cualquier caso, la falta de previsión de la facultad conferida al deudor tampoco supone su elusión; la regla contractual es susceptible de integración mediante la aplicación directa de la norma legal, pues ésta no ha sido excluida de forma expresa; ante una previsión incompleta, procede la aplicación —cuando corresponda, por el Juez en caso de conflicto del art. 1.258 del Código Civil—, que permite integrar el contenido del contrato con las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a «la buena fe, al uso y a la ley»; en suma, el principio de normalidad de nuestra jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 26-10-95), expresado en el viejo brocardo *taciti et expressi in contra citibus est eadem virtus*.

b') El artículo 1.129 del Código Civil: Este precepto sólo contempla los supuestos legales de vencimiento anticipado, pero no excluye el pacto entre las partes. En concreto, por lo que se refiere a la posible ampliación de la garantía a instancia del deudor (aunque la norma sólo alude a la sustitución de la garantía por otra nueva), se ha de tener en cuenta que ésta va a exigir la conformidad de las partes o, en su defecto, la del Juez, pues el acreedor no está obligado a aceptar cualquier ofrecimiento que le haga el deudor, sino sólo cuando las nuevas sean igualmente seguras. Es razonable que las partes quieran establecer convencionalmente nuevos supuestos de vencimiento anticipado, o regular de modo distinto la forma en que hayan de operar los previstos. Ante ello, tampoco hay motivos para que en el Registro se ponga en duda la validez de una cláusula que sólo quiere evitar una ulterior demora por razón de la intervención judicial y asegurar así la automaticidad del vencimiento, en los términos que voluntariamente convengan ambas partes. Si la pretendida renuncia a una opción que la ley contempla para otros supuestos (los de vencimiento legal, que no convencional) supone un desequilibrio prestacional invalidable con arreglo a la normativa consumerista o de cláusulas predispuestas, es algo que sólo un Juez puede valorar, salvo sentencia inscrita para ese predisponente en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación en los términos antes indicados (dato que no resulta de la calificación ahora impugnada).

c) No se argumenta con el artículo 205 del Código Comercio, que no se cita en la nota de calificación, aunque valdrían los razonamientos anteriores.

b) En su segunda parte relativa a la expropiación forzosa

Ninguno de los preceptos que cita la funcionaria calificadora impide que la expropiación forzosa se configure convencionalmente como causa de vencimiento anticipado. De hecho, los preceptos que cita dicha funcionaria se refieren a otros temas (el art. 110.2 de la Ley Hipotecaria regula la extensión objetiva de la hipoteca a las indemnizaciones percibidas, con una regla especial para su continuación como prenda en caso de hacerse efectiva la indemnización antes del vencimiento de la obligación asegurada, dándose la circunstancia de que el mismo precepto admite el acuerdo entre los interesados, sin que se vislumbren razones para negarlo con carácter previo, de modo que se considere vencida la hipoteca en caso de consumarse la expropiación forzosa, en el sentido de recibir el dinero de la expropiación el acreedor hipotecario en la parte que le corresponda, en lugar de continuar como prenda de crédito; los artículos 4 y 8 de la Ley de Expropiación Forzosa, y artículos 8.1 y 62.4 de su Reglamento, se refieren a las personas con las que han de seguirse las diligencias, a la extinción de las cargas o a la consignación del precio, pero no se alcanza a ver en qué se oponen a que las partes convengan el vencimiento de la obligación garantizada, precisamente por extinción previa de la hipoteca; y respecto del artículo 1.129.3 del Código Civil vale lo dicho anteriormente).

B) *Último párrafo de la cláusula de «garantía adicional»*

a) Cuestiones terminológicas: por seguir con DECID: *grammatica falsa non vitiat instrumentum*, o también *instrumentum in dubio interpretatur ut in eo mala grammatica non contineatur*, de todos modos los escrúpulos de la funcionaria llegan tarde, pues el Notario autorizante ya advierte en la escritura sobre la terminología equivalente en la vigente legislación concursal.

b) El concurso del fiador: La solvencia del deudor y la integridad de la garantía: la valoración de la solvencia del deudor, teniendo en cuenta el conjunto de las garantías ofrecidas para una misma obligación, así reales, como personales, es asunto de los contratantes, y si el acreedor ha considerado que el respaldo añadido del fiador es esencial, bien puede entender que el concurso de éste supone una disminución de la garantía suficiente para justificar el vencimiento anticipado de la obligación. Las partes son libres de darle a otras formas de garantías la importancia que crean conveniente. Máxime en un supuesto como el presente, de hipoteca a promotor, en el que la garantía personal cubre el periodo de tiempo de mayor exposición al riesgo por parte de la entidad de crédito.

Artículo 61.3 de la Ley Concursal: sólo por razón de su naturaleza, algunos ya discuten que este precepto sea aplicable al contrato préstamo, dada la naturaleza real de éste, mientras la norma parece referirse a contratos con obligaciones recíprocas. En cualquier caso, es un precepto que sólo se entiende desde la óptica del concurso, pues se trata de no privar al concursado de la posibilidad de ejecutar un contrato que podría incrementar el grado de satis-

facción de los acreedores o que podría ser indispensable para la conservación de la empresa. Es evidente que cuando el concurso se refiere al fiador, y no al deudor, nada de eso tiene sentido, pues lo que no hay es concurso al que referir el contrato *pendente executione*, de ahí que el precepto ni sea directamente aplicable, ni admita un argumento como el de la funcionaria, en el sentido de que si se prohíbe para uno, también lo ha de ser para el otro.

2. Afectantes a otros extremos: Respecto de estas dos cláusulas, lo que ahora se recurre no es tanto el hecho en sí de la inscripción, pues podemos aceptar que permanezcan fuera del Registro por las mismas razones que las cláusulas del grupo siguiente, sino la circunstancia de que la funcionaria se haya permitido valorar su legalidad, anatematizándolas con el estigma de la insubsanabilidad.

A) El penúltimo párrafo de la estipulación duodécima: no estamos ante un pacto sobre las costas, que en todo caso sería irrelevante por carecer de fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional, sino sobre gastos extrajudiciales ocasionados por el pago que, según el artículo 1.168 del Código Civil, «serán a cuenta del deudor» (para su distinción, vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 13.<sup>a</sup>— de 11-5-2005), y que en lo fundamental se refiere a un impuesto del cual es sujeto pasivo el transmitente. No sólo eso, es que el adquirente puede tener la condición de sujeto pasivo sustituto del contribuyente si se diera el caso de que el transmitente sea una persona física no residente en España (art. 106 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), hipótesis que no hay razón para excluir al tratarse de una hipoteca de promotor en la que todavía se desconoce la identidad de los futuros adquirentes. Para este supuesto, el artículo 36 de la Ley General Tributaria señala que el sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas, pero en relación al anterior régimen del impuesto, cuando la sustitución era la regla, el mismo Tribunal Supremo ya señaló para el caso de una ejecución hipotecaria que el adjudicatario «pudo y debió prever la posibilidad de que la liquidación del impuesto se le girase a él» (sentencia del Tribunal Supremo —Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 2.<sup>a</sup>— de 26-2-1992). De nuevo, estamos ante un pacto que, sobre no condicionar la decisión posterior del Juez, sólo recoge una previsión razonable, y estrictamente ajustada a la legalidad material, sobre liquidación de gastos —que no de costas—. Su constancia registral es irrelevante, pero a la Registradora no le corresponde condenarlo.

B) El párrafo segundo de la estipulación decimoctava: en relación con las copias, cabe destacar algunas singularidades que resultan del texto de la cláusula, y en las que no parece haber reparado la funcionaria:

a) La copia a que se hace referencia en el párrafo anterior de la cláusula no se dice que tenga carácter ejecutivo y se pide que sea expedida a favor del prestatario; si la funcionaria hubiera prestado atención al concurra de la copia, habría visto que se emite «sin carácter ejecutivo» [mayúsculas en el original] y a instancia de la deudora. La nueva reglamentación notarial ya no vincula el carácter ejecutivo de las copias al orden de su expedición, sino al carácter con que lo hayan sido.

b) En el párrafo segundo —el pretendidamente defectuoso— se hace referencia a la copia que «pueda solicitar el Banco» —aunque se trata de una Caja de Ahorro—, y dado que la primera lo ha sido para el deudor y sin

carácter ejecutivo, el pacto admite dos posibles interpretaciones: El deudor presta su consentimiento a que el Banco obtenga para sí una copia (segunda en general, pero primera para ese interesado) con carácter ejecutivo, aunque dicho consentimiento resultaría innecesario, pues es claro que de todas maneras puede hacerlo.

El deudor autoriza que el Banco solicite para el mismo deudor una copia, que será segunda en orden para ese interesado, pero la primera con eficacia ejecutiva, y por ello no sometida al régimen del artículo 517.2.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su caso. No se ve dónde está el problema.

Al margen de esto, y aunque se pretendiera la obtención de segundas copias ejecutivas, no hay razón para excluir la posibilidad del pacto, ya que la misma Ley de Enjuiciamiento Civil admite en su actual redacción que la expedición tenga lugar «con la conformidad de todas las partes» (además, algún autor ha afirmado que deberá librarse cuando se haga uso de tal poder, sin perjuicio de que tal cláusula pudiera ser considerada abusiva por los tribunales —no por el Registrador—; y otros autores no ven reparos, aunque consideran conveniente «causalizar» la ejecutividad, es decir, «expresar que se basa en el pacto contenido en la propia escritura»).

En cuanto al obstáculo del tercer poseedor (por cierto, hay Resoluciones posteriores a la citada por la Registradora en su nota, así la de 2-9-05), ésta es una eventualidad hipotética, por sí sola, no impeditiva del pacto, y en todo caso lo será de su efectividad en el momento de pedir la copia, pero ha de ser el Notario responsable del protocolo quien valore entonces las circunstancias del caso para decidir si la entrega, y la funcionaria no es quién para sospechar que aquél vaya a poner menos celo que ella en el ejercicio de su función.

Pero lo importante es que esta cláusula, como todas las que han sido examinadas, admite una interpretación *secundum legem* que en caso de duda —si es que alguien la tiene— debe prevalecer. Eso no quita que la constancia registral de la cláusula sea por completo irrelevante, ya que no tiene carácter financiero, ni puede implicar por razón de la legitimación registral una futura conformidad tácita del tercero a la expedición de la copia. Pero si se transcribe en el asiento, tampoco pasa nada, pues su eficacia es la misma dentro o fuera del Registro.

3. Otras cláusulas: La Registradora excluye, finalmente, una serie de cláusulas «por no ser de trascendencia real ni financieras ni de vencimiento anticipado careciendo de toda relevancia en el desenvolvimiento del Derecho real de hipoteca». De este argumento ya hemos visto que resulta por completo inane el de la trascendencia real, al ser una circunstancia que ya no le compete controlar. Distinto es el de la falta de significado financiero, pues es claro que las cláusulas de orden puramente documental no acceden al Registro. Pero esto es una cosa, y otra por completo distinta que en la configuración de los pactos financieros las partes dejen de ser soberanas, sin que la funcionaria pueda machetearlos para inscribir *ad gustum*. Sobre todo, puestos a parapetarnos tras el socorrido tercero, porque en el futuro otra entidad de crédito que esté dispuesta a subrogar el préstamo de conformidad con la Ley 2/1994 querrá conocer el contenido de esas cláusulas en su integridad (función informativa, o de publicidad noticia del Registro). Repasemos cada una de ellas:

A) Segundo párrafo de la 17.<sup>a</sup> h): sobre este apoderamiento, dos cuestiones:

Como poder, aunque se inscriba, es claro que la inscripción carece de fuerza alguna legitimante y será necesario, en su momento, acompañar la copia de la escritura donde conste.

Pero en la escritura aparece integrado en una previsión de vencimiento anticipado y en relación a la misma fija —además— el destino de los fondos; forma así un todo con el párrafo anterior que debe inscribirse en su conjunto.

B) Último párrafo de la misma 17.<sup>a</sup>: en esencia vale lo dicho para el caso anterior, aunque con un dato añadido. El pacto recoge lo que la doctrina llama sistema de «cuenta única», con una autorización expresa adicional para la realización de valores. Muy probablemente en su ausencia la entidad bancaria también podría compensar los saldos deudores y acreedores de un mismo titular, conforme a las normas del Código Civil que regulan la compensación. En este sentido la cláusula no incurre en la práctica viciosa de hacerlo extensible a supuestos de cotitularidad o de disponibilidad compartida. Estrictamente se refiere a los importes en otras cuentas abiertas «a su favor» —del prestatario— o valores «depositados por el prestatario». Este supuesto, al desgajarlo en el Registro de la cláusula donde las partes han querido insertarlo, se provoca un problema de interpretación. Si está en la cláusula 17.<sup>a</sup> dedicada al vencimiento anticipado, es para dejar muy claro que sólo procederán esos cargos o esas realizaciones cuando se trate de hacer efectivo el importe total de la deuda, por razón de ese vencimiento antes de tiempo, nunca para las cuotas aisladas; integra, por tanto, un previsión financiera claramente enlazada con el resto de la cláusula.

C) Párrafos primero y tercero de la estipulación decimoctava: nada que objetar, aunque sorprende que siendo éste su criterio para esos dos párrafos, no se haya resistido a la tentación de calificar como «insubsanable» el segundo, cuando podía haber aplicado el mismo criterio.

D) Estipulación vigésima: conforme dado su relieve estrictamente procesal.

Dicho esto, sólo llamar la atención sobre otros pactos que, debemos suponer por el silencio de la Registradora en su nota y para ser coherente, sí que ha inscrito: El aval («garantía adicional»), del cual sólo habría quedado descolgado el último párrafo; por tanto, se han inscrito también: el consentimiento anticipado de los fiadores a las futuras modificaciones y la relevación de la notificación de falta de pago); y la cláusula de protección de datos, en la que, por cierto, también hay prestación de consentimiento expreso.

4. Por último: una valoración realista: Después de haber repasado detenidamente la calificación de la funcionaria, y muy singularmente los extremos relativos a las causas de vencimiento anticipado, vale la pena preguntarse por la trascendencia efectiva de todo esto, y resulta bastante descorazonador descubrir que muy poca. Algún autor termina por reconocer que «en la práctica, las cláusulas de vencimiento anticipado tienen muy escasa utilidad, pues en muy pocos casos la hipoteca se ejecuta por una causa distinta de la falta de pago». No obstante, se han revelado idóneas para que los Registradores de la Propiedad encontraran en la inscripción de las hipotecas una oportunidad para demostrar sus amplios conocimientos; pero al final ha terminado por resultar nociva para el buen funcionamiento del mismo sistema hipotecario. Por ello el legislador ha hecho tábula rasa y redefinido completamente su papel. Pues bien, la calificación que ahora se recurre sólo es un intento por mantener un último vestigio de dicha función.



IV. Se interpone el presente recurso ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado por razón de competencia territorial, toda vez que la cita en la nota de calificación de los artículos 569.2.3 y 569.1 del Libro V del Código Civil de Cataluña carece de la más mínima relación con la cuestión debatida en este recurso.

### III

Mediante escrito con fecha de 22 de mayo de 2008, la Registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 28 del mismo mes).

#### *Fundamentos de Derecho*

Vistos los artículos 1, 2, 9, 12, 18, 19.bis, 27, 32, 38, 65, 98, 104, 114, 126, 130, 145, 146, 153, 153.bis, 253 y 258 de la Ley Hipotecaria; 1.129, 1.255, 1.256, 1.281, 1.283, 1.284, 1.285, 1.286 y 1.857 del Código Civil; 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; artículos 83, 84 y 85 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; 538.4, 551, 559, 569 y 681 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 4, 7, 51.6.ª, 219, 220 y 353 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, 26 de diciembre de 1990, 18 de enero y 17 de marzo de 1994, 14 de enero de 1991, 18 de noviembre de 2005, 2 y 19 de enero y 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 20 y 21 de marzo, 1 y 2 de abril, 10 de mayo, 4 y 27 de junio, 16 de julio, 20 de septiembre y 14 de noviembre de 1996, 14 de enero de 1997, 20, 21 y 28 de enero de 1998, 13 de febrero de 2004, 2 y 3 de septiembre de 2005, 19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008, entre otras.

1. En el supuesto al que se refiere este recurso, la Registradora inscribe una hipoteca en garantía de un préstamo concedido por una Entidad de crédito pero con exclusión de determinadas cláusulas o pactos, por las razones que expresa en su calificación.

2. En primer lugar, según expresa la Registradora en el apartado I de los Fundamentos de Derecho de dicha calificación, no se han hecho constar determinadas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo porque, a juicio de la funcionaria calificadora, son contrarias a las normas que detalla en la nota objeto de impugnación. Y respecto de tales cláusulas alega los siguientes argumentos: «Dichas cláusulas afectan a la duración de la hipoteca (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 2008), configuran los contornos del derecho real con trascendencia *erga omnes* (Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987) determinando la posibilidad de ejecución o realización de valor que es inherente al derecho real de hipoteca (arts. 569.2.3, 569.1 del Libro V del Código Civil de Cataluña, 104, 126 de la Ley Hipotecaria, 7 de su Reglamento, 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), teniendo en cuenta que la ejecución directa por el Juez parte de los extremos recogidos en el asiento con los efectos de publicidad legalmente previstos (arts. 1, párrafo tercero, 32, 38 párrafo primero, y 130 de la Ley



Hipotecaria) en consonancia con el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (art. 145 de la Ley Hipotecaria, 1.857 del Código Civil y, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 29-9-2003) sin posibilidad de atender en el proceso el Juez a la oposición del deudor por nulidad de las mismas (130 de la Ley Hipotecaria y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Se tiene también en cuenta que, en tal medida, son cláusulas de trascendencia real que han de ser calificadas por el Registrador (arts. 12, 16 y 65 de la Ley Hipotecaria, párrafo cuarto del tercer inciso de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007) por afectar a la duración de la hipoteca; que sobre el supuesto planteado en esta nota no hay pronunciamiento expreso de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y la fundamentación de constitucionalidad del proceso de ejecución sumaria hipotecaria (reproducido en esencia en el vigente) dada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981».

3. Esta primera cuestión debe resolverse atendiendo al ámbito propio de la función calificadora del Registrador y al contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, conforme a los artículos 18 y 12 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ya entendió en su Resolución de 19 de abril de 2006, conforme al texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria entonces vigente (según criterio reiterado por otras posteriores que se citan en los «Vistos» de la presente, en especial las de 5 y 6 de mayo de 2008) que, por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como *prius* lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter obligacional y quedan vedadas a su calificación.

En concreto, se afirmaba en dicha Resolución que la calificación que debe efectuar el Registrador, «como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico-real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad».

Consecuentemente, sobre las estipulaciones que carezcan de trascendencia real no recae, en puridad, verdadera calificación, sino más bien una previa actividad lógica de determinación para excluirlas de la actividad de control en que se ha de traducir (en el ámbito que le es propio) esa calificación en sentido estricto que ha de ejercer el Registrador, relativa a las cláusulas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria, que son las que únicamente deben inscribirse, siempre que sean conformes al ordenamiento jurídico. Así, esas estipulaciones de trascendencia meramente obligacional no sólo es que no se debían expresar, en ningún caso, en la inscripción, según la normativa entonces vigente (art. 51.6.º del Reglamento Hipotecario), sino que, precisamente por ello, no han de detallarse individualmente en la nota de calificación, pues más que existir algún defecto u obstáculo que impida su constancia registral, lo que ocurre es que no son susceptibles de inscripción.

No obstante, debe advertirse que dicho régimen ha sido en parte confirmado y en parte modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modificación de la Regulación del Mercado Hipotecario.

Esta Ley, incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del Registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 de la Ley Hipotecaria)—, porque así se deriva del ámbito objetivo de

la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 4 y sigs. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta —publicidad *erga omnes* de tales derechos reales inmobiliarios—, da nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria y establece que: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

Se distingue así entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título. Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del Registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 83 y 84 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de los cuales resulta, respectivamente, que se atribuye al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas; y se establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales), 9, 22 y 23 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria. Por otra parte, según el criterio reiterado por este Centro Directivo, el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006).

Tal es la doctrina mantenida igualmente por esta Dirección General en sus Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero, y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008 al señalar cómo «lo que sucede es que como excepción, y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007, en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el Registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la Ley Hipotecaria— hubieran sido calificadas favorablemente».

En el presente caso, la calificación registral impugnada se ha emitido una vez entrada en vigor la nueva norma, por lo que la Registradora debe limitarse

a calificar y, en su caso, a inscribir esas cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria relativas al importe del principal de la deuda, el de los intereses pactados, con expresión del importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando la obligación garantizada y su duración. En cambio, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada por la hipoteca debe proceder, no a su inscripción, sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas. Y, precisamente porque estas cláusulas no son susceptibles de calificación, tampoco puede la Registradora apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas.

Y es que, de nuevo, debe afirmarse que el Registrador, en su condición de funcionario público (art. 274 de la Ley Hipotecaria) no sólo no participa de naturaleza jurisdiccional alguna —lo que resulta obvio—, sino que además, y por ser funcionario público, le es de aplicación una norma básica de actuación de cualquier Administración Pública, esto es, que cualquier funcionario público debe limitar su actuación a la competencia conferida.

No por evidente debe recordársele a la funcionaria calificadora que como afirma el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia», de modo que aquel acto que proviene de funcionario material u objetivamente incompetente es, sin más, nulo de pleno derecho como declara el artículo 62.1.b) de la citada LRJPAC, cuando sostiene que «los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ...b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia».

En el caso de la competencia material atribuida a la funcionaria calificadora, como a continuación se expondrá extensamente, la misma viene delimitada por los artículos 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria, de modo que cualquier acto —calificación— que extravase el ámbito de tal competencia conferida es, sin necesidad de mayor análisis, nulo de pleno derecho por dictarse por órgano manifiestamente incompetente —en nuestro supuesto, la Registradora titular del Registro que califica el título—. Es más, siguiendo la regla clásica del Derecho Administrativo —vinculación positiva del órgano administrativo a la norma que le dota de competencia—, ese ámbito de actuación funcional sólo podrá verse alterado si una norma específica y de rango suficiente atribuye competencia al Registrador para extender su actuación a otros ámbitos, lo que no es el caso.

Así, se ha de advertir que tratándose del negocio jurídico denominado derecho real de hipoteca, esa delimitación de la competencia material atribuida al Registrador no sólo proviene del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino, esencialmente del artículo 12 de la misma norma, pues en un evidente ánimo de clarificación legislativa —posteriormente, se analizará la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007— y, derivado de la competencia material atribuida genéricamente al Registrador —se insiste, arts. 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria—, tal artículo 12 de la Ley Hipotecaria facilita al funcionario calificador la identificación de qué debe calificar y, en su caso, inscribir por tener ese carácter real y qué no debe calificar y, por tanto, sólo transcribir por carecer de ese carácter real. En suma, no sólo es que *per se* el Registrador ha de limitar su actuación al ámbito de la competencia conferida; es que, sin más, en el

supuesto del derecho real de hipoteca esa competencia se encuentra perfectamente delimitada sin posibilidad de extensión a materia que no tenga trascendencia jurídico-real inmobiliaria.

En efecto, el ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad está delimitado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; su extensión se limita sólo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título. En este sentido, la expresión de este precepto legal relativa a la calificación de «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», no significa la atribución al Registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan sólo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible. Por esa razón, lo que el Registrador hace cuando califica, es analizar uno de los posibles efectos del título —su inscribibilidad— y, por idéntica causa, la calificación del Registrador no extravasa el estricto ámbito registral y no extiende sus consecuencias al resto de los efectos de ese título en el ámbito negocial civil o mercantil. Lo expuesto queda corroborado por la misma Ley Hipotecaria que en su artículo 66 remite a los interesados que quieran «ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos» a los Tribunales de Justicia, ya que sólo a estos compete la decisión, a todos los efectos, de proclamar dicha validez o nulidad.

En suma, al Registrador le está vedado extender su calificación a extremos que carezcan de trascendencia jurídico-real inmobiliaria o que, aun no careciendo de ella, la Ley no le exija expresamente que califique. Y es que la valoración de tales extremos, por no ser inscribibles, es ajena a la responsabilidad del Registrador.

4. Frente al criterio de esta Dirección General expuesto en el precedente Fundamento de Derecho, pretende la Registradora valorar la validez de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo garantizado o la contradicción de las mismas con determinadas normas que considera imperativas; y para ello alega que tales cláusulas afectan a la duración de la hipoteca, configuran los contornos del derecho real con trascendencia *erga omnes* y determinan la posibilidad de ejecución de la hipoteca directamente sobre la finca hipotecada mediante el procedimiento judicial especial establecido en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de que en tal proceso el Juez atienda a la oposición del deudor por nulidad de las mismas.

Mas esta pretensión de la funcionaria calificadora no puede ser admitida.

En primer lugar, porque confunde los aspectos reales y los obligacionales del título presentado.

No es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al del crédito, sino que, a la inversa, es el trato registral de aquélla el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito, lo que, asimismo, armoniza con la concreción de la fuerza sustantiva de los pronunciamientos registrales a los derechos reales inscribibles (arts. 1, 2 y 38 de la Ley Hipotecaria).

Y es que no puede estimarse que toda cláusula que afecte a la duración de la misma obligación es derecho real (cfr. arts. 98 de la Ley Hipotecaria y 7, 9, 51.7.ª y 353 del Reglamento Hipotecario). Distinto tratamiento habría de darse a la cláusula que sujete a término el mismo derecho real de hipoteca; en cambio, la norma del artículo 1129.3.º del Código Civil —que establece causas

legales por las que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo— actúa en el ámbito obligacional, por lo que su modalización convencional —admisible con los límites establecidos en el art. 1.255 del mismo Código— no sale de dicho ámbito de los derechos personales.

La reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria introducida por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, tiene la finalidad de «precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa» (Apartado VII, párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de esta Ley). Al quedar legalmente fijado el contenido específico de la inscripción del derecho de hipoteca, con los extremos señalados en el párrafo primero del mencionado artículo 12 («importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»), son dichos extremos los que —según la valoración legal— importan a los terceros, y por ello son los pactos que afecten a tales circunstancias —en tanto que contenido propio del acto dispositivo— los que pueden ser objeto de calificación del Registrador con los límites antes expuestos. Por ello, serán objeto de inscripción los pactos que tengan por objeto directo ese derecho real de hipoteca: v.gr., estipulaciones sobre la responsabilidad hipotecaria por capital, intereses y gastos; también las que tienen por objeto la duración del mismo derecho real; mientras que las que se refieran al vencimiento anticipado de la obligación serán objeto de mera transcripción (salvo que de una norma legal resulte que hayan de ser inscritos —cfr. art. 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—), por más que el incumplimiento de tales obligaciones, en cuanto determina que la obligación asegurada por la hipoteca devenga exigible *inter partes*, pueda dar lugar a la efectividad de la hipoteca por incumplimiento de esa obligación, de suerte que es la ejecución de esta garantía real la que puede afectar a terceros, del mismo modo que les afectaría cuando la hipoteca despliega su eficacia por el incumplimiento de la obligación principal de pago garantizada con aquélla. En definitiva, la protección de los terceros queda asegurada por aquellos preceptos —entre otras normas— que exigen que conste registralmente la cuantía que les es oponible, bien de la obligación garantizada —identificada también por su duración máxima—, si su importe está ya determinado, o, en otro caso, su máximo (cfr. arts. 12 —del que resulta que se da distinto tratamiento a la duración de la obligación como elemento de identificación de la misma y a las causas de vencimiento anticipado—; 114, 146, 153 y 153.bis de la Ley Hipotecaria; 219 y 220 del Reglamento Hipotecario). Así, cabe concluir que la responsabilidad máxima hipotecaria, con identificación, en su caso, de la duración máxima de la obligación garantizada, determina el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y el hipotecante no deudor (cfr. la Resolución de 2 de enero de 1996).

Por otra parte, tampoco pueden ser atendidas las objeciones que la Registradora opone respecto del desenvolvimiento de la ejecución judicial de la hipoteca, pues se trata de una cuestión que, en todo caso, excede del ámbito de sus competencias. En efecto, tanto el despacho de la ejecución, sobre la base del título de crédito que reúna los requisitos legalmente exigidos y el respectivo asiento registral, conforme a los artículos 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 130 de la Ley Hipotecaria, como la valoración de las causas de oposición a la ejecución y de las garantías legales con que cuente el inte-

resado para defenderse contra una ejecución injustificada (cfr., entre otros, los arts. 695, 698, 538.4, 551 y 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) son cuestiones reservadas a los órganos jurisdiccionales competentes.

5. Las consideraciones que anteceden hacen innecesario el análisis de las diversas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo cuestionadas por la Registradora. No obstante, puede afirmarse, a mayor abundamiento, que todas deben ser interpretadas en su conjunto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto conforme a la ley (cfr. arts. 1.281, 1.283, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil), según sostiene el recurrente. Y, por otra parte, aun cuando hipotéticamente pudieran ser valoradas esas concretas cláusulas por la Registradora (lo que, según ha quedado expuesto, le está vedado según la normativa vigente), en ningún caso la ineficacia de las mismas podría afectar a la validez del acto dispositivo en sí mismo, es decir, al derecho real de hipoteca cuya inscripción tiene un contenido específico legalmente determinado.

6. Por lo que se refiere a las objeciones que respecto de otras cláusulas expresa la Registradora en el apartado II de los Fundamentos de Derecho de su calificación, en primer lugar rechaza la constancia registral del pacto, según el cual: «para el caso de que la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid llegue a adquirir la propiedad de la finca hipotecada, las partes contratantes convienen en que la entidad acreedora tendrá la facultad de descontar del precio del remate o adjudicación, el importe del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos o plusvalía y gastos e impuestos inherentes a la cancelación de la afección registral correspondiente, así como los de la carga que en este escritura se establece».

La Registradora alega, como base de su rechazo, el hecho de «no ser susceptibles de convenio previo las normas procesales establecidas para la ejecución en las que no se prevé tal descuento, concretamente los artículos 654 y 672 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando excluidas del juego de la autonomía de la voluntad».

Se trata éste de un pacto obligacional, que no es de vencimiento anticipado del préstamo ni financiero. No es uno de los conceptos (como los relativos a intereses ordinarios, de demora así como costas y gastos) que por convenio entre las partes se incluyen entre las obligaciones que son el objeto propio de la garantía constituida y que han sido asegurados con una hipoteca del tipo de las denominadas de seguridad. Por ello, no sólo es que la Registradora carezca de competencia para calificar el pacto ahora cuestionado, sino que ni siquiera debe transcribirlo conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según ha quedado expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

La misma consideración merecen no sólo las objeciones que expresa la Registradora respecto del pacto sobre expedición de copias de la escritura calificada (que, como ha reiterado este Centro Directivo, carece de trascendencia real —cfr., por todas, las Resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005—), sino las relativas a los extremos referidos en el apartado III de los Fundamentos de Derecho de la calificación. Con independencia de que, como apunta el recurrente, tales pactos pudieran ser interpretados *secundum legem*, lo cierto es que por su trascendencia meramente obligacional y su naturaleza ajena a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras no deberán transcribirse en el correspondiente asiento ni podrán ser incluidos en la calificación o nota de despacho de la Registradora (cfr. las Resoluciones de 7 de febrero, 10 de marzo y 6 de mayo de 2008).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación de la Registradora en los términos que resultan de los precedentes Fundamentos de Derecho.

Contra esta Resolución, los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 24 de julio de 2008.

La Directora General,  
Pilar BLANCO-MORALES LIMONES

## COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE JULIO DE 2008 (1)

### 1. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y SU CRÍTICA

La DGRN funda su argumentación contraria a la tesis de la Registradora, de que los Registradores deben calificar las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, en los siguientes postulados:

- a) El Registrador debe limitar su actuación al ámbito de la competencia conferida, que en su caso está delimitada a la materia que tenga trascendencia jurídico-real inmobiliaria (art. 18 de la LH). Por tanto, sólo puede calificar los actos, negocios jurídicos y las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, porque así se deriva del ámbito objetivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad, así como de los efectos de ésta —publicidad *erga omnes*— de tales derechos reales inmobiliarios.
- b) El nuevo artículo 12 de la LH distingue entre las cláusulas de trascendencia real recogidas en su párrafo 1.º, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas recogidas en el párrafo 2.º, que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción —con exclusivos efectos de publicidad como *mera noticia*— en los estrictos términos pactados.
- c) El conocimiento de la validez o nulidad de las cláusulas abusivas se halla reservado a los órganos de la jurisdicción competentes, entre los que no se encuentra el Registrador, que es un funcionario público que no participa de naturaleza jurisdiccional alguna y cuya actuación, al margen de la competencia material conferida, es nula de pleno derecho [art. 62.1.b) de la LRJPAC].

---

(1) Muchos de los argumentos de este comentario se han tomado, incluso literalmente, del informe al recurso gubernativo de la Registradora de Falset, Ana ALLENDE AGUIRRE MENDI, que es la autora de la nota de despacho recurrida y que han sido obviados por la DGRN, pese a su gran fundamentación.



- d) No es el régimen de la hipoteca, como derecho real, el que absorbe al del crédito, sino a la inversa, es decir, que es el *trato* registral de aquella el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito.
- e) No toda cláusula que afecte a la duración de la obligación garantizada es derecho real, y el artículo 12 da distinto tratamiento a la duración de la obligación y a las causas de vencimiento anticipado.
- f) La norma del artículo 1.129 del Código Civil, que establece las causas legales por las que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo, actúa en el ámbito obligacional, por lo que su modalización convencional, *admisible* con los límites del artículo 1.255 del Código Civil, no sale de dicho ámbito de los derechos personales.
- g) Las obligaciones cuyo incumplimiento produce el vencimiento de la obligación son objeto de mera transcripción, salvo que de una norma legal resulte que hayan de ser inscritos, porque no es la cláusula sino la ejecución de la garantía real, que es la hipoteca, la que puede afectar a terceros, del mismo modo que les afectaría cuando la hipoteca despliega su eficacia por el incumplimiento de la obligación principal de pago garantizada. La protección de los terceros queda garantizada con la fijación de la responsabilidad máxima hipotecaria y la duración máxima de la obligación que determinan el riesgo máximo que soporta el tercero.
- h) La circunstancia de que el despacho de ejecución deba efectuarse sobre extremos que consten en el asiento registral y las causas de oposición a la ejecución de los terceros son cuestiones reservadas a los órganos jurisdiccionales competentes.
- i) Aunque fueren ilegales las causas de vencimiento anticipado deben interpretarse en el sentido más favorable para que produzcan efectos conforme a la ley y en ningún caso su ineficacia podría afectar a la validez del derecho de hipoteca.

Todos estos fundamentos de derecho resultan ser medias verdades y, por tanto, rechazables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico realmente vigente. Sin perjuicio de su estudio más detallado en el siguiente apartado, *se puede contraargumentar lo siguiente:*

- a) El ámbito de la competencia de los Registradores de la Propiedad no está limitado exclusivamente a la materia que tenga trascendencia jurídico-real inmobiliaria, sino que en el ejercicio de esta función que les es propia, está sujeto al principio registral de legalidad que impide la inscripción de actos o cláusulas contrarios al ordenamiento jurídico y, además, como cualquier otro funcionario público, están sujetos a la ley (art. 103 de la CE), sin que para ello haga falta que lo establezca ninguna norma legal expresa.

Si hasta ahora no se ha aplicado el principio de legalidad a las estipulaciones meramente obligacionales o carentes de trascendencia real —financieras entre otras—, es porque las mismas no eran inscribibles ni constatables en el Registro de ninguna otra forma (arts. 98 de la LH y 51-6 de su Reglamento, entre otros), lo que hacía innecesario su análisis. Pero teniendo acceso al Registro, deben sujetarse a los principios generales del mismo y de la actuación de la Administración en general.



- b) El artículo 12-1 de la LH lo que hace, a semejanza del artículo 153.bis de la misma ley, es fijar el contenido mínimo del derecho real de hipoteca, es decir, que si el título inscribible no contiene dichos datos, no será inscribible.

El párrafo 2.º no introduce un sistema de transcripción con publicidad noticia porque la literalidad a la que alude no implica que se prescindiera de la calificación, ya que se trata de una mera forma de constancia registral —de las estipulaciones financieras legales— por la que se opta en la reforma, ni tampoco que se cambie el sistema de inscripción por el de transcripción porque la diferencia entre uno y otro no es de forma sino de efectos.

Por otra parte, el denominado efecto de publicidad —*mera noticia*— del Registro es sólo predicable respecto de situaciones especiales de las fincas que deriven de la ley —urbanísticas, del régimen de vivienda protegida, etc.—, y tienen como finalidad colaborar en su conocimiento público, pero tales situaciones generan sus efectos propios con independencia de su acceso a los libros registrales. Las situaciones jurídicas entre particulares que, aunque no se refieran estrictamente a la existencia o pertenencia de un derecho real, accedan al Registro, adquirirán una trascendencia frente a terceros derivada exclusivamente de su publicación tabular, no siendo, por tanto, objeto de *mera noticia*.

- c) En la nota de calificación no se alude en ningún momento al carácter abusivo de las cláusulas denegadas, sino a su condición de ser contrarias a normas imperativas o prohibitivas, que son categorías distintas, según viene reconocido en el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y para cuya apreciación registral no es necesario la previa declaración judicial, que la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios limita a las primeras.
- d) Ya se sabe que la hipoteca es accesoria de la obligación que garantiza, pero la cuestión planteada por la nota de calificación consiste en determinar, como parece ser realmente, si las cláusulas de vencimiento anticipado, en cuanto pueden provocar la ejecución de la misma, tienen trascendencia real al constituir o afectar a la facultad de realización del valor que es una de las facultades inherentes al derecho real de hipoteca.
- e) No se aprecia ese diferente trato en la Ley Hipotecaria entre la duración, que es el género y es cláusula financiera, y las cláusulas de vencimiento anticipado. La cuestión sigue siendo, como se expone en la letra anterior, si estas cláusulas configuran los contornos del derecho real de hipoteca en cuanto determinan la realización del valor en cambio de la finca, que es la esencia de la misma.
- f) La libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil tiene su límite en las normas imperativas o prohibitivas de las leyes; y las normas recogidas en el artículo 1.129 del Código Civil tienen, según la generalidad de la doctrina, carácter imperativo, al ser la única excepción admitida a los principios de *favor debitoris* y de «exigibilidad de las obligaciones a plazo solamente cuando el día llegue» (sentencias del TS de 6 de octubre de 1908, 13 de julio de 1994 y 27 de marzo de 1999).

Además, las modalizaciones que convencionalmente se efectúen respecto al citado artículo 1.129 del Código Civil, en cuanto que las entidades crediticias quieren hacer valer su incumplimiento, no sólo mediante el ejercicio de acciones personales, sino sobre todo mediante la utilización de las acciones reales ejecutivas, exceden del ámbito de los derechos personales.

- g) En realidad, aquí el argumento es el contrario al de la DGRN, si la Ley (art. 693 de la LEC), exige la inscripción para que afecte a los terceros el incumplimiento de la obligación principal de pago garantizada con la hipoteca, con más razón deberán estar inscritas las demás cláusulas que produzcan la ejecución de la hipoteca.

Por otra parte, la protección de los terceros no queda garantizada con la fijación de la responsabilidad máxima hipotecaria y la duración máxima de la obligación, porque con ellos no queda determinado el riesgo máximo que soporta el tercero, el cual se amplía si existen distintos supuestos de vencimiento de la obligación distintos del impago que le pueden afectar.

- h) Nadie duda que la apreciación de las circunstancias necesarias para que el despacho de ejecución pueda efectuarse y de las causas de oposición a dicha ejecución que puedan plantear los terceros, son cuestiones reservadas a la valoración de los órganos jurisdiccionales competentes en el procedimiento oportuno, pero la Registradora no ha aludido a dichas cuestiones como defectos, sino como argumentos probatorios del carácter real de las cláusulas de vencimiento anticipado y de la necesidad y legalidad de su previa calificación registral, y ello por la necesidad impuesta por la DGRN de expresar en la nota de despacho todos los argumentos de la denegación o suspensión de la práctica del asiento.
- i) Que la Registradora no ha manifestado que las cláusulas denegadas afecten a la validez del derecho de hipoteca, al contrario, ha inscrito la misma y se ha limitado a denegar la constatación registral de algunas cláusulas de vencimiento anticipado por ser contrarias a normas imperativas y, por tanto, no integrables por la Ley sin su previa denegación.

## 2. LA CALIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Estas estipulaciones se califican, según la nota de despacho recurrida, «porque tiene carácter real, dado que la cláusula de vencimiento anticipado afecta a la duración de la hipoteca (art. 12-1 de la LH) y configura los contornos del derecho real con trascendencia *erga omnes* (Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987), determinando la posibilidad de ejecución o realización de valor que es inherente al derecho real de hipoteca (arts. 104, 126 de la Ley Hipotecaria, 7 de su Reglamento y 693 de la LEC), y disfrutando de la eficacia *erga omnes* propia de los pactos de trascendencia real, teniendo en cuenta que la ejecución directa por el Juez parte de los extremos recogidos en el asiento (arts. 1-3, 32, 38-1 y 130 LH), teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (arts. 145 de la LH y 1.857 del CC y sentencia del TS de 29 de septiembre de 2003, entre otras), y sin que exista posibilidad de atender en el

proceso el juez a la oposición del deudor por nulidad de dichas cláusulas (arts. 130 de la LH y 695 de la LEC). Se tiene también en cuenta la fundamentación de la constitucional del proceso de ejecución directa hipotecaria dada por la sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de diciembre de 1981, en las garantías que proporciona el proceso registral».

Examinemos los aspectos fundamentales que se derivan de la cuestión que estudiamos, es decir, la calificación registral genérica de las cláusulas de vencimiento anticipado, dejando para un posterior trabajo la inscribibilidad de las concretas causas de vencimiento anticipado y las demás estipulaciones que se suspenden en la nota de calificación.

#### I. EL CARÁCTER REAL DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Las cláusulas de vencimiento anticipado de la obligación garantizada por la hipoteca se califican porque no cabe duda que todas ellas tienen, o persiguen tener, trascendencia real, al precipitar la ejecución de la hipoteca, incluso frente a terceros en su caso; estando, por tanto, sujetas a calificación registral en aplicación del artículo 12-2 de la Ley Hipotecaria, que lo reconoce expresamente en materia de hipotecas, y 16, 18 y 65 de la misma Ley con carácter general.

Este carácter real de las cláusulas de vencimiento anticipado ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en *sentencia de 27 de marzo de 1999*, al señalar que el pacto de vencimiento anticipado es equivalente a la cláusula que establece la facultad de resolución, y respecto de éstas el artículo 37 de la Ley Hipotecaria señala que «*las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley*», exceptuando sólo las que sean legales o se encuentren inscritas en el Registro de la Propiedad, lo que concuerda perfectamente con los principios de fe pública registral e inoponibilidad de lo no inscrito recogidos en los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, contraponiendo expresamente el citado artículo 37 en su último párrafo, al carácter real de las acciones resolutorias, rescisorias o revocatorias a las acciones personales.

Además, la citada sentencia de 1999 señala que «*las obligaciones a término sólo son exigibles cuando el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el artículo 1.129 del Código Civil establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca. Siempre que las deudas estén suficientemente garantizadas no serán exigibles hasta que el plazo venza. Y cuando se debilitan las garantías es cuando debe precipitarse el cumplimiento de la obligación para evitar posibles insolvencias del deudor*», reconociendo el carácter imperativo del citado artículo.

El carácter real de las cláusulas de vencimiento anticipado ha sido también proclamada expresamente por la DGRN desde siempre, en cuanto vienen a configurar los contornos o extensión del derecho real de hipoteca con trascendencia *erga omnes* (entre otras, las Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987, de 28, 29 y 30 de enero de 1998 y de 2 y 3 de septiembre de 2005) (2). La trascendencia real de actos o cláusulas viene dada, según el

---

(2) Dice la última de estas Resoluciones que «*cabe inscribir como causas de vencimiento anticipado no sólo el impago de aquellas obligaciones que, sin ser las garantizadas*

artículo 7 del RH, por constituir o afectar de alguna manera a las facultades inherentes a los derechos reales, y no cabe duda que, respecto de la hipoteca, una de ellas es la facultad de realización del valor o ejecución.

Las cláusulas de vencimiento anticipado, por tanto, no se contraponen a las cláusulas de naturaleza real, sino que formando parte de las mismas, por cuanto deben constar en el Registro para producir efectos respecto de terceros, una vez calificada su inscribibilidad en los términos que veremos, «*se harán constar en el Registro en los términos que resulten de la escritura de formalización*», es decir, literalmente y sin extractos, como resulta de una interpretación sistemática del párrafo 2.º del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, y como se corresponde con su carácter de cláusula resolutoria (art. 51-6 del Reglamento Hipotecario).

Ahora bien, no obstante esa constancia literal de las cláusulas de vencimiento anticipado, el carácter de la misma, en cuanto condición resolutoria, es el de inscripción, como expresamente viene recogido en el artículo 693, párrafos 1 y 2 de la LEC respecto del vencimiento prototípico del préstamo hipotecario, cual es la falta de pago de algunos de los plazos respectivos, bien para la ejecución respecto de la parte del crédito vencida y no pagada —«*siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro*»—, bien para la ejecución de la totalidad de lo adeudado —«*si este convenio constase inscrito en el Registro*»—. Y si en el supuesto normal y consustancial de vencimiento del préstamo hipotecario, el impago, la ejecución no es posible si no consta inscrito su pacto, con mayor razón deberán constar inscritos los demás supuestos de vencimiento anticipado, pues no es posible presumir su existencia.

No puede afirmarse, en consecuencia, que lo único que se inscribe en el asiento de hipoteca es el contenido del párrafo 1.º del citado artículo 12 porque, aparte de lo expuesto respecto de la cláusula de vencimiento por pago y las demás en general en cuanto condiciones resolutorias, se inscriben por disposición legal expresa, por ejemplo, el pacto del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados según los artículos 682 y 683 de la LEC, el del procedimiento ejecutivo extrajudicial de los artículos 129 de la LH y 234 de su Reglamento, o el derecho real de anticresis cuando se pacta como garantía complementaria (art. 2 de la LH).

Y es que en puridad, la inscripción del derecho real de hipoteca, en cuanto tal, comprende no sólo la responsabilidad hipotecaria (arts. 12-1 y 114 de la LH y concordantes), sino también la obligación principal garantizada con expresión de todo lo que determine la extensión del derecho real de hipoteca, dada la accesoriidad de ésta (arts. 12-1 de la LH y 51-6 de su Reglamento), su duración en cuanto determina la configuración de la hipoteca y que comprende el plazo y las cláusulas de vencimiento anticipado (arts. 12-1 de la LH y 51-6 de su Reglamento), los intereses remuneratorios, moratorios,

---

*con la hipoteca, suponen un riesgo de detrimento potencial del bien hipotecado, sino también, en general, otros supuestos que impliquen la disminución del valor de las garantías por causas objetivas (cfr. art. 1129.3.º del Código Civil). Y no puede mantenerse el rechazo a la inscripción de las estipulaciones por las que se impone a la parte deudora la obligación de dejar constancia de las edificaciones en la finca, la correspondiente concordancia del Registro de la Propiedad y del Catastro de la realidad física de la finca; de realizar en la finca reparaciones y actos de conservación; de notificar al acreedor las circunstancias perjudiciales a la propiedad. Frente a la alegación sobre su carácter obligacional debe advertirse que se prevé que el incumplimiento de dichas obligaciones faculta al acreedor para reclamar anticipadamente el crédito».*

las comisiones, gastos y las demás obligaciones contractuales cuando estuvieren garantizados expresamente con la hipoteca —en cuanto obligaciones accesorias garantizadas con hipoteca especial de máximo—, o constituyera su impago o incumplimiento condición resolutoria (arts. 12-1 de la LH y 51-6 de su Reglamento), las cláusulas de vencimiento anticipado en cuanto determinan la duración de la hipoteca y constituyen condiciones resolutorias (arts. 12-1, 37 de la LH y 51-6 de su Reglamento), los pactos de extensión de la hipoteca (art. 111 de la LH) y los pactos sobre procedimientos especiales de ejecución, con sus acuerdos sobre tasación, domicilio, fijación de cantidad adeudada, etc. (arts. 682 y 683 de la LEC, 129 y 153 de la LH y 234 de su Reglamento).

Como se ve, incluso muchas cláusulas financieras, en los términos de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, tienen contenido real —obligación garantizada, duración, intereses—, sobre todo si son objeto de garantía especial con la hipoteca, por lo que debe colegirse que respecto de las mismas la novedad consiste en que una vez calificadas, en los términos que veremos, las de trascendencia real, se harán constar en el Registro literalmente y no de forma circunstanciada, como dice el artículo 51-6 del RH, debiéndose hacer constar también literalmente aquellas otras financieras que pudieran no tener trascendencia real y sean también legales.

Así, el último párrafo del artículo 5 de la Ley 2/1994, de Subrogación de Préstamos Hipotecarios, no modificado dice que: «*No serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen*», lo que implica que las cláusulas que se modifican sí serán objeto de calificación registral. Y entre dichas cláusulas se encuentran las cláusulas financieras, pues se incluyen, según el nuevo artículo 4, «*la alteración del plazo, las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo*».

En definitiva, el artículo 12-1.º, nuevo de la LH, lo único que hace, al igual que también el nuevo artículo 153.bis, letra b), párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria respecto de la hipoteca flotante, es fijar el contenido mínimo del derecho real de hipoteca, es decir, una obligación garantizada que debe tener un plazo de duración y la responsabilidad hipotecaria con inclusión de los intereses si se pactaren; todos los demás tipos de cláusulas, ya sean reales o personales, aunque sea habitual su inclusión en los préstamos hipotecarios, no son obligatorios para la constitución de la hipoteca.

Esta novedad de la constancia literal de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado que sean inscribibles, tiene como finalidad fundamental, como se deduce de la tramitación parlamentaria e indica la Exposición de Motivos, «*lograr que los derechos reales sobre inmuebles queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídico-preventiva del Registro y disfruten de sus beneficios*», así como facilitar la ejecución hipotecaria, que como señala el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, sólo podrá ejercitarse «*como realización de una hipoteca inscrita y sobre la base de aquellos extremos... recogidos en el asiento respectivo*», al dar a conocer el contenido del íntegro préstamo hipotecario a los terceros adquirentes o acreedores, y evitar así la integración extrarregistral del título con los problemas que ello comportaría para dicha ejecución.

Efectivamente, los artículos 130 de la Ley Hipotecaria, 685 —números 2 y, especialmente, el 4— y 693 —números 1 y 2— de la LEC, y 6 de la Ley 2/1994, entre otros, demuestran claramente que los extremos consignados en la inscripción del derecho real de hipoteca producen unos claros efectos ejecutivos,

que es una de las manifestaciones más importantes de la trascendencia real o frente a terceros de los asientos registrales, y que, precisamente, lo fundamental, a efectos de la ejecución de la hipoteca, es lo que se recoja en los mismos. Es decir, que el contenido del asiento registral se erige como la base del proceso ejecutivo hipotecario, circunstancia necesaria hoy en día ante la evolución actual de los préstamos hipotecarios, que son objeto de sucesivas y numerosas novaciones y subrogaciones en la parte activa, lo que produce que sólo en el Registro consten todas las cláusulas que les son aplicables.

Además, aunque la calificación registral se limitará a los extremos del artículo 12-1 de la LH, por considerarse que sólo éstos gozan de trascendencia real, la calificación abarcaría la «duración» de la obligación garantizada, aspecto éste que comprende también, además del plazo, las cláusulas de vencimiento anticipado, pues por su propia finalidad pretenden su trascendencia real por cuanto buscan la ejecución anticipada de la hipoteca, afectando con ello a terceros. La fijación del plazo final puede anticiparse en virtud de las cláusulas de vencimiento anticipado, luego la misma naturaleza real tienen una y otra. De hecho, la propia DGRN ha identificado la duración con el vencimiento en diversas Resoluciones como las de 19, 22 y 24 de marzo de 2008.

Así, el artículo 5 de la Ley 2/1994 dice claramente que «*las nuevas condiciones de tipo de interés, del plazo o de ambos*» no surtirán efecto contra tercero si no se hacen constar en el Registro. Por tanto, las condiciones financieras, que son fundamentalmente las de tipo de interés y las de plazo, entre las cuales está el vencimiento anticipado del plazo, no surten efecto contra tercero si no se hacen constar en el Registro. Es decir, que el artículo 5 de la Ley de Subrogación y también el 144 de la LH más extensamente, no hacen más que aplicar a este caso lo dispuesto en general en los artículos 32 y 37 de la Ley Hipotecaria, pues las acciones resolutorias, como es la de vencimiento anticipado, producen efectos contra terceros si se inscriben, efectos que son fundamentalmente, como ya se ha expuesto, ejecutivos (art. 126 de la LH).

Si todo lo expuesto no fuera suficiente para demostrar el carácter real, y por tanto calificable, de las cláusulas de vencimiento anticipado, debe manifestarse que las entidades financieras suelen incluir en sus préstamos hipotecarios el pacto que las permite ejercitar las acciones de todo tipo, judicial y extrajudicial, de ejecución, para reclamar las cantidades adeudadas, tanto vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses incluso los de demora, gastos y costas procesales, en el caso de que se produzcan cualquiera de los motivos de resolución o vencimiento pactados.

Por tanto, cuando existan dichos pactos, las partes estarán manifestando su voluntad expresa de dar trascendencia real a las causas de resolución anticipada, por cuanto éstas determinan no sólo el vencimiento del préstamo frente al deudor, sino la de utilizar la acción ejecutiva, ordinaria o especial sobre los bienes hipotecados, es decir, la acción real hipotecaria, siendo la acción real la consecuencia de la trascendencia real. Por esta razón, no se puede practicar el asiento registral con los efectos que le atribuye la legislación hipotecaria (arts. 1.3.º, 37.1.º, 38.1.º y 130, entre otros), sin un control previo de legalidad o calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, sin que se pueda tampoco consignar en el asiento registral las mismas como cláusulas meramente obligacionales y sin efectos reales, pues ello iría en contra de la voluntad de las partes, sin que las propias partes soliciten expresamente que quieren que se transcriban como cláusulas obligacionales informativas.

II. EL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores calificarán, entre otros extremos de las escrituras públicas, «*la validez de los actos contenidos en las mismas*», validez que debe ser entendida de conformidad con el artículo 101 del Reglamento Hipotecario como «*limitada a los efectos de extender el asiento registral*», es decir, que el Registrador debe rechazar la inscripción de los negocios o cláusulas de los mismos que adolezcan de algún defecto que impida su inscripción, sin perjuicio de la validez civil de los mismos que compete a los Tribunales de Justicia.

Dentro del ámbito de esta calificación se comprende el rechazo a la inscripción de las cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas, pues su vulneración atentaría contra el principio de legalidad, según el cual sólo pueden acceder al Registro actos y cláusulas que sean conformes con el ordenamiento jurídico. Así no podrán acceder al Registro aquellas cláusulas que vulneren alguna norma jurídica, como por ejemplo, en relación con la hipoteca, el pacto comisorio contrario al artículo 1.879 del Código Civil, la renuncia a la cancelación parcial de la hipoteca distribuida prohibido por el artículo 124 de la LH, el pacto de no poder volver a hipotecar por no permitirlo el artículo 107-3 de la LH, las cláusulas que alteren el régimen legal de los procedimientos ejecutivos, etc.

Que la reforma de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no ha excluido la calificación registral de este tipo de cláusulas, lo prueba el hecho de que el artículo 84 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, aprobada casi simultáneamente, establece que «*los Registradores no inscribirán aquellos contratos o negocios en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*»; de donde se infiere claramente que no toda cláusula hipotecaria, aunque sea meramente obligacional, puede tener acceso al Registro.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, distingue perfectamente entre las cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas, en su primer párrafo y luego en el segundo párrafo, las abusivas; lo que implica que si las segundas para su no inscripción requieren una sentencia judicial expresa, dado su carácter ponderable —*las que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes*—, las primeras, dado su carácter objetivo —véanse los ejemplos anteriores— son directamente calificables por los Registradores en aplicación del citado principio de legalidad.

En congruencia con este criterio, el apartado VII de la Exposición de Motivos señala que el acceso al Registro de los préstamos hipotecarios y sus cláusulas debe tener lugar «*de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión y sus efectos*», y el requisito fundamental para la extensión de los asientos registrales, es la legalidad y la previa calificación registral (art. 18 de la LH) del negocio o de la cláusula cuya inscripción se pretende.

La expresión de la Exposición de Motivos de que «*otras medidas tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en*



*masa*», significa que deben incluirse en el asiento de inscripción todas aquellas cláusulas que influyan en la ejecución de la hipoteca —reales y financieras— íntegramente y sin extractos, pero no que deban inscribirse o reflejarse las contrarias a normas imperativas o prohibitivas. Y ello porque la no constatación en el Registro de actos o cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico, imperativas o prohibitivas en este caso, es tan consustancial al sistema registral, como el examen de la adecuación a la legalidad al redactarse las escrituras públicas al sistema notarial.

A este respecto debe recordarse que el deber de los Notarios de velar por la regularidad formal o material —o examinar la adecuación a la legalidad— de los negocios jurídicos en que intervengan se caracteriza, según las sentencias del TS de 20 de mayo y 7 de julio de 2008, en que, por regla general, habrá de autorizar la escritura, *«materializándose aquel deber en las correspondientes reservas y advertencias legales y en el deber de información a los intervinientes»* y que, por tanto, dicho examen notarial de la legalidad sólo puede dar lugar a que el notario excuse su ministerio *«en aquellos supuestos en que así esté establecido por una norma con rango de Ley»*.

Por el contrario, el deber del Registrador, *ex artículo 18 de la Ley Hipotecaria*, es impedir el acceso al Registro, como se viene repitiendo, de aquellos negocios o estipulaciones contrarios al ordenamiento jurídico o a los pronunciamientos registrales, salvo que excepcionalmente alguna Ley establezca expresamente lo contrario (ejemplo, art. 137 de la Ley Concursal, que es el único supuesto). El principio de autonomía de la voluntad contractual del artículo 1.255 del Código Civil, no puede alegarse en esta materia de los préstamos hipotecarios para justificar que todas sus cláusulas son válidas e inscribibles, pues dicho principio, según el propio artículo citado, tiene el límite de que los pactos y cláusulas convenidos no pueden ser contrarios a las leyes.

El artículo 12 de la Ley Hipotecaria, reformado, no tiene como finalidad modificar el ámbito de la calificación registral, ni eliminar la calificación, ni tiene tampoco la finalidad de modificar los efectos del asiento registral, pues todo ello se regula en preceptos distintos que no han sido objeto de modificación. El párrafo 1.º del artículo 12, como ya se ha expuesto, lo único que hace es fijar el contenido mínimo del derecho real de hipoteca, y el párrafo 2.º ratifica que el Registrador debe calificar las cláusulas de trascendencia real y constatar las financieras —sean o no reales— literalmente.

Pero esa constatación literal sólo tendrá lugar si esas cláusulas no son contrarias al ordenamiento jurídico, es decir, si han obtenido la calificación registral favorable a efectos de inscripción —no de transcripción—, porque la literalidad no implica que se prescinda de la calificación, ya que se trata de una mera forma de constancia registral por la que se opta en la reforma, ni tampoco que se cambie el sistema de inscripción por el de transcripción porque la diferencia entre uno y otro no es de forma sino de efectos.

En relación con esto, es importante referirse a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 24 de abril de 1997, que proclama que nuestro sistema registral no es de transcripción, sino de inscripción, y así dice, por ejemplo, el fundamento quinto que: *«En un sistema, no de transcripción, sino de inscripción como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos en virtud de los que se practican los asientos (...) agotan sus efectos (!) ante el Registro, al servir de base (!) para la calificación e inscripción. A partir de ese momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios (!) del Registro (...) (constitutivos, de presunción de exactitud, de publi-*



cidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.). Es cierto —continúa la sentencia— que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación parcial de los documentos presentados a registrar. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión de lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados (!) en el Registro, o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento (...). Aún en los (escasos) casos en que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, los efectos registrales los producen estos últimos, no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento (!). En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea reflejo del contenido de los documentos, la inscripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce efectos (...) autónomos».

También deben citarse, con respecto a los efectos de la inscripción, las sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, que fijan definitivamente los efectos sustantivos de legitimación y fe pública —amparo de la adquisición *a non domino*— de los artículos 1.473 del Código Civil, y 34 de la Ley Hipotecaria, destacando «la seguridad de la propiedad como la condición más esencial de todo sistema hipotecario, porque si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario» o, añadimos, los terceros poseedores y los rematantes.

En definitiva, una cosa es que, una vez hecha la calificación registral favorable, se consignen literalmente unas cláusulas, como ocurre con las condiciones resolutorias en general (de las que participan las cláusulas de vencimiento anticipado) conforme al artículo 51, regla 6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, y otra diferente que, por el mero hecho de consignar lo que es inscribible, teniendo en cuenta los términos de la inscripción, se diga que el sistema es de transcripción o que se trata de mera publicidad-noticia. No hay que olvidar que el sistema de inscripción no se refiere a la forma, sino a los efectos de la inscripción, que son inexistentes prácticamente en un sistema de transcripción dentro del Derecho Comparado, a diferencia de los sistemas de inscripción e incluso de encasillado, en que el asiento registral tiene efectos de legitimación, de fe pública, de inoponibilidad y de servir de base para la ejecución hipotecaria.

Además, volviendo a la finalidad del artículo 12 de la LH, es de señalar que el mismo se encuentra colocado sistemáticamente en el grupo de artículos, comprendido por los números 9 a 14, relativo a las circunstancias de las inscripciones, mientras que la calificación se encuentra regulada por los artículos 18 a 20; lo que permite concluir que la interpretación más lógica de su párrafo primero es que, como ya se ha expuesto, se limita a fijar el contenido mínimo del derecho real de hipoteca, y no a determinar el ámbito de la calificación registral de las hipotecas que será el señalado por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria con carácter general.

### III. LA NECESIDAD CONSTITUCIONAL DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Como ya se ha explicado anteriormente, las cláusulas de vencimiento anticipado de la obligación garantizada por la hipoteca tienen, o persiguen tener,

trascendencia real, al perseguirse con las mismas el precipitar la ejecución de la hipoteca, ya sea por el procedimiento ejecutivo hipotecario o por otro de los previstos en las leyes, incluso frente a terceros en su caso; y que según el artículo 130 de la Ley Hipotecaria sólo podrá ejercitarse la acción ejecutiva «*como realización de una hipoteca inscrita y sobre la base de aquellos extremos... recogidos en el asiento respectivo*», por lo que el asiento registral se constituye como la base fundamental del procedimiento de ejecución de hipoteca.

Pues bien, ese carácter fundamental para la ejecución hipotecaria de la inscripción registral deriva, en primer lugar, del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, pues no se han modificado ni el artículo 145 de la Ley Hipotecaria ni el 1.875 del Código Civil que lo proclaman (3). La inscripción da a la hipoteca la inherencia que se produce en los demás derechos reales por la posesión, pues la inscripción es lo que da carácter constitutivo al derecho real. Ahora bien, la inherencia es no sólo para los elementos identificadores del párrafo primero del artículo 12, sino para todas las cláusulas que afectan a la realización de valor, entre ellas como fundamentales las cláusulas de vencimiento anticipado.

En segundo lugar, ese carácter fundamental de la inscripción es consecuencia, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de diciembre de 1981, al reconocer la constitucionalidad de la ejecución sumaria de la hipoteca, del principio de legitimación registral recogido en los artículos 1.3.º y 38 de la Ley Hipotecaria, que se explican, a su vez, precisamente por el control de legalidad o calificación registral que efectúa el Registrador con el ámbito establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Efectivamente, dicha sentencia apreció la constitucionalidad del procedimiento de ejecución sumario de la hipoteca, con trámites rápidos y limitados medios de oposición, no sólo por la referencia a la posibilidad de acudir al juicio declarativo ordinario, sino especialmente porque existen garantías en la fase previa de inscripción de la hipoteca, en cuanto requiere no sólo la escritura pública sino también la inscripción con valor constitutivo conforme al artículo 145 de la Ley Hipotecaria, sin que puedan omitirse requisitos previstos en la legislación hipotecaria dentro del procedimiento registral.

Es decir, son los requisitos del procedimiento registral respecto a la inscripción de la hipoteca —en opinión de dicha sentencia— los que contribuyen especialmente en la fundamentación constitucional del procedimiento de ejecución sumario de la hipoteca. Entre los requisitos del procedimiento registral está la calificación registral como instrumento de control de la legalidad de los

---

(3) La sentencia de 29 de septiembre de 2003 dice que «*la doctrina científica ha remarcado la importancia del artículo 1.875 del Código Civil, poniendo de relieve que el negocio jurídico o acuerdo que crea la hipoteca es un "primer paso" en la constitución de la misma, pues la hipoteca no existe como derecho real en la vida jurídica hasta que deviene inscrito el negocio. Por ello, carece de fundamento distinguir entre una constitución inter partes y una efectividad erga omnes si al derecho real nos referimos. Frente a terceros, desde luego, no puede desplegar sus efectos jurídicos una hipoteca sin inscripción... En puridad, la titularidad de la propiedad de la cosa hipotecada por parte del hipotecante y su libre disposición sobre la misma no es divisible en el sentido de que baste tenerlos en el momento inicial de creación del negocio hipotecario, sino que es preciso mantenerlos y, más cualificadamente, que tales requisitos concurren al tiempo de la inscripción, esto es, cuando en realidad nace el derecho real de hipoteca*», lo que es también aplicable a sus estipulaciones, es decir, que «*frente a terceros, no pueden desplegar sus efectos de producir la ejecución de la hipoteca las cláusulas de vencimiento anticipado no inscritas*».

requisitos de la hipoteca y de la validez de los pactos, conforme a los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria. Y luego el asiento queda bajo la salvaguarda de los Tribunales conforme al artículo 1.3.º del Código Civil y el asiento se presume exacto y válido y determina la pertenencia del derecho real a favor del titular registral «*en la forma determinada por el asiento respectivo*», es decir, con todos sus pactos.

Consecuencia de ello es que el contenido del título que se recoge en el asiento sirve de base para el ejercicio de la ejecución directa y de las demás acciones ejecutivas con efectos *erga omnes* y con limitadísimas causas de oposición. Por tanto, todo el contenido financiero y también las causas de vencimiento anticipado, al ser parte del contenido del Registro, podrán hacerse valer en la ejecución sin posibilidad de oposición del deudor.

Así el artículo 698 de la LEC establece, para el procedimiento de ejecución directa, que «*Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo*», y respecto del procedimiento de ejecución extrajudicial, existe igualmente una limitación de causas de oposición a dicha ejecución según resulta del artículo 236.º) del Reglamento Hipotecario.

Por esta razón, no se puede prescindir de las garantías del procedimiento registral en el momento de inscribir la hipoteca, pues esa fase anterior a la de ejecución es la que da constitucionalidad al procedimiento de ejecución según la importante sentencia del Tribunal Constitucional ya citada y permite agilizar los trámites del mismo, requisito esencial de su eficacia, mediante la limitación de los supuestos de oposición. Es decir, que el Registrador debe calificar la legalidad de las causas de vencimiento anticipado, pues si no el interesado vería limitada su defensa ante dicha ilegalidad a un momento posterior a la subasta y pérdida de la finca, lo que le colocaría en una situación de indefensión.

Ante todo lo expuesto —carácter real de las cláusulas de vencimiento anticipado, principio de legalidad registral, fundamento de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria—, debe sentarse como conclusión, que no es posible afirmar que en los supuestos de vencimiento anticipado distintos del pago no se podrá utilizar el procedimiento de ejecución directa hipotecario, o que las modalizaciones que convencionalmente se efectúen respecto del artículo 1.129 (4) del Código Civil u otros artículos semejantes, en relación con dichas cláusulas de vencimiento anticipado, permanecen en el ámbito de los derechos personales; en cuanto que, además, son las propias entidades crediticias las que quieren hacer valer y así lo pactan, el incumplimiento de los supuestos recogidos en las mismas, no sólo mediante el ejercicio de acciones personales, sino, sobre todo, mediante la utilización de todas las acciones reales ejecutivas.

---

(4) Imperativas según las sentencias del TS de 6 de octubre de 1908, 13 de julio de 1994 y 27 de marzo de 1999.



ANÁLISIS CRÍTICO  
DE JURISPRUDENCIA



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

#### *ALTERACIÓN EN EL ORDEN DE LOS APELLIDOS: INEXISTENCIA DE ACUERDO ENTRE LOS PROGENITORES (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora contratada doctora  
Derecho Civil UCM*

#### I. INTRODUCCIÓN

De los antecedentes de hecho se desprende que hasta el momento el menor consta inscrito con los apellidos de la madre invertidos (2). El recurrente solicita se declare la filiación paterna del hijo de ambos, Benito, y que al amparo del artículo 755 de la LEC se comunique al Registro Civil, para que se proceda a inscribir el primer apellido del niño el del padre y el segundo el de la madre.

El Juez de primera instancia estimó en parte esta pretensión y tras referirse a que no plantea controversia alguna que el demandante es el padre del niño, entendió que el debate se centraba en la cuestión de los apellidos.

Así consideró que imponer la preferencia del apellido del varón sobre el de la mujer es discriminatorio y vulnera el artículo 14 CE, por lo que el artículo 194 RRC deviene inaplicable. A partir de esta premisa determinó que era preferible poner el primer apellido el de la madre, porque esto era más beneficioso para el menor, quien lleva actualmente los apellidos maternos y

---

(1) Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, sentencia de 21 de diciembre de 2007, recurso 406/2007. Ponente: BARDÓN MARTÍNEZ, Adela. Número de sentencia: 588/2007. Número de recurso: 406/2007. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, número 6995, Sección Jurisprudencia, 23 de julio de 2008, año XXIX, Editorial LA LEY.

(2) Ambos litigantes mantuvieron una relación de noviazgo y fruto de la misma nació, en fecha 29 de enero de 2005, un niño, cuando la madre tenía catorce años y al padre le faltaban dos días para cumplir los diecinueve años. El niño fue inscrito por la familia materna en el Registro Civil, como Benito, con los apellidos de la madre invertidos. Indica además que la relación entre los progenitores se rompió en un momento no posterior al mes de abril de 2005, habiéndose dictado por el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Vinaroz, y a petición de la madre, medidas relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos.

al convivir con la madre, consideró que era mejor que conserve como primer apellido el materno, que le resultaba más familiar, y por haber sido la madre la que desde su nacimiento ha criado al niño.

El recurso de apelación se basa en que el haber impuesto en primer lugar el apellido de la madre y en segundo lugar el del padre, contraviene el contenido del artículo 194 del Reglamento del Registro Civil, destacando que el actor siempre se ha ocupado de las necesidades de su hijo.

## II. EL ORDEN DE LOS APELLIDOS: REGULACIÓN

El orden de los apellidos fue objeto de reforma en el año 1999. Antes de proceder a mencionar las reglas actuales, vamos a recordar cuáles eran las anteriores:

- 1.<sup>a</sup> Si la filiación estaba determinada y tenía la naturaleza de matrimonial o adoptiva, el primer apellido era el primero del padre y el segundo apellido era el primero de la madre, unidos por la conjunción copulativa «y».
- 2.<sup>a</sup> Si la filiación tenía la naturaleza de extramatrimonial, la regla era idéntica que la precedente si estaban concretados el padre y la madre; si sólo lo estaba el padre, se imponían los dos apellidos de éste por el mismo orden; y si lo estaba sólo la madre, serían los apellidos de ésta igualmente por el mismo orden, pero a solicitud del hijo o de su representante legal en cualquier tiempo, se autorizaba la inversión del apellido materno, la cual no surtía efecto mientras no se inscribiera en el Registro Civil.
- 3.<sup>a</sup> El artículo 111 del Código Civil posibilitaba la ausencia del apellido del progenitor, salvo si el hijo lo solicitase, cuando aquél hubiera sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme, o cuando la filiación hubiera sido judicialmente determinada contra su oposición.
- 4.<sup>a</sup> Si la filiación no estaba determinada, el encargado del Registro Civil impondría unos apellidos al nacido en el momento de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.

La legislación actual ha variado estas reglas.

El artículo 194 RRC dispone, al efecto, que «si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera».

Este precepto ha sido redactado por el artículo único del *Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos* (3).

---

(3) La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, ha dado nueva redacción a los artículos 109 del Código Civil, y 54 y 55 de la Ley del Registro Civil en la materia relativa al nombre y apellidos y al orden de éstos. La Disposición Final de la misma Ley encomienda al Gobierno la modificación, en un plazo de tres meses, del Reglamento del Registro Civil en lo que resulte necesario para adecuarlo a lo previsto en dicha Ley.



En esta normativa se hace mención a que la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, ha dado una nueva redacción a los artículos 109 del Código Civil y a los artículos 54 y 55 (4) LRC en la materia relativa al nombre y apellidos y al orden de éstos, recordando que la Disposición Final de dicha ley encomendaba al Gobierno la modificación, en un plazo de tres meses, del Reglamento del Registro Civil en lo que resulte necesario para adecuarlo a lo previsto en esa Ley, y se añade: «la finalidad del presente Real Decreto es esencialmente la del cumplimiento estricto de ese mandato legal».

El artículo 109 del Código Civil, según la redacción dada por la citada Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos establece que «la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre, de común acuerdo, podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la Ley» (5).

Justificaba este cambio de normativa la Exposición de Motivos de esa Ley 40/1999, de 5 de noviembre, en que «La regulación existente en el Código Civil

---

Artículo Único. Los artículos del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que se relacionan a continuación, tendrán la siguiente redacción:

Artículo 194. Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera.

Artículo 198. La inversión de apellidos de los mayores de edad podrá formalizarse mediante simple declaración ante el encargado del Registro Civil del domicilio y no surte efecto mientras no se inscriba.

El mismo régimen rige para la regularización ortográfica de los apellidos para adecuarlos a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente. Cuando no fuere un hecho notorio, deberá acreditarse por los medios oportunos que el apellido pertenece a una lengua vernácula y su grafía exacta en este idioma.

Disposición Transitoria Única. Si en el momento de entrar en vigor la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, los padres tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo podrán, de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos. Si tales hijos menores de edad hubieran cumplido los doce años, la alteración del orden de sus apellidos requerirá su audiencia y aprobación en expediente registral de la competencia del Ministerio de Justicia.

(4) La vigente redacción del artículo 55 LRC indica que la filiación determina los apellidos; en los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos; dicho orden establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la de los posteriores nacimientos con idéntica filiación; asimismo, como se venía regulando, este precepto ratifica que, alcanzada la mayoría de edad, se podrá solicitar la alteración del orden de los apellidos; además, el mentado precepto expresa que el encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos, y que, a petición del interesado o de su representante legal, procederá a regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecuó a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente.

(5) «Tratándose de nacimientos acaecidos después de la entrada en vigor de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, la inversión de apellidos es una opción que se concede a los padres precisamente antes de la inscripción registral y si no se ejercita la opción, el primer apellido es el paterno y el segundo el materno (RDGRN de 17 de octubre de 2002).

y en la Ley del Registro Civil en materia de orden de inscripción de apellidos ha venido a establecer hasta el momento presente la regla general de que, determinando la filiación los apellidos, el orden de éstos será el paterno y materno; se reconoce también la posibilidad de modificar esta situación por el hijo una vez que haya alcanzado la mayoría de edad» (6).

Esta situación, que ya intentó ser cambiada con ocasión de la modificación del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, es la que se pretende modificar a la luz del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución y en atención a distintas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia. Baste recordar, en este punto, que el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979, prevé que los Estados signatarios tomen las medidas necesarias para hacer desaparecer toda disposición sexista en el derecho del nombre; que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, desde 1978, establece en la Resolución 78/37 la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sancionado, en la sentencia de 22 de febrero de 1994 en el caso *Brughartz C. Suisse*, las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos.

Es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres, de común acuerdo, decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, deba regir lo dispuesto en la Ley.

La sentencia de la Audiencia señala en su FJ 2.º que «resulta, en definitiva, que tanto la modificación del Código Civil como la del Reglamento del Registro Civil, tienen el mismo origen en la Ley 40/1999, que ha modificado el sistema existente en la cuestión de los apellidos de los hijos, de forma que sea menos discriminatorio para la mujer, pero si aún así con el sistema alcanzado considera el Juez de primer grado que dicha norma es discriminatoria y contraria a un precepto de la Constitución Española, lo que debe hacer conforme a lo establecido en el artículo 5-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al tratarse de una norma con rango de ley, de cuya validez depende el fallo no es dejar de aplicarla, ya que no se trata de un simple reglamento (art. 6 LOPJ), sino que debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica».

«Y esto es lo que no ha hecho el Juez de instancia, sin que pueda, por tanto, inaplicar un precepto que regula expresamente la cuestión debatida».

---

(6) «El interesado, que obtuvo por declaración en 1989 la inversión de sus apellidos, intenta ahora por estas actuaciones la desinversión de los mismos, de modo que otra vez el apellido paterno pase a primer lugar y el materno a segundo lugar. La facultad concedida a todo hijo mayor de edad para obtener la inversión de sus apellidos (arts. 109 CC y 198 RRC), por medio de su simple comparecencia ante el Registro Civil, se concede por el ordenamiento una sola vez, de tal modo que, una vez ejercitado, el derecho queda agotado y no cabe que, por una declaración posterior, el interesado, que iría además contra sus propios actos, pueda dejar sin efecto la inversión obtenida» (RDGRN de 25 de noviembre de 1994).

### III. RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN Y ORDEN DE LOS APELLIDOS

Es cierto, por otra parte, que en la sentencia objeto de análisis, el aquí demandado reconoció en el juicio, aunque de una forma un tanto confusa, que ellos habían hablado que si llegaban a hacer vida juntos, le pondrían los apellidos de ambos al niño, pero también añadió que fueron los padres de María Purificación los que fueron al Registro Civil y que él acudió al mismo cuando se enteró de cuáles eran los apellidos de su hijo.

Pero ninguna de estas conversaciones previas supone que el padre, una vez reconocida su filiación, no pueda solicitar que su hijo lleve sus apellidos, siendo el único acuerdo que permite la norma (7) (art. 109 del Código Civil) que ambos progenitores decidan el orden de transmisión de su primer apellido, pero en ningún caso que dichos apellidos sean los de la madre invertidos, supuesto permitido por el artículo 55 de la Ley del Registro Civil, únicamente en los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, que no es el caso (8).

---

(7) «Al estar determinada, por el momento, sólo la filiación materna no matrimonial son, en principio, los dos apellidos maternos los que deben constar en la inscripción de nacimiento (arts. 109 CC, 35 LRC y 198 RRC). Ahora bien, el juez encargado del Registro Civil tiene facultades para autorizar en expediente la conservación por el hijo de los apellidos que viniera usando» (RDGRN de 8 de noviembre de 2001).

(8) Vid. la STS de 10 de julio de 2001: «Los artículos 109 del Código Civil y 53 de la Ley de Registro Civil establecían, y siguen estableciéndolo después de las modificaciones legislativas que se han sido sucediendo, las normas de identificación personal a través del nombre y de los apellidos, apellidos que serán, independientemente del orden con que se establezcan según las últimas posibilidades legales, el paterno y el materno como consecuencia inexorable de la filiación reconocida, conseguida o impuesta al constituir —según establecieron las sentencias de 1 de junio de 1908 y 26 de febrero de 1919— un patrimonio moral del hijo y un patrimonio de la familia en que éste queda integrado. Esta norma, que constituye principio imperativo, encuentra enfrentamiento en el no menos imperativo artículo 111 del Código Civil, desde supuestos verdaderamente graves —cuando la generación del hijo obedezca a relaciones que hayan determinado la condena penal del progenitor o cuando la filiación haya tenido que ser impuesta judicialmente pese a la oposición del progenitor— que entrañan medidas muy graves, sin duda justificadas por la exclusión de la esencia, de lo que ha de ser la relación paterno-filial que aquellos presupuestos reprobables encierran, pero que han de ser valoradas, en sí y en sus orígenes, con la delicadeza que su especial naturaleza requiere. Es el segundo de esos supuestos el único que aquí se suscita y respecto a él ha de tenerse presente que el precepto establece una exclusión del ejercicio de la patria potestad y de la participación de derechos hasta que se ponga término a la medida a instancia del menor o de su representante y en la forma que el artículo establece además de conceder una liberación, respecto a la obligación legal de los apellidos, salvo petición contraria también del hijo en ello interesado o de su representante legal. Pero esta liberación así impuesta sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentados seriamente. En el supuesto aquí contemplado, ambas sentencias de instancia —la de la segunda reproduce las valoraciones de la primera sobre la situación de hecho en que se pretenden respaldar los recursos, facultad que les corresponde y ha de ser respetada en casación dado que es correcta en su ejercicio— señalan que demandante y demandado admiten que en la época de la concepción del menor mantenían una relación sentimental y que el demandado no interesó más que una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica

Entendemos, por tanto, que estando determinada la filiación paterna y materna del menor, y a falta de acuerdo de los progenitores, deberá estarse al contenido del artículo 194 RRC, que determina expresamente que el primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre.

Dicha norma, al introducir esa posibilidad de alteración con el común acuerdo de los padres, es desde luego menos discriminatoria que la existente hasta esa modificación legal, tal y como refleja su Exposición de Motivos, de forma que mantiene el sistema tradicional que ha existido con anterioridad, pero sólo ante esa falta de acuerdo.

El hecho de que el menor desde que nació haya vivido con la madre no puede ser argumento suficiente para variar el criterio de la norma, primero porque ésta no lo prevé y a mayor abundamiento porque esto es lo habitual que suceda con un niño recién nacido, habiéndose establecido un régimen de visitas a favor del padre que, según la resolución que lo fijó, viene cumpliendo con normalidad.

No entendemos tampoco que pueda ser una alegación suficiente para mantener la tesis de la resolución recurrida que el niño ya conozca sus apellidos, ya que, en todo caso, a partir de reconocer la paternidad del demandante, éste tiene derecho a que su hijo tenga sus apellidos y además se trata de un menor que nació en fecha 29 de enero de 2005, por lo que el mismo difícilmente ha podido utilizar o ser identificado por los apellidos que ha tenido hasta el momento, al no haber empezado siquiera su etapa escolar.

#### RESUMEN

##### APELLIDOS. ORDEN

*En el supuesto de un menor con filiación paterna y materna determinada, la falta de acuerdo de los progenitores sobre el orden de transmisión de sus primeros apellidos conlleva la aplicación del sistema tradicional que establece que el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo el primero de la madre.*

#### ABSTRACT

##### SURNAMES. ORDER

*When a child has a definite paternal and maternal filiation and that child's parents cannot agree about the order in which their first surnames are passed on to the child, the traditional system is applied, which establishes that the first surname of a Spaniard is the father's first surname, and the second, the mother's first surname.*

---

a cuya práctica se sometió, todo lo cual evidencia una actuación procesal sometida a unos principios que están muy lejos de originar la oposición de consecuencias sancionadoras en el orden civil del reseñado artículo 111» (STS de 10 de julio de 2001).

«Una petición dirigida a obtener el cambio de los apellidos de una menor, cuando la filiación está determinada por las dos líneas paterna y materna, no puede formularla exclusivamente la madre puesto que, dado el principio de patria potestad compartida vigente en nuestro ordenamiento, la madre hubiera debido probar que existía alguna causa legal que permitiera prescindir de la intervención del padre» (RDGRN de 14 de octubre de 1993).

## 2. Familia

### *PONDERACIÓN DE LOS INGRESOS DE LA PAREJA SENTIMENTAL DEL OBLIGADO A PRESTAR ALIMENTOS A EFECTOS DE FIJAR LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora contratada doctora  
Derecho Civil UCM*

#### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 85 del Código Civil dispone que el matrimonio se disuelve por el divorcio, y conforme a lo establecido en la Ley 15/05 se ha dejado sin contenido el artículo 86 del Código Civil en cuanto a las causas de divorcio, quedando patente que entre los litigantes se ha producido una ruptura y un deterioro de la convivencia marital.

Es sabido que el artículo 90 A) del Código Civil en conexión con los artículos 154 y 92 de ese texto legal, y los correspondientes del Codi de Família señalan que la separación no exime a los padres de los deberes para con los hijos.

En este caso la madre solicita la guarda y custodia y el padre solicita la custodia compartida. El Ministerio Fiscal no considera adecuada la custodia compartida interesada y estima que el régimen de guarda y custodia que fue establecido de común acuerdo por las partes y que dio lugar a la sentencia de separación del año 2004 debe ser mantenido, concediendo la guarda y custodia a la madre.

Recordemos que la reforma del Código Civil, llevada a cabo por medio de la Ley 15/05, de 8 de julio, permite acordar la guarda y custodia compartida para ambos progenitores, pero no debe obviarse que el establecimiento de un régimen de tales características implica una valoración prudente y cautelosa de la afección que dicho sistema puede producir en el desarrollo e interés del menor, inclusive con mayor énfasis, superando las habituales medidas tuitivas que se adoptan en este tipo de procedimientos, para poder preservar y cumplir los principios y fundamentos del respeto hacia el beneficio del menor afectado por la medida, conforme al artículo 3 de la LO 1196 de 15 de enero, de protección del menor; el artículo 39.2 de la Constitución Española, y el Convenio para la protección de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, que debe ser el interés prioritario y preponderante, «debiendo dejar al margen la concesión de uno u otro régimen instado por cada progenitor, en atención a intereses partidarios y como medio para infligir en la parte contraria un efecto vindicativo e inicuo, consecuencia de las discrepancias y diferencias surgidas entre ellos, derivado de la ruptura de la relación de pareja.

---

(1) Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Girona. Sentencia de 2 de junio de 2008, proc. 54/2008. Ponente: PEINADO DOMÍNGUEZ, Carlos. Número de sentencia: 108/2008. Número de recurso: 54/2008. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, número 6991, Sección: La Sentencia del día, de 17 de julio de 2008, año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 61667/2008.

En el presente supuesto, de la valoración conjunta de los medios de prueba se constata que la relación actual de los progenitores no permite el establecimiento de la guarda y custodia compartida. Este régimen debe ser instaurado en supuestos en los que la permanencia durante un lapso de tiempo más o menos prolongado con uno y otro progenitor no influya negativamente en el menor, y no implique una constante situación de peregrinación en ambientes familiares dispares, con traslados de domicilio, costumbres, circunstancias y modos de vida que puedan provocar en el hijo/a, objeto de custodia, una sensación de inseguridad, una perpetua adaptación a las cambiantes condiciones de vida, y percepción en el menor de estar atravesando por una continua disputa personal entre sus padres.

En cuanto al *régimen de visitas*, debe relacionarse con el artículo 160 del Código Civil y los correspondientes del Codi de Família, considerando que el régimen de visitas es un derecho y un deber para los progenitores y que debe de responder a la protección del interés del menor, para que se configure su desarrollo de manera adecuada y acorde con las necesidades que el mismo requiere para una correcta evolución. Así lo han manifestado, entre otros, el Convenio para la protección de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

La SAP de Almería, de fecha 9 de marzo de 1998, ya establecía que el establecimiento de un régimen de visitas a favor del cónyuge que no conviva con el menor, tiene como función y finalidad fomentar un vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos.

De la valoración conjunta de los medios de prueba que han sido aportados por las partes, se considera, en concordancia con el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, que debe mantenerse el mismo régimen que fue acordado en el Convenio Regulador de 2004 y que dio lugar a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Girona, número 4 de fecha 28 de mayo de 2004 (2).

---

(2) El régimen de visitas consiste en que el padre podrá visitar y tener en su compañía a la menor los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las 19 horas que la devolverá al domicilio materno.

Asimismo, podrá visitar y tener en su compañía a la menor un día por semana desde la salida del colegio hasta la mañana del día siguiente que la dejará en el citado centro, pudiendo pernoctar la menor con el padre.

Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se le conceden por mitad a ambos padres, sin hacer mayores especificaciones, dejando a los mismos la posibilidad de llegar a acuerdos en esta materia en función de sus circunstancias, en caso de discrepancia entre los padres, los años pares elige la madre y los impares el padre.

Durante el período vacacional, el régimen de visitas para el progenitor que no le corresponda tener a la menor en su compañía será de fines de semana alternos desde el viernes a las 17,20 horas hasta las 19 horas del domingo. Dicho régimen quedará interrumpido si la menor se encuentra de viaje fuera del ámbito provincial.

En supuestos de enfermedad o accidente de la menor, el progenitor que tenga a la menor bajo su compañía en ese momento, lo deberá comunicar inmediatamente a la otra parte. Asimismo, en estos supuestos de enfermedad o accidente, el padre podrá visitar a la menor con toda libertad en el domicilio materno sin sujeción a horarios o visitas.

Ambos progenitores deben facilitar y no obstaculizar el cumplimiento de este régimen de visitas, y permitir la comunicación por cualquier medio.

## II. PENSIÓN ALIMENTICIA

Esta norma dispone que el *criterio de proporcionalidad* ha de presidir la prestación alimenticia, teniendo en cuenta el caudal o medios del alimentante y las necesidades del alimentista. Su fundamento se encuentra en que no cabe obviar la situación económica del alimentante y no se le imponga una carga superior a los medios de que dispone, como tampoco debe omitirse la extensión de las necesidades vitales del alimentista.

No ha de olvidarse que la cuantía de los alimentos debe ser proporcionada al «caudal y medios», según la expresión del texto legal, del alimentante, *lo que hace mención al capital, rentas de éste, sueldos y salarios, productos de su trabajo e, incluso, a su capacidad económica.*

La doctrina jurisprudencial tiene declarado que, a efectos de determinación de los medios con que cuenta el obligado, no puede menos que incluirse los *sueldos, jornales o salarios* que gane, y los *ingresos proporcionales de los bienes que por cualquier título se hallen en su poder.* De otra, ha de ser proporcionada a las necesidades del alimentista, en el sentido amplio del concepto de alimentos, pero referidos a la persona misma del alimentista.

De la *Jurisprudencia* destacamos las siguientes reglas:

1. El Juez posee pleno arbitrio para determinar la cuantía de los alimentos, con sujeción únicamente al criterio de proporcionalidad (3).

---

(3) Vid. la STS de 21 de noviembre de 1986: «El motivo único del recurso en el que se denuncia la infracción del artículo 146 del Código Civil debe ser estimado por cuanto que, en base a los hechos probados relativos a las circunstancias del padre y de la madre litigantes, no existe la adecuada proporción entre el caudal y medios económicos de quien los da y las necesidades de quien los recibe (menor nacida el 12 de noviembre de 1979, que vive con la madre), estando acreditado en autos que, mientras ésta es funcionaria de tipo medio, el padre ostenta una titulación de grado superior universitario (médico de profesión) y un estatus económico «bastante elevado», en opinión de la Audiencia. Pese a ello, la sentencia recurrida, revocando parcialmente la de primera instancia, reduce y fija en 21.000 pesetas la cantidad mensual que el padre ha de abonar en concepto de alimentos a su hija, con alejamiento, en opinión de esta Sala, de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) y en detrimento del interés más digno de protección en todos estos litigios, cuales —sin duda— el interés supremo de los hijos, garantizando además inequívocamente en el artículo 39.3 CE que de forma expresa impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

«Ha de advertirse que, con carácter general, la determinación de la cuantía de los alimentos corresponde al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio y personal, al efecto de impugnar aquél en casación, mientras no se demuestre infracción legal (SSTS de 2 de diciembre de 1970, 24 de marzo de 1976 y 16 de noviembre de 1978) que en este caso, el recurrente alega respecto a preceptos que rigen los alimentos entre parientes, desconociendo las peculiaridades de los debidos a los hijos menores de edad, que han quedado expuestas, por lo que sólo habrá de insistirse en la mayor amplitud de éstos, que conduce a afirmar que resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los Tribunales un cierto arbitrio para su fijación, que valorará todas las circunstancias concurrentes, que es lo hecho acertadamente por la Sala de instancia. No se aprecia, por tanto, infracción de los preceptos invocados, pues ha de señalarse también que: a) Lo dispuesto en los artículos 146 y 147 sólo es aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad



2. La cuantía señalada por el Juzgador de instancia no es susceptible de ser discutida en casación, salvo que sea evidente la desproporción entre la suma fijada en conexión con los verdaderos recursos económicos del alimentante y las necesidades del alimentista (4).

---

(art. 154.1) con carácter indicativo y con las matizaciones que derivan de cuanto se lleva dicho; *b*) Lo propio acontece respecto al artículo 145, dado que ha de estarse a lo dispuesto en los artículos 154 («Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre»), y 156, sobre ejercicio conjunto de la patria potestad, de donde se sigue que la madre también habrá de coadyuvar a la alimentación, educación y formación integral de los hijos, lo cual en este caso se cumple por doña S., con quien convive el hijo menor de edad, sin que sea convincente el argumento del señor O., en el sentido de que la suma fijada para la pensión es excesiva, atendiendo a que parte de los gastos debieran ser satisfechos por la madre, pues es indudable que así acontece y, no obstante, es necesaria la aportación paterna en la cuantía fijada; y *c*) El transcurso del tiempo, lejos de disminuir los gastos necesarios para dar cumplimiento al deber impuesto a los padres en el artículo 154.1, debe naturalmente aumentarlos, por lo que el mantenimiento de la cifra fijada en la sentencia —el hijo había nacido en 1984— resulta del todo razonable; no debe prosperar, por todo ello, el motivo examinado» (STS de 5 de octubre de 1993).

(4) «Para señalar la cuantía de los alimentos, o su aumento o disminución a las necesidades del alimentista y al caudal, medios o fortuna de quien los da; ya se ha declarado reiteradamente por esta Sala (SSTS de 20 de diciembre de 1934, 28 de junio y 21 de diciembre de 1951, entre otras) que la determinación de la cuantía de los alimentos es facultad exclusiva de la Sala de Instancia» (STS de 30 de diciembre de 1986).

«En consecuencia, de ordinario es necesario demandar conjuntamente a todos y cada uno de los alimentantes obligados, y cada uno de ellos sólo pagará la parte proporcional que le corresponda; esto no empece para que no sea obligatorio demandar al obligado que notoria y justificadamente no se encuentre en situación de contribuir, supuesto en el que la deuda se concentrará en los demás (SSTS de 20 de noviembre de 1929, 13 de abril de 1991 y 5 de junio de 1982). A esta necesidad de dirigirse contra todos los obligados hay que añadir la conveniencia: pues por lo que respecta al alimentista, dado el juego del artículo 146, le interesa que se sumen los caudales de todos los obligados, con lo que las posibilidades de quien los da es superior; y en cuanto a cada uno de los alimentantes, sólo siendo todos codemandados puede determinarse dentro del juicio los medios de fortuna de cada uno de ellos, a efectos del reparto proporcional que señala el artículo 145-1» (STS de 12 de abril de 1994).

«El motivo segundo del recurso —al amparo del art. 1692.4 LEC, transgresión del art. 146 CC—, igualmente se desestima porque, de un lado, como dispone el artículo 143 del último ordenamiento citado, la atribución de pensión alimenticia en favor de la niña D., es una secuela de la declaración de paternidad y, de otro, la entidad económica de la misma, según tiene declarada esta Sala en sentencia de 5 de octubre de 1993, entra en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y por consiguiente, no pueden ser objeto del recurso de casación» (STS de 3 de diciembre de 1996).

«Los motivos deben ser estimados porque en la resolución recurrida sólo uno de los factores a tomar en cuenta de conformidad con el artículo 146 del Código Civil, pues según este precepto la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe, y el juzgador de la segunda instancia (a diferencia del de la primera) se refiere exclusivamente a “la edad del menor y las necesidades normales que se presentan en tan pocos años” para reducir la suma concedida. Ello supone infracción del precepto mencionado (sentencia de 21 de noviembre de 1986), pero, además (aunque cupiese entender que implícitamente se han contem-



3. El criterio de proporcionalidad no ha de tenerse en cuenta respecto a la prestación alimenticia de los hermanos, que sólo abarca los «auxilios necesarios para la vida», los cuales deberán cubrir las necesidades mínimas del acreedor alimentario (5).
4. La cuantía de los alimentos se refiere sólo a la situación presente, y, por consiguiente, puede aumentarse o disminuirse proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del alimentante (art. 147 CC).
5. El lugar de la aportación de los alimentos será el domicilio del alimentante.

### III. EL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN NUESTRO SUPUESTO DE HECHO

En el supuesto de estudio, la dirección letrada de la parte actora solicita que se condene a la parte demandada a pagar una pensión mensual de TRES-CIENTOS EUROS (300 €) más los gastos extraordinarios. La parte demandada sostiene que la pensión que debe ser abonada es de CIENTO VEINTE EUROS (120 €) que es la que en la actualidad se abona. Por último, por parte del Ministerio Fiscal se manifestó en el informe oral presentado en el acto de la vista que la cantidad que debe ser abonada es de DOSCIENTOS CUARENTA EUROS (240 €) actualizables, que es la que se estableció en el Convenio de Mutuo Acuerdo que fue firmado por los litigantes y que dio lugar al dictado de la sentencia de separación de 28 de mayo de 2004. Así como la mitad de

---

plado ambos factores), es de significar que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial del supuesto de que se trata y por consiguiente resulta harto insatisfactoria la decisión recurrida, habida cuenta los datos tácticos que, obviamente, hay que entender asumidos, recogida en la resolución del juzgado. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (arts. 39.3 CE y 10 y 154.1 CC) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática sentencia de 5 de octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil sólo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154.1 CC) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas, habida cuenta el vínculo de filiación y la edad. Por todo ello se acogen los motivos y se estima más adecuada al caso de autos la solución del juzgador de primera instancia, sin que obste que la determinación de la cuantía de los alimentos constituya, por regla general, una materia confiada al prudente arbitrio y función soberana del Tribunal de instancia, porque su decisión es revisable no sólo cuando hay un error en la valoración de la prueba, sino también cuando se produce una infracción legal» (STS de 16 de julio de 2002).

(5) «El tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 CC, no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados» (STS de 5 de octubre de 1993).

los gastos extraordinarios. Se recogen minuciosamente los ingresos del demandado (6) y los ingresos y gastos de la demandante (7).

Ambos progenitores deben realizar el esfuerzo de contribuir al bienestar de la hija menor de edad, y por ende, debe atenderse las capacidades económicas que los mismos poseen. Coincide este juzgador con el razonamiento que manifestó en el acto del juicio en vía de informe el Ministerio Fiscal, en lo que respecta al monto dinerario que debe constituir la pensión de alimentos en favor de la hija.

Este monto en la actualidad se estaba materializando en unos 120 euros mensuales, habiendo acordado de mutuo consenso las partes litigantes en el momento de firmar el Convenio Regulador de la Separación que permitió el dictado de la sentencia de fecha 28 de mayo de 2008 que la misma se establecía en 240 euros al mes. Esta cantidad se consideró adecuada para las necesidades de la menor y la capacidad económica del obligado a prestarla, y no se considera que se haya producido un cambio sustancial en las circunstancias concurrentes que permita alterar lo que se fijó en el procedimiento de

---

(6) De la valoración conjunta de los medios de prueba que se han apartado a las actuaciones, se constata que el demandado obtiene unos ingresos mensuales de MIL EUROS (1.000) que tras la deducción del 7 por 100 y los embargos que le afectan, suponen el importe neto de NOVECIENTOS EUROS (900).

Asimismo, consta en autos que obtiene ingresos como consecuencia de la realización de actividades de árbitro de fútbol, percibiendo una media de ingresos de TRECIENTOS EUROS (300), que debe ser considerado como media y que puede oscilar en función del número de eventos deportivos que arbitre y de las categorías en las que se desarrolle el mismo pudiendo obtener unos 150 euros por semana, aunque no es un criterio fidedigno, pues fluctúa en función de los partidos, las categorías y los desplazamientos.

Otro ingreso con el que cuenta la parte demandada es la retribución que percibe su pareja sentimental, y que el propio demandado cuantificó en unos 900 euros al mes.

Por último, añadir que eventualmente realiza actividades de intermediación inmobiliaria, aunque son trabajos esporádicos y aislados, estando pendiente de recibir en la actualidad una cantidad económica como consecuencia de dicha actividad.

Como gastos fijos al mes, el demandado debe hacer frente al pago de una hipoteca por importe de unos SETECIENTOS OCHENTA EUROS (780) aproximadamente, referente a una vivienda que fue adquirida con posterioridad a la separación, y asumir el pago de un préstamo personal por importe de unos 80 euros.

(7) Ingresos mensuales derivados de su actividad laboral de unos MIL QUINIEN- TOS EUROS (1.500) después de deducir las oportunas retenciones distribuidas en catorce pagas, dejando de manifiesto que no obtiene ningún otro ingreso y que en la actualidad, dado que le subieron el importe del sueldo, no realiza horas extraordinarias.

Tan sólo consta que, una vez que se produjo la separación, el demandado le anticipó una cantidad de (VEINTICUATRO MIL) 24.000 euros, por la futura venta de la vivienda. Y también ha recibido una indemnización por un accidente de tráfico por el importe de SIETE MIL EUROS (7.000).

Como gastos fijos consta el pago de una cuota de hipoteca de 500 euros al mes y la cuota del préstamo personal de 94 euros. Los gastos de colegio se cuantifican en unos 170 euros. De la valoración conjunta de todos estos extremos y dado que la menor de edad se encuentra en el tramo de los cinco años, se considera por este juzgador que son múltiples las necesidades que deben ser atendidas y que no sólo de alimentación, educación, medicamentos y vestido, sino todo lo referente a su integral formación exige ponderar todas las circunstancias concurrentes, para que con independencia de las discrepancias personales que se hayan producido entre los progenitores, se adopte una decisión que atienda al beneficio e interés del menor conforme al artículo 3 de la LO de Protección del Menor 1/96, de 15 de enero.

Separación número 95/2004. Tan sólo se ha producido el incremento del coste de la vida en general, por cuanto que la menor continúa en el colegio público, con las mismas necesidades y habiendo mantenido la madre sus propios ingresos. Por cuanto a los ingresos del padre obligado a prestarlos también son similares, no pudiendo ponderar la asunción voluntaria de nuevas cargas (como la cuota de hipoteca posterior a la separación) como un condicionante, para reducir la pensión en su día pactada.

Sí debe ponderarse, por el contrario, que la parte demandada no sólo cuenta en la actualidad con su nómina sino que *su pareja sentimental también obtiene ingresos que coadyuvarán a sufragar la pensión*, y que las retribuciones derivadas de las funciones de árbitro también reportan beneficios.

Por todo ello, se considera que la cuantía de la pensión de alimentos en favor de la menor debe ser de DOSCIENTOS CUARENTA EUROS (240 €) mensuales que se incrementará cada año con el aumento del IPC emitido por el INE.

Asimismo, se considera que ambos progenitores deben asumir el pago de la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en cuanto a la menor (gastos médico-sanitarios, farmacológicos no cubiertos por la Seguridad Social, actividades extraescolares, tratamiento odontológico desde el inicio hasta su finalización, coste de material escolar del curso 2007-2008, libros, ampa, matrículas que genere la escolarización de la menor). Gastos que deberán ser suficientemente acreditados y comunicados a la otra parte.

*RESUMEN*

*ABSTRACT*

*ALIMENTOS. CUANTÍA DE LA PENSIÓN*

*SUPPORT. AMOUNT OF PAYMENT*

*Debe tenerse en consideración los ingresos que obtiene la pareja sentimental del alimentante y que coadyuvarán a sufragar la pensión, a fin de otorgar la pensión a favor de la hija común y a cargo del padre. La guarda y custodia se atribuye a la madre, ya que la relación entre los progenitores no permite el establecimiento de la guarda y custodia compartida.*

*When the daughter of a separated couple is granted support payments payable by her father, the income earned by the payer's partner, which will help go toward the support payments, must be taken into consideration. Guardianship and custody are assigned to the mother, because the relationship between the parents does not permit the establishment of shared guardianship and custody.*

### 1.3. Derechos reales

#### *EL JUSTO TÍTULO PARA USUCAPIR*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Doctora en Derecho*

*Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija*

#### I. LA USUCAPIÓN ORDINARIA Y EL JUSTO TÍTULO

La usucapión ordinaria requiere más requisitos que la extraordinaria, pues, si bien para la extraordinaria se puede llegar a adquirir el dominio por la posesión continuada durante el tiempo establecido en el código, para adquirir mediante usucapión ordinaria se exige, además, «justo título» y buena fe, tal y como establece el artículo 1.940 del Código Civil. Es decir, que el usucapiente esté poseyendo la cosa con la creencia de que quien le transmitió la propiedad de la misma era el verdadero propietario, y que, además, la haya adquirido a través de un verdadero título válido que sea capaz de producir tal transmisión dominical.

La exigencia de estos requisitos «especiales» hace que la usucapión ordinaria tenga unos plazos más breves que la extraordinaria, pues el usucapiente es un poseedor más cualificado que el de extraordinaria. En concreto, la usucapión ordinaria de bienes muebles tiene un plazo de tres años frente a la extraordinaria de seis, y la ordinaria de inmuebles tiene un plazo de diez o veinte años frente a los treinta de la extraordinaria.

Todo ello hace situar el justo título para usucapir únicamente en la usucapión ordinaria, pues sólo ésta exige al usucapiente haber adquirido a través de un título que, en teoría, habría sido capaz de transmitir el dominio, sino hubiera resultado, como luego veremos, ineficaz.

Además, dentro de la usucapión ordinaria, el requisito del justo título se va a exigir sólo cuando se trate de usucapión inmobiliaria, de inmuebles, tal y como recoge el artículo 1.955 del Código Civil, que al establecer los requisitos de la usucapión ordinaria mobiliaria, afirma que el «dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años de buena fe». Y esto es así, pues, como dice el artículo 464 del Código Civil, la posesión de los bienes muebles de buena fe equivale a título. En consecuencia, si ya hay posesión de un bien mueble (tiene que existir si es usucapión), y además, buena fe (el otro requisito necesario para la ordinaria), no se necesitará justo título, pues éste se presume que existe al haber posesión y buena fe, conforme el artículo 464 del Código Civil.

Obviamente, esto concuerda con la interpretación romanista del artículo 464 del Código Civil, que considera que ese «equivale a título» se refiere a título válido para usucapir, pero no casa con la tesis germanista que entiende que «equivale a título» significa título de dominio, produciéndose entonces una adquisición *a non domino*, directamente.

En definitiva, la exigencia del requisito del justo título hay que situarla en la usucapión ordinaria de bienes inmuebles, y sólo en ella.

## II. REQUISITOS DEL JUSTO TÍTULO

¿Qué es el justo título?, ¿qué significa título en la usucapión? Según LACRUZ BERDEJO (1), es «el acto que justifica la posesión en concepto de dueño, el que determinó la adquisición de ésta», que, como añade CASTÁN TOBEÑAS, además de servir de causa de la posesión, lo es de la consecuente adquisición de la propiedad. Por lo tanto, podemos decir que es aquel acto o contrato que origina la posesión en concepto de dueño del usucapiente, que debería coincidir con el de la adquisición del derecho.

La STS de 30 de marzo de 1943 lo define como «aquél que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión de dominio, aunque exista algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer, porque para subsanar esta clase de defectos es precisamente para lo que las leyes han establecido la prescripción».

El carácter originario o derivativo del título para la usucapión es una cuestión controvertida; mientras para LACRUZ es siempre derivativo, aunque cause una adquisición originaria, para DIEZ PICAZO (2), al coincidir el título de la usucapión con el que debería haber sido el acto adquisitivo del derecho, el título —al igual que las adquisiciones— puede ser originario o derivativo, entendiéndose que, entonces, por ejemplo, la ocupación serviría como título de usucapión cuando, de buena fe, se consideran abandonadas las cosas y se empiezan a poseer (efectiva derelicto). No comparto esta idea de DIEZ PICAZO, y me parece más acertado sostener que el justo título para usucapir es el acto o contrato de carácter derivativo que transmite el dominio o el derecho real en cuestión, similar al título —contrato traslativo de dominio— que origina la adquisición de los derechos reales a través del sistema de título y modo.

No obstante, para LACRUZ BERDEJO, el título para usucapir es distinto de este último en otro aspecto. En éste, el título es parte esencial del binomio título + tradición que produce la transmisión del dominio o derecho real, y se refiere a los contratos (traslativos de dominio o derechos reales) seguidos de la entrega o tradición que producen la transmisión definitiva del derecho real. Sin embargo, el título de la usucapión engloba o comprende él sólo ambos conceptos —contrato y entrega— pues, como dice LACRUZ, «él mismo es el propio acto trasmitivo en su conjunto, que causa y legitima la adquisición del adquirente» (3). Pero, no podemos olvidar que el título, en la usucapión, no siempre es un contrato, vgr. puede ser una adquisición *mortis causa* testamentaria o no, y que, además, por sí mismo, no produce la adquisición del derecho real, necesita de la posesión continuada y de la buena fe.

En efecto, hay que comentar la estrecha relación que existe entre el justo título y la buena fe necesarias para la usucapión ordinaria. El justo título es un elemento o requisito objetivo —un hecho o un acto externo—, mientras que la buena fe lo es subjetivo, pues consiste en la creencia de que quien transmitió la cosa era su propietario. Sin embargo, ambas están conectadas y son elementos concurrentes, pues la buena fe se refiere al título, y el título necesita de la buena fe para desplegar su eficacia jurídica plena, pues como dice DIEZ

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1.º, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 168-169.

(2) DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 620.

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III, *ob. cit.*, pág. 169.

PICAZO (4), sin ella no se consigue la posesión exigida para la usucapión, y es más, «el efecto jurídico último a que se tiende (la adquisición de la propiedad o de otro derecho real) no se produce ni aun conjugándose estos requisitos, sino cuando además haya transcurrido un determinado periodo de tiempo».

Una vez definido el justo título, nos planteamos ahora cuáles deben ser sus caracteres; éstos se concretan en los siguientes: justo, en sentido estricto, verdadero, válido y probado. Caracteres que examinamos a continuación.

#### 1. JUSTO

El artículo 1.952 del Código Civil dice que «entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate»; es decir, justo título para usucapir, en sentido estricto, es aquel que por sí mismo es capaz de producir la transmisión dominical, o del derecho real que se esté usucapiendo.

En consecuencia, son aquellos con eficacia traslativa y sólo éstos. Como dicen las STS de 30 de marzo de 1943, 7 de febrero de 1985, 16 de abril de 1990, 25 de febrero de 1991 y 20 de diciembre de 1992, y como ya hemos señalado antes, son aquellos que de no haber mediado una circunstancia impositiva, hubieran dado lugar a la efectiva transmisión del dominio, y tienen, en definitiva, una finalidad traslativa. En este sentido, si se trata de un contrato, coincide con el título del artículo 609 del Código Civil, y entonces podrían ser «justos» títulos para usucapir: el contrato de compraventa, el de permuta, el contrato por el que se constituye un usufructo o una servidumbre, pero también podrán ser justos títulos: el testamento (STS de 22 de febrero de 2000), las operaciones particionales de una herencia (STS de 24 de mayo de 1956), el legado, la transacción, la adjudicación en pública subasta por una entidad de derecho público (STS de 23 de junio de 1998), etc.

#### 2. VERDADERO

Cuando decimos que el justo título para usucapir ha de ser verdadero (art. 1.953 CC), nos referimos a que debe existir, tiene que tener una verdadera existencia; por lo tanto se opone a un contrato inexistente o falso; no hace referencia a la validez o veracidad de su contenido, sino a su propia existencia (STS de 5 de marzo de 1991).

En este sentido, se considera que no es verdadero el título inexistente o falso, en concreto, no será verdadero el contrato absolutamente simulado (SSTS de 14 de octubre de 1960 y 20 de octubre de 1992), aunque sí el contrato simulado en una simulación relativa, pero siempre y cuando sea, a su vez, válido. Tampoco será título verdadero el que sea falso por ser putativo, es decir, basado en una errónea creencia del adquirente, por ejemplo, el que cree que su padre le dejó una finca porque así se lo dijo repetidamente en vida, y luego en el testamento se ha dispuesto a favor de otra persona.

---

(4) DÍEZ PICAZO, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», *ob. cit.*, págs. 621 y 622.

### 3. VÁLIDO

El artículo 1.953 del Código Civil insiste en que el justo título para usucapir, además de verdadero, debe ser válido. Entendemos que el título es válido cuando reúne los requisitos esenciales para su validez intrínseca, a saber, si se trata de un contrato, los del artículo 1.261 del Código Civil: consentimiento, objeto y causa, amén de la forma cuando sea requisito *ad solemnitatem*. Sin embargo, ese título válido debe ser ineficaz, es decir, no debe producir efectos, pues de otro modo, si fuera válido y eficaz, produciría eficazmente la transmisión del dominio o derecho real de que se trate, y la usucapión no sería necesaria, pues la adquisición del derecho se habría producido de forma automática. La usucapión viene a solucionar la falta de eficacia de un título válido, por ejemplo, cuando el transmitente de un derecho no era su titular, suple la falta de la facultad de disposición del mismo a favor del adquirente con el transcurso del tiempo. Es decir, la posesión en concepto de dueño durante el plazo establecido hace eficaz el negocio que no lo era, subsanando los defectos que afectan a su eficacia.

Por eso, la STS de 30 de marzo de 1943, que ya hemos citado al definir el justo título, afirma que es aquél que tiene un vicio o defecto que afecta a la facultad de disponer, y que es ese tipo de defectos los que subsana la usucapión. En el mismo sentido que esta sentencia, encontramos las SSTS de 7 de febrero de 1985, 23 de junio de 1998 y 25 de febrero de 1991, que afirman que aunque en el título «exista algún defecto o vicio originario, ello no puede servir de obstáculo para que opere la prescripción adquisitiva, pues para subsanar tales vicios o defectos —se está refiriendo a la falta de facultad de disposición o vicios que afectan a la eficacia— existe la prescripción que, de otro modo, sería una institución inútil».

Por lo tanto, un contrato o negocio que fuera nulo nunca puede ser justo título para usucapir, en este sentido, baste citar las SSTS de 14 de octubre de 1960, 25 de junio de 1966, 14 de marzo de 1983, 10 de diciembre de 1987, 26 de enero de 1988, 27 de septiembre de 1989, 20 de octubre de 1992. De esta forma nunca podrán ser justos títulos, la donación de inmuebles en documento privado o de forma verbal, la donación de un bien ganancial por uno sólo de los cónyuges, compraventa de un objeto o con causa ilícita, etc...

Por el contrario, los títulos anulables sí que pueden ser justos títulos para usucapir, mientras no sean impugnados (STS de 6 de junio de 1969); lo mismo ocurre con los títulos o contratos que sean rescindibles, revocables o resolubles (SSTS de 25 de junio de 1966, 26 de enero de 1988, y 5 de marzo de 1991), en definitiva, títulos que son válidos pero que están sometidos a un supuesto de ineficacia, defecto que se encarga de subsanar la usucapión, como ya ha quedado puesto de relieve.

### 4. PROBADO

El justo título de la usucapión debe probarse siempre, no se presume nunca, tal y como afirma el artículo 1.954 del Código Civil.

Quiere decir este artículo que corresponde al que alega la usucapión ganada, acreditar o probar el título en virtud del cual poseer es suficiente para transmitir el derecho real y por tanto, poder llegar a adquirirlo por usucapión ordinaria, cumpliendo, a la vez, los requisitos de válido y verdadero (SSTS de 27 de octubre de 1986 y 16 de marzo de 1993).



Para probar este extremo son válidos todos los medios de prueba admitidos en derecho.

Choca, sin embargo, la afirmación del artículo 1.954 del Código Civil, de que el justo título no se presume nunca, con la contenida en el artículo 448 del Código Civil, que afirma que el que posee en concepto de dueño tiene la presunción de que posee con justo título. Si la posesión en concepto de dueño es presunción de justo título, no se entiende que el usucapiente —que posee en concepto de dueño siempre— deba probar su título.

Se soluciona este conflicto, siguiendo a REGLERO CAMPOS (5), entendiendo que el artículo 448 se refiere «a la posesión en general, mientras que el artículo 1.954 alude a la posesión *ad usucapionem*». Y a la vez, como continúa este autor, estaría plenamente de acuerdo con la interpretación doctrinal de los que defienden que la inscripción registral del artículo 35 LH, es realmente justo título para usucapir y no una mera presunción; cuestión esta que analizamos a continuación.

### III. LA INSCRIPCIÓN Y EL JUSTO TÍTULO PARA USUCAPIR

El artículo 35 LH señala que «a los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que ha poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

Este artículo recoge la usucapición *secundum tabulas* a favor del titular registral que tiene el derecho inscrito a su nombre. En el mismo se refiere únicamente a la posibilidad de usucapir de forma ordinaria, pues asegura que la inscripción es justo título para usucapir, luego, queda fuera la extraordinaria que no lo necesita. Además, el usucapiente debe ser un titular registral que no sea tercero hipotecario, pues entonces ya habría adquirido su derecho por el efecto de la fe pública registral sin necesidad de la usucapición, y por supuesto, el derecho que tiene inscrito a su favor debe ser usucapible. En estas condiciones, el titular registral que tenga su derecho inscrito durante diez años, y que no fuera realmente su titular, lo adquirirá por usucapición *secundum tabulas*.

Pero la cuestión que debemos analizar en este trabajo es la relación que tiene la inscripción registral con el justo título para usucapir. En concreto, la discusión doctrinal y jurisprudencial se ha centrado en si la inscripción es directamente justo título, o por el contrario, lo que existe es una presunción de justo título para usucapir, y por tanto deberá probar su falta quien lo alega, alejándose de lo establecido en ese caso en el artículo 1.954 del Código Civil, que como ya hemos dicho, afirma que el justo título «no se presume nunca». Entre la doctrina, SANZ FERNÁNDEZ, MORALES MORENO y LACRUZ BERDEJO afirman que en el artículo 35 LH establece una presunción de justo título para usucapir, que admite prueba en contrario, y que por tanto, la inscripción no valdrá si se adquirió por título nulo. En concreto, LACRUZ BERDEJO (6) afirma que «la

---

(5) REGLERO CAMPOS, F., «Comentarios a los artículos 1.930 a 1.976», en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 2181 y 2182.

(6) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III, *ob. cit.*, págs. 172-173.



inscripción no es posesión, ni tampoco título, sino una presunción a favor de una y otro que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario», y continúa: «el artículo 35 LH permite presumir, a través de la inscripción, la validez y veracidad de título inscrito. No supe al justo título, pese al tenor literal del precepto». La STS de 28 de enero de 1978 recoge bien esta tesis, y afirma que «en nuestro Derecho Hipotecario no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación registral, por requerirse también la posesión efectiva del derecho real que se trate de adquirir, sin que sea suficiente con la pretensión derivada de la legitimidad registral, pues se trata de una presunción *iuris tantum*». En el mismo sentido, podemos citar la STS de 18 de junio de 1992, que considera que en el artículo 35 LH se establece una presunción *iuris tantum* de justo título.

Como defensores de la tesis contraria, se encuentran, entre otros, ROCA SASTRE, DIEZ PICAZO y GARCÍA GARCÍA. Para estos autores la inscripción es el propio justo título de la usucapión, o lo que es lo mismo, el justo título es la inscripción—no se trata de una mera presunción—, y ésta sustituye al justo título que exige el artículo 1.952 del Código Civil. Por lo tanto, aunque el título real fuese nulo o inexistente, como existe inscripción, es suficiente para que se cumplan los requisitos de la usucapión ordinaria por el tenor del artículo 35 LH. No obstante, DIEZ PICAZO (7) matiza esta tesis, diciendo que la inscripción es justo título, facilitando la exigencia de los artículos 1.940, 1.952 y 1.954 del Código Civil (existente y probado), pero, que no se suprime la exigencia del artículo 1.953 del Código Civil, de que sea un título verdadero y válido. Luego, si existe una inscripción que debe ser nula porque el título o documento que recoge es también nulo, puede haber justo título para usucapir, pero no será ni verdadero ni válido, ya que la inscripción no convalida los actos nulos (art. 33 LH); y una inscripción nula no debe producir ningún efecto. En este sentido, las SSTs de 4 de octubre de 1969 y 13 de mayo de 1970, no excluyen que la inscripción sea justo título, pero dicen que no puede aplicarse el artículo 35 LH en los casos en los que el título no exista o adolezca de nulidad absoluta.

Para GARCÍA GARCÍA (8), sin embargo, como la inscripción sustituye al justo título, «existiendo ésta durante el plazo de usucapión ordinaria es indiferente que exista justo título y que sea o no válido, verdadero y probado, ya que el precepto dice que la inscripción “será justo título” y no que “se presuma el justo título”», por lo tanto, considera este autor que el artículo 35 LH es una excepción al artículo 33 LH, pues la inscripción de un título, aunque éste sea nulo, será justo título para usucapir.

Corroboran esta tesis, y consideran que la inscripción es justo título directamente y en todo caso, las SSTs de 18 de mayo de 1953, 11 de noviembre de 1969, 26 de noviembre de 1970, 6 de mayo de 1975, 18 de febrero de 1987, 27 de mayo de 1991, esta última afirma que la finalidad del artículo 35 es suministrar al titular inscrito un «equivalente del *iustus titulus* o *iusta causa usucapionis* consistente en la inscripción misma».

Considero más acertada la tesis de que la inscripción es justo título, y que por tanto, al sustituir al mismo, no debe aplicársele los mismos requisitos que a aquél, de suerte que si el título fuese en la realidad extraregistral nulo o

(7) DIEZ PICAZO, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», *ob. cit.*, págs. 633 y 634.

(8) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 3.ª ed., 2001, pág. 88.

inexistente, si está inscrito, no impide que pueda llevarse a cabo la usucapión ordinaria, una vez transcurrido el plazo de diez años, pues tiene justo título. Las exigencias del principio de legalidad y las consecuencias del principio de legitimación llevan a pensar que la inscripción más el transcurso del tiempo pueden subsanar también los defectos iniciales del título.

Luego, el «justo título» para usucapir, propiamente dicho, sólo se dará para la usucapión inmobiliaria ordinaria, de inmuebles no inmatriculados, o de inmuebles inmatriculados, pero cuando el título que produjo la transmisión jurídico-real no esté inscrito. Si estuviera inscrito, bastaría la inscripción junto a la buena fe, más el transcurso del tiempo, para adquirir por usucapión ordinaria.

#### RESUMEN

##### JUSTO TÍTULO Y USUCAPIÓN

*El «justo título» es un requisito necesario para la usucapión ordinaria. Para poder ser considerado como tal, y por tanto, que se acorten los plazos de dicha usucapión, es necesario que sea justo, verdadero, válido y probado. Analizamos en este trabajo cómo ha interpretado y perfilado la jurisprudencia cada uno de estos requisitos. Además, se estudia la relación entre el justo título y el Registro de la Propiedad, en concreto si la inscripción en el mismo equivale directamente a ese justo título o no, tal y como se desprende del artículo 35 LH.*

#### ABSTRACT

##### FAIR TITLE AND USUCAPTION

*Fair title is a necessary requisite for ordinary usucaption. In order for a title to be considered «fair», and therefore for the periods of time involved in the usucaption process to be shortened, the title must be fair, true, valid and proved. This paper analyses how jurisprudence has interpreted and honed each of these requirements. A study of the relationship between fair title and the property registration system is also given, taking a particular look at the issue of whether registration is directly equivalent to fair title or not, as may be gathered from article 35 of the Mortgage Act.*

## 1.4. Sucesiones

### *PARTICIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL*

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL  
*Profesora titular de Derecho Civil UNED*

#### 1. PLANTEAMIENTO

La partición viene regulada en los artículos 1.051 a 1.087 del Código Civil. El artículo 1.056 confiere al testador de un modo absoluto la facultad de hacer

la partición de sus bienes, ya sea por acto entre vivos o por última voluntad, y así lo recogía ya la STS de 22 de enero de 1898.

A menudo se plantean problemas en la realización de la partición cuando habiendo estado casado el causante en régimen de gananciales no se hubiera liquidado antes la sociedad de gananciales. ¿Es necesario proceder previamente a la liquidación de la sociedad de gananciales de la cual formaba parte el causante para poder practicar la partición? o, por el contrario, cabe hacer en la misma escritura particional la liquidación y la partición de las herencias de ambos cónyuges. ¿Puede el testador ordenar un legado de cosas pertenecientes a la sociedad de gananciales no disuelta? Intentaremos dar respuesta a estas cuestiones.

## 2. LEGADO DE BIEN GANANCIAL REALIZADO POR UNO DE LOS CÓN- YUGES

El legado de un bien ganancial ordenado por uno sólo de los cónyuges, sin que previamente se hubiera liquidado la sociedad de gananciales, es admitido por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 14 de julio de 2008. En este caso ordenaba el causante a favor de una de las hijas un legado de cuota del tercio de libre disposición y del de mejora de su herencia.

En la denominada por el testador norma particional, este «hace constar y así lo desea y ordena (haciendo constar que al hacerlo es consciente de que está disponiendo de cosa ajena), que para hacer pago a su hija doña C., tanto del legado dispuesto a su favor como de los derechos que le correspondan en su herencia, así como también de sus derechos hereditarios en la sucesión de la esposa del testador y madre de ésta, aún pendiente de su correspondiente formalización, se le adjudique, en primer término e imprescindiblemente, la participación que al testador, y a su finada esposa, le corresponden en la casa A..., facultándole, para su caso, pagar en metálico a los demás hijos y herederos del testador, el exceso que pudiera resultar de tal adjudicación.

A la vista de ello, puede afirmarse que el testador no ha hecho por sí la partición parcial de sus bienes, sino que se ha limitado a manifestar su voluntad de que al hacer la partición de su herencia se adjudiquen a doña C. el bien que designa en pago de sus derechos, lo cual es válido según jurisprudencia de esta Sala» (1).

Matiza el Tribunal Supremo en la sentencia que nos ocupa de 14 de julio de 2008 que, además del respeto a las legítimas, esa «norma particional» ha de tener unos límites intrínsecos de validez y eficacia. Tendrá plena eficacia en lo que atañe a su herencia, y no tiene ninguna sobre la de su mujer, que nada estableció en su testamento, ya que el testador sólo puede ordenar el destino de sus propios bienes, siguiéndose de ello que la norma particional queda supeditada en su eficacia a que el bien inmueble se atribuya al testador en la división de la sociedad de gananciales.

---

(1) STS de 7 de septiembre de 1998.

### 3. LEGADO DE CUOTA O DE PARTE ALÍCUOTA

El Supremo declara ser válida y eficaz la disposición del testador en la que dejaba un legado del tercio de mejora y de libre disposición de su herencia a favor de una de sus hijas. Argumenta el Alto Tribunal que es válido, aunque no se hubiese liquidado la sociedad de gananciales, dado que el testador no dispuso de un legado de cosa determinada, sino de un legado de cuota del tercio de libre disposición y de mejora de su herencia (STS de 14 de julio de 2008).

### 4. LEGADO DE COSA DETERMINADA AJENA

Ante un legado de cosa ganancial ordenado en testamento por uno sólo de los cónyuges, cabe preguntarse si tiene la consideración de legado de cosa ajena o no. El Supremo, en sentencias de 11 de mayo de 2000 y 14 de julio de 2008, declara que no puede ser considerado como legado de cosa ajena, se trataría de una cosa perteneciente a la sociedad de gananciales no disuelta, pero nunca un legado de cosa ajena. El legatario forma parte de la comunidad hereditaria, tiene una posición bien diferente a la del legatario de parte alícuota, según se desprende del artículo 861 del Código Civil.

### 5. ¿PUEDE EL COMISARIO ENCARGADO DE HACER LA PARTICIÓN REALIZAR LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL?

El contador nombrado por el testador para realizar la partición tiene la facultad de dividir y liquidar la sociedad conyugal de bienes del causante, sin necesidad de que le sea otorgada expresamente ni aparezca en particular voluntad de confiársela. Por tanto, para que carezca de ella es preciso que conste la voluntad contraria a que tenga tal facultad (2).

Son numerosos los casos en los que la liquidación de la sociedad conyugal se lleva a cabo por el contador y el viudo o por éste y los herederos del causante. El contador tiene como misión realizar la partición de la herencia del testador, pero para llevar a cabo su cometido es necesario conocer previamente su patrimonio, lo que implica saber qué bienes le corresponden en la sociedad de gananciales. Esto hace decir a Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART que determinar los componentes de la masa a dividir sería un antecedente necesario para la propiamente dicha partición, y cabe plantearse si puede entenderse concedida, al contador, por lo menos implícitamente, la facultad de hacerlo como medio preciso para llevar a cabo la partición encomendada (3).

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 1907, dice que «la liquidación y división de la sociedad de gananciales, cuando el causante era casado, como operación previa e indispensable para determinar el verdadero caudal partible del mismo, es una de las que debe practicar el comisario contador para cumplir su cometido, aun-

---

(2) Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART, *Artículo 1.057, párrafo primero. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Manuel ALBALADEJO. Madrid, EDESA, pág. 239.

(3) *Ob. cit.*, pág. 233.

que con la intervención y conformidad del cónyuge sobreviviente, por tratarse de derechos y obligaciones recíprocas, que no puede una sola de las partes fijar por sí misma...»

La división de la sociedad de gananciales no entra dentro del cometido del contador, corresponde al viudo y a los herederos del causante, no pudiendo practicarla, por tanto, el contador sin contar con el viudo.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de febrero de 1906, dice que, siguiendo la doctrina de las Resoluciones de 12 de noviembre de 1895 y 14 de marzo de 1903, «la facultad concedida en el artículo 1.057 del Código Civil a los comisarios nombrados por el testador, para hacer la partición de sus bienes, no alcanza a practicar por sí solos la liquidación de la sociedad conyugal, si hubiera de procederse a la misma, toda vez que ésta afecta a intereses y derechos distintos de los que constituyen el caudal propio del causante».

## 6. CONCLUSIÓN

Para proceder a la partición de la herencia es necesario conocer el caudal del causante, lo que implica que para poder realizarla es necesario liquidar antes la sociedad de gananciales, es un antecedente o presupuesto necesario de la partición.

El Tribunal Supremo admite el legado de un bien ganancial ordenado por uno sólo de los cónyuges sin que previamente se hubiera liquidado la sociedad de gananciales y entiende que tiene plena eficacia en lo que atañe a su herencia, y no tiene ninguna sobre la de su consorte, ya que el testador sólo puede ordenar el destino de sus propios bienes, por tanto, queda supeditada su eficacia a que el bien inmueble se atribuya al testador en la división de la sociedad de gananciales.

### RESUMEN

#### PARTICIÓN

*Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la partición de la herencia. El legado de bien ganancial realizado por uno de los cónyuges, tendrá eficacia plena en relación con la herencia del testador, no pudiendo éste ordenar nada en relación a la de su cónyuge cuando nada haya establecido en su testamento. La eficacia de la norma particional queda supeditada a que el bien inmueble dejado por el testador le sea atribuido a él en la división de la sociedad de gananciales.*

### ABSTRACT

#### PARTITION

*Critical analysis of Supreme Court case law on estate partition. A legacy consisting in the property of a conjugal partnership, left by one of the spouses, will be fully effective in connection with the testator's estate. The testator cannot give any orders in connection with the estate of his spouse when there is nothing so establishing in the spouse's will. The efficacy of the rule of partition will depend on whether the property left by the testator was assigned to the testator in the division of the conjugal partnership.*

## 1.5. Obligaciones y contratos

### *LOS FRUTOS DE LA COSA PERTENECEN AL ACREEDOR DESDE QUE NACE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA MISMA*

por

ISABEL MORATILLA GALÁN

*Licenciada en Derecho*

El acreedor tiene derecho a los frutos desde que nace la obligación de entregar la cosa que los produce, tanto es así que, la entrega de la cosa es un acto jurídico en sentido estricto, integrado por declaraciones de voluntad procedentes de sujetos diferentes y dirigidas a conseguir un resultado de hecho al que la Ley une al producirse determinados efectos jurídicos. Los frutos de la cosa pertenecen al acreedor desde que nace la obligación de entregar la cosa y es en ese momento cuando se hace equivaler al perfeccionamiento del contrato. En el caso de la compraventa todos los frutos le pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato, pues la deuda no surge hasta que la condición se cumpla y es que en esa exigibilidad se halla no sólo la entrega de la cosa sino también la de los frutos que rinda hasta que el día llegue, y esto permite al deudor que paga anticipadamente reclamar al acreedor los frutos o los intereses que haya percibido de la cosa. Pero en el supuesto de obligaciones a plazo, como el plazo, por su naturaleza, a diferencia de la condición, ha de cumplirse, la reclamación por el deudor de los frutos percibidos por el acreedor antes de cumplirse el plazo, pero conociendo su existencia, no prospera.

El sistema que sigue el Código Civil español es de aplicación a todas las transmisiones, ya que por el criterio de la inscripción declarativa que impera en la regulación del Registro Inmobiliario se aplica también a los bienes raíces, si bien la tradición instrumental o por el mero otorgamiento de escritura pública y la posesión del inmueble inscrito a través de la simple inscripción, según la presunción declarativa introduce alguna restricción en el clásico sistema de título y modo. Así, Alemania, Austria y Suiza, siguiendo el sistema germánico, exigen para la transmisión de la propiedad del inmueble la inscripción en el Registro, siguiendo para los bienes muebles el sistema de la tradición o entrega en sus diversas formas y, por su parte, Francia, Italia y Portugal, siguiendo el sistema romanizado, prescinden de la entrega o tradición material para que tenga lugar la transmisión del dominio, la que se efectúa por el solo consentimiento. Es decir, en el del Código Civil español la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, si no es seguida de la tradición, el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que no le haya sido entregada, es decir, que sólo la conjugación de los dos elementos, o sea, el título y el modo de adquirir mediante el cual se transmite el dominio y surge en el nuevo titular la posibilidad del ejercicio de acciones de naturaleza real, así lo dispone la STS de 30 de junio de 1962 y la misma doctrina siguen las SSTS de 19 de enero de 1965 y 14 de junio de 1966. A este respecto la STS de 10 de julio de 1997 mantiene que la teoría del título y el modo se aplica a la adquisición derivativa de los derechos reales que sean posibles, es decir, que quepa entrega. El contrato de compraventa produce el nacimiento

de obligaciones, una de las cuales es la entrega de la cosa, y esta entrega con finalidad traslativa constituye la tradición, aquel contrato es el título y esta tradición es el modo; la conjunción de ambos produce la adquisición de la propiedad en el comprador, pero la tradición no sólo es la real, verdadera entrega de la cosa, sino la fingida, que es una especie de tradición ficticia en la que el transmitente continúa poseyendo la cosa como arrendatario, depositario, etc., es decir, el poseedor inmediato (adquirente). En este orden de cosas, la adquisición de propiedad de un vehículo de motor estima que no es aplicable al orden jurídico-civil la transferencia del vehículo, pues sólo rige a efectos administrativos para el cambio de titular del vehículo transmitido porque en el aspecto jurídico-civil la adquisición a título oneroso de la propiedad de un vehículo de motor, como la de cualquier otro bien mueble o inmueble se rige exclusivamente por la teoría del título y el modo que para las transmisiones a título oneroso consagran los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, o sea, que el dominio solamente puede adquirirse mediante un contrato con virtualidad traslativa del dominio —título— como es la compraventa, acompañado o seguido de la entrega o tradición —modo— en cualquiera de sus modalidades, real, simbólica o ficticia. Así se ha pronunciado la jurisprudencia citando, a este respecto, sentencias como las de 20 de octubre de 1989, 4 de enero de 1995, 25 de octubre de 1993, 2 de noviembre de 1993, 1 de marzo de 1994, 6 de mayo de 1994, 20 de febrero de 1995, 31 de mayo de 1996, 7 de junio de 1996, 14 de junio de 1997, 10 de julio de 1997, 9 de octubre de 1997 y 3 de diciembre de 1999.

El artículo 1.095 del Código Civil contiene dos prescripciones: una es reguladora de un efecto de la obligación, o sea, la adquisición de los frutos por el acreedor, y la otra establece o confirma un principio básico para el régimen de la adquisición de los derechos reales. En los contratos de arrendamiento de cosas, compraventa cuando no sigue inmediatamente a la perfección la entrega de la cosa al comprador, contratos de prenda y anticresis, es decir, en los contratos que dan derecho a la percepción de frutos, el devengo de aquéllos proviene ya del mero derecho personal que la perfección del contrato origina, pues en otro caso la percepción de frutos no crearía un derecho definitivo y daría lugar a su restitución o a la de su valor.

## CONCLUSIONES

El Código Civil da reglas en materia de accesión para la adquisición de los frutos en sus artículos 354 a 357, por lo tanto, hay que distinguir en cada caso según las clases de frutos y la situación en que se encuentran, nacidos y no percibidos aún, percibidos y simplemente que se hayan pendientes.

La obligación a que se refiere el artículo 1.095 del Código Civil debe ser cumplida por aquél que tenga en su poder la cosa que deba ser entregada, con sus frutos, puesto que perfecto el contrato, los beneficios o riesgos de la cosa corren a cargo o beneficio del adquirente. Son dos los criterios adoptados por este precepto: por un lado, la obligación positiva de dar el derecho a los frutos y, por otro, la entrega de la cosa, es el derecho real sobre la misma, título y modo. El deudor debe entregar y el acreedor debe recibir los frutos desde que nace la obligación, desde que se perfecciona el contrato.

En el Derecho español, el contrato no transmite por sí sólo el derecho de propiedad, sino que se sigue la teoría del título y el modo, pues por medio

de un contrato —título— se adquiere el derecho de obligación a que le sea entregada la cosa, y el derecho real sobre ésta se adquiere por la entrega o tradición —modo—. La jurisprudencia ha reiterado la aceptación en Derecho español de la teoría del título y el modo, imprescindible para la adquisición del dominio y demás derechos reales, no bastando las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de cosa, si bien se admite ésta en forma como la prevista al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura resulta o se deduce claramente lo contrario. Por lo tanto, el artículo 609 del Código Civil prevé la adquisición de la propiedad por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, lo que ratifica el artículo 1.095 del mismo texto legal, que dispone que el adquirente por contrato no adquirirá derecho real sobre ella, la cosa, hasta que le haya sido entregada. En virtud de la teoría del título y el modo, resulta incuestionable que, para adquirir el dominio, no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición.

Los artículos 609 y 1.095 del Código Civil proclaman, pues, la necesidad del modo o tradición para provocar, con causa en el contrato, para hacer dueño a quien compra una cosa mediante contrato celebrado con quien lo es.

#### RESUMEN

##### TÍTULO Y MODO

*El acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que no le haya sido entregada, es decir, el título y el modo de adquirir determinan que se transmite el dominio y surge en el nuevo titular la posibilidad del ejercicio de acciones de naturaleza real. Así, en el contrato de compraventa se produce el nacimiento de obligaciones, una de las cuales es la entrega de la cosa y esta entrega, con finalidad traslativa, constituye la tradición; aquel contrato es el título y esta tradición es el modo. La conjunción de ambos produce la adquisición de la propiedad en el comprador, ya que la obligación tiene que ser cumplida por aquél que tenga en su poder la cosa que debe ser entregada con sus frutos.*

#### ABSTRACT

##### TITLE AND DELIVERY

*A creditor does not acquire a real right in a thing until that thing has been delivered to the creditor. In other words, ownership is not transferred until the new owner has acquired both title to and delivery of the thing in question. As of that point in time, the new owner can take action of a real (i.e., property-related) nature. Thus, in a contract selling real property, obligations are created. One of them is the obligation to deliver the thing; the thing is delivered with the intention to convey, and that constitutes conveyance. The contract is the title, and the conveyance is the delivery. The conjunction of the two, title and delivery, means the buyer has acquired ownership, as the obligation has got to be discharged by the person who has in his power the thing that must be delivered together with its fruits.*



HACIA UNA NUEVA TIPOLOGÍA LOCATIVA: ARRENDAMIENTO  
DE BIENES MUEBLES, RENTING Ó LEASING OPERATIVO,  
ESPECIAL ESTUDIO DE SUS CARACTERES ESENCIALES

por

ROSANA PÉREZ GURREA  
*Licenciada en Derecho*

I. ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES: CONCEPTO Y RÉGIMEN  
JURÍDICO

La doctrina romanista ha legado al Derecho moderno un concepto excesivamente amplio del contrato de arrendamiento, englobando dentro de él: el de cosas, obras y servicios (*locatio rei, operum y operis*).

Siguiendo esta concepción unitaria del arrendamiento, podemos definirlo como contrato consensual, por el que a cambio de un precio o remuneración, una persona se obliga a procurar a otra el uso y disfrute o simplemente el uso de una cosa o a prestarle temporalmente sus servicios o a hacer por cuenta de ella una obra determinada.

Pero este concepto unitario es totalmente inadecuado para el Derecho moderno ante la continua creación de nuevas modalidades locativas de gran importancia social, económica y jurídica que nos llevan de la tradicional máxima romanista *res movilis res vilis* a la aparición de una nueva tipología locativa (1) como el *renting* o *leasing* operativo que se muestra especialmente relevante en el sector del equipamiento industrial, los contratos y los servicios.

Vamos a estudiar en este trabajo el arrendamiento de bienes muebles que en la actualidad tiene gran trascendencia práctica motivado por el gran valor de algunos bienes muebles como la maquinaria industrial unido a la contratación en masa que tiene por objeto estos bienes con la finalidad de utilizarlos evitando los inconvenientes inherentes a la titularidad dominical.

La importancia del arrendamiento mobiliario contrasta con la falta de regulación jurídica de esta materia, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal y jurisprudencial. El Código Civil de 1889, a diferencia de sus precedentes legales, no lo regula expresamente y al dedicar el capítulo II del título VI del libro IV al arrendamiento de cosas, se centra en el arrendamiento de inmuebles, sólo hay dos artículos específicamente dedicados al arrendamiento mobiliario: el 1.545 y el 1.582, todo ello sin perjuicio de una posible aplicación analógica de los artículos 1.543 y siguientes del Código Civil al arrendamiento de bienes muebles como posteriormente veremos.

Tampoco el Código de Comercio ni la legislación mercantil han paliado esta omisión, entre ellos el proyecto de Ley General sobre Navegación Marítima de noviembre de 2006, que contenía una regulación sobre el arrendamiento de buques y que no ha llegado a buen puerto.

---

(1) La aparición de nuevas modalidades arrendaticias en contraposición con los estrechos moldes del arrendamiento clásico ha sido descrita muy gráficamente por el TS en sentencia de 27 de octubre de 1995 como moderna «sociología locativa».

A) CONCEPTO

El artículo 1.543 del Código Civil dice: «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y por precio cierto».

De esta definición descriptiva se deduce la existencia de tres elementos esenciales que delimitan el perfil de esta figura jurídica: el goce o uso, tiempo determinado y precio cierto, a lo que se añade el carácter de derecho personal o de crédito conferido al arrendatario.

No obstante, destacamos dos omisiones:

El artículo 1.543 no concreta la cosa objeto del contrato de arrendamiento, por lo que podemos entender que están comprendidos tanto los bienes muebles como los inmuebles, ya que sólo se excluyen expresamente, *ex* artículo 1.545 del Código Civil, los bienes fungibles que se consumen por el uso.

Por otro lado, el artículo 1.543 no especifica cuáles son los caracteres diferenciales de este goce locativo que permita diferenciarlo del goce dominical, así como del goce que proporcionan otros derechos. En concreto, se trata de un goce temporal (2), oneroso (3) y conforme al destino o finalidad de la cosa.

B) RÉGIMEN JURÍDICO

El Código Civil no contiene una regulación expresa del arrendamiento de bienes muebles decantándose la doctrina por la aplicación analógica de las normas del arrendamiento de cosas (art. 1.543 y sigs.), salvo los artículos que impliquen como condición esencial la existencia de un inmueble (4). Sólo hay dos artículos que hacen referencia expresa al arrendamiento de bienes

---

(2) La idea de temporalidad hay que entenderla en el sentido de que el arrendamiento sea temporal y no perpetuo, ya que el propio Código Civil admite el supuesto de que no se pacte tiempo determinado como lo demuestran los artículos 1.577 y 1.581 al establecer reglas sobre duración del contrato para aquellos casos en que las partes no hayan fijado plazo. De esta idea se deducen dos obligaciones fundamentales del arrendatario: la restitución de la posesión y la conservación de la cosa que posee *in nomine alieno*.

(3) Respecto al goce oneroso, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el precio es un elemento esencial del contrato bastando con que sea determinable aunque *ab initio* no esté determinado.

(4) CÁMARA LAPUENTE, S., en *El arrendamiento de bienes muebles*, ed. Aranzadi, 2008, págs. 208 y 211, entiende que no cabe calificar el arrendamiento mobiliario como contrato atípico, ya que lo anima la misma causa que al arrendamiento de cosa, por tanto si no es atípico tampoco es preciso el recurso a la analogía, sino que se le aplica la normativa del Código Civil sobre arrendamiento de cosas, puesto que la calidad de derecho subjetivo es idéntica. Llega a la siguiente conclusión: «por una parte, son de aplicación directa y no analógica al contrato típico de arrendamiento de bienes muebles todos los preceptos del Código Civil que se refieran al arrendamiento de cosa que por su teleología no se ciñan al uso propio de un bien inmueble; en definitiva, cuando sean compatibles con las particularidades que la naturaleza mobiliaria del bien introduce en el uso o goce cedido. Por otra parte, pueden resultar de aplicación analógica algunos de los artículos (no todos) que se refieran específicamente a fincas, bienes raíces o predios rústicos o urbanos cuando concorra identidad de razón y exista una laguna en el régimen general que pueda resolverse con dicho método analógico».

muebles: el 1.545, ya citado y al que me remito, y el artículo 1.582 que dice: «Cuando el arrendador de una casa o parte de ella, destinada a la habitación de una familia o de una tienda o almacén o establecimiento industrial, arrienda también los muebles, el arrendamiento de éstos se entenderá por el tiempo que dure el de la finca arrendada».

En Derecho Comparado destacamos «Los Principios Europeos sobre el Arrendamiento de Bienes Muebles» inserto en el borrador del «Marco Común de Referencia» sobre Derecho Contractual Europeo publicado, de momento con carácter provisional en 2008, y que se convertirá en definitivo a finales de este año, el cual ha tenido en cuenta los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Dentro del ámbito del Derecho de Consumo es importante la aplicación al arrendamiento de bienes muebles del TR de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007, que representa una manifestación más del principio *pro consumatore* del artículo 51 de la Constitución (5), sobre todo los preceptos reguladores de las cláusulas abusivas; a los efectos que nos interesan, los Notarios y los Registradores, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de julio de 1998, también se aplica a los contratos de arrendamiento de bienes muebles celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente) con condiciones generales, siendo más discutible la aplicación a esta materia de las garantías en las ventas de consumo reguladas en la actualidad en los artículos 114 a 125 del TR de 2007 (antes en la Ley de 10 de julio de 2003), a diferencia de países como Italia, cuyo Código de Consumo de 2005 sí extiende expresamente el régimen de garantías a los alquileres de bienes muebles.

## II. CARACTERES ESENCIALES

Sus rasgos definitorios podemos exponerlos como sigue:

1. Consensual, ya que el arrendamiento se perfecciona por el mero consentimiento (dado el juego del art. 1.543 con el 1.258). La importancia de la entrega no lo convierte en un contrato real.
2. Bilateral, ya que las obligaciones del arrendador y del arrendatario son recíprocas, de manera que si al arrendatario le corresponde pagar la renta convenida, el arrendador debe procurarle el goce de la cosa arrendada durante toda la duración del contrato.
3. Oneroso, ya que en todo arrendamiento hay un cambio entre su utilidad y su precio correspondiente. En caso de pactarse la gratuidad, no sería un arrendamiento sino un comodato de bienes muebles.
4. Temporal, como hemos indicado antes, ya que los perpetuos constituirían más bien una enajenación.

---

(5) Hay que tener en cuenta que esta normativa no es aplicable a los arrendamientos entre empresarios o entre profesionales, ya que éstos, en su posición jurídica de arrendatarios, no responden al perfil legal de consumidor o usuario.

5. De tracto sucesivo, ya que su ejecución se prolonga durante un tiempo determinado, lo que debe tenerse en cuenta en determinados aspectos como el saneamiento por vicios ocultos y la posible resolución del contrato.
6. Conmutativo, porque la idea de riesgo no le es inherente y la ventaja patrimonial es cierta para los contratantes desde el momento de la conclusión del contrato.
7. Dicotomía entre el carácter civil o mercantil del arrendamiento de bienes muebles.

Esta cuestión podemos examinarla distinguiendo las siguientes posiciones:

- a) El arrendamiento de bienes muebles es siempre un contrato civil, cualquiera que sean las personas que lo celebran y la finalidad pretendida. Su principal argumento sería que el Código de Comercio no regula el arrendamiento de cosas mientras que el Código Civil sí lo hace.
- b) La segunda postura sería entender que el arrendamiento mobiliario es mercantil por combinación de sus elementos subjetivos y objetivos, es decir, cuando su finalidad sea adquirir las cosas muebles con ánimo especulativo o cuando uno de los contratantes sea empresario y se dedique habitualmente a este negocio.
- c) Entender que puede tener carácter mercantil o civil, pero que en último término, ante la ausencia de regulación en el Código de Comercio, hay que aplicar el régimen tipificado en el Código Civil.

En mi opinión, el hecho de que el Código de Comercio no contenga una regulación específica de esta materia, no nos puede llevar a aplicar, sin más, el régimen del Código Civil, ello sería un criterio muy simplista, pues hay que tener en cuenta que el Código de Comercio sí establece especialidades para las obligaciones y para los contratos mercantiles en general, sin obviar el juego de los usos mercantiles.

### III. ASPECTOS REGISTRALES

Los arrendamientos que recaigan sobre bienes muebles registrables o identificables son inscribibles en el Registro de Bienes Muebles creado por Real Decreto de 3 de diciembre de 1999; es un Registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, así como de condiciones generales de la contratación, por ello nos tenemos que plantear qué efectos produce la inscripción sobre el arrendamiento.

Este Registro tiene la eficacia propia de un Registro jurídico, nace con auténtica vocación de «Registro de Propiedad Mobiliaria» regido por principios semejantes a los de éste, así lo indica la DGRN en Resolución de 11 de abril de 2000 y en la Instrucción de 26 de abril de 2001. Esta normativa se complementa con la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de 19 de julio de 1999, en cuyo artículo 2.2 dice: «En el Registro se inscribirán separadamente: los contratos de arrendamiento, con o sin opción de compra, y cualesquiera modalidades contractuales de arrendamientos sobre bienes muebles que cumplan lo dispuesto en esta Ordenanza», y en el artículo 4.d) tipifica que: «Podrán ser objeto de inscripción: los contratos de arrendamiento financiero regulados en la Disposición Adicional 7.<sup>a</sup> de la Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre

Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, arrendamientos con opción de compra no comprendidos en los anteriores, arrendamientos de retro y cualesquiera modalidades contractuales de arrendamiento sobre bienes muebles corporales no consumibles e identificables, si bien, dada su naturaleza distinta de las ventas a plazos, se inscribirán en asientos separados de éstas».

Por tanto, al quedar el arrendamiento reflejado en el Registro, junto a la publicidad posesoria aparece también una publicidad tabular como requisito de oponibilidad frente a terceros de buena fe.

Entre los efectos jurídicos que atribuye el Registro al arrendamiento destacamos los siguientes:

1. El principio de legitimación del cual se derivan tres reglas: 1. A todos los efectos legales, se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma que resulte del Registro. 2. Se presume, salvo prueba en contrario, que los contratos calificados e inscritos son válidos, como consecuencia de ello no puede ejercitarse acción contradictoria del dominio del bien mueble o de los derechos inscritos sin que previamente, o a la vez, se estable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. 3. Se presumirá que el arrendador con contrato inscrito y el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien.
2. Se regula también la llamada tercería registral, de manera semejante a lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria, ya que en caso de ejecución forzosa contra bienes muebles, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto a ellos en el momento en que conste en autos por certificación del Registrador que esos bienes están inscritos a favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se siguió el procedimiento.
3. Principio de prioridad que se traduce en la preferencia legal para el cobro por razón de la presentación en el Registro y en un derecho de separación de la masa en caso de concurso del vendedor (amparados los dos en el art. 16.5 de la Ley 28/1998). El artículo 30 de la Ordenanza dice: «Las inscripciones producirán todos sus efectos desde la fecha del asiento de presentación».
4. Presunción de conocimiento general de los derechos inscritos y de inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe (arts. 28 y 31 de la Ordenanza).
5. Principio de fe pública registral regulado en el artículo 29 de la Ordenanza, señalando GÓMEZ GÁLLIGO que en la práctica deja sin efecto, respecto de los bienes muebles identificables, lo dispuesto en el artículo 464 del Código Civil: «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. No obstante, quien adquiera a título oneroso y de buena fe algún derecho susceptible de inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de quien, según el propio Registro, sea titular con facultades de disposición, será mantenido en su adquisición aunque posteriormente se anule o resuelva el derecho del transmitente por causa que no conste en el Registro. La buena fe se presume»
6. En último término, el Registro sigue la técnica de folio real, ya que deja de ser un Registro de gravámenes y se convierte en un Registro de titularidades, siendo de aplicación el principio de tracto sucesivo.

#### IV. LEASING FINANCIERO: DIFERENCIAS CON EL ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES

El denominado *leasing* financiero es un contrato de procedencia anglosajona a través del cual se ofrecía a los empresarios la posibilidad de disponer de los bienes que necesitaban para el ejercicio de su actividad económica, sin necesidad de proceder a su adquisición durante un determinado periodo de tiempo; transcurrido el cual, el usuario podía adquirir los bienes por un precio residual, devolverlos o renovar el contrato por un nuevo plazo. En un primer momento, esta nueva técnica de financiación se entendió exclusivamente aplicable a bienes muebles y más específicamente a aquellos de uso empresarial o profesional, pero posteriormente se consagra su aplicabilidad tanto a muebles como a inmuebles.

La diferencia objetiva entre ambos repercute en su significación jurídica, como señala COLLOR en frase muy gráfica: «en el *leasing* de bienes muebles, el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles, la propiedad vence siempre al uso».

Se consolida el contrato de *leasing* financiero desde el momento en que los empresarios, tradicionalmente apegados al dominio de los bienes de producción, descubren que lo importante no es el capital sino el valor en uso.

La RDGRN de 29 de enero de 2005 lo configura como un contrato complejo de contenido no uniforme, donde la finalidad práctica perseguida por las partes no es una mera cesión de uso por tiempo determinado y precio cierto, con posibilidad añadida de devenir propietario del vencimiento de aquel plazo, sino la de producir una transmisión gradual y fraccionada de las facultades y obligaciones inherentes al dominio, transmisión que no se consumará hasta la completa realización por el arrendatario financiero de la contraprestación asumida.

La causa del *leasing* es la financiación empresarial, en la intermediación financiera radica la función económico-social de esta figura jurídica, en el cual se retribuye no solamente la cesión del uso del bien, sino también la financiación de su futura adquisición cuando se ejercite la opción de compra; es precisamente ésta una de las principales notas que lo diferencian del arrendamiento de bienes muebles.

Para diferenciar ambas figuras, vamos a distinguir los siguientes puntos:

1. En el *leasing* la causa es de financiación para el uso y posterior adquisición, mientras que en el arrendamiento la causa consiste en la cesión del uso a cambio del precio, sin fines de mediación financiera.
2. La opción de compra es un elemento esencial del *leasing*, pero no se da en el arrendamiento puro. Así destacamos las RDGRN de 12 de mayo y de 21 de junio de 1994, que señalan: «La relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca el *leasing* como figura con contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va insita una facultad potestativa de adquisición».
3. En el arrendamiento, la renta retribuye la cesión de uso, mientras que en el *leasing* financiero, las cuotas no sólo tienen en cuenta este concepto sino que se atiende al coste total del bien.

4. En el *leasing* sólo pueden ser arrendadores financieros las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito, limitaciones subjetivas que no existen en el arrendamiento de bienes muebles.

## V. LEASING OPERATIVO O RENTING

Tanto la doctrina (6) como la jurisprudencia han venido identificando el *leasing* operativo y el *renting*, ya la STS de 19 de enero de 2000 considera que ambos contratos son meros arrendamientos de cosas muebles en los que no se da la función mediadora y financiera característica del *leasing*. Se han intentado señalar dos diferencias entre el *leasing* operativo y el *renting*: en el primero, es el propio fabricante el que ofrece los productos cediendo su uso, en el *renting* el arrendador es una empresa que adquiere los bienes de un fabricante determinado para cederlos en uso; el *leasing* operativo responde a la idea de estabilidad en el tráfico jurídico de la empresa, mientras que el *renting* se basa más en la transitoriedad, en la realización de obras o servicios determinados; en mi opinión estas diferencias en la actualidad difícilmente se dan, ya que el *renting* se practica para atender necesidades estables de la empresa y por periodos de tiempo más o menos largos.

El *renting* podemos definirlo como un arrendamiento de cosa mueble a medio o largo plazo, por el que el arrendador cede el uso del bien al arrendatario a cambio de una renta determinada, por tiempo fijo y sin opción de compra que lleva inherente la prestación de diferentes servicios como el mantenimiento y reparación del bien, entre otros. En definitiva, implica un arrendamiento mobiliario duradero con servicios que nos llevan a configurarlo como un contrato de arrendamiento complejo, en el que es esencial la conexión causal entre la cesión locativa y la prestación de servicios.

Son por tanto sus notas definitorias las siguientes:

1. Es un tipo de arrendamiento de bienes muebles, en la actualidad el *renting* sólo recae sobre bienes muebles, sin perjuicio de que en un futuro pueda recaer también sobre inmuebles, en el cual no existe finalidad de intermediación financiera.
2. Normalmente se concluye para una duración a medio o largo plazo, que suele variar entre dos y cinco años.
3. La posición jurídica de arrendador puede recaer en cualquier persona, física o jurídica, con facultades suficientes para ceder el uso aunque no tenga la titularidad dominical, ya que no se lleva a cabo una actividad de intermediación financiera, pudiendo serlo por tanto sociedades mercantiles con o sin la consideración legal de establecimientos financieros de crédito.
4. La posición de arrendatario puede recaer tanto en un empresario o profesional para la explotación económica de su empresa como en usuarios particulares que son sólo consumidores.
5. Normalmente el precio queda determinado de forma global y unitaria comprendiendo tanto el uso del bien como los servicios prestados, consistiendo en una cuota fija periódica generalmente mensual.

---

(6) Véase GARCÍA SOLÉ, F. y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Derecho de bienes muebles. Financiación y garantía en la contratación mobiliaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 99.



6. Es elemento esencial de este contrato la prestación de servicios como obligación fundamental del arrendador, entre los que se encuentra el mantenimiento y reparación del bien.
7. No lleva consigo opción de compra a diferencia del *leasing*, si el usuario, al finalizar el contrato, quiere adquirirlo, se le ofrecerá dicha posibilidad, pero ello no sería un elemento integrante del contrato de *renting* sino un contrato autónomo y posterior a éste, lo cual es acorde con la finalidad del contrato y al mismo tiempo elimina posibilidades de incurrir en un *leasing* financiero encubierto.

De estas notas resulta claro la configuración jurídica del *renting* como un arrendamiento duradero de bienes muebles con prestación de servicios, lo que lo convierte en un arrendamiento complejo al que le podemos aplicar la normativa del Código Civil sobre arrendamiento de cosas (art. 1.542 y sigs. del CC) junto con las reglas relativas al contrato de servicios que en cada caso sea procedente.

#### RESUMEN

##### ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES

*Asistimos en la actualidad a una creciente aparición de modalidades locativas que nos llevan de la tradicional máxima romanista *res movilis res vilis* a las figuras de *renting* o *leasing* operativo de gran importancia social, económica y jurídica que se muestran especialmente relevantes en el sector del equipamiento industrial, los contratos y los servicios.*

*En este trabajo pretendemos analizar el arrendamiento de bienes muebles cuya trascendencia contrasta con la falta de regulación jurídica de la materia, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal y jurisprudencial. Hemos examinado sus caracteres esenciales, sus aspectos registrales y su régimen jurídico analizando sus diferencias con otras figuras arrendaticias como el *leasing* financiero, *renting* o *leasing* operativo.*

#### ABSTRACT

##### CHATTEL LEASES

*More and more modes of rental are appearing nowadays, causing a shift in views from the traditional Roman maxim, *Res movilis res vilis*, to concepts of operational leasing that are accruing great social, economic and legal importance and proving themselves especially meaningful in the sector of industrial equipment, contracts and services.*

*In this paper we attempt to analyse the leasing of personal property. The importance of the chattel leasing business contrasts with the lack of legal regulation on the matter. From the legislative standpoint, the doctrinal standpoint and the standpoint of case law, we have examined the essential features of chattel leases, the registration-related aspects of chattel leases and the laws applying to chattel leases, analysing the differences between these and other kinds of leases, such as financial leases and operating leases.*



## 1.6. Responsabilidad Civil

### *EL EJERCICIO DEL DERECHO AL HONOR COMO LÍMITE AL DERECHO A LA INFORMACIÓN*

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ  
*Profesora titular de Derecho Civil UNED*

#### I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como sabemos, en la actualidad se plantean con frecuencia reclamaciones a los diferentes medios de comunicación, cuando los protagonistas de las noticias o informaciones emitidas se consideran vulnerados en su derecho al honor. El conflicto, que se suscita entre el derecho al honor y la libertad de información, nos lleva en este caso, a analizar cuál de estos dos derechos debe prevalecer.

Comenzaremos por acercarnos brevemente a ambos conceptos. Así, respecto a la caracterización del derecho al honor, la sentencia de 22 de julio de 2008 (*RJ* 2008/249637), recuerda que: «el artículo 18.1 de la Constitución Española garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones concretas de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 del mismo texto constitucional (1). De él ha señalado la doctrina que se trata de un

---

(1) En el mismo sentido, la sentencia de 23 de julio de 2008 (2008/249603), afirma que tiene reiteradamente dicho esta Sala, compartiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (así fue recordado por sentencia de esta Sala de 18 de julio de 2007 [*RJ* 2007/4686]), que «el derecho al honor es esencialmente un derecho derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución, y cuya negación o desconocimiento se produce, básicamente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida respecto a determinada persona que, inexcusablemente, la haga desmerecer de su propia estimación o del público aprecio; por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia, el ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada e incluso de la familia, como en el externo o ámbito social y, por tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad, al no caber olvidar que el respeto al derecho a la debida consideración social se integra en un doble aspecto: en cuanto afecta a la propia estimación que la persona hace de sí misma, y por la trascendencia, que se basa en el reconocimiento que los demás hacen de la propia dignidad, y sin que la libertad de expresión pueda justificar la atribución y difusión a una persona, de hechos que indudablemente la hacen desmerecer del público aprecio y respeto. Así, por tanto, el honor, derecho de la personalidad que suele clasificarse dentro de los de proyección social, se manifiesta o como honra, especie de patrimonio moral de la persona, consistente en aquellas condiciones que ésta considera expresión concreta de su propia estimación, o, en un sentido objetivo, como reputación, esto es, la opinión o estima que de la persona tienen los demás, conceptuando el artículo 7.7 de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de la *Ley*, la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona, cuando la difame o la haga desmerecer de la consideración ajena».

derecho de la personalidad autónomo, derivado de la dignidad humana (entendida como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona), y dirigido a preservar tanto el honor en sentido objetivo, de valoración social —trascendencia— (entendido entonces como fama o reputación social), como el honor en sentido subjetivo, de dimensión individual —inmanencia— (equivalente a íntima convicción, autoestima, consideración que uno tiene de sí mismo) evitando cualquier ataque por acción o por expresión, verbal o material, que constituya, según la Ley, una intromisión ilegítima».

Ambos sentidos del derecho del honor, subjetivo (aspecto interno), y objetivo, se han ido perfilando a lo largo de una constante y reiterada jurisprudencia, sentencias de 23 de febrero (*RJ* 1989/1394), 2 de marzo (*RJ* 1989/1748), 12 de mayo (*RJ* 1989/3763), 1 de junio, y 5 de diciembre de 1989, 4 de enero (*RJ* 1990/6), 16 de junio y 4 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/7469), 31 de julio de 1992 (*RJ* 1992/6508), 4 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/824), entre otras muchas.

Además, se impone recordar que el honor (sentencias de 20 de julio [*RJ* 2004/7870] y 2 de septiembre de 2004 [*RJ* 2004/5574]) «constituye un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y con cuya protección se ampara a la persona frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas», conforme expresa la sentencia de 22 de julio de 2008, del Tribunal Supremo (*RJ* 2008/249637). Doctrina que también recoge la sentencia de 23 de julio de 2008 (2008/249603).

En definitiva, cabe afirmar siguiendo al profesor LASARTE (2), respecto del honor: «que sencillamente se trata de la estimación y el respeto que la persona se profese a sí misma y que le reconozca la comunidad en que se desenvuelve».

Junto al honor coexisten otros derechos fundamentales, como el derecho a la información. La libertad de información aparece reconocida en el artículo 20 de nuestra Constitución. Consiste en comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Efectivamente, cuando lo que se persigue es informar sobre hechos que se pretenden ciertos, estamos ante la libertad de información. Consiste, por tanto, en narrar hechos veraces.

La libertad de información está íntimamente relacionada con el derecho de libertad de expresión (3), aunque se diferencia de él. Sobre la posibilidad de deslindar la libertad de expresión y libertad de información, puede verse la sentencia 139/2007, de 4 de junio, del Tribunal Constitucional, que señala que: «la libertad de expresión consistiría en el derecho a formular juicios y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que el campo de acción vendría sólo determinado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Por el contrario, cuando lo que se persigue es suministrar información sobre he-

---

(2) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil, I. Parte General y Derecho de la persona*, duodécima edición, 2006, Barcelona, pág. 204.

(3) La libertad de expresión: consiste en emitir libremente opiniones, ideas y pensamientos, si bien lo cierto es que, muchas veces, aparecen íntimamente ligadas, pues cuando se informa de una determinada noticia se puede emitir también juicios de valor sobre la misma.

chos que se pretenden ciertos, estaríamos ante la libertad de información entonces, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz. Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en una misma exposición, los elementos que pretenden informar de los dirigidos a valorar, y en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante, entre otras muchas STC 51/1997, de 11 de marzo». También pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2008 (*RJ* 2008/249603) y de 28 de julio (*RJ* 2008/282628).

Como bien sabemos, ninguno de estos derechos puede ejercitarse de forma absoluta e ilimitada. Efectivamente, como señala la sentencia de 22 de julio de 2008, del Tribunal Supremo (*RJ* 2008/249637): «es doctrina jurisprudencial, constante y pacífica, emanada de las sentencias de esta Sala al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que los derechos no son absolutos, ni aún cuando tengan la consideración de fundamentales, estando por ello el derecho al honor "limitado por los también fundamentales a opinar e informar libremente"», por todas, sentencia de 20 de julio de 2004 [*RJ* 2004/7870].

## II. CONFLICTOS EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO AL HONOR

No cabe duda de que en el ejercicio de un derecho, como el de la libertad de información, pueden resultar afectados otros derechos de la personalidad y libertades ajenas, tales como los derechos al honor o la intimidad, de ahí la necesidad de delimitar estos derechos para que no colisionen.

En estos tiempos, donde los programas del corazón ocupan gran parte del espacio televisivo y la llamada «prensa rosa» nos invade, son constantes los ataques al honor y a la intimidad, que hace un determinado sector de la comunicación.

Determinar cuál de estos derechos debe prevalecer es una tarea ardua (4) que hay que ponderar a la vista de las circunstancias del caso, comprobando

---

(4) Siendo doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo la que recoge la sentencia de 22 de julio (*RJ* 2008/249637) al afirmar que «no se pueden establecer apriorísticamente límites o fronteras entre uno y otro derecho, debiéndose hacer dicha delimitación caso por caso (sentencias de 13 de enero de 1999 y de 29 de julio de 2005), sin perjuicio de que esa tarea de ponderación, con relación a la libertad de información, tenga en cuenta «la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, de ésta», puesto que la libertad de información del artículo 20-1.d) de la Constitución Española, además de tener el carácter de una libertad individual, indica que una opinión pública libre está indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático y al principio de legitimidad democrática que proclama el artículo 1-2 de la CE, y que es la base de toda la ordenación jurídica-política. Ahora bien, para que en el caso concreto, tras efectuarse el juicio de ponderación entre los derechos en conflicto, se concluya a favor de la prevalencia del derecho a la libertad de información, es necesario y preciso, según jurisprudencia constante de esta Sala (sentencias de 7 de julio de 2004 [*RJ* 2004/5276], 23 de septiembre de 2005 [*RJ* 2005/8876] y 23 de febrero de 2006 [*RJ* 2006/835], 19 de julio de 2006 [recurso 2448/2002 (*RJ* 2006/3991)], de 18 de julio de 2007 [recurso 5623/2000 SIC (*RJ* 2007/751)] y de 31 de enero de 2008 [recurso 263/2001 (*RJ* 2008/1303)], y entre muchísimas más) corroborada por la emanada de sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, SSTC 54/2004 [*RTC* 2004/54], y 61/2004 [*RTC* 2004/61]), que se den una serie de presupuestos: a) Que la información transmitida sea veraz, basada en una comprobación razonable por parte del periodista; b) Que esté referida a asuntos públicos que son de interés general

si en la confrontación de estos derechos se ha respetado el contenido constitucional de los mismos.

Asimismo, es necesario recordar que cuando se produce un conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor y a la intimidad, hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 20.4 de la Constitución, que dispone que el respeto a los derechos al honor y a la intimidad constituyen un límite al ejercicio de la libertad de información que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamental.

Con carácter general, la doctrina mayoritaria (5), para analizar la cuestión sobre el conflicto entre estos derechos, acude a la doctrina del Tribunal Constitucional, y puede afirmarse que en este punto, la jurisprudencia ha pasado por tres fases que pueden esquematizarse del siguiente modo, según HERRERO TEJEDOR, F.:

«En la primera fase entendió que en la confrontación entre las libertades de información o expresión y el derecho a la intimidad y al honor, debía primar preferentemente la protección a los segundos por cuanto constitúan un límite externo de aquéllas. Por tanto, en esta fase prevalecía el artículo 18.1 sobre el 20.1 y 20.4 de la Constitución.

En la segunda fase se consideró que las libertades consagradas en el artículo 20 garantizaban la formación de una opinión pública libre, institución política fundamental ligada al pluralismo político, por lo que se producía un conflicto de derechos de igual rango, lo que impedía *a priori* la prevalencia de ninguno de ellos, siendo preciso, en este caso, acudir a la técnica casuística de la ponderación de derechos.

Por último, en una tercera fase, en la que nos encontramos, se considera que, dado que las libertades del artículo 20 constituyen una garantía institucional del pluralismo, deben tener una posición prevalente, aunque no de forma absoluta, pues es preciso que contribuyan a formar una opinión pública. Para que prevalezcan las libertades del artículo 20 CE, deben ejercitarse dentro de los parámetros constitucionales, es necesario que lo difundido tenga interés público y no sea gratuito, y, en el caso de la libertad de información, además es preciso que sea veraz. Si esto sucede, está legitimada la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen a través del ejercicio de la libertad de expresión y de información».

### III. REQUISITOS

Efectivamente, si observamos la jurisprudencia (6), veremos que ha ido estableciendo en su doctrina, unos criterios de ponderación dentro de los límites de estos derechos, que permiten señalar lo siguiente:

---

por las materias que se tratan y por las personas que en ellos intervienen; c) Que la transmisión de la noticia o reportaje no sobrepase el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, que la información sea veraz y que sea de interés general». Requisitos que luego analizaremos más adelante.

(5) De la que es un claro exponente HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad e imagen*, Colex, Madrid, 1990, págs. 112 y sigs. 175.

(6) Puede verse, sobre el tema, con gran extensión y detallada doctrina de los tribunales, CABALLERO GEA, J. A., *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e injurias*. Síntesis y ordenación de la doctrina de los tri-

La libertad de información para que pueda ser protegida constitucionalmente requiere la concurrencia de dos requisitos inexcusables (7): *a*) que el hecho relatado en la información sea veraz, y *b*) que la información, por la relevancia pública de su contenido, se desenvuelva en el marco del interés general del asunto o si se prefiere del interés público de la noticia a que se refiera.

A) En cuanto al primer requisito: la veracidad. Debemos aclarar, desde el principio, que para entender que una noticia es «veraz» (8), no es necesario que la noticia coincida exactamente con lo acontecido, sino que debe entenderse en el sentido de que: «se haya desplegado por quien las publica, la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no sean simples rumores, ni meras invenciones o insinuaciones insidiosas..., la veracidad (9), a que se refiere el artículo 20.1.d) CE, no debe identificarse con la idea de objetividad, ni con la «realidad incontrovertible» de los hechos, pues ello implicaría la constricción del cauce informativo a aquellos hechos o acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados (sentencia 52/2002, de 25 de febrero).

Además, como ha dicho la STC 144/1998, de 30 de junio: «El requisito constitucional de la veracidad de la información *ex* artículo 20.1.d) CE, no se halla ordenado a procurar la concordancia entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera tal que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquélla, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia», conforme ponen de relieve las sentencias del Tribunal Constitucional 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000/2); 112/2000, de 5 de mayo (RTC 2000/112), 52/2002, de 25 de febrero (RTC 2002/52); 76/2002, de 8 de abril (RTC 2002/76), 158/2003, de 15 de septiembre (RTC 2002/158).

Es decir, se considera que la noticia es «veraz», con bien poco, basta con que el informador no haya sido negligente a la hora de difundir la noticia.

Por el contrario, se califica de «inveraz» la información emitida «con la base de unas, más o menos fundadas, sospechas impregnadas de subjetivis-

---

bunales, Dykinson, Madrid, 2004, y GARBARÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2007.

(7) En relación a la exigencia de los citados requisitos, puede verse, entre otras, STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007/139). Sentencia comentada por RUBIO TORRANO, E., «Derecho al honor frente a la libertad de información», en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2007.

(8) Como afirma la STC 28/1996, de 26 de febrero: «Forma parte ya del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública» (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992 y 22/1995).

(9) Conviene precisar que si la intromisión se produjera en el derecho a la intimidad, el que los datos fuesen reales no impediría que existiera una intromisión ilegítima, pues precisamente lo que se pretende es no difundir datos de la vida privada que sean reales. Se causa un daño precisamente desvelando hechos que son verdad, pero que se quieren guardar en la intimidad. En este sentido existe una consolidada doctrina que afirma: «que tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso de la lesión». Vid., entre otras, las sentencias de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991/197); de 14 de febrero (RTC 1992/20); de 5 de mayo (RTC 2000/115); de 14 de octubre (RTC 2002/185) y de 30 de junio (RTC 2003/127).

mo», como en el caso en el que se acusó de «asesino» al esposo de una mujer desaparecida, habiéndose archivado las investigaciones policiales y judiciales, caso contemplado en la sentencia 139/2007, de 4 de junio (*RTC* 2007/139). Es decir, no pueden presentarse los rumores o invenciones como noticias que puedan afectar al honor de las personas.

B) En cuanto al segundo requisito: el interés general, es necesario determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, cuándo una noticia tiene interés público, advirtiéndose que es común admitir que lo tiene cuando puede contribuir a un debate de interés general (por la materia que trate o por la persona que en ella intervenga, y no lo tiene cuando sirve para la mera satisfacción de la curiosidad ajena, para el mero entretenimiento (10).

En este sentido ha mantenido el TC que «la información tenga por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada en los mismos, ya sea por la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados, puedan calificarse como noticiables o susceptibles de difusión, para conocimiento y formación de la opinión pública. Esta exigencia ha sido reiteradamente establecida por la doctrina de este Tribunal, que ha estimado la existencia de acontecimientos noticiables en los sucesos de relevancia penal (STC 320/1994, de 28 de noviembre), y ello con independencia del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia (STC 320/1994, de 28 de noviembre), apreciándose, asimismo, que la relevancia pública de los hechos ha de ser también reconocida respecto de los que hayan alcanzado notoriedad (STC 154/1999, de 14 de septiembre).

Esta distinción es decisiva, así reitera el Tribunal que sólo en los casos que: «lo informado resulte de interés público, no puede hablarse de vulneración a los derechos a la intimidad y propia imagen (por todas, STC 171/1990 [*RTC* 1990, 171]) pues sólo entonces puede exigirse a aquéllos que afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad» (11).

El Tribunal Supremo añade a los requisitos, a los anteriormente analizados de información veraz y de interés general, para poder considerar prevalente la libertad de información sobre el derecho al honor el que la información no sea injuriosa o insultante en relación con su contexto.

C) El contexto. Evidentemente, el contexto influye, las circunstancias que rodean la información pueden ser muy variables, así que el contexto se ha convertido en un cajón de sastre en el que se pueden incluir diferentes límites, no exento de aspectos que se pueden poner en tela de juicio. Es importante, por ello, analizar el contexto en el que se emiten las informaciones:

1. Se afirma que la transmisión de la noticia o reportaje no debe sobrepasar el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2008 (*RJ* 2008/1303); de 22 de julio de 2008 (*RJ* 2008/249655) y de 22 de julio de 2008 (*RJ* 2008/249637). En este sentido, la jurisprudencia tiene declarado que las expresiones empleadas en el ámbito periodístico han de ser contextualizadas, evi-

---

(10) No están protegidos los chismes que satisfacen la curiosidad ajena, ni rumores, ni invenciones en el caso de personajes públicos.

(11) Vid., sentencia de 14 de febrero (*RTC* 1992/20).

tando el análisis abstracto de las palabras y poniéndolas en relación tanto con el texto en el que son utilizadas como con el contexto social, así lo hace la sentencia de 22 de julio 2008 (*RJ* 2008/249655), que afirma también que se ha relajado la exigencia de evitar determinadas expresiones tenidas en el sentimiento popular como injuriosas cuando las mismas son utilizadas en contextos determinados.

2. La jurisprudencia refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTs de 19 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1324), 26 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1534) y 29 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9820) (campana electoral); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campana política entre rivales); 12 de febrero de 2003 (mitin electoral; se consideró la expresión «extorsión» como mero exceso verbal); 27 de febrero de 2003 (*RJ* 2003/2896), 6 de junio de 2003, 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política).
3. Igualmente se aplican idénticos principios a supuestos de tensión de conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, etc. Así, las SSTs de 9 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997/6385) (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 13 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002/9485) (situaciones de tensión y conflicto laboral); 19 de julio de 2006 (*RJ* 2006/3991) (sobre falsa imputación a otro sindicato de haber solicitado el voto para un partido político, entonces legal, que suscita un fuerte rechazo social por atribuírsele sintonía con una banda terrorista), 7 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5276) (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas) y 23 de febrero de 2006, recurso 3718/2001 (*RJ* 2006/723), según la sentencia de 31 de enero de 2008, además, pueden verse las sentencias de 22 de julio de 2008 (*JUR* 2008/249655), y de 28 de julio de 2008 (*JUR* 2008/313343), que citan y recogen la doctrina de 31 de enero de 2008.

D) Es necesario hacer otra precisión, en el caso de que se trate de personas con notoriedad pública (12), la jurisprudencia considera que los personajes públicos tienen que soportar sobre su reputación más restricciones que las personas privadas, pero hay que entenderlo en sus justos términos, sin que ello signifique negarles los derechos al honor y la intimidad, pues todos tenemos derecho a un espacio reservado al conocimiento de los demás y derecho a que las informaciones no sean injuriosas o hagan desmerecer a la persona en la consideración ajena, que se debe respetar por todos al tratarse de una manifestación de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual.

E) Por último, no podemos dejar de resaltar que hay que tener especial cuidado con las noticias en las que aparezca involucrado un menor (13), bien

---

(12) Hay que diferenciar entre personajes públicos, personajes famosos y profesiones de notoriedad o proyección pública. El tema merece un tratamiento separado que debe dejarse para otro momento.

(13) Resulta de gran interés la afirmación que contiene la sentencia 293/2004, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Álava, que señala que «cuando nos hallamos ante un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, a la



porque haya cometido un delito, bien porque, desgraciadamente, haya sido la víctima del mismo, no debe olvidarse nunca el principio del interés superior del menor que debe primar en todo momento.

#### IV. CONCLUSIÓN

La frecuencia con que el derecho a la libertad de información entra en conflicto con el derecho al honor, nos ha hecho detenernos en cuál de estos derechos fundamentales debe de prevalecer. El tema no está exento de dificultades. Creemos que no deben los medios de comunicación escudarse en la libertad de información, base indudable del estado democrático, para atacar el honor de las personas, pues deben respetarse ciertos límites. El problema es, precisamente, señalar esos límites, pues la línea divisoria es difícil. Expresiones críticas, insultantes, difamatorias y vejatorias, se conjugan de forma diferentes, según las circunstancias, lo que hace que nos movamos en unos contornos difusos, aquí precisamente, analizamos en parte esa problemática, advirtiendo que debe tenerse presente que la Constitución no reconoce, el pretendido, por algunos, derecho al insulto.

#### BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO GEA, J. A., *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e injurias*. Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales, Dykinson, Madrid, 2004.
- GARBARÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2007.
- INSTRUCCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL GENERAL DEL ESTADO, núm. 2/2006, 15 de marzo (*JUR* 2006/94040).
- HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, intimidad e imagen*, Colex, Madrid, 1990.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil, I. Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
- RUBIO TORRANO, E., «Derecho al honor frente a la libertad de información», en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2007.

#### RESUMEN

##### DERECHO AL HONOR

*El objeto de este comentario es analizar algunos de los aspectos del clásico*

#### ABSTRACT

##### RIGHT TO HONOUR

*The object of this commentary is to analyse some of the aspects of the clas-*

---

intimidad y a la propia imagen de los menores, la ponderación entre ambos derechos no debe ser la misma que cuando la protección se refiere a personas adultas, pues la libertad de expresión en estos casos, como apunta la doctrina y se desprende del artículo 20 de la Constitución Española, ha de quedar muy relativizada». Sentencia que es recogida por la Instrucción del Ministerio Fiscal General del Estado, núm. 2/2006, de 15 de marzo (*JUR* 2006/94040).



*co conflicto entre dos de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, en concreto la libertad de información y el derecho al honor. Ambos, pilares fundamentales de nuestra sociedad, y que en su ejercicio suelen colisionar. En particular, se centra en delimitar los requisitos que deben concurrir, tanto de carácter formal como material, para que al ejercitarse el derecho a la información no quede lesionado el derecho al honor. Es decir, sus límites.*

*sic conflict between two fundamental rights consecrated by the Spanish Constitution, the right to freedom of information and the right to honour. Both are fundamental pillars of our society, and in their exercise they tend to collide. Particular focus is given to outlining the requirements of form and the material requirements that must be met in order for the right to information to be exercised without injuring the right to honour. That is, the limits on the right to information.*

## 2. MERCANTIL

### *DE NUEVO SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES, ¿ESTATUTOS O PACTOS PARASOCIALES?*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Doctor en Derecho*

*Abogado*

#### I. DOS RECIENTES SENTENCIAS

El tan debatido tema de las retribuciones de administradores de las sociedades sigue apareciendo como constante fuente de conflictos que origina numerosas resoluciones jurisprudenciales, tanto a nivel de nuestro más Alto Tribunal, como en la conocida como «jurisprudencia menor» de nuestras Audiencias Provinciales.

Con gran frecuencia, uno de los problemas más controvertidos es el de la necesaria constancia o no de las retribuciones de los administradores en los estatutos sociales. Ya hemos tenido la oportunidad de expresar nuestra opinión en las páginas de esta Revista, al respecto y con carácter específico, para un supuesto en que se discutía el problema en relación con el consejero-delegado de una sociedad anónima, caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006 (*RJ* 2006/6710) (1).

Esta cuestión, aunque no suscitada en el proceso, es la que también considero latente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 30 de junio de 2008 (*JUR* 2008/300746), aunque en la misma también se abordan temas de interés, tales como si la retribución acordada en un documento privado es o no un pacto parasocial, si el acuerdo se hizo o no en Junta General Universal, así como cuál es la oponibilidad de dicho pacto.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/3184), también vuelve a abordar cuestiones como las relativas a la retribución de administradores y contrato de alta dirección. Extremos a los que nos referiremos con menor detalle, al haberlos tratados ya en nuestro anterior trabajo citado, aunque haremos alusión a lo acordado en la misma en cuanto incida —a nuestro juicio— o pudiera tener relevancia en relación con los referidos temas tratados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, antes citada.

#### II. LA DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS

Esta sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas enjuicia una reclamación dineraria interpuesta por un director comercial, a la vez miembro del órgano de administración de una sociedad limitada, contra los otros dos

---

(1) FRANCISCO REDONDO TRIGO, «Remuneración extraestatutaria y torpe de un consejero-delegado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, págs. 950-971.

miembros de dicho órgano de administración, por remuneración de dichas funciones ejecutivas.

Constituida la sociedad de responsabilidad limitada el día 11 de noviembre de 1975, mediante acuerdo privado entre las partes, se firmó un documento privado entre los tres administradores y también socios de la misma, por el que, entre otros aspectos, al director comercial (también administrador) se le atribuía una remuneración por la prestación y ejecución de las labores de dicha dirección comercial.

Posteriormente, mediante Junta General Ordinaria, de 18 de agosto de 1979, se modifican los estatutos y se sustituye la anterior administración de solidaria a mancomunada, fijándose una retribución para el demandante del 5 por 100 de los beneficios netos, pretensiones que fueron inicialmente estimadas por el juzgado de primera instancia, alzándose en apelación la contraparte.

Para juzgar los hechos y ante las alegaciones de las partes (principalmente sobre la excepción de falta de legitimación pasiva de la sociedad que adujo la recurrente), la Sala establece que: «...*Lo que ha quedado claramente acreditado es que los tres socios montan un negocio juntos mediante una sociedad civil particular. Cuando el negocio despegó, un año después, los tres mismos socios deciden formalizar una Sociedad Limitada con sus concretas formalidades en la que los tres son también administradores de la sociedad. El mismo día los tres socios y administradores de la sociedad suscriben un documento entre ellos en el que recogen muchos otros aspectos de la sociedad no documentados en la escritura pública, tales como el patrimonio de la sociedad, el mobiliario, los locales que la misma tiene, cesiones en arrendamiento, porcentajes de amortización de las instalaciones y mobiliario, o la retribución de uno de los socios y administradores en su calidad de director de los supermercados, retribución que se fija en "el 16 por 100 de los beneficios sociales netos anuales por su trabajo personal y directo en tales centros" y "el 25 por 100 de los beneficios del supermercado que se acababa de crear hasta que no se pudiese retirar de la sociedad ninguna retribución"*».

Tras la fijación de los hechos declarados probados, la Sala delimita el objeto de la *litis* al afirmar que: «...*El aspecto esencial del proceso... es el de la calificación jurídica y los efectos del documento privado firmado entre los tres socios y administradores de la sociedad el mismo día de constitución de la sociedad... y sobre todo, si dicho documento se firmó para que tuviese directa relación y fuese oponible frente a la sociedad o para que fuese exigible entre los firmantes como personas físicas, lo que supone el objeto central de la resolución del presente proceso*».

A) «...*SOBRE SI EL DOCUMENTO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1975 ES JUNTA GENERAL UNIVERSAL DE LA SOCIEDAD NO...*»

A los efectos de esclarecer el resultado de la falta de legitimación pasiva de los dos administradores demandados por un tercero, ya que según el juicio de éstos, quien debería haber resultado demandada era la sociedad, uno de los aspectos centrales del debate es para la Sala dilucidar si el documento privado era o no un pacto realizado en sede de Junta General Universal de la sociedad (como esgrime el recurrente y por lo tanto oponible a la sociedad) puesto que, según la parte recurrida, se trataba de un acuerdo parasocial y por tanto no oponible a la sociedad.

A estos efectos, la Sala, después de analizar el artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, aplicable en función del momento temporal de dicha Junta, estima que el referido documento privado no tenía la naturaleza jurídica de Junta General Universal, apoyándose en la Jurisprudencia que para la existencia de una Junta General Universal considera necesario: a) que se encuentre presente la totalidad del capital social, y b) que los asistentes, una vez comprobada la presencia del cien por cien del capital, acepten por unanimidad la celebración de la Junta, última exigencia que según la Sala no se cumple en el presente supuesto.

Respecto de esta cuestión, la primera observación que puede realizarse es que de acuerdo con la Ley de Sociedades Limitadas de 1953 (aplicable a dicho acuerdo, debido al respeto de los actos adoptados al amparo de la legislación anterior, que ha de producirse según las reglas de transitoriedad aplicables) también debería haberse considerado por la Sala la aplicabilidad o no al supuesto del artículo 14 de la misma que expresamente establecía lo siguiente: «*La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad. Cuando el número de socios exceda de quince, o cuando así lo exija la escritura, la mayoría habrá de formarse necesariamente en Junta General. En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantice, con arreglo a la Ley o la escritura, la autenticidad de la voluntad declarada. Salvo disposición contraria de la escritura, se entenderá que hay mayoría cuando vote a favor del acuerdo un número de socios que represente más de la mitad del capital social.*»

Es decir, al amparo de la antigua legislación y como afirma José María NEILA NEILA (2): «...*cabe la posibilidad de la existencia de la sociedad de responsabilidad limitada sin órgano deliberante establecido, en cuyo caso, el que rige la vida de la sociedad es el administrador o administradores, en definitiva, el órgano ejecutivo, y ha de ser el primeramente regulado.*». Esto es, a falta de más datos en la sentencia de apelación y la más que probable ausencia de regulación estatutaria sobre la necesaria existencia de una junta general en la sociedad debatida, y debido al número de socios que la conformaban, no es de extrañar que así resultare por tanto de aplicación el mencionado artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1953 (no modificado por la reforma de 1990, a la que luego aludiremos) sin que ninguna alusión se haya realizado al mismo por la Sala.

El anterior indicio y nuestra conformidad inicial con el criterio adoptado por la Sala (si no hubiera junta general estatutariamente regulada con independencia del número de socios de la sociedad) sobre la necesidad de que los socios manifiesten su conformidad a la constitución en Junta General (3) (tal y como preveía el anterior art. 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada al afirmar: «...*decidieran celebrarla*»), hace que nos mostremos inicial [a expensas de lo que expondremos en el apartado C) posterior] y parcialmente conformes (a falta de mayores datos) con el criterio de la Sala de considerar que la naturaleza del documento privado donde se fija la retribución del administrador que ejercía funciones de dirección comercial era

---

(2) José María NEILA NEILA, «La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Doctrina, Jurisprudencia y Directivas comunitarias hasta el 30-6-1991». *Editorial Revista de Derecho Privado*, 1991, págs. 154 y 155.

(3) Vid. con mayor detenimiento, Fernando SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General en las sociedades de capital*, Editorial Thomson-Civitas, 2007, pág. 506 y sigs.

realmente un acuerdo de administración. En este sentido, la Sala afirma como conclusión que: «...*Tal y como hemos expuesto a lo largo de la presente resolución, el documento de 11 de noviembre de 1975 es un documento de administración, y por lo tanto social, que afecta a la sociedad y es oponible a ella, por lo que es ésta la obligada al abono de lo debido por el citado documento, debiendo admitirse la falta de legitimación pasiva del demandado, revocando la resolución a quo y desestimando el petitum de la demanda, por dirigirse contra el demandado persona física*».

Vuelvo a reiterar que considero, a estos efectos, de gran importancia la simplicidad de la sociedad de responsabilidad limitada (deducción realizada a partir de los hechos de la sentencia) cuyas obligaciones de retribución para el administrador que ejerce funciones de labor de dirección comercial se analizó y debatió en la misma. Esto es, a falta de mayor información, puede sostenerse lo apuntado ante el número de socios de la misma y la inexistencia de Juntas Generales en dicha sociedad con carácter general en función del referido artículo 14 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1953 (lo que no hubiera impedido la obligatoriedad de la adopción de acuerdos por Junta General en los casos del art. 17 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1953, entre los que no nos encontramos).

Esto es, como decía GARRIGUES (4) al analizar la Junta General de una Sociedad de Responsabilidad Limitada al amparo de la referida Ley de Sociedades Limitadas de 1953, justificando la regulación positiva por ésta: «...*En las sociedades de responsabilidad limitada con pequeño número de socios, sería desproporcionado y embarazoso imponer el complicado mecanismo de la asamblea, que exige una convocatoria formal, y que obliga a los socios a concurrir en lugar y fecha determinada para adoptar acuerdos que pueden ser adoptados sin necesidad de tanta formalidad...*».

Las anteriores consideraciones en cuanto al anterior régimen simplista de las sociedades limitadas con reducido número de socios como la presente, ha de ser completado con las atribuciones propias del órgano de administración de la sociedad de responsabilidad limitada. De nuevo GARRIGUES (5) explicaba las mismas diciendo lo siguiente: «*El artículo 11 de la ley enlaza ambas clases de facultades —de gestión y representación— considerando a los administradores como representantes de la sociedad, de acuerdo con la práctica usual. Pero así como la ley precisa el ámbito y los efectos de las facultades representativas, nada dice respecto de las facultades de gestión, que supone inherentes al cargo de administrador, dejando así en libertad a los estatutos para determinar en concreto esas facultades, las cuales suelen ser objeto de enumeración en los estatutos mediante cláusulas de estilo. A diferencia de las facultades representativas, configuradas de un modo rígido en la ley, las facultades de gestión pertenecen a la zona de autonomía de los estatutos. Normalmente, a los administradores corresponde la dirección de la vida interna de la sociedad (acuerdos y decisiones sobre los negocios en curso, nombramiento y separación del personal, poderes de mando sobre este personal, dirección de la contabilidad, convocatoria de las juntas, etc.). En resumen: cuidarán de impulsar la actividad de la compañía para conseguir el objeto social, cumpliendo las leyes, los estatutos y las decisiones de la junta general*».

(4) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1968, pág. 463.

(5) GARRIGUES, *vid., op. cit.*, pág. 457.

Al hilo de lo anterior, ha de recordarse que el contenido del meritado acuerdo privado era, según la Sala, el siguiente: «...Se recoge el patrimonio que tiene la Sociedad y todos sus bienes; los locales en los que está el negocio y la propiedad, mercancías; maquinaria; instalaciones; enseres; vehículos; saldos de las cuentas corrientes que existían en dicho momento; el almacén en el que guardan la mercancía. También se recoge un alquiler de uno de los socios, el porcentaje de autorización de cada uno de los bienes; la referencia de que los comparecientes formalizarán toda la documentación necesaria para titular los bienes a nombre de la sociedad; el sometimiento a arbitraje en caso de conflicto; y la nulidad del documento de la constitución de la sociedad civil particular. Por supuesto, y siendo este el contenido que afecta directamente al proceso, también se recoge que el demandado “continuará desempeñando la función de director del actual supermercado (...) a quien se le fija una retribución del 16 por 100 de los beneficios sociales netos anuales por su trabajo personal y directo en tales centros” y el 25 por 100 de los beneficios del supermercado que se acababa de crear hasta que no pudiese retirar de la sociedad ninguna retribución.

Así pues, como vemos, todo el contenido del documento, tras decir que es “complemento” de la constitución de la sociedad, se refiere directamente a la citada sociedad. Todos los aspectos del mismo son actos de gestión de la sociedad».

Por ello, entendemos que la probable ausencia de juntas generales y el contenido gestorio del documento privado hacen viable la calificación inicial del mismo como de acto de administración de la sociedad, a expensas de lo que añadiremos al respecto en el apartado C) posterior.

No obstante y a pesar de nuestra inicial conformidad con el criterio de la Sala de que nos encontrábamos ante un acto de administración, no podemos por menos que rechazar sin más la genérica afirmación de la misma consistente en que en todo caso sería la sociedad quien estuviera obligada por el mismo, puesto que debido a la excepción procesal, no sabemos si por la misma o por otra cuestión, no se analizó el fondo material de dicha retribución, respecto de la cual, no puede obviarse que nos encontramos ante una retribución destinada a un administrador (originariamente solidario y luego mancomunado) de una sociedad de responsabilidad limitada por las funciones de dirección comercial de la misma.

#### B) SOBRE LA NECESARIA FIJACIÓN ESTATUTARIA DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

En este orden de cosas, debería haberse planteado la tan reiterada *quaestio iuris*, relativa a si es necesario o no que las retribuciones de los administradores de las sociedades hayan de fijarse estatutariamente. O lo que es lo mismo, volvemos a plantearnos de nuevo la aplicabilidad al supuesto de hecho de la conocida *Teoría del Vínculo* (propugnada ya por la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1988 —*RJA* 7143/1988—) es decir, aquella cuya conclusión supone que ante la imposibilidad de separar las funciones de un alto directivo (en nuestro caso, director comercial) de un miembro del órgano de administración, obliga a optar; así los consejeros sólo pueden percibir una remuneración societaria fijada estatutariamente y aprobada por la Junta General, siendo nulas y por tanto teniendo que ser devueltas, las que hayan obtenido por un vínculo contractual, bien sea laboral, o de arrendamiento de servicios.

Ya criticamos el absolutismo de dicha doctrina en el ámbito de la delegación de facultades realizadas por un Consejo de Administración, respecto de las retribuciones a percibir por un consejero-delegado (vid. *op. cit.*), no obstante, volvemos a estar de acuerdo con PAZ-ARES (6) cuando afirma lo siguiente: «Para abordar rectamente la tarea, será bueno comenzar recordando que no hay posibilidad de dos relaciones yuxtapuestas o superpuestas en las formas de administración simples (administrador único, dos administradores mancomunados y varios administradores solidarios). La razón de ello es muy sencilla, como se recordará. En estos casos, los titulares del órgano administrativo son típicamente “administradores ejecutivos” y, por tanto, el desempeño individual y continuo de la función ejecutiva o de gestión forma parte del cometido inherente del cargo. Aquí es plenamente aplicable la teoría estándar —la “doctrina del vínculo”—, que razonablemente impide duplicar la regulación y retribución de una prestación debida en virtud del nombramiento de la junta general. En las modalidades organizativas simples queda excluida, así pues, la posibilidad de una “relación contractual de servicios” añadida; sólo es posible la llamada “relación societaria de administración”».

Por lo tanto, en el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, donde se reclamaban las últimas quince anualidades retributivas (los autos de primera instancia eran de 2005), sí que entendemos aplicable la mencionada doctrina del vínculo, debido al carácter ejecutivo del administrador retribuido por las funciones de dirección comercial, al pertenecer a un órgano de administración simple (inicialmente, administradores solidarios y luego administradores mancomunados).

Para ello, la exigencia de la constancia estatutaria de dicha retribución debe considerarse aplicable al supuesto analizado. En este aspecto, sí que resulta importante el Derecho Transitorio (7) obviado en el procedimiento. Constituida la sociedad en el año 1975, resulta conveniente esclarecer al menos en cuanto a las quince anualidades reclamadas, la normativa societaria aplicable a las mismas.

En primer lugar, habría de acudirse a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que establece lo siguiente: «La presente Ley se aplicará a todas las sociedades de responsabilidad limitada, cualquiera que sea la fecha de su constitución, quedando sin efecto a partir de su entrada en vigor aquellas disposiciones de las escrituras o estatutos sociales que se opongan a lo establecido en ella». Como nos enseña la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 2007 (sentencia núm. 380/2007), dicha Disposición Transitoria Primera supone una retroactividad en grado medio, al decir que: «...La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actualmente vigente, entró en vigor el 1.º de junio de 1995 (DF 1.ª), con retroactividad de grado medio, ya que en su Disposición Transitoria Primera preveía su aplicación a todas las sociedades, cualquiera que fuere la fecha de su constitución, declarando sin efecto, a partir de su entrada en vigor, las disposiciones estatutarias que se opusieran a sus preceptos».

(6) PAZ-ARES, *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*. Indret, enero de 2008, pág. 56.

(7) Con mayor detenimiento al respecto, vid. Ricardo CABANAS TREJO, «Las disposiciones transitorias. La reforma del derecho de sociedades de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario, 1994. Aranzadi Editorial, pág. 649 y sigs.



Así, la retroactividad en grado medio de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada implica que la nueva Ley se aplica a las situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero sólo en cuanto a los efectos nacidos con anterioridad, que no se hayan todavía consumado o agotado (ejemplo, lo devengado y no pagado). Por lo tanto, habría una suerte de aplicación retroactiva en nuestro caso, del artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que regula la necesaria constancia estatutaria de la retribución de los administradores (para los supuestos de administración simple, como hemos visto) al decir que: «*El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución*».

Amén de dicha retroactividad en grado medio, no puede olvidarse que la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades modificó el artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1953 (con fecha de entrada en vigor, 1 de enero de 1990), cuyo texto pasó a ser el siguiente: «*Será de aplicación a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima, salvo lo establecido en esta Ley*». Por tal remisión, resultó aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece expresamente lo siguiente: «*La retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos...*».

En virtud de lo anterior, tenemos que para las quince anualidades retributivas del administrador simple que ejercía funciones de dirección y que se reclamaban en la demanda, en nuestra opinión, las mismas deberían haber constado en los estatutos sociales de la sociedad limitada, y de no haber sido así y por aplicación de la conocida teoría del vínculo para los casos de administración simple y no colegiada, la contravención de dicha obligación societaria debería haber supuesto la nulidad de las retribuciones reclamadas, si sólo se atendiera como fuente de las mismas a un documento privado de administración social, sin su análisis como pacto parasocial, según veremos.

No obstante, y como hemos expuesto, la Sala en virtud de la oponibilidad del acto de administración a la sociedad y sin entrar en las consideraciones materiales apuntadas, estima el recurso de apelación por un motivo procesal, es decir, por falta de legitimación pasiva de los otros dos administradores.

A similar conclusión y para el caso de un administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada que percibió unas retribuciones pese al silencio estatutario sobre el carácter remunerado del cargo, *ex* artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, llega la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/3184). Conclusión que, en este caso, consideramos acertada al tratarse de un caso de administración simple y no colegiada (tal y como tuvimos ocasión de exponer en nuestro citado trabajo, *vid. op. cit.*). De esta forma, esta sentencia razona lo siguiente: «*...Tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, como es el caso, la referida doctrina (la «doctrina del vínculo») no es contraria a los términos del artículo 67 de la Ley 27/1995 (RCL 1995, 953), que considera bastante el acuerdo de la junta general para el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre sociedad y administrador, ya que dicho precepto ha de ser interpretado en relación con los antes indicados. Por lo expuesto, no cabe más que desestimar el motivo sexto del recurso, en el que el demandado señala como infringidos los artículos 133 y 134 del Texto*



*Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) —se entiende, en relación con el art. 69 de la Ley 2/1995—, con el argumento de que no causó daño a la sociedad por haber percibido la retribución como contraprestación por los servicios a ella prestados efectivamente. Y la razón de la desestimación no es otra que la resultante de que la actividad retribuida como laboral especial fuera la misma debida por el recurrente, como administrador, sin derecho a ser remunerado».*

C) ¿«*QUID*» DE LA ALEGACIÓN ACERCA DE LA NATURALEZA COMO PACTO PARASOCIAL Y SU INOPONIBILIDAD FRENTE A LA SOCIEDAD?

Generalmente por pactos parasociales se hace referencia a los contratos estipulados entre los socios o alguno de ellos para concretar o modificar en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen la sociedad en cuestión.

Expuestas por las razones apuntadas, nuestra inicial coincidencia con la Sala sobre la calificación del documento privado como pacto de administración y no como junta general, no es menos cierto, que el hecho de que los firmantes del mismo fueran todos los administradores y a la vez socios de la sociedad limitada nos lleva a considerar que dicho acuerdo de administración puede ser subsumido dentro de un acuerdo extraestatutario de socios, o viceversa.

Llegados a este punto, se hace necesario aclarar nuestra postura completa y global acerca de la calificación del documento privado firmado por todos los administradores y socios de la sociedad: se trata pues, *ab initio*, de un pacto de gestión social y por tanto de administración de la sociedad oponible por ello a la misma, pero a la vez coexistente por su coincidencia subjetiva (entre socios y administradores firmantes) con un acuerdo extraestatutario o parasocial suscrito por los socios de la sociedad, perteneciente a la modalidad que podríamos denominar «pactos de organización», cuya variedad es amplísima, pero entre los que se suele ejemplificar, como especies del mismo, los pactos de contratación por parte de las sociedades de sus socios (8). O sea, nos encontramos pues, a nuestro juicio, ante un contrato de naturaleza subjetiva mixta, en cuanto a la calidad de los intervinientes del mismo, por un lado administradores, pero por otro lado, también socios.

Ello supone que en cuanto a pacto de administración fuera oponible frente a la sociedad (aunque en este caso, esta oponibilidad debería matizarse en función de los requisitos específicos de legalidad societaria del pacto, como es la necesaria constancia de la retribución de los administradores en los estatutos), y como pacto de socios fuera también oponible a los restantes socios firmantes del mismo, debiendo analizarse con mayor detalle su posible oponibilidad frente a la sociedad en función de tal naturaleza de acuerdo de accionistas.

Con ello llegamos al momento donde si bien como acuerdo de administración el mismo pudiera ser considerado nulo (9) al no constar la retribución del administrador ejecutivo en los estatutos de la sociedad, podemos sin embargo afirmar la validez del mismo acuerdo en el ámbito parasocial del mismo, esto

(8) Vid., a este respecto, PAZ-ARES, «El *enforcement* de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica*, Uría & Menéndez, núm. 5, 2003.

(9) Sobre el debate nulidad o anulabilidad y por no ser el debate que ahora se propone, nos remitimos a lo ya expresado en cuanto a nuestro parecer al respecto, vid., *op. cit.*

es, como contrato de socios (10), puesto que la validez del mismo no debe ser enjuiciada por la contravención de la imperatividad societaria, sino que la misma ha de venir necesariamente enjuiciada desde el principio de autonomía de la voluntad (*ex art. 1.255 del Código Civil*) al no vulnerarse ninguna norma imperativa de carácter general.

De esta forma como pacto válido, éste es ley entre las partes, en función de lo dispuesto en el artículo 1.091 del Código Civil, pero lo que es mucho más importante, 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*», como prevé el artículo 1.258 del Código Civil. De ahí que el resto de socios y administradores no sólo se obligaban al reconocimiento de la retribución pactada y luego discutida a favor del otro socio y administrador, sino que incluso también se obligaban a las consecuencias de dicho pacto, es decir, a adoptar el correspondiente acuerdo societario para haber reflejado en los estatutos de la sociedad dicha retribución y haber cumplido con las prescripciones legales societarias al respecto (11), por ser ésta una regla de conducta requerida al menos conforme a la buena fe (12), con lo que con independencia de la oponibilidad *inter partes* del mismo (*ex art. 1.257 del Código Civil*), dicho reflejo estatutario hubiere logrado evidentemente la oponibilidad frente a la sociedad (ahora también, por su vertiente de pacto inicialmente parasocial), sin mayores discusiones en cuanto a esto último. Aunque como con posterioridad veremos, el Tribunal Supremo (caso Munaka) en base a la coincidencia subjetiva de las partes del pacto parasocial con la totalidad del accionariado de la sociedad, declara oponible éste frente a la sociedad, como si de una especie de junta general universal se tratara.

---

(10) Vid. PAZ-ARES, *El enforcement...*, quien sobre los criterios de validez del pacto social afirma lo siguiente: «No es objeto de este estudio determinar cuándo ha de considerarse válido o inválido un pacto parasocial. De él nos ocupamos en otro que se halla todavía in fieri. No obstante, nuestra principal conclusión es que la validez de los pactos parasociales no puede enjuiciarse con el rasero de la imperatividad propia del derecho de sociedades (la que denominamos "imperatividad tipológica"; ha de enjuiciarse única y exclusivamente con el rasero de la imperatividad general del derecho de obligaciones (que denominamos "imperatividad sustantiva"). Esto significa que los pactos parasociales no son inválidos por contravenir normas del tipo societario (por ejemplo, la prohibición de unanimidad o de voto plural); solamente lo son si atentan contra valores sustantivos del entero sistema (por ejemplo, prohibición de pactos leoninos o exigencias de la buena fe)».

(11) Como dice Díez-PICAZO: «...El contrato no se integra por que las partes hayan dejado en él lagunas, ni se integra tampoco a partir de la voluntad presumible de las partes en relación con la ordenación de la laguna. Se trata de una objetiva ordenación de la relación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I. Introducción. Teoría del Contrato. Thomson, Civiltas, 2007, pág. 429.

(12) PAZ-ARES, *El enforcement...*, se refiere sobre el particular al afirmar de forma genérica que: «...Es evidente que ese pacto parasocial les obliga a hacer todo lo necesario para lograr el resultado buscado (art. 1.258 CC)... El ordenamiento no puede amparar a quien se escuda en su propio incumplimiento. Un caso de la misma progenie lo proporciona la sentencia del TS de 6 de febrero de 1987: un socio nombra para una junta general a un representante que no reúne las condiciones estatutariamente exigidas y, posteriormente, invoca la infracción de la norma estatutaria para impugnar los acuerdos. El Alto Tribunal rechaza la pretensión por abusiva. En unos y otros supuestos se advierte una contradicción entre los criterios valorativos que utiliza el socio para juzgar a los demás, que no puede ser admitida por el ordenamiento en virtud del principio tu quoque».

No obstante y en función de lo anterior, consideramos que la actitud de los dos socios y administradores frente al otro socio y administrador que había ejercido las retribuidas funciones de dirección comercial, supuso un indudable incumplimiento contractual del pacto de socios suscrito el 11 de noviembre de 1975, lo que debería haber generado pues la correspondiente responsabilidad contractual, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, debiendo haber sido otra, por tanto, la decisión de la Sala de la apelación.

Visto lo anterior (que en suma, debiera haber sido lo más importante en cuanto las resultas del procedimiento), sólo nos queda abordar otra de las cuestiones interesantes que se mencionan en esta sentencia de apelación. Desde luego, resulta llamativo que la Sala, una vez calificado el documento privado como mero acto de administración y por tanto oponible a la sociedad (quien era, según la Sala, la única obligada a las consecuencias del mismo), para reforzar dicha oponibilidad del pacto utiliza la doctrina del «caso Munaka», la cual ha sido considerada como uno de los supuestos en que se ha roto esa regla general de inoponibilidad del pacto parasocial frente a la sociedad.

Así las sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1600) y 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1204) parten de los siguientes hechos: los cuatro accionistas de la sociedad Munaka firmaron un contrato por el que acordaron proceder a una reducción de capital y posterior liquidación de la sociedad, aunque en la junta general posterior no sólo no se acuerda dicha reducción, sino que adoptan ampliarlo por mayoría con oposición de uno de los socios firmantes del acuerdo privado. El Tribunal Supremo anula la ampliación de capital por incumplimiento de lo pactado en un acuerdo privado, declarando que es exigible frente a la sociedad el cumplimiento del referido acuerdo privado, considerando que ante la coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto privado y la totalidad de los socios es como si lo acordado por ambos fuera «*en una especie de junta universal*».

Resulta por tanto peculiar, el recurso a esta línea jurisprudencial para reforzar la oponibilidad del acuerdo frente a la sociedad y sin embargo que no se aprecie por la Sala lo que podría considerarse un primer grado de oposición, que es el que debe derivarse entre los firmantes del pacto parasocial o contrato.

Con independencia de lo anterior, sólo queremos añadir que se encuentra bastante generalizado (aunque no evidentemente como *communis opinio*) la idea de la inoponibilidad de los acuerdos parasociales frente a la sociedad. Desde nuestro punto de vista, ello no puede predicarse como regla general, sino que requiere poner de manifiesto sus excepciones y realizar las debidas matizaciones a la misma (13).

Así, estamos de acuerdo con PAZ-ARES (14) en que en los supuestos de coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto y la totalidad de los socios de la sociedad, así como cuando los resultados que ofrece el ordenamiento

---

(13) Vid., a este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1987 (*RJA* 1987/6194), que recurre a la figura del levantamiento del velo para quebrar la inoponibilidad inicial del pacto parasocial frente a la sociedad. Por otro lado, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de octubre de 1989 (*RJA* 1989/7050), utiliza la doctrina del abuso del derecho como argumento contra dicha oponibilidad.

(14) PAZ-ARES, *El enforcement...*

societario son iguales o equivalentes a los del ordenamiento contractual, deben poder hacerse valer los acuerdos parasociales frente a la sociedad, siendo esto lo que ocurre en el caso de los acuerdos sociales, pudiendo por tanto como regla general afirmarse la posibilidad de alegar la infracción de un pacto parasocial por un acuerdo social.

En suma, pocas luces y muchas sombras en la resolución analizada.

*RESUMEN*

*ADMINISTRADORES*

*La determinación de la retribución de los administradores en los órganos de administración simples requiere su reflejo estatutario, aunque el acuerdo de la misma puede también venir efectuado en un pacto parasocial con la oponibilidad del mismo que haya de predicarse, consistiendo un incumplimiento contractual la falta de reconocimiento de la retribución acordada.*

*ABSTRACT*

*DIRECTORS*

*When an organisation has a simple administration body consisting of directors, any remuneration set for the directors must be reflected in the organisation's by-laws. The remuneration agreement may also be made in a shareholders' agreement, however, which, as such, would then be opposable. Failure to acknowledge the agreed-to remuneration would constitute breach of contract.*

### 3. URBANISMO

#### TITULARIDAD FIDUCIARIA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACION Y TITULARIDADES SUBYACENTES DE SUS MIEMBROS

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

*Abogado*

Mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia número ... de Madrid, de 7 de enero de 2000 dispone, en ejecución de sentencia, que se entregue al demandante una superficie procedente de un proyecto de compensación inscrito adjudicada a una Junta de Compensación fiduciariamente que no había sido parte en el proceso. La Audiencia Provincial, en Auto de 27 de mayo de 2002, revoca parcialmente el Auto del Juzgado y accede a la adjudicación de la finca cuestionada si *«el ejecutado justifica documentalmente ... que la Junta de Compensación ha adjudicado al mismo y a la sociedad de gananciales los porcentajes en cuanto cuotas de copropiedad y no cualquier otro tipo de cuotas, correspondientes sobre dichas fincas y que dichos porcentajes son susceptibles de transmisión inmediata por el ejecutado... sin incidencia o debate alguno actual o posterior que haga frustrar la cesión, en perjuicio de la ejecutantes, por alguna actuación de la Junta de Compensación dentro de sus facultades fiduciarias, pues el ejecutante tiene el derecho al cumplimiento de la ejecutoria inmediato y en sus justos términos»*.

La finca estaba inscrita íntegramente a favor de la Junta sin expresión de cuota a favor del fiduciante, por lo que no pudo acreditarse lo pedido por la Audiencia, sin perjuicio de la cuota de valor que, en su caso, le pudiera corresponder en caso de liquidación. En todo caso, de estar inscrita la cuota evidentemente no era coherente con el fallo del Auto de la Audiencia que se le entregara en pago del compromiso contraído y sancionado judicialmente una cuota sujeta a la titularidad formal e inscrita de la Junta.

#### 1. EL ESQUEMA SISTEMÁTICO DE LA FIDUCIA EN LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

Con frecuencia y desde hace tiempo hemos expresado diversas consideraciones sobre la sugerente aplicación desde la primera Ley del Suelo de la fiducia en el Derecho Urbanístico en lo concerniente a las Juntas de Compensación.

Partiendo de la distinción entre facultades fiduciarias y titularidades del mismo nombre de las Juntas, hemos analizado su naturaleza y proximidad analógica con la fiducia tradicional, teniendo en cuenta que en el ámbito urbanístico se reconoce su aplicación directamente desde la Ley, sin que necesariamente se requiera para su creación el consentimiento del fiduciante; su distinto alcance y representación registral; el objeto sobre el que puede recaer a partir de la distinción entre fincas aportadas y fincas de reemplazo, etc.

Desde estas estructuras, el esquema organizativo opera configurando la facultad fiduciaria como un poder de disposición ejercido como manifestación aislada y puntual sin necesidad del soporte del Registro, aunque en su desenvol-

vimiento opera sobre él, ya sea mediante la transmisión del dominio o la constitución de un gravamen, pero siempre tan sólo sobre fincas aportadas por los partícipes y cuando aún siguen inscritas a su nombre, mientras que la titularidad fiduciaria supone la creación, cuando menos indefinida, de una titularidad estable, aunque instrumental, como dice la sentencia del Tribunal Supremo que citaremos después, pero sólo sobre fincas resultantes, si bien la atribución de esta titularidad, aunque sujeta en su ejercicio al cumplimiento del fin para el que se creó, es plena, como de manera terminante reconoce la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1965, se produce una legitimación *ad extra*, derivada de la existencia de un pacto «*real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz erga omnes*».

A partir de aquí surgen nuevos interrogantes que quizá aparecen en épocas de crisis económica como la actual, en las que el juego de las titularidades no es inocente si su configuración trasciende a las relaciones con terceros.

Decimos esto porque el dinamismo y las aplicaciones, siempre innovadoras de las instituciones urbanísticas, supone que lo que ha funcionado como situaciones aisladas, producto de soluciones rápidas y sin problemas, se complica cuando las empresas inmobiliarias entran en una crisis tan profunda como la presente y se ven forzadas a participar en situaciones inscritas con una titularidad formalmente encomendada a las Juntas de Compensación, diluyéndose las atribuciones subyacentes, cuestionando su autonomía como objeto de derecho, su cualidad jurídica frente a otros activos contaminados con cargas y el conocimiento por terceros, etc.

## 2. LA ESTRUCTURA DE LAS TITULARIDADES FIDUCIARIAS Y SU ALCANCE SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS

Si para aproximarse a la cuestión planteada se partiera, aparentemente, de las analogías que pudieran hallarse con las compañías mercantiles, podría decirse que en éstas, aún configurada su creación como acto de comunicación de bienes entre el aportante socio y la sociedad, bastaría con admitir que en la titularidad de las sociedades, los socios quedan relegados extra muros de la titularidad de la sociedad, aunque no dejen de estar vinculados con ella por el reconocimiento de beneficios cuando se produce el reparto de sus dividendos, en caso de proceder a su enajenación seguida del reparto atípico de las plusvalías, o su cuota en la liquidación de ellas. Por eso la titularidad de los socios queda convertida en titularidad de las acciones, de tal modo que solo colateralmente se producirá la conexión con la gestión exigiendo la responsabilidad de los administradores o participando con el ejercicio del derecho de voto durante la vida de la sociedad.

A pesar de la repetida frase de la desmaterialización del derecho de propiedad por el urbanismo, traída de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual el derecho de propiedad queda convertido en una cuota, consecuencia también susceptible de extraerse del juego de las expropiaciones urbanísticas en su reflejo registral en cuanto el dominio, al final, se convierte en un derecho de crédito, el impulso de estas tendencias no permite llegar sin embargo a una asimilación radical entre Juntas y Sociedades capitalistas, y ello a pesar de que en bastantes ocasiones sí se dan razones de analogía para trasladar las soluciones mercantiles al funcionamiento de las Juntas, en cuanto supongan aportaciones de un Derecho Corporativo de raíz común a ambas.

Descartada la anterior sugerencia, la realidad es que la estructura de las Juntas, cuando no se aporta el dominio a las mismas, lleva a situaciones en las que la aparente unicidad de la titularidad de las Juntas no supone dejar relegados a sus partícipes exclusivamente al reparto de beneficios o a la cuota de liquidación, lo que fuerza a dejar configurada una titularidad externa, con facultades vicarias de disposición, y unas titularidades subyacentes que se ajusten a las realidades concurrentes en cada caso de sus partícipes y que esta estructuración no quede resuelta en una relación únicamente interna como mera expresión de la fiducia subyacente, sino que se ponga de manifiesto desde la publicidad registral misma ante los terceros, sean interesados o meros espectadores de las relaciones existentes.

### 3. LA PLURALIDAD DE TITULARIDADES SUBYACENTES COMO EXIGENCIA DE SEGURIDAD EN LAS SITUACIONES PATRIMONIALES

El fundamento del reconocimiento de las titularidades fiduciarias a favor de las Juntas responde al propósito del legislador de potenciar su operatividad en beneficio de los miembros de ella para que pueda cumplirse la obligación de urbanizar en los sistemas de gestión privada, superando las rigideces civiles aplicables si quedaran radicadas todas las facultades en el ámbito del Derecho Civil. A esta intención se une la circunstancia de que al asegurarse la solidaridad entre los miembros siempre quedarán salvaguardados sus derechos.

Quiere decirse que la pertenencia a las Juntas es una cualidad de los bienes comprendidos dentro de su ámbito, la cual, desde la adhesión del titular, aunque no transmita el dominio, queda sujeto el mismo en virtud de una relación *propter rem* a una serie de consecuencias, negativas unas, fuente por eso de vinculaciones y deberes, y positivas otras, en especial el derecho a participar en el activo urbanístico final.

Pero la raíz inicial de participación no queda tan sólo en una situación estática de sometimiento sino que, por sí misma, genera una nueva dinámica que trasciende al resto del patrimonio del deudor partícipe, cualquiera que sea el lugar en que otros bienes del mismo se encuentren, en tanto no supongan vinculaciones *intuitu rei*.

Esta perspectiva dinámica, generada a partir de bien incorporado, está finalistamente orientada al cumplimiento del planeamiento, contemplado éste, como sanciona la jurisprudencia, como función pública, pero que, en cuanto se encomienda a los particulares, admite toda la libertad de pactos que, dirigidos a este fin, no estén prohibidos por las Leyes dentro del principio de autonomía de la voluntad.

Queremos decir con ello que la elasticidad del funcionamiento de las Juntas admite una pluralidad de situaciones jurídicas concordes con la encomienda concedida a los particulares desde el reconocimiento del dominio como derecho subjetivo.

Desde esta perspectiva, la desmaterialización del dominio y su conversión en una cuota no es tan simple como podría aparentar en un principio y está llamada a producir efectos jurídicos diversos. El propietario, en efecto, podríamos decir que tiene una sola cuota subjetiva, entendido el término como expresión de que a un propietario por razón del suelo que le pertenece le corresponde una cuota en el activo total de la comunidad reparcelatoria o de la Junta. Pero la única cuota subjetiva puede diversificarse hasta completar el



total de aquélla en tantas cuotas objetivas cuantas sean las fincas que le pertenezcan, aunque si todas ellas tienen el mismo régimen jurídico la cuota objetiva será equivalente a la subjetiva.

Sin embargo, cuando el régimen jurídico real de cada finca sea distinto, inevitablemente la cuota objetiva resultante se diversificará dentro del tronco de bienes del que provenga. A su vez, aún existiendo un mismo régimen jurídico patrimonial, también puede producirse la diferencia cuando como consecuencia de nuevas adquisiciones se adquieran cuotas de valor que tengan como contrapartida unos desembolsos traídos del patrimonio fungible del titular por ser cantidades entregadas en metálico y, por tanto diferenciado de la condición de otros bienes pertenecientes al mismo partícipe pero sujetos a un régimen de cargas distinto.

Significa todo ello que no existe una solución simple para una realidad compleja como es, a título de ejemplo, la que se derive de situaciones como éstas: la denominada monetización o conversión en metálico de la reserva que por ministerio de la Ley se atribuye a los Ayuntamientos por el porcentaje legal y que puede ser redimida en metálico por todos los propietarios o parte de ellos. En tales casos, dentro de la autonomía de la voluntad, no es infrecuente que esta facultad se ejerza por parte de los propietarios y no por todos aún efectuando la adquisición la Junta; las expropiaciones de propietarios no adheridos a cargo de la Junta, cuando se exige a algún propietario de ello, concretando al beneficiario; las adjudicaciones fiduciarias que afectan sólo a determinados propietarios o las que se realicen para edificar.

En tales casos, más los que la práctica pudiera sugerir, se plantea el problema de investigar si la inscripción a favor unitariamente de la Junta es tal, es decir, si basta con el reconocimiento potencial de la cuota subjetiva de cada partícipe en el valor del bien del que aquélla es titular fiduciaria o si, por el contrario, no solamente es posible sino que es además imprescindible dejar prefigurada la titularidad subyacente de los que sean partícipes efectivos de la titularidad aparente, e incluso en todo caso, esto es, aunque todos los partícipes en la Junta lo sean también del bien para que sirva de soporte de garantía frente a terceros en caso de responsabilidad de un propietario deudor de ellos.

Tal es la cuestión que aquí se plantea, la cual aparece agudizada cuando en épocas de crisis, especialmente en el sector inmobiliario, surgen procesos concursales poco adiestrados en las singularidades urbanísticas que operan sobre situaciones opacas a las que sólo ha accedido el sistema registral de manera incipiente, sometido a una imprescindible cristalización de sus instituciones tan fuertemente afectadas además por una legislación dispersa e intermitente, de difícil acceso y a veces obsoleta cuando entre la aparición de las normas y su aplicación efectiva ha mediado su propia derogación sin posibilidad de contar con una jurisprudencia suficiente que avale un criterio de interpretación.

#### 4. LAS EXIGENCIAS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO APORTACIÓN DEL SISTEMA A LA SEGURIDAD JURÍDICA RESULTANTE DE LA ACCIÓN URBANÍSTICA

Supuesta la adjudicación o adquisición fiduciaria de una finca a favor de una Junta de Compensación, ¿qué sentido y forma de expresión tiene la que hemos llamado titularidad subyacente de los partícipes en ella?



La tesis que aquí se mantiene es que no sólo es posible su constancia, sino que en rigor no debe haber ninguna titularidad registral fiduciaria de las Juntas que no las contenga, cuando no se ha transmitido el dominio a las mismas desde su constitución, en el que la aproximación a las figuras societarias más afines no lo exige, conforme resulta de las razones expuestas.

Ciertamente que al hacerlo se produce una compleja situación de coexistencia de la titularidad formal y la subyacente que exige clarificar su régimen jurídico, pero la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico comporta que lo que es real en el mundo jurídico, con efectos patrimoniales, sea verificable desde la publicidad inmobiliaria para dejar constancia entre los interesados y los terceros en general de la situación creada.

En este sentido, especialmente desde las aportaciones de BETTI y Federico DE CASTRO vertidas en la obra de éste, *El negocio jurídico*, la virtualidad de la *causa fiduciae* ha de ser potenciada, como decía el autor italiano, por el camino de «debatir, con eficacia frente a los terceros, la posición conferida al fiduciante».

En este sentido la propia lectura del número 3.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria admite la inscripción de los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado, lo que, en definitiva, pone en relación la titularidad externamente abstracta del fiduciario con la concepción causalista de nuestro Derecho, lo que hace decir a DE CASTRO, como consignamos en nuestra obra *Derecho Urbanístico*, Tomo III, página 155, que sea difícilmente admisible la validez de un contrato cuya causa no aparece expresamente reconocida por las partes como legitimadora de aquél. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 2007, la titularidad del fiduciario es la propia de un acto instrumental de transferencia consecuente al pacto concertado. En esta modalidad: «el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es un auténtico dueño, sino que sólo ostenta una titularidad formal o aparente, predominando el interés del fiduciante...»

Un texto, aunque de carácter reglamentario, que revela posición y coexistencia de las dos titularidades, como ya advertimos también en la obra citada, fue el resultante del Reglamento del Área Metropolitana de Madrid, de 28 de septiembre de 1964, en cuyo artículo 48.2.d) se contempló la existencia de la «*titularidad de disposición*» a favor de la Gerencia Municipal de Urbanismo creada en aquel Reglamento junto a la «*titularidad dominical*» del Ayuntamiento. De este modo sobre los bienes incorporados a la titularidad de disposición de las Juntas ostentaban esta titularidad en el Registro y gozaban de este poder de disposición mientras el Ayuntamiento de Madrid, simultáneamente, inscribía residual o principalmente su titularidad dominical.

Tal solución, acorde con aquellos principios y conforme a esta técnica, es perfectamente trasladable a las titularidades tratadas en este trabajo, acomodándose a las situaciones particulares concurrentes en cada caso.

Lo cual comporta también, adicionalmente, la necesidad de clarificar en cada ocasión el régimen civil de la titularidad subyacente, especialmente en las adquisiciones onerosas, ya que la contraprestación efectuada para la adquisición, como antes anticipamos, no viene teñida de la naturaleza del bien por el que se produjera la incorporación a la Junta, sino que ordinariamente será una adquisición derivativa producida por el desembolso de cantidades en me-

tálico, con la consiguiente transcendencia en cuanto al carácter privativo o ganancial o a la exoneración de las cargas que pesen sobre las aportadas que no recaerán sobre las adquiridas por precio.

En este sentido, y aunque redactado con otra finalidad, es sugerente la interpretación contenida en el trabajo de FIGUEIRAS DACAL bajo el título *Poder de disposición y poder para disponer*, publicado en el número 144, pág. 811 y sigs. del Boletín Oficial de Registradores, en el que certeramente residencia justamente en el Registrador la función de interpretar el poder de disposición del titular inscrito en concurrencia con otras atribuciones paralelas que, como ocurre en este caso, permite diferenciar sin contradicción pero sí con una subordinada vinculación, la viabilidad de actos dispositivos separados sobre el dominio íntegro del fiduciario y los actos que recaigan sobre la titularidad dominical subyacente.

## 5. COEXISTENCIA DE TITULARIDADES, AUTONOMÍA DE FACULTADES Y PODERES Y SUPUESTOS DE CESACIÓN

En cuanto se confiere a las Juntas la titularidad de disposición, y además sobre las parcelas de reemplazo, lo que se hace es perseguir la obtención de una utilidad patrimonial en beneficio de todos los miembros de ellas o de los que hayan quedado vinculados por los acuerdos alcanzados, lo que ordinariamente ocurrirá para el mejor aprovechamiento de usos poco valorados, para contribuir a los gastos de urbanización o como consecuencia de tratarse de fincas aportadas adquiridas durante el proceso de desarrollo de la actividad de la Junta.

En este sentido, como aplicación particularizada, se presentan en ocasiones, parcelas calificadas para un uso determinado como el comercial de grandes dimensiones en las que resulta imposible la adjudicación de fincas independientes a los miembros por no reunir individualmente las superficies mínimas obligatorias y, al mismo tiempo, resulta imprescindible crear una superestructura de disposición que evite la aplicación rígida del régimen de mayorías civil y pueda permitirse su enajenación como un todo, evitando, a su vez, los riesgos de las adjudicaciones a personas físicas por la eventual aplicación del régimen sucesorio si se diera el fallecimiento de alguno de los miembros.

De cualquier forma, la atribución de la titularidad a la Junta permite la aplicación unitaria del poder de disposición conferido a la misma, permaneciendo latente esta titularidad mientras sigue existiendo aquella hasta el acto de disposición o la disolución de la misma.

Paralelamente la titularidad subyacente deja constancia de la proporción individual que corresponda a cada miembro, haciendo posible la transmisión de cuotas por cualquier título y su gravamen, aunque el acto quede sujeto a los efectos resolutorios que se deriven del ejercicio de la titularidad de disposición por la Junta.

Se sitúan, por tanto, en plenitud los poderes de disposición del fiduciario y del fiduciante, pero con completa publicidad y con diversificación del objeto, de tal modo que entre las partes e incluso terceros siempre quedará exteriorizada la *causa fiduciae* sin necesidad de investigar y penetrar en la relación para comprobar la voluntad de las partes para conseguir la protección de los derechos afectados.

Lo relevante, para no generar una duplicación perturbadora de regímenes coexistentes, es la vinculación desde la publicidad registral de ambas titula-

ridades y la subordinación frente a terceros de los titulares subyacentes, que quedarán sujetos a las consecuencias del ejercicio de la titularidad fiduciaria en tanto se mantenga su presunción de validez, ya que los fiduciantes, si realmente pudiera entenderse que hay una duplicidad de voluntades y no, como es lo normal, una prestación alternativa por órganos separados de un mismo consentimiento, incluso por una formación indebida de la voluntad mayoritaria, podrían ejercitar las acciones mediante las cuales pudiera probarse que se ha producido un apartamiento de la causa de la adjudicación fiduciaria, ejercicio que, sin embargo, no afectaría a los terceros hipotecarios.

Ligado con todo ello se producirá la cesación de la titularidad compartida, lo cual ocurrirá como supuesto más típico en el caso de la efectiva enajenación, la cual producirá todos los efectos propios de una titularidad con eficacia resolutoria inscrita mediante la cancelación de todas las inscripciones de dominio producidas sobre la titularidad subyacente o de los derechos reales o actos de gravamen generados por ellos.

La situación inversa se producirá por cesación de la vigencia de la Junta sin realizar el acto de disposición o por el acuerdo de extinción de la titularidad en cuyos casos la titularidad subyacente pasará a convertirse en principal bajo el régimen de comunidad de bienes, según la cuota de cada partícipe con las variaciones introducidas durante el período anterior.

Queda, no obstante, como situación híbrida, la relativa a los actos de gravamen que sin ejercicio de la titularidad fiduciaria pudieran recaer sobre ella. Pasarán, en tal caso, sobre las cuotas de los partícipes pero, ¿con qué rango respecto a otros actos de gravamen si los hubiera creado el subyacente? Tomando como modelo la fiducia ordinaria parece que, de ser válidos estos actos, se mantendrá la titularidad fiduciaria hasta que concluya la situación de provisionalidad y termine con la adjudicación de dominio desde la plataforma del acto generado por la Junta, a excepción de los actos que supongan derechos reales de uso y disfrute que deben cesar en el momento de la extinción de la Junta, pues no podrían mantenerse dos situaciones posesorias contradictorias como ocurriría con la constitución de un derecho de usufructo por el usufructuario con facultad de disposición por un período de tiempo superior a la vida del usufructuario, ya que éste tiene el poder de disposición mientras viva, pero no crear un derecho contradictorio con el pleno dominio consolidado en el nudo propietario más allá de la vida del usufructuario, sin realizar un acto de disposición del mismo.

*RESUMEN*

*TITULARIDAD FIDUCIARIA*

*El reconocimiento a favor de las Juntas de Compensación de la titularidad fiduciaria de disposición sobre las fincas resultantes de los procesos re parcelatorios plantea, especialmente en situaciones como la presente de crisis económica, la necesidad de clarificar el régimen jurídico de aquella titularidad y el correspondiente a las que denomi-*

*ABSTRACT*

*FIDUCIARY TITLE*

*Recognition that compensation boards hold a fiduciary title enabling them to dispose of the properties resulting from land adjustment processes poses the need, especially in situations such as the current economic crisis, to clarify what laws apply to such title and what laws govern what we term the «underlying titles» held by*

*namos titularidades subyacentes que ostentan todo o parte de los miembros de la Junta en tanto no se lleve a cabo su efectiva enajenación.*

*Se trata de dos titularidades conexas, no contradictorias entre sí, si se reduce la primera al reconocimiento de una facultad de disposición que liga resolutoriamente a la titularidad subyacente de los partícipes de la Junta, según la cuota total o parcial que ostenten sobre ella.*

*Con ello se analiza la posibilidad e incluso la necesidad de dar cabida registral a la titularidad subyacente, según las cuotas en cada caso acordadas, como pieza fundamental de la publicidad inmobiliaria, que podrá convertirse en titularidad plena si se adjudica finalmente a los partícipes sin haberse ejercitado la titularidad de disposición o por el contrario su extinción de producirse ésta.*

*Enlazado con ello se sitúa también la definición del régimen jurídico de las cuotas pertenecientes a los partícipes cuando éstas se han adquirido en metálico y no como mera subrogación de los bienes aportados a la Junta e incluso su configuración respecto de terceros como garantía agregada a la que recae sobre los inmuebles incorporados a la Junta.*

*all or some of the members of the board until and unless the properties are disposed of.*

*These two types of title are connected. They are not contradictory if the fiduciary title is limited to recognition of a power of disposal that creates a resolutive link to the underlying title of the board members, depending on the members' total or partial share in the board.*

*This paper analyses the possibility and even the need to permit the registration of underlying title to shares as a fundamental part of real estate publicity. Underlying title of this sort could even become full title if the board fails to exercise its title for disposal and title is eventually awarded to the board members. On the other hand, if the board does exercise its title for disposal, the board members' underlying title would be terminated.*

*Linked to this, there is also the matter of the definition of what laws apply to the shares belonging to the members when they have purchased their shares in cash instead of acquiring their shares through mere subrogation of the property they have contributed to the board. There is also the question of share configuration with respect to third parties as extra security on top of that which pertains to the immovable property incorporated in the board.*

# ACTUALIDAD JURÍDICA



## I. Información legislativa

### **NORMAS ESTATALES**

#### CORTES GENERALES

— Resolución de 11-12-2008. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2008, de 28-11-2008, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación.

— Resolución de 18-12-2008. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 10/2008, de 12-12-2008, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias.

#### JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 2/2008. 4-12-2008. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

— Ley 1/2008. 4-12-2008. Ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

— Ley 2/2008. 23-12-2008. Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

— Ley 3/2008. 23-12-2008. Derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

— Ley 4/2008. 23-12-2008. Suprime el gravamen del IP, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.

— Real Decreto-ley 9/2008. 28-11-2008. Crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la

Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación.

— Real Decreto-ley 10/2008. 12-12-2008. Adopta medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias.

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1800/2008. 3-11-2008. Desarrolla el Real Decreto-ley 4/2008, de 19-9-2008, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.

— Real Decreto 1804/2008. 3-11-2008. Desarrolla la Ley 36/2006, de 29-11-2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Se modifica el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, y se modifican y aprueban otras normas tributarias.

— Corrección de errores. Real Decreto 1804/2008. 3-11-2008. Desarrolla la Ley 36/2006, de 29-11-2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Se modifica el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, y se modifican y aprueban otras normas tributarias.

— Real Decreto 1918/2008. 21-11-2008. Modifica el Real Decreto 1621/2005, de 30-12-2005, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18-11-2003, de protección a las familias numerosas; el Real Decreto 1621/2005, de 30-12-2005, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18-11-2003, de protección a las familias numerosas, tiene como finalidad permitir dar plena efectividad a la acción protectora dispensada a las familias numerosas en el ámbito de la Administración General del Estado.

— Real Decreto 1975/2008. 28-11-2008. Medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda.

— Real Decreto 1978/2008. 28-11-2008. Modifica el Real Decreto 337/2004, de 27-2-2004, por el que se desarrolla la Ley 28/2003, de 29-9-2003, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

— Real Decreto 1979/2008. 28-11-2008. Regula la edición electrónica del «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

— Resolución de 15-12-2008. Suprime los precios de venta del «Boletín Oficial del Estado» y del «Boletín Oficial del Registro Mercantil».



## MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 3293/2008. 16-10-2008. Convoca oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 27-10-2008. Anuncia Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario, número 275.

— Instrucción de 4-11-2008. Derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

— Instrucción de 4-11-2008. Acceso a la consulta de los libros de defunciones de los Registros Civiles, dictada en desarrollo de la Disposición Adicional octava de la Ley 52/2007, de 26-12-2007.

## CATALUÑA

— Resolución de 21-11-2008. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

## MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1663/2008, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Plan Estadístico Nacional, 2009-2012.

— Corrección de errores. Real Decreto 1663/2008. 17-10-2008. Aprueba el Plan Estadístico Nacional, 2009-2012.

— Real Decreto 1793/2008. 3-11-2008. Modifica el Reglamento del IS, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30-7-2004.

— Corrección de errores. Real Decreto 1793/2008. 3-11-2008. Modifica el Reglamento del IS, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30-7-2004.

— Real Decreto 1794/2008. 3-11-2008. Aprueba el Reglamento de Procedimientos Amistosos en materia de imposición directa.

— Corrección de errores. Real Decreto 1794/2008. 3-11-2008. Aprueba el Reglamento de Procedimientos Amistosos en materia de imposición directa.

— Real Decreto 2125/2008. 26-12-2008. Aprueba el Programa Anual 2009 del Plan Estadístico Nacional, 2009-2012.

— Real Decreto 2126/2008. 26-12-2008. Modifica el Reglamento del IVA, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29-12-1992, así como el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión

e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27-7-2007.

— Orden 3118/2008, de 31 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros.

— Orden 3202/2008. 31-10-2008. Aprueba el modelo 291: «Impuesto sobre la Renta de no Residentes. No residentes sin establecimiento permanente. Declaración informativa de cuentas de no residentes», así como los diseños físicos y lógicos para su presentación por soporte directamente legible por ordenador, y se establece el procedimiento para su presentación telemática por teleproceso.

— Orden 3290/2008. 6-11-2008. Aprueba el modelo 216: «Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Retenciones e ingresos a cuenta. Declaración-documento de ingreso», y el modelo 296: «Impuesto sobre la Renta de no Residentes. No residentes sin establecimiento permanente. Declaración anual de retenciones e ingresos a cuenta».

— Orden 3300/2008. 7-11-2008. Aprueba el modelo 196, del IRPF: «Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes). Retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del capital mobiliario y rentas obtenidos por la contraprestación derivada de cuentas en toda clase de instituciones financieras, incluyendo las basadas en operaciones sobre activos financieros, declaración informativa anual de personas autorizadas y de saldos en cuentas de toda clase de instituciones financieras».

— Orden 3364/2008. 21-11-2008. Desarrolla el artículo 1 del Real Decreto-ley 7/2008, de 13-10-2008, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro.

— Orden 3413/2008. 26-11-2008. Desarrolla para el año 2009 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido.

— Corrección de errores. Orden 3413/2008. 26-11-2008. Desarrolla para el año 2009 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 3480/2008. 1-12-2008. Modifica la Orden 3397/2006, de 26-10-2006, por la que se aprueban los modelos 390 y 392 de declaración resumen anual IVA, y el modelo 430 de declaración del Impuesto sobre las Primas de Seguros, así como el Anexo II de la Orden 3020/2007, de 11-10-2007, por la que se aprueba el modelo 190 y el artículo 3.º de la Orden 3895/2004, de 23-11-2004, por la que se aprueba el modelo 198.

— Orden 3481/2008. 1-12-2008. Aprueba el modelo 189 de declaración informativa anual acerca de valores, seguros y rentas, los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas interiores de dicho modelo por soportes directamente legibles por ordenador y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 3525/2008. 20-11-2008. Establece el procedimiento para la declaración de la exención del IRPF de determinados premios literarios, artísticos o científicos.

— Orden 3598/2008. 18-11-2008. Modifica la Orden 339/2007, de 16-2-2007, por la que se desarrollan determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados.

— Orden 3668/2008. 11-12-2008. Modifican la Orden 7-8-2001, por la que se aprueba el modelo 346 de declaración informativa anual de subvenciones e indemnizaciones satisfechas o abonadas por entidades públicas o privadas a agricultores y ganaderos, las Órdenes de 22-12-1999 y de 27-7-2001, que regulan el modelo 345 de declaración informativa anual de Planes de Pensiones, Sistemas Alternativos, Mutualidades de Previsión Social, Planes de Previsión Asegurados, Planes Individuales de Ahorro Sistemático, Planes de Previsión Social Empresarial y Seguros de Dependencia, y la Orden 171/2004, de 30-1-2004, por la que se aprueba el modelo 184 de declaración informativa anual a presentar por las entidades en régimen de atribución de rentas.

— Orden 3697/2008. 11-12-2008. Aprueban los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D. e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 3748/2008. 23-12-2008. Modifica la Orden 3364/2008, de 21-11-2008, por la que se desarrolla el artículo 1 del Real Decreto-ley 7/2008, de 13-10-2008, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro.

— Orden 3786/2008. 29-12-2008. Aprueba el modelo 303 IVA, Autoliquidación, y el modelo 308 IVA, solicitud de devolución: Recargo de equivalencia, artículo 30 bis del Reglamento del IVA y sujetos pasivos ocasionales y se modifican los Anexos I y II de la Orden 3434/2007, de 23-11-2007, por la que se aprueban los modelos 322 de autoliquidación mensual, modelo individual, y 353 de autoliquidación mensual, modelo agregado, así como otra normativa tributaria.

— Orden 3787/2008. 29-12-2008. Aprueba el modelo 340 de declaración informativa regulada en el artículo 36 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

— Resolución de 24-11-2008. Aprueba el régimen de funcionamiento de la Oficina Virtual del Catastro y de los Puntos de Información Catastral.

— Resolución de 26-11-2008. Modifica Orden 24-3-1992, sobre organización y atribución de funciones a la inspección de los tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

— Resolución de 11-12-2008. Aprueba el modelo 145, de comunicación de datos al pagador de rendimientos del trabajo o de la variación de los datos previamente comunicados.

— Corrección de errores. Orden 2760/2008. 25-9-2008. Aprueba el procedimiento de liquidación de la asignación tributaria a la Iglesia Católica y de regularización del saldo resultante entre el Estado y aquélla, previsto en la Disposición Adicional decimoctava de la Ley 51/2007, de 26-12-2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

#### COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 7/2008. 26-11-2008. Normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo.

— Circular 8/2008. 10-12-2008. Aprueba los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores.

#### BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 18-11-2008, del Banco de España, por la que mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 16-12-2008. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Corrección de errores. Resolución de 31 de octubre de 2008, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se dispone la publicación de los Acuerdos adoptados por el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros, el 27 de octubre de 2008, sobre composición de la Comisión Ejecutiva y las directrices de inversión del Fondo.

#### MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Real Decreto 2066/2008. 12-12-2008. Regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación, 2009-2012.

## MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 2127/2008. 26-12-2008. Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2009.

— Real Decreto 2128/2008. 26-12-2008. Fija el salario mínimo interprofesional para 2009.

— Resolución de 5-11-2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2009.

— Resolución de 25-11-2008. Libro de Visitas Electrónico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

— Corrección de errores. Orden 2942/2008. 7-10-2008. Crea un Registro Electrónico en el Fondo de Garantía Salarial, y se establecen los criterios generales de tramitación electrónica de determinados procedimientos.

## MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 3800/2008. 26-12-2008. Autoriza los precios de los servicios postales reservados al operador responsable de la prestación del servicio postal universal, Correos y Telégrafos, S. A.

## MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Resolución de 28-11-2008. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2009, a efectos de cómputo de plazo.

## MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 2090/2008. 22-12-2008. Aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 2-10-2007, de Responsabilidad Medioambiental.

## COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### ANDALUCÍA

— Ley 2/2008. 10-12-2008. Regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población.

— Real Decreto 1666/2008. 17-10-2008. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.

— Corrección de errores. Real Decreto 1666/2008. 17-10-2008. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.

— Real Decreto 1667/2008. 17-10-2008. Ampliación de medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1560/2005, de 23-12-2005, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las cuencas andaluzas vertientes al litoral atlántico (Confederaciones Hidrográficas del Guadalquivir y del Guadiana).

— Real Decreto 1668/2008. 17-10-2008. Ampliación de los medios patrimoniales traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por varios Reales Decretos de traspasos de funciones y servicios.

— Real Decreto 1670/2008. 17-10-2008. Ampliación de medios económicos adscritos al traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Real Decreto 712/2006, de 9-6-2006, de ampliación de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de conservación de la naturaleza (Parques Nacionales de Doñana y Sierra Nevada).

— Real Decreto 1671/2008. 17-10-2008. Ampliación de medios personales traspasados por el Real Decreto 1560/2005, de 23-12-2005, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las cuencas andaluzas vertientes al litoral atlántico (Confederaciones Hidrográficas del Guadalquivir y del Guadiana).

— Decreto 526/2008. 16-12-2008. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas.

— Decreto 527/2008. 16-12-2008. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

— Orden 10-11-2008. Desarrollo y tramitación de las actuaciones en materia de vivienda y suelo del Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012.

— Orden 9-12-2008. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos para el año 2009.

— Resolución de 11-12-2008. Determina las Fiestas Locales en el ámbito de Andalucía para el año 2009.

## ARAGÓN

— Ley 6/2008. 19-12-2008. Modificación de la Ley 6/2001, de 17-5-2001, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, en lo que se refiere a la consideración del Instituto Aragonés de Agua como Administración Pública a los efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación del sector público.

— Ley 7/2008. 19-12-2008. Modificación de la Ley 2/2008, de 14-5-2008, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 8/2008. 23-12-2008. Modificación de la Ley 2/1992, de 1-3-1992, de creación del Consejo de Protección de la Naturaleza.

— Ley 10/2008. 29-12-2008. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2009.

— Ley 11/2008. 29-12-2008. Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto-ley 1/2008. 30-10-2008. Medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón.

— Decreto 218/2008. 18-11-2008. Modifica el Decreto 67/2007, de 8-5-2007, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2007.

— Decreto 246/2008. 23-12-2008. Adaptan determinados procedimientos en aplicación del Decreto-ley 1/2008, de 30-10-2008, del Gobierno de Aragón, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón.

— Decreto 247/2008. 23-12-2008. Adaptación de diversos procedimientos administrativos, competencia del Departamento de Industria, Comercio y Turismo, al Decreto-ley 1/2008, de 30-10-2008, del Gobierno de Aragón, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón.

— Decreto 248/2008. 23-12-2008. Adaptan los procedimientos administrativos, competencia del Departamento de Medio Ambiente a las disposiciones del Decreto-ley 1/2008, de 30-10-2008, del Gobierno de Aragón, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón.

— Resolución de 19-11-2008. Determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperable e inhábiles, para el año 2009, en los municipios de Huesca.

— Resolución de 19-11-2008. Determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperables e inhábiles, para el año 2009, en los municipios de Teruel.

— Resolución de 19-11-2008. Determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperable e inhábiles, para el año 2009, en los municipios de Zaragoza.

— Resolución de 20-11-2008. Regula el calendario laboral y la distribución de la jornada y horarios del personal funcionario de la Administración de Justicia transferidos a la Comunidad Autónoma de Aragón.

## ASTURIAS

— Ley 5/2008. 29-12-2008. Presupuestos Generales para 2009.

— Ley 6/2008. 29-12-2008. Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2009.

— Decreto 115/2008. 20-11-2008. Modificación del Decreto 111/2005, de 3-11-2005, sobre registro telemático.

— Decreto 213/2008. 17-12-2008. Primera modificación del Decreto 63/2008, de 9-7-2008, por el que se aprueban los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes urbanos, a efectos de los ITP y AJD e IS y D., así como la metodología seguida para su obtención.

## BALEARES

— Ley 9/2008. 19-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2009.

— Decreto 135/2008. 5-12-2008. Regula el procedimiento para la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en las Illes Balears.

— Decreto 138/2008. 19-12-2008. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2009 a efectos de plazos administrativos.

— Orden 3-12-2008. Reconoce la OL de Distrito Hipotecario a cargo del Registrador de la Propiedad de Alcudia y se le atribuyen, con carácter transitorio, funciones de gestión tributaria.

## CANARIAS

— Ley 4/2008. 12-11-2008. Introduce en la legislación canaria sobre evaluación ambiental de determinados proyectos la obligatoriedad del examen y análisis ponderado de la alternativa cero.



— Ley 5/2008. 23-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2009.

— Ley 6/2008. 23-12-2008. Medidas tributarias incentivadoras de la actividad económica.

— Decreto 250/2008. 23-12-2008. Modifica el Decreto 182/1992, de 15-12-1992, por el que se aprueban las normas de gestión, liquidación, recaudación e inspección del Impuesto General Indirecto Canario y la revisión de los actos dictados en aplicación del mismo, así como los Decretos 192/2000, de 20-9-2000 y 1/2002, de 11-1-2002, reguladores de determinadas declaraciones tributarias, y el Decreto 395/2007, de 27-11-2007, por el que se regulan las obligaciones específicas en el régimen especial del grupo de entidades en el Impuesto General Indirecto Canario.

— Decreto 251/2008. 23-12-2008. Establece el régimen jurídico de las OOLL a cargo de los Registradores de la Propiedad, se crean las OOLL Comarcales La Palma y Gran Canaria Uno y se determina la adscripción de Registros de la Propiedad a las OOLL de la Administración Tributaria Canaria.

— Orden 1-12-2008. Fijan los índices, módulos y demás parámetros del régimen simplificado del Impuesto General Indirecto Canario para el año 2009.

— Orden 18-12-2008. Establece el sistema retributivo de los Registradores de la Propiedad a cargo de las OOLL incluidas en la Administración Tributaria Canaria.

— Corrección de errores. Ley 3/2008. 31-7-2008. Devolución parcial de la cuota del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre combustibles derivados del petróleo y de establecimiento de una deducción autonómica en el IRPF por la variación del euribor.

## CANTABRIA

— Ley 3/2008. 24-11-2008. Plan Estadístico 2009-2012.

— Ley 4/2008. 24-11-2008. Crea la Agencia Cántabra de Administración Tributaria.

— Ley 5/2008. 19-12-2008. Creación del Instituto Cántabro de Seguridad y Salud en el Trabajo.

— Ley 6/2008. 26-12-2008. Educación de Cantabria.

— Ley 7/2008. 26-12-2008. Creación de la Agencia Cántabra de Consumo.

— Decreto 113/2008. 13-11-2008. Publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

— Orden Pre/117/2008. 16-12-2008. Procede al nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso para los Registradores del Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, constituido por Orden Jus/2835/2008, de 29-9-2008.

## CASTILLA-LA MANCHA

- Ley 7/2008. 13-11-2008. Regulación de tasas en materia de industria, energía y minas de Castilla-La Mancha.
- Ley 8/2008. 4-12-2008. Creación de la comisión consultiva regional de convenios colectivos.
- Ley 9/2008. 4-12-2008. Medidas en materia de tributos cedidos.
- Ley 10/2008. 19-12-2008. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2009.
- Resolución de 21-11-2008. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de computo de plazos en el año 2009, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

## CASTILLA-LEÓN

- Ley 10/2008. 9-12-2008. Carreteras de Castilla y León.
- Ley 17/2008. 23-12-2008. Medidas Financieras y de Creación de la Empresa Pública Castilla y León, Sociedad Patrimonial, y del Ente Público Instituto de Seguridad y Salud Laboral de Castilla y León.
- Ley 18/2008. 23-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2009.
- Decreto 82/2008. 4-12-2008. Ordenación de la cartografía en Castilla y León.
- Orden 1982/2008. 14-11-2008. Regula el procedimiento para la selección de los adquirentes y arrendatarios de viviendas protegidas en Castilla y León.
- Orden 1990/2008. 10-11-2008. Regula la habilitación y autorización de profesionales, y la inscripción y autorización de entidades para dispensar los servicios de asesoramiento y de mediación en el ejercicio del derecho de las personas adoptadas a conocer los propios orígenes, y la organización y funcionamiento de dichos servicios.
- Orden 1993/2008. 14-11-2008. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.
- Orden 2005/2008. 10-11-2008. Resuelve parcialmente la convocatoria de ayudas económicas destinadas a subvencionar alquileres a arrendatarios de viviendas para el año 2008.
- Orden 2122/2008. 5-12-2008. Establece el calendario de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos administrativos, que regirá durante el año 2009 en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 2128/2008. 2-12-2008. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

## CATALUÑA

— Ley 13/2008. 5-11-2008. Presidencia de la Generalidad y del Gobierno.

— Ley 14/2008. 5-11-2008. Oficina Antifraude de Cataluña.

— Ley 15/2008. 23-12-2008. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2009.

— Ley 16/2008. 23-12-2008. Medidas fiscales y financieras.

— Ley 17/2008. 23-12-2008. Modificación de la Ley 6/2008, de 13-5-2008, del Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes.

— Ley 18/2008. 23-12-2008. Garantía y calidad del suministro eléctrico.

— Decreto 228/2008. 18-11-2008. Modificación del Decreto 339/2006, de 5-9-2006, de desarrollo de la Ley 10/1997, de 3-7-1996, de la renta mínima de inserción.

— Orden 523/2008. 10-11-2008. Determinan los requisitos necesarios para no liquidar y anular las liquidaciones de deudas tributarias y no tributarias de la Generalidad de Cataluña que no excedan de 50 euros.

## EXTREMADURA

— Ley 4/2008. 25-11-2008. Endeudamiento extraordinario de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley 5/2008. 26-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2009.

— Ley 6/2008. 26-12-2008. Medidas Fiscales de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 254/2008. 19-12-2008. Fija el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos durante el año 2009 en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

## GALICIA

— Ley 11/2008. 3-12-2008. Pesca de Galicia.

— Ley 12/2008. 3-12-2008. Modifica la Ley 7/1996, de 1-7-1996, de desarrollo comarcal, y la Ley 5/2000, de 28-12-2000, de medidas fiscales y de régimen presupuestario y administrativo, y se racionalizan los instrumentos de gestión comarcal y de desarrollo rural.

— Ley 13/2008. 3-12-2008. Servicios Sociales de Galicia.

— Ley 14/2008. 3-12-2008. Turismo de Galicia.

— Ley 15/2008. 19-12-2008. Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada.

— Ley 16/2008. 23-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2009.

— Decreto 253/2008. 30-10-2008. Se crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias de Galicia.

— Decreto 255/2008. 23-10-2008. Simplifica la documentación para la tramitación de los procedimientos administrativos y se fomenta la utilización de medios electrónicos.

— Decreto 269/2008. 6-11-2008. Aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de Galicia.

— Decreto 278/2008. 4-12-2008. Regula la integración en las escalas de inspección y subinspección urbanística creadas por la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 15/2004, de 29-12-2004, de modificación de la Ley 9/2002, de 30-12-2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

— Orden 11-11-2008. Aprueba el Plan Director 2009-2010 de Inspección Autonómica de Galicia en materia de vivienda.

— Resolución de 1-12-2008. Aprueba los programas y aplicaciones informáticas para la expedición del certificado de valores básicos de repercusión del suelo y plazas de garaje utilizados en las valoraciones tributarias de bienes inmuebles.

— Resolución de 1-12-2008. Establece la normativa técnica sobre valoraciones inmobiliarias.

## LA RIOJA

— Ley 4/2008. 23-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2009.

— Ley 5/2008. 23-12-2008. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2009.

— Calendario laboral de las fiestas locales del año 2009.

## MADRID

- Ley 2/2008. 22-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2009.
- Ley 3/2008. 29-12-2008. Medidas Fiscales y Administrativas.
- Orden 1947/2008. 27-11-2008. Convocan las ayudas económicas a la adquisición de viviendas con protección pública (cheque-vivienda-venta) previstas en el artículo 9 del Decreto 12/2005, de 27-1-2005, correspondientes al ejercicio 2008.

## MURCIA

- Ley 6/2008. 20-11-2008. Defensor del pueblo de la Región de Murcia.
- Decreto 408/2008. 24-10-2008. Aprueba los estatutos del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia adaptados a lo dispuesto en la Ley 7/2004, de 28-12-2004, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad de la Región de Murcia.

## NAVARRA

- Ley Foral 18/2008. 6-11-2008. Medidas para la reactivación de la economía de Navarra, 2009-2011.
- Ley Foral 19/2008. 20-11-2008. Establece la cuantía y fórmula de reparto del fondo de participación de las haciendas locales en los tributos de Navarra para los ejercicios presupuestarios de 2009 a 2012.
- Ley Foral 20/2008. 20-11-2008. Modifica la Ley Foral 12/2000, de 16-11-2008, de Atención Farmacéutica.
- Ley Foral 21/2008. 24-12-2008. Presupuestos Generales de Navarra para el año 2009.
- Ley Foral 22/2008. 24-12-2008. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.
- Decreto Foral 114/2008. 10-11-2008. Modifica el Decreto Foral 124/1987, de 12-6-1987, por el que se regula el Censo de Entidades.
- Decreto Foral 129/2008. 29-12-2008. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2009.
- Orden Foral 174/2008. 25-11-2008. Aprobación de la convocatoria de ayudas en forma de subaval a las operaciones de crédito para la financiación de inversiones en el marco de la Ley Foral 18/2008, de 6-11-2008, de medidas para la reactivación de la economía de Navarra 2009-2011.

— Orden Foral 207/2008. 24-11-2008. Establece el procedimiento para efectuar por medios telemáticos embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito para diligencias de cuantía igual o inferior a 6.000 euros.

— Orden Foral 208/2008. 24-11-2008. Aprueba el modelo 196, del IRPF, IS e Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes). Retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del capital mobiliario y rentas obtenidos por la contraprestación derivada de cuentas en toda clase de instituciones financieras, incluyendo las basadas en operaciones sobre activos financieros, declaración informativa anual de personas autorizadas y de saldos en cuentas en toda clase de instituciones financieras.

— Orden Foral 215/2008. 2-12-2008. Fija los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las Entidades Colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra para el año 2009.

— Orden Foral 219/2008. 16-12-2008. Aprueba el modelo 190 de resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo, de determinadas actividades empresariales y profesionales, premios y determinadas imputaciones de renta, y se establecen los diseños físicos y lógicos para su presentación por soportes directamente legibles por ordenador y las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática a través de Internet.

— Orden Foral 330/2008. 22-10-2008. Aprueba el plan de control e inspección en materia de vivienda para los años 2009 y 2010.

— Orden Foral 373/2008. 25-11-2008. Establece el régimen de concesión de ayudas en forma de garantía a las operaciones de crédito concertadas para financiar inversiones en el marco de la Ley Foral 18/2008, de 6-11-2008, de medidas para la reactivación de la economía de Navarra 2009-2011.

— Orden Foral 521/2008. 19-12-2008. Aprueba el calendario laboral del año 2009 para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Orden Foral 605/2008. 24-11-2008. Establece el régimen de concesión de ayudas en forma de subaval a las operaciones de crédito para la financiación de inversiones en el marco de la Ley Foral 14/2008, de 30-10-2008, de medidas para la reactivación de la economía de Navarra 2009-2011.

— Resolución 1027/2008. 28-11-2008. Determinan las fiestas locales para el año 2009 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

## PAÍS VASCO

— Ley 11/2008. 28-11-2008. Modifica la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística.

- Ley 12/2008. 5-12-2008. Servicios Sociales.
- Ley 13/2008. 12-12-2008. Apoyo a las familias.
- Ley 16/2008. 23-12-2008. Modificación de la Ley de Ordenación del Turismo.
- Ley 17/2008. 23-12-2008. Política Agraria y Alimentaria.
- Ley 18/2008. 23-12-2008. Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social.
- Ley 19/2008. 29-12-2008. Aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2009.
- Norma Foral 5/2008. 11-11-2008. Aprueba la Cuenta General del Presupuesto del Territorio Histórico de Gipuzkoa para 2009.
- Decreto 182/2008. 11-11-2008. Regula la calificación de empresas de inserción, se establece el procedimiento de acceso a las mismas y su registro.
- Decreto 207/2008. 9-12-2008. Crea y regula el Registro Especial de Asociaciones de Trabajo Autónomo de Euskadi.
- Orden 7-11-2008. Ayudas a la promoción de viviendas de protección pública y medidas de fomento al alquiler.

## VALENCIA

- Ley 14/2008. 18-11-2008. Asociaciones de la Comunitat Valenciana.
- Ley 15/2008. 5-12-2008. Integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana.
- Ley 16/2008. 22-12-2008. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.
- Ley 17/2008. 29-12-2008. Presupuestos de la Generalitat para 2009.
- Decreto 185/2008. 28-11-2008. Fondos de Titulización de Activos para favorecer la financiación empresarial.

## II. Información de actividades

### ARAGÓN

En el mes de noviembre de 2008 tuvo lugar el FORO DE DERECHO ARAGONÉS, organizado por el Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón, con arreglo al siguiente programa:

Día 4:

«Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado».

Ponente: Don Rafael SANTACRUZ BLANCO, Abogado del Estado.

Coponentes: Don Manuel GUEDEA MARTÍN, Letrado de la Diputación General de Aragón, y don Javier HERNANZ ALCAIDE, Registrador de la Propiedad de Barbastro.

Día 11:

«Derechos de la personalidad de los menores en Aragón».

Ponente: Don Carlos SANCHO CASAJÚS, Fiscal de Menores.

Coponentes: Doña Carmen GRACIA DE VAL, Notaria, y doña Carmen BAYOD LÓPEZ, Profesora Titular de Derecho Civil.

Día 18:

«Usufructo viudal de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad».

Ponente: Don José Luis MERINO HERNÁNDEZ, Notario.

Coponentes: Doña María BIESA HERNÁNDEZ, Licenciada en Derecho, Empleada CAI (Departamento de Riesgos), y don Pablo ESCUDERO RANERA, Abogado.

Día 25:

«Aplicación del Derecho Civil a los extranjeros».

Ponente: Don José Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJA.

Coponentes: Don Javier PÉREZ MILLA, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, y doña Montserrat VICENS BURGUEÉS, Abogada.

Los días 7 y 8 de noviembre de 2008, organizadas por la fundación Manuel Giménez Abad y la UNED, tuvieron lugar las III JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL *CONSTITUCIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN*.

Los días 19 a 21 de noviembre de 2008, se celebró el V FORO DE JURISTAS HISPANO-MARROQUÍ, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid-Ilustre Colegio de Abogados de Casablanca-Fundación del Consejo General de la Abogacía Española-Asociación de Colegios de Abogados de Marruecos-Fundación Tres Culturas del Mediterráneo.



## ACTO INAUGURAL

Por el Foro de Juristas:

- Fernando OLIVAN LÓPEZ, Secretario General del Foro Hispano-Marroquí de Juristas.
- Mohamed RAISSOUNI, Secretario General del Foro Hispano-Marroquí de Juristas.
- Excmo. Señor Don Antonio HERNÁNDEZ-GIL, Decano del Colegio de Abogados de Madrid.
- Excmo. Señor Don Abdellah DERMICHE, Decano del Colegio de Abogados de Casablanca.
- Excmo. Señor Don Ramón ENCISO BERGÉ, Comité Averroes.

Autoridades:

- Excmo. Señor Don José Ignacio GUTIÉRREZ ARRUDI, Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza.
- Excma. Señora Doña Gema MARTÍN MUÑOZ, Directora General de Casa Árabe.
- Excma. Señora Doña Karima BENYAICH, Directora de Cooperación Cultural y Científica.
- Excmo. Señor Don Senén FLORENSA, Presidente del IMED.
- Excmo. Señor Don Fernando POMBO, Presidente de la IBA.
- Excmo. Señor Don Héctor DÍAZ BASTIÉN, Presidente de la UIA.
- Excmo. Señor Don Carlos HERNÁNDEZ PECCI, Presidente del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos.
- Excmo. Señor Don Carlos CARNICER, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.
- Excmo. Señor Mohamed SAJID, Alcalde de Casablanca.
- Excmo. Señor Don Omar AZZIMAN, Embajador de Marruecos.
- Excmo. Señor Don Ángel LOSSADA, Secretario de Estado de Asuntos Exteriores.
- Excmo. Señor Don Julio PÉREZ, Secretario de Estado de Justicia.
- Excmo. Señor Don Juan Alberto BELLOCH, Alcalde de Zaragoza.

## CONVOCATORIA DEL V PLENARIO

El Mediterráneo vuelve a estar en la centralidad del mundo moderno. El renovado Proceso de Barcelona, articulado hoy bajo las propuestas de la Unión para el Mediterráneo, nos sirve de aviso de algo cada vez más evidente, no sólo que ese mar ha estado siempre ahí, en medio de uno de los focos principales del desarrollo de la humanidad, sino de algo mucho más radical, en definitiva,

de que no hay manera de mirar al futuro, desde todas las sociedades que contornean sus costas, sin hacer un ejercicio de reflexión sobre la intimísima relación entre todos los pueblos que habitan sus orillas.

Así, no frente, sino junto a esos otros espacios mixtos constituidos por las cuencas del Atlántico Norte o el Pacífico y el Índico, el espacio centroasiático o la necesaria coordinación geográfica que surgirá alrededor de la cuenca del Ártico, el espacio mediterráneo se presenta como una de las más complejas y ricas estructuras de construcción de futuro. Como en esas otras grandes regiones del globo y que tanto protagonismo acumulan en los últimos años, los factores de crisis y tensión no faltan, máxime en un momento histórico en el que abundan los problemas de todo tipo, pero —y ese es también parte de nuestro cometido— se aprecian más los factores de colaboración y diálogo. Como ya acreditaron a lo largo de la historia, las cuencas marítimas, como los mismos desiertos, no son tanto muros de separación y frontera sino espacios de comunicación y encuentro.

Las crisis no faltan, hemos dicho. Y se presentan en toda la amplia gama de los demonios que atenazan la modernidad. Crisis ecológica en un mar que aporta, en sus distintas expresiones, un altísimo porcentaje de la riqueza de sus países ribereños. El tema del agua como recurso escaso adquiere aquí una de sus formas más agudas e inquietantes. Crisis migratoria, en los densos flujos que cruzan sus aguas y en las respuestas —demasiadas veces erráticas— que se dan desde ambas orillas. Crisis económicas, con complejas variantes en sus distintas zonas pero que, acumuladas, vienen a lastrar las enormes posibilidades que presenta la riqueza humana de la cuenca.

Crisis cultural en la urgencia de reconocer la diversidad de identidades y estructuras simbólicas. Crisis bélicas, también, como las que aún incendian algunas subregiones del espacio mediterráneo. Pero, como decíamos, abundan más los lazos de colaboración y diálogo. En todo caso, este es nuestro compromiso y lo que, desde esta subregión del Mediterráneo occidental hemos querido proponer desde el nacimiento del Foro.

Marruecos y España se presentan —y así lo queremos y reclamamos los juristas de ambos países— como expresión de esa Unión Mediterránea que, en algún momento, abarcará la totalidad de la cuenca, reencuentro con un redivivo *Mare Nostrum*. Y lo hacemos en la conciencia de que avanzamos hacia un mundo donde el orden jurídico será cada día más compartido.

El derecho, y esto es algo que se verá cada vez con mayor fuerza, desborda el viejo concepto de Estado, la forma organizativa del Estado cede terreno a las nuevas expresiones de organización de la vida política y lo hace, en lo «macro», bajo el protagonismo de una comunidad internacional cada vez más activa y presente, y en lo «micro» de la vida cotidiana. Esta doble tensión, en lo macro y en lo micro, no debe suponer, sin embargo, una reducción de la calidad del derecho. Es cierto que, desde el triunfo de la moder-

nidad y el monopolio del estado, como fuente del derecho, se ha producido una cuasi identificación entre Estado y Derecho, pero —y éste es quizá el gran reto de la «post-modernidad» a la que avanzamos— el derecho es y debe ser mucho más que el Estado. Entendemos que la autonomía de lo jurídico será capaz de convertirse en auténtico referente de identidad para los ciudadanos. Es decir, una autonomía respecto al viejo monopolio del estado, pero no respecto al conjunto de los ciudadanos. Es decir, un sistema que haga del derecho, como voluntad de los ciudadanos, el auténtico referente de la comunidad política. De ahí la necesidad de buscar nuevas formulas que vinculen este derecho del siglo XXI con una ciudadanía concebida, cada vez más, bajo una dimensión supranacional.

Basta poner algunos ejemplos. La velocidad y fortaleza de los flujos migratorios impone ya la realidad de un auténtico intercambio poblacional y esto afecta a la aplicación del derecho. Aspectos como los deducidos del derecho de familia reclaman una atención específica y un esfuerzo de hacer del derecho aplicado un sistema denso y complejo. Pero el tema no se reduce a los sistemas de la ley personal, también afecta al derecho público. El disfrute del estado social y su compromiso prestacional en pro de una más dinámica y efectiva calidad de vida, constituyen, cada vez más, el núcleo de la nueva ciudadanía y esto supone, no sólo el compromiso de las administraciones, sino también la exigencia de una eficacia del estado social más allá de sus fronteras. Y lo mismo pasa respecto a derechos como el de sufragio cuyo ejercicio, más allá de las fronteras del estado clásico, reclaman altos grados de colaboración interestatal. Todo esto impone una redefinición del concepto de frontera, cada vez más complejo y denso, y más aún, una colaboración entre administraciones y poderes públicos que desborda el viejo mito de la soberanía estatal. Leyes como la que establece el «Estatuto de la ciudadanía en el exterior», recientemente promulgada en España, reclaman ese nuevo modelo de relación entre Estado y derecho. La idea de una «circunscripción exterior», que ya anida en numerosas propuestas políticas, suponen la expresión de esa ciudadanía densa, definitivamente desvinculada del límite impuesto por las fronteras.

Pero al igual que las fronteras ya no tienen ese carácter vertical que separaba a la vez geografías y poblaciones, tampoco nos sirven para dar respuesta a los nuevos problemas de la sociedad moderna. El cambio climático, las nuevas pandemias —potenciadas por la velocidad de los viajes—, el crimen organizado a escala internacional y el blanqueo de sus resultados; pero tampoco responde a las simples cuestiones que formula el nuevo siglo: las comunicaciones telemáticas, la universalización de internet, la diversidad de los nuevos flujos financieros, definitivamente internacionales. Todos estos retos y preguntas reclaman respuestas que exceden la esfera del estado.

Por eso, cuando hablamos de autonomía del derecho estamos hablando no de un derecho construido por unos autoproclamados «expertos» al margen de

la voluntad de la nación, hoy por hoy pilar básico y único de la idea de democracia, sino todo lo contrario, hablamos de un derecho cada vez más cercano a la persona, donde sociedad civil y esfera pública terminen identificándose de nuevo en la idea de ciudadanía. En definitiva, el triunfo de la globalización, el imperio de los mercados y el olvido de las fronteras que supone la sociedad informacional no debe saldarse con un retroceso del derecho ni una vuelta a la ley de la selva, urge recrear un nuevo espacio público donde la política, en su sentido más noble, es decir, en su capacidad de convertir al hombre en ciudadano, recupere su plenitud y su capacidad civilizadora.

Nuevamente los pueblos que se asoman a la cuenca del Mediterráneo tienen no sólo el compromiso de luchar por estos fines, sino también un inmenso capital cultural para hacerlo. En ningún otro espacio geo-económico la pluralidad de culturas ha tenido tanta relación y, pese a sus conflictos, tantos puntos de encuentro.

Respecto a la potencia del derecho no faltan ejemplos. Si nos remitimos a la historia lejana, basta recordar cómo en la Edad Media, la urgencia de un comercio internacional naciente supo desarrollar, pese a los mil conflictos que asolaban sus costas, los principios básicos y universales del derecho mercantil, la historia contemporánea no está ausente de esa potencia del derecho: los Convenios de La Haya y Ginebra fueron capaces de crear derecho allí donde, por definición, se predicaba la radical exclusión del mismo: la guerra. El *ius in bello* y el *ius ad bellum* surgen de una dinámica que, nacida en la sociedad civil y pese a ser el momento álgido del nacionalismo excluyente, supo imponerse a la vieja «razón de estado». El nacimiento del Consejo de Europa, a los pocos años del fin de la guerra, tiene también estos perfiles de exigencia de una sociedad civil plenamente comprometida con lo público. La creación de una Corte Penal Internacional y el moderno movimiento para la lucha contra las lacras de la guerra sigue esta tónica (Convenio de Ottawa para la erradicación de las minas anti-persona, Convenio de Dublín contra las bombas racimo o los próximos esfuerzos contra los residuos militares y las armas ligeras).

Ese carácter universal del derecho se multiplica en numerosas otras esferas: migraciones, donde pese a los conatos de retroceso que apuntan algunas legislaciones, la realidad es que la potencia heurística de la doctrina de los derechos humanos termina por imponer sus leyes protectoras. De nuevo la conciencia jurídica de los pueblos se proyecta como fuente fundamental del derecho. También en la esfera ecológica. ¿Quién podría pensar hace apenas veinte años que la agenda ecológica se impusiera con la fuerza que hoy lo hace? Y algo que tampoco se hubiera imaginado en esos plazos exigüos de la ultramodernidad: la competencia cada vez más dinámica y poderosa de la diversidad cultural y civilizatoria. Frente a las tesis de Toymbee, las culturas no están sometidas a unas leyes inexorables que terminen enfrentándolas, ni

el modelo cultural europeo ha terminado absorbiendo al resto de expresiones culturales. China, la India, el mundo árabe o el latinoamericano adquieren hoy una centralidad nueva. Lo bueno es que, pese a las propuestas agoreras y pesimistas de que esto supondría un choque de culturas, la realidad es que, rota la dinámica de «centro-periferia», las relaciones entre estos grandes espacios simbólicos se han vuelto cada vez más pacíficas y dialogantes. Lejos de devorarse, la multilateralidad del mundo cultural —estrechamente respaldada por esa nueva pluralidad de centros económicos, cada vez más autónomos y poderosos— se abre a una relación de cooperación y alianza.

El Foro de Juristas se presenta como agente dinamizador en este proyecto de globalización del derecho. Desde hace años venimos acreditando la potencia del derecho, de nuestros distintos órdenes jurídicos, para promover el diálogo y la mutua colaboración entre nuestros pueblos. Los temas tratados en los diferentes plenarios, así como los trabajos desarrollados por sus Colegios a lo largo de sus años de actividad resaltan esa necesaria cooperación jurídica: el arbitraje comercial, el derecho personal y de familia, el urbanismo social, el derecho a la salud, la protección y seguridad de la propiedad inmobiliaria e intelectual, la enseñanza del derecho, etc. Aspectos comunes que expresan esa común raíz del derecho como sistema para la resolución de los conflictos que afectan a la gente. El Foro nació justamente para eso, como instancia que busca tanto el análisis y la reflexión como la acción transformadora, es decir, el estudio de esa identidad común como base para una aplicación de alta calidad del derecho, pero también con el deseo de ser instrumento eficaz para ese proyecto de creación normativa que reconozca el protagonismo de nuestra región mediterránea.

Este año el Plenario (V Plenario de Zaragoza) se proyecta sobre dos ejes temáticos centrales y un tema trasversal. El primer denominador común lo constituye la ciudad como espacio cualificado para la convivencia. La ciudad, la medina, *urbs* o *polys*, recupera así, en este nuevo siglo, un protagonismo perdido desde el nacimiento del Estado moderno. Sin embargo hoy se presenta, tras la crisis de identidad de ese mismo estado, como el nuevo titular del viejísimo concepto de «espacio público».

El trabajo desarrollado desde el Colegio de Casablanca y la Secretaría del Foro en el proceso de constitución de la Coalición de Ciudades Árabes contra el Racismo y la Xenofobia acredita esta apuesta conceptual. Expresión de esta eficacia ha sido la importante dimensión regional que ha alcanzado este proyecto, que ha contado, además, con el expreso apoyo de la UNESCO.

¿Cuál es el nuevo escenario y la dimensión de la nueva vida urbana? Como se comprende de inmediato ya no es el antiguo pomerio encerrado entre sus murallas, pero tampoco nos sirven conceptos demasiado dependientes y tributarios de un derecho administrativo elaborado por y para el estado. Urge, así, redefinir el concepto de ciudad tanto en su definición fisco-geo-

gráfica como simbólica y política. Hablar de gobernanza urbana debe ser sinónimo de proponer una nueva conceptualización del hecho municipal y sus relaciones con el territorio y la ciudadanía. El Foro se propone así como instancia de reflexión sobre el nuevo concepto de municipalidad y lo hace desde la potencia de los grupos de trabajo que se movilizan: urbanismo, gobernanza, propiedad inmueble, etc.

Los Derechos Humanos constituyen el segundo eje temático de nuestros trabajos. El análisis aquí se proyecta sobre un doble objetivo. De entrada, la reconstrucción de la identidad de la persona en su valor universal como ser humano. Este ha sido el centro básico de la doctrina de los Derechos Humanos. Pero también queremos trabajar en la precisión de ubicar la entidad individual de la persona en los espacios de convivencia definidos por la política. En definitiva, en la propuesta de un ser humano *urbi et orbe*, participe de la universalidad de su condición humana, pero también de la vida política y del compromiso con sus conciudadanos. De ahí la imperiosa precisión de proponer análisis sincrónicos y diacrónicos, como supone la recuperación de la historicidad de esos derechos humanos y con ello la memoria de un pasado repleto de ambigüedades, miserias y no pocas y terribles violaciones de su contenido más básico. No será posible construir ese futuro de convivencia si no somos capaces de hacer del pasado algo también compartido.

Y, de forma trasversal, la urgencia del desarrollo del principio de igualdad. De ahí la precisión de profundizar en algunos de los temas tratados, en especial en lo referente al Derecho de familia y la ley personal. No hay posibilidad de avanzar hacia una integración regional si no somos capaces de saldar también esa brecha de género.

Nuestro propósito es aportar nuestra experiencia como juristas en activo, es decir, abogados, jueces, registradores y notarios, pero también de todos aquellos que trabajamos, junto a los instrumentos propios de nuestras artes, con la materia social de las leyes: arquitectos y urbanistas, médicos, universitarios, sociólogos, etc., en definitiva, la conciencia de una clase profesional absolutamente implicada en esa responsabilidad social que se desprende de nuestros compromisos corporativos. Cuerpos, no podemos olvidarlo, de esa sociedad que ya pretendemos mediterránea y con la que nos identificamos en nuestra apuesta de futuro. Un trabajo científico y profesional que debe producir un discurso dirigido no sólo a nuestras dos sociedades, que en lo que constituye el Foro se proclaman ya como una única sociedad civil compartida a ambos lados del estrecho, sino también al resto de comunidades abiertas a esta cuenca mediterránea y, en especial a ese proyecto al que saludamos con verdadero entusiasmo de la Unión para el Mediterráneo.

En definitiva, pese a la pluralidad de sistemas y órdenes jurídicos, pese a las diferentes lenguas y prácticas procesales, pese a los enfrentamientos que aún caldean algunas de nuestras comunidades, somos todos conscientes de la

existencia de una común cultura jurídica. Si esto es también cierto respecto al pasado en numerosos aspectos de la vida institucional de nuestros pueblos, lo es más respecto al futuro, que es lo que aquí nos interesa. El verdadero compromiso es hacer del Mediterráneo un lugar de convivencia y calidad de vida para todos.

Fernando OLIVÁN  
*Secretario General del Foro*

Día 20.—Sesión I: *Ley personal y jurisprudencia en la aplicación de la Madawana.*

Mesa organizada por la Universidad Pablo de Olavide: Nazihaa HARRAK, Juez de Enlace en España; Andrés RODRÍGUEZ BENOT, Vicerrector de la Universidad Pablo de Olavide; Ángel LLORENTE, Juez de Enlace en Marruecos; Pilar DIAGO DIAGO, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza; José DE LA MATA, Experto en programa ADL (Ministerio de Justicia); Abdellah BOUJIDA, Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Casablanca; Abdelilah HASSOUN FILALI, Abogado-Casablanca.

Relator: Andrés RODRÍGUEZ BENOT.

Sesión II: *Aspectos de Derecho de familia y sucesiones.*

Mesa organizada por el Consejo Nacional del Colegio de Registradores: Don Fernando ACEDO-RICO HENNING, Registrador de la Propiedad, Profesor de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; Don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad, adscrito a la Dirección General de Registros y Notariado del Ministerio de Justicia de España; Don Fernando DE LA PUENTE ALFARO, Registrador de la Propiedad, Director de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores de España; Nouredinne AMMA, Conservador de la Función Pública de Tánger y Tetuán; Mohamed KHAIRI, Universidad de Casablanca; Señor FILJI, Director General de la Conservación de la Función Pública en Marruecos. Relator: Enrique BEAMUD MARTÍN.

Sesión III: *La eficacia del modelo de arbitraje en el proceso euromediterráneo.*

Mesa organizada por la Corte Hispano-Marroquí de Arbitraje: Guillermo MEDINA ORS, Abogado; J. Antonio CREMADES, Colegio de Abogados de Madrid; Javier SÁNCHEZ-ARROYO, Vicedecano del REICAZ; Abdelmalek OUARTIGHI, Abogado; M. KHABADI, Asesor jurídico de empresa; Abdellah DERMICHE, Decano del Colegio de Abogados de Casablanca; Manuel TE-

RUEL, Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza; Francisco PUCHOL, Presidente de la Comisión del Mediterráneo de la FBE. Relator: Javier ISCAR, Secretario General de la CHMAI y AEDADE.

Sesión IV: *El papel de la ciudad en el próximo Derecho Internacional*. Mesa organizada por la Revista «Diálogo Mediterráneo» y la Fundación Tres Culturas del Mediterráneo: Mostafá SABIK, Teniente de Alcalde de Casablanca; Antonio HERNANDO, Diputado; Franck BARRAU, Coordinador del Foro de DD.HH. del Ayuntamiento de Nantes (Francia); Joseph RIBERA, Director del CIDOB; Mustafa ERRAMID, Diputado. Abogado-Casablanca; Daniel GARCÍA, Coordinador del Programa Municipal AECID; José María LA OSA, Secretario del Foro Europeo de Seguridad Urbana; Mayte SALVADOR CRESPO, Investigadora García Pelayo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ayuntamiento de Barcelona; Estefanía SUÁREZ MENÉNDEZ y Dolça GARCÍA MONROY, Comité C. Fed. Organización Participación Ciudadana PSOE.

Relatora: Mercedes MARTÍNEZ, Revista «Diálogo Mediterráneo».

Día 21.—Sesión V: *Cooperación jurídica en el espacio mediterráneo. Hacia la constitución de la Red de Centros de Formación Jurídica y Judicial de España, Marruecos y otros países árabes*.

Mesa organizada por el Programa ADL. Ministerio de Justicia de España: Patricia BARBALLIDO GRIÑÁN, Directora del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Representante de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial; Tabih ABDELKEBIR, Abogado-Casablanca; Mohamed SAID BENNANI, Directeur Général de l'Institut Supérieur de la Magistrature-Rabat; Mohamed EL AYOUBI, Directeur de la Formation des attachés de justice et des magistrats, Institut Supérieur de la Magistrature-Rabat; Noureddine EL AKRAMI, Directeur Général de l'Institut Supérieur de la Magistrature de la Libye; Hocine MABROUK, Directeur Général de l'Ecole Supérieure de la Magistrature en Algérie. Representante de la Escuela Judicial de Kuwait; Ángel LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, Magistrado de Enlace de España en Marruecos. Proyecto ADL; Víctor GINER, Coordinador Técnico Proyecto ADL.

Relator: José DE LA MATA.

Sesión VI: *La evolución en las migraciones*.

Mesa organizada por el Colegio de Abogados de Zaragoza y ACCEM: Marcelo BELGRANO LEDESMA, SOJE, Colegio de Abogados de Madrid; Pascual AGUELO, Subcomisión de Extranjería del CGAE; Enrique BARBERO, Director de ACCEM; Domenico INSANGUINE, Presidente del OGIM (Italia); Khaldi MOHAMED, Fundación H II para los marroquíes en el ex-



terior; Mohamed LOUDGHIRI, Anterior Decano del Colegio de Abogados de Casablanca; Idriss ALYASAMI, Presidente del Consejo de Marroquíes en el Extranjero; Pedro CODURAS, Dirección General de Inmigración del Gobierno de Aragón; Ángel CHUECA, INTERMIGRA; Inés AYALA, Eurodiputada.

Relator: Pascual AGUELO, Subcomisión de Extranjería CGAE.

Sesión VII: *Cooperación en materia de estudios de Derecho.*

Mesa organizada por la Universidad Rovira i Virgili: Felipe PETRIZ CALVO, Director General de Universidades del Ministerio de Educación; Andrés RODRÍGUEZ BENOT, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo Olavide; Alfonso YBARRA BORES, Vicedecano de Relaciones Internacionales y Movilidad de la UPO; José María JIMENO, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza; Abdelhamid AHMADI, Abogado. Anterior Rector de la Universidad d'El Jadida; Mohamed IMZIL, Abogado; Ángela FIGUERUELO, Universidad de Salamanca; Esther M. QUINTEIRO, Universidad de Salamanca; Enrique ÁLVAREZ CONDE, Universidad Rey Juan Carlos; M. FARIS YASSIR, Comité Atlas para las Universidades. Dirección General Cooperación Cultural y Científica.

Relator: Santiago CASTELLÁ, Vicerrector Universidad Rovira y Virgili.

Sesión VIII: *La protección de la propiedad intelectual con especial atención a los derechos de autor.*

Mesa organizada por la Casa Árabe: Javier CREMADES, Abogado; Ramón ENCISO BERGÉ, Comité Averroes; M. KABADI, Abogado experto en Propiedad Intelectual; B. TAOUZ, Abogado. Presidente Secc. Tánger, de la Asociación de Autores Marroquíes; M. CHAOUI, Escritor. Diplomático; Beltrán GAMBIER, Abogado. Director de la Revista «Intramuros». M. ABDELLAH OUADRHIRI, Directeur Général, Bureau marocain du droit d'auteur (Marruecos); Francisco AGUILERA, Doctor en Relaciones Internacionales, SGAE; Fátima DABOUSSI, Directora Adjunta de la Oficina de Asistencia Técnica y Fortalecimiento de Capacidades en los Países Árabes, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); Allal AZHAR, Universidad de Casablanca; Tarik ZOUHAIR, Abogado; Fedra BOUZABAA, Abogada. Relatora: Olivia OROZCO, Casa Árabe.

Sesión IX: *Políticas y desarrollo urbanístico.*

Mesa organizada por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España: Carlos HERNÁNDEZ PEZZI, Presidente del CSCAE; Román FERNÁNDEZ-BACA CASARES, Director Instituto Andaluz Patrimonio Histórico. Carmelo BOSQUE, Arquitecto. Ayuntamiento de Zaragoza; Carlos SÁNCHEZ GÓMEZ, Arquitecto; Firdaous OUSSIDHOUM, Arquitecta.

Relator: Rafael PELLICER, Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España.

Sesión X: *Los comisionados para los Derechos Humanos en el Mediterráneo.*

Mesa organizada por el Defensor del Pueblo de España: Isabel CARBADILLO, Defensor del Pueblo; Santiago OLMOS, Defensor del Pueblo; Emilio GINÉS, MPDL; Ricardo CORTÉS, Fundación Ramón Rubial; «Justicia» de Aragón; Aihaiha MAHJOUB, Comité Consultivo de Derechos Humanos del Reino de Marruecos; Mohamed NACIRI, Anterior Decano del Colegio de Abogados de Casablanca; Abdellah OUALLADI, Abogado. Anterior Presidente de la Organización Marroquí de Derechos Humanos; Javier LEDESMA, Presidente Juristas Progresistas. ADADE; Belkouch HABIB, Director del Centro de Estudios de Derechos Humanos y Democracia.

Relator: Francisco VÍRSEDA BARCA.

El día 27 de noviembre de 2008 se celebró en Zaragoza una JORNADA SOBRE EL TRATAMIENTO CONCURSAL DE LA INSOLVENCIA INMOBILIARIA *CRISIS INMOBILIARIA Y DERECHO CONCURSAL*, organizada por el Departamento de Derecho de la Empresa de la Universidad de Zaragoza en colaboración con Cajalón.

Director: Profesor Doctor Don José Antonio GARCÍA-CRUCES.

Coordinador: Profesor Doctor Ignacio MORALEJO.

Ponencias:

- «La situación del mercado inmobiliario en Aragón», por el Profesor Doctor Luis FABRA GARCÉS, Profesor Titular de Contabilidad.
- «Los acuerdos extrajudiciales de refinanciación empresarial y la declaración de concurso», a cargo de Don José María FERNÁNDEZ SEJÓ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona.
- «Los efectos de la declaración de concurso sobre las operaciones de financiación», por Don Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO, Registrador de la Propiedad, Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «El concurso de las entidades constructoras», por el Profesor Doctor Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil, Abogado.
- «El adquirente de vivienda ante el concurso inmobiliario», a cargo de Don Antoni FRIGOLI I RIERA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Madrid.

- «La liquidación anticipada», por Doña Antonia MAGDALENO CARMONA, Abogada y Administradora Concursal, Profesora de Derecho Procesal.
- «La responsabilidad de los administradores de la sociedad inmobiliaria insolvente», a cargo del Profesor Doctor Don José Antonio GARCÍA-CRUCES, Catedrático de Derecho Mercantil.

Mesa redonda: *Otros problemas y cuestiones en torno a los concursos inmobiliarios*, con la participación del Profesor Doctor Don Ignacio QUINTANA CARIO, Catedrático de Derecho Mercantil; Don Roberto LACUEVA, responsable del Departamento de Asesoría Fiscal de Cajalón, y Don Enrique SANCHO GARGALLO, Abogado.

Los días 15 y 16 de diciembre de 2008 tuvieron lugar las SEXTAS JORNADAS CONSTITUCIONALES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA Y DEL JUSTICIA DE ARAGÓN, *DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN: 30 AÑOS DE VIGENCIA Y PRAXIS*, con arreglo al siguiente programa:

Día 15 de diciembre:

- «Jueces, Estado constitucional y Sociedad democrática», por el Excmo. Señor Don José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales», por el Doctor Don Luis PRIETO SANCHÍS, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Derechos humanos y lucha contra el terrorismo», por el Excmo. Señor Don Ignacio GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Fiscal de la Audiencia Nacional, Doctor en Derecho.

Mesa redonda: *Los derechos fundamentales en los Estados compuestos*, con la participación del Doctor Don Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ, Delegado del Gobierno en Aragón; Doctora Doña Gloria M.<sup>a</sup> GALLEGO GARCÍA, Profesora de la Universidad EAFIT de Colombia; Doctor Iñaki VIVAS HERNÁNDEZ, Abogado; Ilmo. Señor Don Xavier DE PEDRO BONET, Director General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón; Doctor Don Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza.

Moderador: Doctor Don Manuel CONTRERAS CASADO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza.

Día 16 de diciembre:

- «Independencia de los jueces: Organización del Poder Judicial», por el Excmo. Señor Don Félix AZÓN, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
- «Libertad de expresión y respeto a los sentimientos religiosos», por el Excmo. Señor Don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid, y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- «30 años de libertad de expresión», por la Doctora Doña Remedios SÁNCHEZ FÉRRIZ, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia.

## CATALUÑA

Los días 23 y 24 de octubre de 2008 se celebró en el Aula Magna de la Universidad, el CONGRESO DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, organizado por el Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de la Universidad Rovira i Virgili y el Decanato de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña en colaboración con el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

Dirección:

- Esteve BOSCH CAPDEVILA, Director del Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de la Universidad Rovira i Virgili.
- Pablo GIRGADO PERANDONES, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universitat Rovira i Virgili.
- M.<sup>a</sup> Concepción IBORRA GRAU, Registradora de la Propiedad de Salou y Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universitat Rovira i Virgili.
- Encarnació RICART MARTÍ, Catedrática de Derecho romano de la Universitat Rovira i Virgili.

Coordinación:

- Elisabet CERRATO GURÍ, María FONT I MAS, Pablo GARRIDO PÉREZ, M.<sup>a</sup> Carmen GÓMEZ BUENDÍA, Rosa ISERN SALVAT; Diana MARÍN CONSARNAU; Héctor SIMÓN MORENO y el Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de la URV.

Comité científico:

- Alegría BORRAS RODRÍGUEZ, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona.

- Antonio CUMELLA GAMINDE, Presidente del Deganat Autonomíc dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya.
- Fernando MARTÍNEZ SANZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat Jaume I.
- Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Rovira i Virgili
- Antoni VAQUER ALOY, Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Lleida.

Inauguración a cargo de la Honorable Señora Montserrat TURA I CAMAFREITA, Consellera de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

Conferencia inaugural: *Bases doctrinales para un Derecho Contractual Internacional*, por Jorge ADAME GODDARD, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México.

Primera ponencia: *Globalización y contratación*.

- «La ley aplicable a los contratos internacionales», por Joaquim FORNER DELAYGUA, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universitat de Barcelona.
- «La unificación del Derecho Contractual y su problemática: la respuesta de la UE», por Sixto SÁNCHEZ LORENZO, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada.

Mesa redonda: *Los operadores jurídicos ante la globalización en la contratación*. Presenta y modera: Joaquim FORNER. Intervienen: Lluís BADÍA, Abogado y ex Presidente de la Autoritat Portuaria de Tarragona; Luis JOU, Notario; Fernando LAPUENTE, Director de Relaciones Internacionales del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España; Fernando DE LA MATA, Abogado; Rafael M.<sup>a</sup> MUÑOZ, Economista.

Segunda ponencia: *Las principales propuestas armonizadoras del Derecho Contractual*.

- «Los principios LANDO», por Isabel GONZÁLEZ PACANOWSCA, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.
- «Los principios UNIDROIT», por Pilar PERALES VISCASILLAS, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de La Rioja.
- «La revisión sistemática del acervo comunitario (Acquis Principles)», por Esther ARROYO AMAYUELAS, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona.
- «El Common Frame of Reference (CFR)», por Antoni VAQUER ALOY, Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Lleida.

Tercera ponencia: *El Marco Común de Referencia (CFR)*.

- «La regulación de la compraventa en el CFR», por Antonio Manuel MORALES MORENO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «El arrendamiento de bienes muebles en el CFR», por Sergio CÁMARA LAPUENTE, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja.
- «Los contratos de distribución en el CFR», por Jacobien RUTGERS, senior lecturer en el Amsterdam Institute for Private Law de la Universiteit van Amsterdam.
- «El enriquecimiento injustificado en el CFR», por Encarnació RICART MARTÍ, Catedrática de Derecho Romano de la Universitat Rovira i Virgili.

Cuarta ponencia: *Derecho Contractual Europeo y Derecho Interno*.

- «¿Derecho Contractual Europeo y dualidad Código Civil-Código de Comercio?», por Fernando MARTÍNEZ SANZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat Jaume I.
- «La repercusión en el Derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo», por Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad adscrito a la DGRN y vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

Mesa redonda: *El contingut del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya*.

Presenta y modera: Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Rovira i Virgili. Intervienen: Antonio CUMELLA, Registrador de la Propiedad; Miquel MARTÍN, Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Girona; Antoni MIRAMBELL, Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona; Francesc TORRENT, Notario.

Clausura del Congreso a cargo del Señor Antonio CUMELLA GAMINDE, Presidente del Deganat Autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya.

## EXTREMADURA

Del 12 al 27 de septiembre de 2008 se celebró en Mérida el V MÁSTER UNIVERSITARIO URBANISMO Y ORDENACIÓN TERRITORIAL.

Temario:

- «Registro de la Propiedad y actos de naturaleza urbanística». Profesor: Don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado de la Dirección General de

los Registros y del Notariado de España. Experto en Urbanismo y Registro de la Propiedad.

- «Urbanismo y Legislación Sectorial». Profesor: Don Juan Manuel PIZARRO MOLINERA, Abogado Urbanista. Experto en Urbanismo y Administración Local.
- «Los convenios urbanísticos». Profesor: Don Francisco ZARAGOZA IVARS, Abogado. Técnico Urbanista. Experto en Planeamiento y Gestión Urbanística. Coordinador General de Urbanismo (Móstoles).
- «Cuestiones prácticas de fiscalidad aplicadas a la gestión inmobiliaria y urbanística, I». Profesor: Don Carlos RECIO CAYUELA. Economista. Inspector Jefe de la Agencia Tributaria.
- «Las agrupaciones de interés urbanístico en Extremadura».

## MADRID

El día 13 de octubre de 2008 tuvo lugar la primera Sesión del *FORO URBANISMO, CONSTRUCCIÓN E INMOBILIARIO* en el que se debatió en una *Mesa Redonda sobre la Reforma del Mercado Hipotecario*.

Dirección:

- Rafael DOMÍNGUEZ OLIVERA, Abogado del Estado. Jefe del Ministerio de Fomento.
- Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad. Letrado en la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Carlos GUTIÉRREZ, Coordinador Área de Asuntos Jurídicos del Grupo Prasa.
- Luis JIMÉNEZ-DÍAZ, Socio de Gómez-Acebo & Pombo.
- FRANCISCO REDONDO, Abogado de Ventura-Garcés & López-Ibor.

## PRESENTACIÓN Y OBJETIVOS

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha reformado el mercado hipotecario español para hacerlo más seguro pero también más flexible. El problema de las hipotecas *sub prime* en Estados Unidos no se ha planteado en España por ser un mercado hipotecario más controlado. La nueva Ley no obstante, introduce nuevos productos financieros que permitan desarrollar el mercado hipotecario y por tanto el inmobiliario. La hipoteca global o flotante, que permite asegurar diversas obligaciones bajo una sola hipoteca; y la hipoteca recargable, que permite refinanciación del deudor como novación modificativa y sin pérdida de prioridad, son dos de los productos más innovadores que regula la Ley.

También se regula la ampliación del plazo como novación modificativa, que la Disposición Adicional segunda del Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de Medidas de Impulso a la Productividad, ha declarado además exenta del impuesto de AJD durante dos años, para facilitar la renegociación y consiguiente ampliación del plazo de las hipotecas por los deudores en esta época de crisis inmobiliaria e hipotecaria en la que nos encontramos.

Facilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de las cláusulas financieras, resolver los problemas que planteaba la Ley 2/1994, de Subrogación de Préstamos Hipotecarios, y dotar de regulación a la prenda sin desplazamiento de posesión sobre créditos futuros (entre los que se encuentran los depósitos bancarios, entre otros muchos) y su inscripción en el Registro de Bienes Muebles son otras de las novedades importantes de la Ley 41/2007, que se analizarán en esta sesión.

Ponentes en la sesión:

- Gregorio MAYAYO CHUECA, Presidente de la Asociación Hipotecaria Española.
- Jesús RODRIGO FERNÁNDEZ, Director de Servicios Jurídicos de Caja de Madrid.
- Rafael SANZ COMPANY, Responsable de Servicios Jurídicos de Negocio Hipotecario y Contratación Singular.

Moderador:

- Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad. Letrado en la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El día 27 de noviembre de 2008 se celebraron unas JORNADAS SOBRE *RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE* en la Sede de la Fundación Colóquio Jurídico Europeo.

Ponente:

- Don Juan Antonio XIOL RÍOS, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Contraponente:

- Don Francisco José BASTIDA FREIJEDO, Consejo Consultivo del Principado de Asturias. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo.

El día 2 de diciembre de 2008 tuvo lugar, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, la PRE-



SENTACIÓN DEL LIBRO *CÓDIGO CIVIL CONCORDADO CON LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS*.

Intervinieron:

- Excmo. Señor Don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano del Colegio de Registradores.
- Ilmo. Señor Don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- Doctor Don Carlos ROGEL VIDE, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid y Coordinador de la obra.
- Doctor Don Eduardo Serrano Gómez, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid y coautor de la obra.

El día 2 de febrero de 2009 tuvo lugar, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, la PRESENTACIÓN DEL LIBRO *DERECHO URBANÍSTICO DEL SIGLO XXI*, LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR MARTÍN BASSOLS COMA.

Intervinieron:

- Excmo. Señor Don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano del Colegio de Registradores.
- Ilmo. Señor Don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- Señor Don Carlos ROGEL VIDE, Catedrático de Derecho Civil UCM y Director de la Colección Urbanismo y Derecho de la Editorial Reus.
- Señor Don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo UCM y Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.
- Señor Don Rafael ENTRENA CUESTA, Catedrático de Derecho Administrativo.
- Señor Don Marcos VAQUER CABALLERÍA, Subsecretario del Ministerio de Vivienda.

PAÍS VASCO

Los días 26 a 28 de noviembre de 2008, se celebraron en Bilbao unas JORNADAS SOBRE *FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA, CALIFICACIÓN HIPOTECARIA Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES TRAS LA LEY 41/2007 DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO*, organizadas por la Presidencia Territorial de los Registradores de Euskadi.

Ponencias:

- «Descripción del mercado y sus problemas: justificación financiera de la contratación en masa», por Mikel ZAPIRAIN BILBAO, Letrado de Bilbao Bizkaia Kutxa (BBK).
- «La optimización de la financiación de la vivienda desde el punto de vista del consumidor», por Ricardo NOGALES MONTENEGRO, Letrado de la Confederación de Consumidores y Usuarios (CECU).
- «Calificación registral de las hipotecas», por Francisco Javier GÓMEZ JENÉ, Registrador de la Propiedad de Madrid.
- «La documentación de la hipoteca y el acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario tras la Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario», por Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria.
- «Problemas actuales de la financiación de la vivienda: la calificación registral y la rehabilitación del poder de mercado del consumidor», por Carlos BALLUGERA GÓMEZ, Director del Servicio de Estudios Registrales de Euskadi.

Mesa redonda: *Financiación de la vivienda, calificación hipotecaria y protección de los consumidores.*

Intervienen: Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores; Manuel PARDOS VICENTE, Presidente de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE); José Javier HUALDE SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Civil de la UPV-EHU; Mikel ZAPIRAIN BILBAO, Letrado de Bilbao Bizkaia Kutxa (BBK); Carlos BALLUGERA GÓMEZ, Director del Servicio de Estudios Registrales de Euskadi.

## VALENCIA

Los días 29 a 31 de octubre de 2008, se celebró en Valencia el XVII CONGRESO NACIONAL DE AUDITORÍA, *AUDITORÍA: SUMANDO VALORES*, organizado por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España.

### *Saludo del presidente*

Las cada vez más complejas y variadas relaciones entre el tejido económico, empresarial y las exigencias de protección y seguridad de la información financiera obligan a que la llamada «comunidad de los negocios» en nuestro país cuente con auditores altamente cualificados, que proporcionen confianza en los distintos agentes que intervienen en la cadena de generación

de la información financiera, seguridad en los mercados de capitales y protección para los intereses de terceros.

Los auditores tenemos un lugar muy destacado entre esos profesionales por los imprescindibles valores que aportamos a este complejo sistema donde cotizan al alza la confianza y la seguridad.

Precisamente el XVII Congreso Nacional de Auditoría supone una excelente oportunidad para poner sobre la mesa la relevancia y amplitud de nuestras obligaciones profesionales, la trascendencia del trabajo que desarrollamos los auditores de cuentas en campos cada vez más numerosos, más demandados por la Comunidad y que requieren aplicar sólidos principios y valores profesionales, como la más alta cualificación y competencia técnica, que no son sino señas de identidad que nos son propias desde hace décadas, si bien la elevada exigencia profesional nos ha hecho evolucionar de forma notable como evoluciona también nuestro entorno económico y social.

En esta próxima cita en Valencia y bajo el lema «Auditoría: sumando valores», el completo programa elaborado por el Comité Organizador pondrá de manifiesto la labor diaria de una profesión ante cuestiones de máximo interés y constante desarrollo, como son la prevención del blanqueo de capitales, la gestión de los despachos y sociedades de auditoría, las oportunidades y riesgos del auditor ante los cambios del ciclo económico, la experiencia del primer año de la nueva normativa contable, entre otras cuestiones de gran interés que expondrán profesionales de primerísimo nivel tanto de la auditoría como de otros sectores que intervienen en los mercados y que tienen estrecha vinculación con nuestras actuaciones.

Todo ello enmarcado en novedosos y atractivos formatos que facilitarán la participación de los asistentes, además de contar con la presencia de destacadas personalidades del ámbito empresarial y político que han querido sumarse a nuestra cita anual y que expondrán su visión sobre la diversidad de asuntos que trataremos con toda profundidad.

Finalmente, tras las sesiones técnicas, aprovecharemos parte de las jornadas para disfrutar de la variada riqueza socio-cultural y artística de la ciudad que nos acoge, al tiempo que fomentaremos los vínculos entre los miembros de nuestra, cada día más numerosa, dinámica y exigente institución, nuestra Corporación y nuestra profesión.

Rafael CÁMARA RODRÍGUEZ-VALENZUELA

*Presidente del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España*

Apertura institucional:

Vicepresidente 2.º y Conseller de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana, Gerardo CAMPS.

Conferencia inaugural:

«Situación actual y perspectivas de la economía», por Miguel BOYER, ex Ministro de Economía, Hacienda y Comercio.

Sesión Técnica Unificada 1: *Perspectivas sobre la información financiera y el papel del auditor.*

Coordinador: Fernando GONZÁLEZ URBANEJA, Presidente de la Asociación de la Prensa de Madrid.

Ponentes: Maite BALLESTER, Consejera Delegada de 3i España; Francisco PONS, Presidente de la Asociación Valenciana de Empresarios; Xavier ADSERÁ, Presidente del Instituto de Estudios Financieros; José M.<sup>a</sup> FERNÁNDEZ ULLOA, Audihispana Grant Thornton; Vicepresidente 2.º ICJCE.

Sesión Técnica 2: *El auditor ante la normativa de prevención del blanqueo de capitales.*

Coordinador: Francisco TUSET, Mazars. Contador ICJCE.

Ponentes: José Luis SOLÍS, Ernst & Young; Conchita CORNEJO GARCÍA, Dirección General del Tesoro. Ministerio de Economía y Hacienda.

Sesión Técnica 3: *La independencia del auditor: ¿hacia dónde vamos?*

Coordinador: Santiago ALIÓ, Audalia.

Ponentes: César FERRER, KPMG. Vocal 2.º ICJCE; Agnes NOGUERA, Consejera Delegada Libertas 7; Carmen RODRÍGUEZ, Comité Ética IFAC-ICJCE.

Sesión Plenaria 1: *El modelo de supervisión y la reforma de la Ley de Auditoría.*

Coordinador: Rafael CÁMARA, Presidente ICJCE.

Ponentes: Fernando RESTOY, Vicepresidente CNMV; José María ROLDAN, Director General Regulación - Banco de España; Carlos QUINDÓS, PricewaterhouseCoopers, Consejo Directivo ICJCE.

Sesión Técnica 4: *Aprendiendo de los controles de calidad.*

Coordinador: José M.<sup>a</sup> LÓPEZ MESTRES, Ernst & Young. Presidente Comisión Técnica ICJCE.

Ponentes: Cándido GUTIÉRREZ, Subdirector General ICAC; Ángel LÓPEZ, Director Departamento Técnico ICJCE.

Sesión Técnica 5: *Relaciones del auditor con el Registro Mercantil.*

Coordinador: Enrique CONTELL, Auren.

Ponentes: Nicolás PÉREZ HABA, BDO; Pilar BLANCO, Directora General de Registros y Notariado. Ministerio de Justicia.

Sesión Técnica 6: *La gestión de pequeños y medianos despachos.*

Coordinador: Albert FOLIA, Auren. Presidente CCJCC.

Ponentes: Mario ALONSO, Auren. Vicepresidente 1.º ICJCE; Lucio TORRES, Mazars. Vicepresidente COCJCV.

Sesión Técnica 7: *Oportunidades y riesgos del auditor ante los cambios en el ciclo económico.*

Coordinador: Vicente ANDREU, Andreu, Romero y Asociados. Presidente RAJ del ICJCE.

Ponentes: Carmen MARTÍN GUTIÉRREZ, Ernst & Young; Ángel MARTÍN TORRES, KPMG.

Sesión Técnica Unificada 8: *Un año del Plan General de Contabilidad.*

Coordinador: LORENZO LÓPEZ, PricewaterhouseCoopers.

Ponentes: Jaume CARRERAS, RSM GASSO. Bibliotecario del ICJCE; Manuel DEL OLMO, Deloitte; Eduardo SANZ GADEA, Inspector de Hacienda.

Sesión Plenaria 2: *Gestión de personas y venta de servicios profesionales.*

Coordinador: Javier ESTELLÉS, Laes Nexia. Secretario General ICJCE.

Ponente: Luis HUETE, Profesor IESE y Consultor Empresarial.

Cierre y clausura:

Manuel NÚÑEZ, Presidente del Tribunal de Cuentas; Jacques POTDEVIN, Presidente Fédération des Experts Comptables Européens; Valentín PICH, Presidente del Consejo General de Colegios de Economistas de España; Rafael CÁMARA, Presidente del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España.

## PARÍS

El 23 de octubre de 2008 tuvo lugar en París la 8.ª ASAMBLEA GENERAL DE ELRA.

Welcome address by Mr. José S. RODRÍGUEZ, ELRA President.

Presentation by Mr. Philippe PARINI (Directeur General des Finances Publiques).

## ADMINISTRATIVE BUSINESS

- Review of the last ELRA meeting in April 2008 by Ms. Susan MACLINES, ELRA Secretary General.

- Welcome to new members and signatura of the Registry of Members:
  - Bulgarian Registry Agency.
  - Service Public Fédéral des Finances de Belgique.
- Proposal of Modification Article 5. Presentation by Mr. José S. RODRÍGUEZ.
- Specific Programme «Civil Justice» (2007-2013). Presentation by Mr. Jozef DECUYPER.
- Annual Publication by Mr. Javier GÓMEZ GÁLLIGO (Colegio de Registradores).
- ELRA Website by RoS and Colegio de Registradores.
- Working Groups. Presentation by Ms. Susan MACLNNES:
  - International and EU Law by Mr. Harald WILSCH (Bund Deutscher Rechtspfleger).
  - Legal Aspects Inspire Directive by Mr. Óscar VÁZQUEZ (Colegio de Registradores).
  - E-Conveyancing by Mr. Wim LOUWMAN (Land Registry and Cadastre Agency of Holland).
  - Fraud by Mr. John GIBSON (Land Registries of Northern Ireland).

#### PAPERS AND DISCUSSIONS

- Draft Commission Recommendation on property valuation, foreclosure procedures and land registration in the area of EU mortgage credit markets - Presentation by Ms. Susan MACLNNES.
- Green Paper on Effective Enforcement of Judgments in the EU: The transparency of Debtors' Assets - Presentation by Mr. José S. RODRÍGUEZ.
- Questionnaire on Real Estate in Case of Succession prepared by Mr. Harald WILSCH (Bund Deutscher Rechtspfleger).
- General Principals for European Registrars. Presentation by Mr. Mihai TAUS (The Romanian Land Registry Association).
- European Judicial Network and Justice Forum - Presentation by Mr. José S. RODRÍGUEZ.
- General suggestions from participants.

#### LUNCH (AT THE VENUE)

Presentation about Legal and Contentious Commission by Mr. Jacky GRANET (President of the Association des Conservateurs d'Hypothèques de France).

Registration in France - Presentation by Mr. Jean-Louis DONZ (Chef de Bureau de la publicité foncière et de la fiscalité du patrimoine) - Direction Land Registry of Ministry of Finance).

## PERÚ

El día 24 de septiembre de 2008 tuvo lugar en Lima el XXI ENCUENTRO DEL COMITÉ LATINOAMERICANO DE CONSULTA REGISTRAL, organizado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos del Perú (SUNARP).

### *Presentación*

Para el Perú constituye motivo de gran satisfacción haber sido nuevamente designado como país anfitrión para el encuentro anual que realiza el Comité Latinoamericano de Consulta Registral.

El Perú es uno de los países fundadores del Comité Latinoamericano de Consulta Registral y celebró en octubre de 1997 el XII Encuentro. Luego de once años, Lima, capital del Perú, la ciudad de los Reyes y patrimonio cultural de la humanidad, celebra nuevamente un encuentro, en esta oportunidad el XXI ENCUENTRO DEL COMITÉ LATINOAMERICANO DE CONSULTA REGISTRAL.

A la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos del Perú (SUNARP), una vez más le corresponde organizar este importante evento, lo que asume con responsabilidad y beneplácito, para llevar adelante un evento de primer nivel internacional que se convierta en un foro de debate e intercambio de experiencias.

En la organización del Encuentro, la SUNARP ha coordinado estrechamente con la Secretaría permanente del Comité Latinoamericano, con sede en Buenos Aires (Argentina), por lo que esperamos, con la participación de directores, registradores y especialistas de los Registros latinoamericanos, así como invitados y expertos de otros países, desarrollar un evento exitoso, participativo y útil para todos nuestros Registros.

Nos complace, en consecuencia, invitarlos a participar en este XXI Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral.

*Comité Organizador*

## TEMARIO

### *Principio de Inscripción:*

Prioridad y oponibilidad de los derechos inscritos - Efectos de oponibilidad de lo inscrito - Mecanismos de aseguramiento de la prioridad del derecho antes del ingreso del título al Registro - Hipoteca: Nuevas modalidades y futuro de la misma - Modificación y/o cambio de destino del inmueble hipotecado - Problemática - Negocio de Rango - Otras formas de garantía.

### *Registro de la Propiedad:*

Modernización en su organización, medios con los que presta el servicio - Profesionalidad y capacitación de los registradores y su conducción - Independencia funcional y económica en su gestión - Costos del servicio registral en cada país.

### *Folio Real:*

Estado de su implementación en los diferentes países del área y modalidades adoptadas - Contenidos relativos al suelo - Relación Registro/Catastro - Modalidades adoptadas en cada país.

### *Otros Registros:*

Registro Mercantil: Técnica adoptada para la registración en los diferentes países del área - Aplicación de medios electrónicos para la registración y prestación del servicio - Carácter público del servicio.

Registro de la Propiedad Automotor: Dependencia funcional y naturaleza - Plazos del servicio - Acceso a la información registral - Costos del registro - Control de la circulación en relación con el Registro - Protección del titular registral y la tenencia.

Registros de Aguas, Aeronaves y Naves: Organización técnica de estos Registros - Materia registrable - Contenido de cada Registro - Nacionalidad y Matrícula. Publicidad jurídica que efectúan.



# INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA



MUÑIZ ESPADA, Esther, *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, 406 págs.

por

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ  
*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

Frente al jurista académico tradicional, cuya labor consistía sustancialmente en conceptualizar y sistematizar, parece hoy surgir un jurista mucho más operativo y sensible a las necesidades de la sociedad para la que trabaja, cuya tarea consiste, entre otras, en eso que se ha venido llamando «política legislativa», esto es, la investigación de un Derecho positivo deseable y conveniente que pueda, en poco tiempo, sustituir o acompañar al vigente en el momento en que se escribe. Esther MUÑIZ ESPADA, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Valladolid, autora de obras civilísticas de corte clásico, irrumpe desde hace ya algún tiempo en el campo de la transformación y modernización del Ordenamiento, siendo sus profundos conocimientos del Derecho Comparado, fruto de lecturas, viajes, congresos y valiosos contactos con colegas europeos y no europeos, un provechoso instrumento de su actividad como renovadora.

El presente libro, en cierto modo continuación de otros, plantea abiertamente la utilidad que tendría la implantación en el Derecho español de una hipoteca independiente, no para sustituir a la actual —reformada en parte por la Ley 41/2007—, sino para acompañarla, insertando así a España en una corriente europea de unificación normativa en esta materia que puede reportar innegables ventajas. En la presentación de su obra (pág. 9), la Profesora MUÑIZ escribe que: «...la incorporación de una hipoteca independiente, también en nuestro ordenamiento, es el único hilo conductor y el objetivo de la presente monografía». Advierte seguidamente en dicha introducción la necesidad de reabordar el tema de la autonomía o de la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito (pág. 12) y de preguntarse hasta qué punto esa posible figura afectaría a las bases de nuestro Derecho (sistema de propiedad, transmisión del derecho real, causa, etc.), aclarando que lo que en la obra se dirá podría trasladarse a cualquier otro Ordenamiento (italiano, portugués o francés) (*ibídem*) y que no espere el lector un trabajo exegético ni sistemático al modo ordinario, sino una propuesta de política legislativa (pág. 14). En el siguiente capítulo (el II), titulado «Razones para una innovación», expone claramente la autora cómo una hipoteca independiente de nuevo cuño res-

ponde a necesidades económicas importantes surgidas recientemente del mismo funcionamiento del mercado, siendo reveladora la alusión al Libro Verde sobre Política de Servicios Financieros para el período 2005-2010, en el que se propone «fomentar un mercado donde los servicios financieros y el capital puedan circular libremente a través de los Estados miembros con menores costes» (pág. 21). Pues bien, «...la aproximación de estatutos en materia de garantías inmobiliarias en el área europea se ha considerado alcanzable a través de una hipoteca independiente» (*ibídem*), convicción que se refuerza con la narración que hace la autora de las vicisitudes relativas a la investigación de diversos juristas europeos sobre la materia, desde la Comisión Segré de 1966 hasta el presente, investigación que pivota sobre la reflexión acerca de la *Grundschild* alemana y el *Schuldbrief* suizo y que llega hasta la actual *Eurohypotheck*, objeto de las tareas del grupo europeo de investigación en el que trabaja, entre otros, la misma Esther MUÑIZ. Tras un capítulo llamado «Algunas ideas previas» (el III), encaminado a estimular los cambios legislativos a la vista de la vinculación que se da entre el desarrollo económico y un régimen jurídico adecuado (pág. 28 y sigs.), afronta la autora en el siguiente apartado las «Características y utilidades de la hipoteca independiente» (cap. IV, pág. 38 y sigs.), indicando que ésta se caracteriza «...por su posibilidad de separar la garantía del crédito y actuar y circular de manera autónoma, por existir al margen de la conclusión del contrato de préstamo o de crédito» (págs. 38-39), pudiendo existir antes la garantía que el préstamo o la relación de crédito, de modo que el propietario puede crear la garantía y elegir luego al acreedor (pág. 39), razón por la que una hipoteca no tiene por qué ser sólo una carga o un gravamen, sino también un valor que pertenece al propietario de la finca, con el que puede negociar (págs. 39-40); reembolsada la suma prestada, no es necesario cancelar la hipoteca, que puede servir para garantizar otra u otras obligaciones (pág. 41) frente al mismo o frente a otro acreedor, sin necesidad de un nuevo asiento registral (pág. 42). En la hipoteca independiente, la conexión con la deuda puede realizarse a través del contrato o acuerdo de garantía (*security agreement* o *Sicherungsabrede*), contrato que precisa la relación jurídica generadora de la deuda (pág. 43); por añadidura, la hipoteca independiente «...contribuye al desarrollo de nuevas técnicas de financiación a favor de las entidades bancarias, de lo que resultaría beneficiado el mismo mercado de obligaciones activas y de obligaciones pasivas» (pág. 45), sin olvidar que, en el caso de la hipoteca accesoría, el mecanismo de sindicación se mueve torpemente (pág. 46) y que la llamada «hipoteca de propietario» (*Eigentümerhypothek*) permite un juego muy flexible frente al sistema de rango variable (pág. 47 y sigs.). Los tres capítulos siguientes van destinados a revisar las figuras del Derecho Comparado más cercanas a la que propone la autora, comenzando por la *Grundschild* alemana (cap. V, pág. 52 y sigs.) y siguiendo por el sistema hipotecario suizo (cap. VI, pág. 75 y sigs.) y la denominada *hypothèque rechargeable* francesa (cap. VII, pág. 129 y sigs.), lo que desemboca en el capítulo VIII (pág. 174 y sigs.), titulado «Breve referencia a un posible modelo para una armonización del Derecho Hipotecario en Europa: accesoriedad contractual», en el que se alude a la *eurohypotheck* tal como la elabora, *de iure condendo*, el grupo de investigación europeo antes citado: dicha eurohipoteca puede existir antes de la conclusión del contrato de préstamo o antes del desembolso de la suma prestada (pág. 185), de manera que «...la creación, transmisión y existencia de la eurohipoteca, así como el ejercicio de los derechos que de ella derivan, no dependen de la existencia de

obligaciones garantizadas» (pág. 186). En el siguiente capítulo, titulado «Hipoteca independiente: sus riesgos y los mecanismos para su neutralización. La especial preocupación por la protección del deudor y del propietario» (pág. 196 y sigs.), se enfrenta Muñiz a las más sustanciales objeciones jurídicas que puede recibir la nueva figura; comienza el capítulo diciendo que: «...Como es fácilmente advertible, en una hipoteca independiente las posibilidades de separar la identidad del titular de la garantía del titular del crédito hace imaginar riesgos, que, a primera vista, a un jurista de mentalidad tradicional o latina le podrían parecer lo suficientemente peligrosos como para desincentivar la defensa de este modelo. La realidad más bien es que, pudiendo ocasionarse, generan, allí donde se utilizan, un nivel de conflictividad o contenciosidad muy bajo, por otra parte, el ordenamiento de cualquier sistema puede contar con suficientes mecanismos como para neutralizarlos; a ello hay que añadir las particulares funciones adoptadas por el denominado acuerdo de garantía» (págs. 196-197); seguidamente plantea uno de los problemas cruciales: «...Dada la posible separabilidad entre el crédito y la garantía en una hipoteca independiente, el principal problema sería que el deudor se viera enfrentado a un doble pago a consecuencia de la posible cesión de la garantía (independiente) que hiciera el originario acreedor a un nuevo acreedor, manteniendo el primero el préstamo» (pág. 200); pero seguidamente nos da las pistas para solucionarlo: «...Las soluciones podrían encontrarse en las alegaciones que pudieran hacerse de oposición en el proceso de ejecución y, antes, sobre la base de los términos del contrato de garantía, junto con la aplicación de los preceptos contenidos en la teoría general de las obligaciones» (*ibidem*), cuestión que desarrolla muy pormenorizada y documentadamente en las páginas siguientes (*Alegaciones procesales de oposición a la ejecución*, pág. 201 y sigs., y *Defensas derivadas del contrato de garantía*, pág. 219 y sigs.). El otro posible gran escollo es más dogmático: cómo asumir la hipoteca independiente en un sistema causalista como el español, tema que aborda en el capítulo X: «La causa como elemento de debate ante una hipoteca independiente en el Ordenamiento jurídico español» (pág. 225 y sigs.). Correctamente informada la autora, a la vista de recientes aportaciones doctrinales españolas del concepto de causa, no cae en la trampa de confundirla con la obligación garantizada, aduciendo, entre otras cosas, que «...el sistema causalista español no es un impedimento para la aceptación de una hipoteca independiente, el Derecho suizo es causalista y cuenta con el *Schuldbrief* y el Derecho alemán adopta un criterio abstracto y conoce también la hipoteca accesoria. Si bien no debe confundirse accesoriidad y causalidad» (págs. 225-226) (por cierto, ahí debió decir que la accesoriidad no debe confundirse con el causalismo); y que «...la hipoteca accesoria y la hipoteca independiente se diferencian en la forma o en el modo de vinculación a la obligación u obligaciones, pero no en cuanto al tema de la causa, la hipoteca independiente también tiene una causa: servir de garantía para cualquier crédito, estipulándose el compromiso del propietario de constituir una garantía» (págs. 231-232), explicándose también la hipoteca independiente desde el causalismo (pág. 233). Destina el capítulo siguiente, el XI, titulado «La medida de la accesoriidad» (pág. 252 y sigs.), a la reflexión sobre ésta, iniciando su discurso con el ilustrativo texto siguiente: «La opción entre accesoriidad y no accesoriidad no se plantea nunca de manera absoluta o radical, es una elección entre el grado de negociabilidad de la garantía y la forma en la que se quiere la protección de las partes implicadas» (pág. 252), para, aludiendo luego a los tipos de accesoriidad (pág. 253),

afirmar que «...una radical no accesoriedad es imposible, una absoluta accesoriedad es contraproducente y por tanto no deseable» (*ibídem*), recorriendo en el capítulo los casos de relativa independencia de garantía real y crédito garantizado, con cita de muy recientes monografías al respecto. Finalmente llegamos al capítulo definitivo, el XII, que se llama «Propuesta de regulación y anotaciones para una hipoteca independiente» (pág. 279 y sigs.), capítulo que constituye el núcleo de la obra; comienza advirtiendo la autora (págs. 279-280) que, aunque en teoría cabría introducir esta figura en nuestro Derecho Hipotecario, insertándola entre los preceptos vigentes, ella recomienda la elaboración de un nuevo articulado, que incorporaría el nuevo tipo de hipoteca, que acompañaría, en la Ley Hipotecaria, al régimen actual, pudiendo escogerse uno u otro; tras otras observaciones metodológicas, propone directa y valientemente el articulado (págs. 282-284), que ulteriormente explica con detenimiento, justificando sus opciones. Las páginas finales (351-406) contienen la extensa bibliografía utilizada.

¿Qué podemos decir sobre esta monografía? Lo primero que se me ocurre es que está hecha con una pulcritud jurídica y un realismo económico sólo previsible en quien ha mantenido intenso contacto con colegas foráneos que trabajan, codo con codo, con el mundo financiero y empresarial. Asimismo salta a la vista la minuciosidad con la que la autora describe figuras jurídicas ajenas a nuestro Derecho, pudiendo destacarse, entre otras, la reflexión sobre el *Sicherungsvertrag* (pág. 65 y sigs.), los tipos de garantía suizos (pág. 75 y sigs.), especialmente la *cédule hypothécaire* en los planes de reforma (pág. 120 y sigs.), la hipoteca reutilizable francesa, particularmente en lo atinente a su creación (pág. 149 y sigs.), etc., sin olvidar la referencia a aplicaciones prácticas, como la adecuación de la propuesta eurohipoteca a un proceso de gestión electrónica (pág. 186), etc. Todo ello al servicio de una tesis nuclear, como es la defensa de la conveniencia de la nueva figura, descrita con precisión y con indudable énfasis. Es cierto que hay formulaciones y aseveraciones discutibles en las que la obligada brevedad de este escrito me impide entrar, pero en conjunto la obra brilla por su coherencia y su novedad. Bien redactada, detecto, no obstante, en su texto, un cierto desprecio por el punto y coma, usando comas continuamente, lo que agobia al lector: y es que el apasionamiento de la autora le impele a ametrallar a aquél con sus argumentos, sin dejarle descansar. A pesar de que no puedo detenerme demasiado en el enjuiciamiento del libro, sí reputo muy pertinentes dos consideraciones y una observación final.

La primera de ellas se refiere a la denominada «causa»: se ha sostenido que la llamada «hipoteca independiente» no cabe en nuestro Derecho, dado que éste es causalista. El argumento nace de la errónea comprensión del concepto de causa. El contrato de hipoteca desempeña una función (tiene una causa) en principio perfectamente admisible en Derecho, que consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación. Si estuviéramos ante el caso de que una hipoteca garantizase una obligación nacida de un contrato ilícito, el contrato de hipoteca sería nulo por causa ilícita, al contaminarse con la causa del contrato garantizado. Si nace una hipoteca independiente, nacerá en principio válidamente. Si sobrevenidamente se incorpora a un contrato con causa ilícita, esa hipoteca no será entonces ejecutable y devendrá, para ese supuesto, ineficaz, de modo similar a como sucede si alguien pacta una prestación lícita y más tarde es prohibida por la ley, haciéndose el contrato resoluble por imposibilidad jurídica sobrevenida de cumplimiento. Tal hipoteca independiente no es nula ni se transforma en nula, pues, cuando nació, reunía los requisitos de los artícu-

los 1.261 y siguientes del Código Civil. El error de gran parte de la doctrina parte de la creencia de que la causa del contrato de garantía es el contrato cuya obligación se garantiza, es decir, el que crea la obligación garantizada.

La segunda consideración, ya apuntada, se refiere a la importancia singular de obras como la presente, en cuanto que revelan la toma de conciencia de algunos juristas acerca de su misión en la sociedad: ser sensibles a sus requerimientos y necesidades, proponer soluciones para su transformación y desarrollo, conectar, en síntesis, con los signos de su tiempo. Habitado el jurista universitario tradicional a interpretar, comentar, explicar y sistematizar el Ordenamiento vigente, desatiende lo que hoy debería ser reputada la tarea más urgente: poner sus conocimientos técnicos al servicio de la verdadera investigación, consistente en la búsqueda de nuevos caminos, intelectuando plenamente así su actividad. En este sentido, Esther MUÑIZ, formada en la tradición civilística, la utiliza y la rebasa provechosamente.

Termino con una observación: ¿Tienen sentido estas reflexiones en noviembre de 2008, tras el estallido de la crisis económica global? Diría yo que tienen aún más sentido que cuando, hace algunos meses, la autora terminó el libro, pues flexibilizar el mercado equivale a incentivarlo. Pero, además, es sanísimo preparar al atleta para las futuras competiciones mientras se recupera de la fractura que ahora padece.

COMBALÍA, Zoila, *Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*. Estudios de Derecho Comparado, Editorial Comares (Granada, 2006), 102 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO

#### LA AUTORA

En el ceñido prólogo que el Profesor FERRER ORTIZ realiza de la obra, se ofrecen los datos biográficos básicos sobre la autora, que pertenece a su escuela y es, actualmente, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Zaragoza y especialista sobre el Derecho islámico en sus relaciones con el Derecho occidental, ya desde su trabajo pionero sobre «Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas» (*Anuario del Derecho Eclesiástico del Estado*, 1996), que ha desembocado, más tarde, en su obra fundamental sobre «El derecho de libertad religiosa en el Derecho islámico», y ahora en la presente monografía, que recensiono, elaborada durante su estancia como *Visiting Researcher* en la *Harvard Law School* de Estados Unidos.

#### VALORACIÓN GENERAL DE LA OBRA

Aparte de la incesante y creciente actualidad, teórica y práctica, del tema, en España y en Europa, la obra interesará a familiaristas en general, civilistas, canonistas y cultivadores del Derecho Internacional Privado, amén de compa-

ratistas. La autora usa fuentes de información de primera mano, sobre todo en inglés (es abundante el número de juristas musulmanes que publican en este idioma) y, naturalmente, en español, y en menor medida en francés e italiano. Se inserta en esa corriente de orientación anglosajona que parece primar en los ambientes jurídicos españoles. Nos dice la autora (pág. 3 y sigs.) que «la monografía estudia la recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia de los Estados Unidos», si bien convendría hacer alguna matización; dado que *recepción* en el mundo comparativo europeo tiene, como es sabido, un sentido propio y fuerte que hace referencia a lo ocurrido históricamente en distintos países continentales en relación con el Derecho Romano, a partir del siglo XII, y, evidentemente, en Estados Unidos no se conoció tal fenómeno, ni tampoco su efecto más característico —la aparición del *Jus commune*—. La obra, partiendo de la existencia actual de regímenes políticos secularizados de total separación, por un lado, entre las Iglesias y, de otro, entre el Estado federal y cada uno de los Estados federados, se ocupa de una nueva perspectiva de la presencia de lo religioso en la sociedad, a través del derecho de la persona. Generalizando el fenómeno, escribe con acierto la autora que «los ordenamientos estatales se muestran hoy llenos de grietas por las que se filtran (*sic*, ¿mejor «infiltran»?) instituciones y relaciones jurídicas que escapan de los mecanismos de control y soberanía del Estado —como ocurre con los precedentes del Derecho religioso— y que, al penetrar en el ámbito civil, han de ser tomadas en consideración por los poderes públicos». A mayor abundamiento, buena prueba de que el tema sigue preocupando a nivel mundial es el hecho de que en el próximo Congreso Internacional de Derecho Comparado, organizado por la AIDC, a celebrar en Washington en 2010, se ha fijado como uno de los temas de debate el de *Religion and the secular State*, uno de cuyos ponentes generales designados es el Profesor MARTÍNEZ TORRÓN de la Universidad Complutense.

## CONTENIDO DE LA OBRA

Ya se comprende que ni la monografía se propone abarcar la totalidad de los problemas suscitados por el Derecho matrimonial islámico, ni tampoco la «recepción norteamericana» ha podido comprender o referirse a la integridad de las disposiciones contenidas en aquél. La autora describe tres grandes apartados: A) El reonocimiento civil de la celebración matrimonial islámica. B) La dote islámica o «mahr». C) El repudio islámico o «talak».

Adviértase que el mejor provecho de la lectura de la obra requiere un conocimiento, al menos, elemental, de la organización judicial norteamericana, y así conviene saber que la jurisprudencia estudiada alcanza un total de veintiuna sentencias dictadas por tribunales estadounidenses, de las cuales hay cuatro emanadas de los Tribunales Supremos de algunos Estados, y catorce —es decir, la mayoría— proceden de Tribunales de Apelación (*Courts of Appeals*) de los mismos, siendo las restantes sentencias de procedencia variada (Tribunales de lo Penal, Familiar, etc.).

A) En sus aspectos formales, el matrimonio islámico no exige la presencia o asistencia de ninguna autoridad religiosa o civil como requisitos para la validez, si bien la mayoría de los actuales estados islámicos añaden la inscripción para garantizar la certeza y prueba de la unión. Hay, además, variedad de costumbres y usos nupciales, ritos como la bendición, o de creencias, pero



cuyo incumplimiento no afecta a la validez. Téngase en cuenta la excepción representada, entre los países de mayoría islámica, por el Código Civil turco que ha tratado —acaso sin lograrlo en la práctica— de secularizar totalmente la celebración del matrimonio como signo de laicidad del Estado creado, a principios del siglo pasado, por Atatürk.

Por otra parte, cada Estado norteamericano posee una normativa propia sobre la forma de celebración del matrimonio; en algunos se mantiene todavía la validez del *common law marriage*, por lo general en claro retroceso. Es regla general que cada uno de los Estados de la Federación reconoce la validez del matrimonio celebrado válidamente en otro, incluso el citado *common law marriage*; regla que, sin embargo, según una ley federal de 1995, no se aplica a las uniones homosexuales admitidas por algunos Estados de Estados Unidos. La celebración exige licencia civil previa y el reconocimiento médico habitual. Siguiendo la tradición anglosajona, se autoriza generalmente que el matrimonio sea celebrado ante el funcionario estatal o ante un ministro de culto o dirigente religioso; algunos países prohíben expresamente la presencia de *imames*. La celebración ha de tener lugar entre los 30 y 60 días de la expedición de la licencia matrimonial. También, con generalidad, se exige la inscripción del matrimonio en el Registro.

A modo de parcial resumen, dice la autora que «el matrimonio celebrado, reuniendo los contrayentes los requisitos de capacidad y consentimiento, suele reconocerse en Estados Unidos, incluso aunque las partes se hayan desentendido de las formalidades civiles, observando sólo las religiosas; esto también ocurre en aquellos Estados que han abolido el *common law marriage* y mantienen exclusivamente el *Ceremonial marriage*. Esto es, en virtud de la flexibilidad en cuanto a la forma del matrimonio tanto en el Derecho islámico como en el de los Estados Unidos, la eficacia de las celebraciones islámicas no ha planteado especiales problemas» (pág. 11). Así, la sentencia de 17-1-95, del Tribunal de Apelación de Ohio, admitió la validez de un matrimonio musulmán exclusivamente religioso celebrado antes de la abolición en el Estado del *common law marriage*, dado que la unión cumplía los requisitos de este último. Más llamativo puede resultar el caso resuelto por la sentencia del Tribunal de Apelación de Tennessee, de 11-6-97, relativa al matrimonio musulmán de dos contrayentes norteamericanos de ascendencia iraní celebrado ante un *imam*, que no ejercía regular, sino ocasionalmente las funciones de tal en la mezquita, pese a lo cual se dio por válida la unión.

En contraste, en algunos casos no se produce el reconocimiento de la unión musulmana por razones formales. Así, la sentencia del Tribunal de Apelación de California, de 30-6-88, no reconoció la validez del matrimonio *muta* celebrado por un varón de religión ortodoxa con una ciudadana iraní, con carácter privado, y que mantuvieron secreto sin presentarse nunca en público como casados, continuaron teniendo domicilios distintos y guardando silencio sobre la unión ante sus familiares y amigos; aunque en primera instancia se reconoció la unión como matrimonio putativo, el Tribunal de Apelación revocó aquélla, pues el mero convencimiento o creencia de la existencia de un matrimonio, conforme a los preceptos de la propia religión, es insuficiente para calificarlo de putativo; siendo probable que tal matrimonio tampoco fuera válido según el Derecho islámico. Algo similar ocurrió en la sentencia del Tribunal de Apelación de Virginia de 11-5-93, sobre un matrimonio entre dos musulmanes pertenecientes a distintos ritos islámicos (un ciudadano argelino y una mujer paquistaní perteneciente a la comunidad *ahmadí*); si-

guiendo la normativa de esta última, las partes firmaron un documento de matrimonio por poder, celebrado en Londres sin la presencia de los interesados; un mes más tarde, el padre de la novia ofreció en Paquistán una recepción de celebración de la boda, y los contrayentes vivieron juntos en Virginia durante un año, tras el cual solicitaron el divorcio; en primera instancia se entendió que el matrimonio se había celebrado en Inglaterra, pero bajo el Derecho musulmán y cuya validez debía reconocerse en Estados Unidos por razón del *comity*, otorgando, en consecuencia, el divorcio; pero en apelación se declaró que la unión estaba sujeta al Derecho inglés, que declara la nulidad de la unión, y probablemente el matrimonio sería también nulo en Paquistán, porque esta legislación no reconoce a la secta en cuestión.

Los matrimonios celebrados en los Estados Unidos tienen que cumplir, además, los requisitos establecidos por el Derecho de cada Estado en relación con el fondo, y, en particular, con la edad y la monogamia. Curiosamente, la jurisprudencia civil es más bien escasa en estos aspectos, y la autora acude a jurisprudencia dictada en materia criminal. En efecto, los matrimonios convenidos por los padres o guardadores de menores de edad pueden llegar a configurar, según la legislación norteamericana, delitos de abuso sexual cometidos por aquéllos cuando la menor demuestra su falta de consentimiento, por ejemplo, escapándose de casa a los pocos días de la ceremonia; sin que conste que existan en la legislación norteamericana «cuestiones prejudiciales», suele ocurrir que aquellos tribunales aplican en tales casos sanciones penales, dando a entender que la unión puede ser válida o anulable. El tema de la poligamia recibe un comentario relativamente amplio (págs. 24-31), tratándose no sólo del caso de los mormones (la poligamia fue expresamente prohibida en la Constitución del Estado de Utah en 1896), sino también el de las tribus indias cuyo derecho matrimonial ha venido a reconocerse por el Congreso en sus relaciones internas, de modo que el matrimonio poligámico en tales tribus es legal entre ellas. En cuanto al matrimonio poligámico contraído en Estados Unidos por musulmanes, se defiende por algunos autores que tal unión no sería válida para el Derecho musulmán, dado que la legislación norteamericana no permite un «trato equitativo» a todas las mujeres. Por otra parte, la poligamia es causa de denegación de visado de entrada de extranjeros en el país. En cuanto al matrimonio poligámico de hecho celebrado en el extranjero (comprendiendo incluso al celebrado por algunos inmigrantes chinos según sus costumbres), no se le reconocen los efectos derivados del vínculo. Una antigua sentencia de 13-1-48, del Tribunal de Apelación (tercer Distrito) de California declaró que el *public policy* no queda afectado porque se divida el dinero equitativamente entre las dos esposas de un indio musulmán, particularmente cuando no hay oposición entre ellas que son las únicas interesadas. La autora destaca la madrugadora aplicación de la noción atenuada del orden público, que últimamente también han aplicado los tribunales españoles.

B) Muy trabajado es el capítulo relativo al reconocimiento de la dote islámica (*mahr*) en la jurisprudencia de Estados Unidos en el que realiza un interesante recorrido doctrinal y legal de aquella en el Derecho musulmán, exponiendo la *communis opinio*, así como un sugestivo acercamiento al *Restatement of the Uniform Premarital Agreements Act* de 1987 (1). La postura

---

(1) Como obra de información general: WINER and BECKER (editors), *Premarital and marital contracts*, 1993. Una primera aproximación desde el Derecho español: M.ª Paz GARCÍA RUBIO, «“Precautionary” agreements on the economic consequences on matrimo-

mayoritaria en el Islam es que el *mahr* no es una condición de validez del contrato matrimonial, sino un efecto del mismo; su sentido más genuino es el de reforzar los vínculos familiares, que encuentra perfecto acomodo en la descripción que hace el Corán de la dote como un presente espontáneo. Es un concepto con múltiples facetas, que no puede describirse exclusivamente en términos económicos de sustento para la mujer; surge con la celebración del matrimonio, y es frecuente que se pague en dos plazos, uno inmediato y otro diferido; actualmente el diferido tiende a pagarse en el momento de la disolución, lo que, en algún modo, trataría de prevenir el ejercicio del poder discrecional del marido de repudiarla mediante el *talak*. Pero conviene no olvidar que el marido, en todo caso, y mientras subsista el vínculo, está obligado a sostener económicamente a la mujer, la cual, aunque tenga recursos propios, no ha de gastar nada en su mantenimiento, desapareciendo tal deber en el momento de la disolución.

Si bien con carácter general el *agreement marriage* se ofrece como un instrumento idóneo para recibir en Derecho norteamericano la dote islámica, sin embargo, a juicio de la autora, se corre el riesgo de que tal reconducción resulte forzada. En efecto, el contrato prenupcial permite pactar unos derechos y deberes particulares al margen de la regulación general de las relaciones patrimoniales de los cónyuges, mientras que el *mahr*, en Derecho islámico, es propiamente el régimen general y la única libertad de las partes, al respecto es fijar la cuantía, el plazo de pago, etc.; concluye que, a la vista de ello, los requisitos establecidos para el *premarital agreement* no deberían transmitirse rígidamente al trasladarse al *mahr* (por ejemplo, renuncia expresa al derecho de alimentos o a las propiedades del otro cónyuge en el momento de la disolución; lo mismo entender que la entrega de una parte de la dote, al tiempo de la disolución, implica un trato de favor para la mujer). Siendo el *mahr*, en Derecho musulmán, el régimen general económico de la mujer, la autora cree que no parece necesario un especial asesoramiento para pactar libremente la dote; incluso aunque su gestión se realice por un tutor y no personalmente por la mujer. Para apreciar si se respeta o no el *public policy*, deberá considerarse que la dote islámica no es una institución aislada que pueda desgajarse de otras, sino que en el Derecho islámico de familia existe una íntima unidad e interrelación entre las diversas instituciones, de modo que la dote va ligada a la de la *nafaqa* a la inexistencia de alimentos o régimen económico conjunto, a las disposiciones sucesorias, etc. (pág. 56). Tales afirmaciones se basan en el análisis minucioso de sendas sentencias de la *Court of Appeal of Florida*, respectivamente de 12-1-97 y 9-5-01, aprobándose la primera y rechazándose la segunda.

C) Reconocimiento del *talak* o repudio islámico. Es la forma de disolución del matrimonio islámico que más controversia ha suscitado en Estados Unidos, sobre todo por la ausencia de un proceso judicial. Consiste en la declaración unilateral del marido, sin necesidad de alegar causa alguna, del consentimiento de la mujer, ni intervención de tribunal; sólo requiere que se trate de varón adulto, capaz, y que se utilice la forma prescrita; hay diferencias, a veces importantes, entre las distintas escuelas, y últimamente se han introducido reformas legales para tutelar mejor a la mujer. En Marruecos, por

---

nial crisis: Are the lawful under spanish law?», en el volumen: *The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europa*» (ed. M. MARTÍN-CASALS and J. RIBOT (Girona, 2006), pág. 89 y sigs.).

ejemplo, desde 1993 se requiere la presencia de ambas partes y la autorización judicial, lo que conlleva una tentativa de reconciliación; en caso de repudio sin causa justificada, se concede una compensación económica a la mujer. El tratamiento ha sido paralelo al del repudio judío a principios del siglo pasado; si éste era reconocido por un país extranjero, por razones de *comity* lo era en Estados Unidos; en cambio, cada uno de los Estados se ha opuesto siempre al repudio unilateral extrajudicial celebrado en su propio territorio. Emblemática es la Constitución del Estado de Nueva York: *Nor shall any divorce be granted than by due judicial proceedings* (art. 1.9). La jurisprudencia ofrece, no obstante, excepciones a ambas soluciones, basadas en razones de seguridad jurídica. La autora ha seleccionado algún caso en el que, quedando ésta salvaguardada, se altera la regla general; asimismo, cuando pese a haberse pronunciado el divorcio unilateral en el extranjero, la situación resulta confusa, los tribunales americanos buscan argumentos para no aplicar la *lex loci* sino la *lex fori* americana (*op. cit.*, pág. 78).

## VALORACIÓN FINAL Y PROPUESTAS DE FUTURO

En el capítulo final (págs. 79-93), la autora no sólo intenta explicar las líneas directrices a que han respondido hasta ahora los tribunales estadounidenses, sino que se eleva a la categoría representada por los países occidentales en su conjunto, para los cuales intenta ofrecer las posibles líneas de futuro evolutivas.

Ratifica la idea que reitera a lo largo de la obra: La flexibilidad del Derecho americano ha facilitado a sus Tribunales una mayor ductilidad para adaptar el Derecho estatal, en sentido amplio, a las peculiaridades de los casos cuando en ellos están implicadas instituciones islámicas. Así los Tribunales han tratado de reconocer las celebraciones islámicas aun cuando no cumplieran estrictamente con los requisitos formales exigidos; de esta suerte se ha reconocido como «ministro regular que tiene a su cargo cura de almas» al simple fiel musulmán aficionado a la lectura del Corán y que, algunas veces, ha ayudado esporádicamente en tareas de culto en su mezquita. La dote islámica resulta institución extraña, y aunque se la ha aproximado al *agreement marriage*, parece razonable pensar que ambas figuras responden a una diferente *ratio*, obligando a veces a los tribunales del país a interpretar el *mahr* conforme al Corán, para lo que carecen de competencia constitucional. Sólo por razones de Derecho Internacional Privado han conducido a reconocer el *talak* pronunciado en país extranjero, mientras que en los demás casos prevalece la negativa unánime a su reconocimiento por parte de la *lex loci*.

Bajo la perspectiva de la necesidad de establecer un sistema de relaciones entre la legislación occidental y el Derecho matrimonial islámico, la autora analiza posibles vías de armonización, que reduce a dos, que, respectivamente, denomina *multicultural* e *intercultural*. La primera consistiría en generalizar el sistema de los estatutos personales, vigentes actualmente en Israel y en algunos países islámicos (Jordania, Líbano, Irak, entre otros). Ello implicaría que en países con pluralidad religiosa (y hoy el fenómeno de los desplazamientos transnacionales se ha globalizado), los ciudadanos quedarían sujetos a la ley y jurisdicción de la confesión a que cada uno pertenece, con independencia de que practiquen o no su religión, en materia de matrimonio y divorcio, mientras que en otras materias como adopción o sucesiones, los ciudadanos po-

drían optar entre la jurisdicción civil o religiosa. En Inglaterra, en el último tercio del siglo pasado, la Unión de Organizaciones Musulmanas de Inglaterra e Irlanda realizó una campaña para lograr elevar una petición al Parlamento en tal sentido. En Canadá una campaña similar se inició en 1986. Ambos intentos han fracasado. Se dice que tal propuesta iría en contra de la tradición inglesa de un sistema unificado de familia, con independencia de su origen, raza o religión. Ello sin perjuicio de que tal sistema no reconoce la libertad religiosa de los no creyentes o practicantes.

La autora se muestra partidaria de encontrar soluciones inspiradas en la *interculturalidad*, que otorga mayor protagonismo a las partes interesadas, las cuales introducirían por vía contractual las prescripciones religiosas de naturaleza real o personal, dentro de los límites mínimos del orden público; o bien que pacten cláusulas de mediación en favor de tribunales islámicos que reconozca el Estado. El primer país occidental en el que se constituyeron Tribunales de *Sharia* fue el Reino Unido en 1982, con el fin de salvaguardar la identidad de las leyes islámicas sobre familia y persona, e impulsar su reconocimiento en el sistema jurídico británico para la comunidad musulmana, así como establecer un foro decisorio de referencia para los musulmanes en asuntos de estatuto personal. Paralelamente en Estados Unidos se impulsa la creación de los *Sharia Councils*, que cuentan con el precedente del *Bet Din* de la comunidad judía, habiendo Estados en los que se menciona a los ministros de culto como posibles mediadores familiares. También en Canadá se ha constituido un organismo mediador denominado *Islamic Institute of Civil Justice*, objeto de críticas duras por el *Canadian Council of muslim Women*, quien se ha pronunciado claramente en 2004, afirmando: *Preferimos vivir bajo la jurisdicción de las leyes canadienses*.

Finalmente la autora menciona una serie de factores que pueden influir en la solución del problema en Occidente por el Derecho matrimonial musulmán: Una cierta anglosajonización del mundo occidental, la crisis del tradicional concepto de orden público, la dificultad de calificar determinadas instituciones conforme al Derecho Internacional Privado y lo complicado que resulta de diferenciar la ley personal y la ley religiosa. Deja bien clara su postura reconociendo sin titubeos que «la secularización del Derecho es uno de los mayores logros de nuestra cultura que ha hecho posible el asentamiento de la libertad religiosa» (pág. 93), al mismo tiempo que «como consecuencia de la inmigración y la penetración de personas procedentes de otros ámbitos culturales, la religión se está convirtiendo en un elemento importante de reconocimiento de la propia identidad cultural y es cada vez más difícil mantenerla recluida, o cuasi recluida, en el ámbito de lo privado, según los cánones extendidos en determinados sectores occidentales» (pág. 92).

## OPINIÓN DEL RECTOR

Obra importante, enormemente actual, valiente en sus planteamientos, que rompe esquemas e ideas preconcebidas. La honda formación canonista de la autora le permite afrontar cuestiones de alcance universal sin someterse, en principio, a ordenamientos jurídicos territorialmente, más o menos limitados. Un libro, breve por su extensión, pero denso de contenido, que hace pensar.

Mis reservas proceden de mi formación civilista y comparatista. He echado en falta, al menos, una sucinta referencia a la doctrina continental de las

relaciones económicas entre los cónyuges que en el sistema del *Civil Law* tiene bien perfiladas sus connotaciones, a diferencia del *agreement marriage* que presenta no pocos interrogantes para nosotros (2). No participo del entusiasmo ambiente por contemplarse un tanto ingenuamente en el espejo jurídico anglonorteamericano. Cada sistema, a mi juicio, presenta ventajas e inconvenientes *hic et nunc*. Recientemente un prestigioso comparatista holandés nos alertaba de los riesgos de dejarse llevar por el mimetismo anglosajón (3); lo más razonable, por motivos de seguridad jurídica, es que cada sistema actúe siempre conforme a sus reglas básicas de fuentes; el valor jurídico de las sentencias norteamericanas mencionadas no queda siempre claro (sin perjuicio de su eficacia como experiencia jurídica, también para nosotros). La propuesta final de la autora me parece extraordinariamente sugestiva, aunque, de momento, de difícil realización; por otro parte, ¿no se parece a una especie de un «viaje de vuelta» al proponer la existencia de Tribunales islámicos con alguna clase de competencias en los conflictos matrimoniales regidos por el Corán? ¿No procedería, más bien, profundizar en el *jus connubii* como una manifestación o aplicación de la libertad religiosa que todo estado democrático debe respetar?

---

(2) Una reciente, aunque sucinta exposición de conjunto, puede verse en CENDÓN, «Los regímenes económicos del matrimonio y la circulación de bienes muebles», en GALGANO (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado* (trad. esp. de FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER) (Madrid, 2000) págs. 279-318; con interesantes indicaciones históricas, Karen JEANNERET-DRUCKMANN, «Les régimes matrimoniaux en Droit américain. Aspects de Droit Civil et Fiscal», en el volumen *Les régimes matrimoniaux en Droit Comparé et en Droit International Privé* (eds. Bonomi et Steiner) (Genève, 2006), págs. 235-251.

(3) HONDIUS, *The precedente and the law* (Bruxelles, 2007), pág. 23 y sigs. El autor fue Ponente General sobre el tema en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Utrecht (2006).

# REVISTA DE REVISTAS





## REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

### Número 244 (Septiembre-Octubre 2008)

«Mercado inmobiliario y catastro», por Manuel G. ALCÁZAR MOLINA, pág. 11.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DIRECCIÓN GENERAL.—3. INFORMACIÓN CATASTRAL: 3.1. GENERALIDADES. 3.2. FÍSICOS. 3.3. ESTADÍSTICOS. 3.4. FISCALES Y ECONÓMICOS.—4. OBSERVATORIO CATASTRAL DEL MERCADO INMOBILIARIO: 4.1. OBSERVATORIO. 4.2. METODOLOGÍAS DE VALORACIÓN CATASTRAL. 4.3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL.—5. CONCLUSIONES.—6. REFERENCIAS.

«Actos de naturaleza urbanística y Registro de la Propiedad», por M.<sup>a</sup> Fuensanta GÓMEZ MANRESA, pág. 65.

**SUMARIO:** 1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA Y NOVEDADES INCORPORADAS POR LA RECIENTE LEGISLACIÓN ESTATAL DE ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y, EN ESPECIAL, DE SUELO.—2. ACTOS, ASIENTOS Y TÍTULOS INSCRIBIBLES.—3. EXPOSICIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS DE ASIENTOS REGÍSTRALES: 3.1. ACTOS SUJETOS A INSCRIPCIÓN: 3.1.1. *Inscripción de los proyectos de equidistribución.* 3.1.2. *Inscripción de las expropiaciones urbanísticas.* 3.1.3. *Inscripción de las cesiones obligatorias.* 3.1.4. *Inscripción del aprovechamiento urbanístico.* 3.1.5. *Inscripción de las obras nuevas.* 3.1.6. *Inscripción de los actos de parcelación.* 3.1.7. *Inscripción de transmisiones sujetas a tanteo y retracto urbanístico y de las adjudicaciones en régimen de venta forzosa.*

«Urbanismo y medio ambiente en España: panorama actual», por Jesús DEL OLMO ALONSO, pág. 103.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPIOS GENERALES.—3. EVALUACIÓN MEDIOAMBIENTAL.—4. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN PÚBLICA.—5. ARTICULACIÓN DEL DERECHO URBANÍSTICO Y DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.—6. CONCLUSIÓN.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 269 (Julio-Septiembre 2008)

«El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones. La historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico», por J. M. GONDRA, pág. 841 (sin sumario).

«La globalización de la garantía: límites y concreción de la buena fe», por José Carlos ESPIGARES HUETE, pág. 901.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIÓN CONCEPTUAL.—II. OPORTUNIDAD DE LA FIANZA GENERAL Y GLOBALIZACIÓN DE LA GARANTÍA.—III. LA FIANZA GENERAL Y SUS LÍMITES: 1. DETERMINACIÓN DEL OBJETO EN ESTE TIPO DE FIANZA. 2. SOBRE SI ES O NO CONDICIÓN DE VALIDEZ EN LA FIANZA GENERAL LA PREVISIÓN DE UN IMPORTE MÁXIMO GARANTIZADO: a) *La incertidumbre que generó la STS de 23 de febrero de 2000*; b) *Previsión por el fiador de la entidad del riesgo asumido y límites prefijados*; c) *Nuestro criterio: necesidad de imponer un límite máximo a la responsabilidad del fiador y discrecionalidad judicial en torno a la apreciación de la concurrencia efectiva de tal límite al celebrar el contrato*. 3. EJECUCIÓN POSTERIOR DEL CONTRATO Y BUENA FE CONTRACTUAL: DENEGACIÓN EXCEPCIONAL DE LA COBERTURA FIDEIUSORIA PARA DETERMINADOS ACTOS DE CONCESIÓN DE CRÉDITO: a) *Principio de determinación del objeto del contrato y principio de buena fe contractual: duplicidad de remedios concurrentes*; b) *Quienes defienden la inadecuación del principio de buena fe contractual para proteger al fiador en la fianza general*; c) *Quienes sostienen la inadecuación de las normas sobre determinación del objeto*; d) *Quienes proclaman las bondades del principio de buena fe contractual en la fianza general*. 4. LÍMITE TEMPORAL, FACULTAD DE DENUNCIA DEL FIADOR Y BUENA FE CONTRACTUAL. 5. OTRAS CUESTIONES Y AFIRMACIONES DE INTERÉS.—APRECIACIÓN FINAL.

«Los códigos de conducta en las redes de franquicia: el modelo americano versus el europeo», por Jaime MARTÍ MIRAVALLS, pág. 949.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.—III. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.—IV. BREVE REFERENCIA A LAS ASOCIACIONES EN FRANQUICIA.—V. EL CÓDIGO DE CONDUCTA EUROPEO.—VI. EL CÓDIGO DE CONDUCTA ESTADOUNIDENSE.—VII. ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EUROPEO Y AMERICANO.—VIII. CONCLUSIONES.

## REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 141 (Julio-Septiembre 2008)

«España en el proceso legislativo de la Unión Europea», por Javier ARREGUI, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. TEORÍA.—3. DISEÑO DE LA INVERSIÓN.—4. DATA SET.—5. ANÁLISIS.—6. CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.

«La concreción teórica del partido único español franquista», por Luis Aurelio GONZÁLEZ PRIETO, pág. 41.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. EL PARTIDO Y LOS IDEÓLOGOS FASCISTAS.—2. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DE LA UNIFICACIÓN POLÍTICA (DE LOS PARTIDOS REVOLUCIONARIOS AL PARTIDO ÚNICO).—3. LA POSICIÓN DEL PARTIDO CON RESPECTO AL ESTADO.—4. EL PARTIDO COMO MOVIMIENTO DE CARÁCTER NACIONAL.—5. EL MOVIMIENTO NACIONAL COMO *ECCLESIA* MILITANTE.—CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«Ideas, tiempo e instituciones: la atribución de competencias al Parlamento Europeo», por Antonio BARROSO VILLAESCUSA, pág. 69.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: COMPROMISOS CREÍBLES, COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA.—2. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y DEPENDENCIA DE LA TRAYECTORIA: UN MODELO COMPLEMENTARIO DE EVOLUCIÓN COMPETENCIAL DEL PARLAMENTO EUROPEO.—3. LA CONSOLIDACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO COMO ACTOR: EL TRATADO DE ÁMSTERDAM: a) PREPARACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES; b) MARCO DE NEGOCIACIÓN; c) PREFERENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS; d) NEGOCIACIÓN.—4. LA IMPORTANCIA DE LA AGENDA: EL TRATADO DE NIZA: a) PREPARACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES; b) MARCO DE NEGOCIACIÓN; c) PREFERENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS; d) NEGOCIACIÓN.—5. DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA AL TRATADO DE LISBOA: LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO COMO COLEGISLADOR: 5.1. DE LA CONVENCION AL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA: a) *Preparación de las negociaciones*; b) *Preferencias de los Estados*; c) *Negociación*. 5.2. EL TRATADO DE LISBOA O EL RESCATE (SELECTIVO) DEL TRATADO CONSTITUCIONAL: a) *Preparación de las negociaciones*; b) *Preferencias de los Estados*; c) *Negociación*.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—DOCUMENTACIÓN OFICIAL.

«La fuente de la corrupción política: La teoría de Rousseau sobre las tres voluntades del ciudadano», por José RUBIO CARRACEDO, pág. 105.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. DE LA ANACYCLOSIS ORGÁNICA AL MODELO FÍSICO-MECÁNICO.—2. ¿DECADENCIA O ENTROPÍA? ROUSSEAU Y LOS MODELOS ORGÁNICO Y MECÁNICO.—3. LA FUENTE DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA: LA DIALÉCTICA DE LAS TRES VOLUNTADES: 3.1. LA DIALÉCTICA VOLUNTAD GENERAL *VERSUS* VOLUNTAD PARTICULAR. 3.2. LA «VOLUNTAD GENERAL» Y LA «VOLUNTAD DE TODOS». 3.3. VOLUNTAD GENERAL Y VOLUNTAD CORPORATIVA.—4. EL ANTÍDOTO DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA: DE LA RELIGIÓN CIVIL A LA EDUCACIÓN CÍVICO-DEMOCRÁTICA.

TICA.—5. CONCLUSIÓN: LA VOLUNTAD CORPORATIVA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

## REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 44 (Julio 2008)

«El ejercicio de competencias normativas en materia fiscal en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha», por Carlos COLOMER FERRANDIZ, pág. 9.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CAPACIDAD NORMATIVA RECONOCIDA A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LEY 21/2001.—III. PRINCIPALES MEDIDAS NORMATIVAS ADOPTADAS POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA: A) IMPUESTOS PARCIALMENTE CEDIDOS. B) IMPUESTOS TOTALMENTE CEDIDOS. C) IMPUESTOS CEDIDOS TRADICIONALES. D) OTROS ASPECTOS: SUMINISTRO DE INFORMACIÓN POR LOS REGISTRADORES. SUMINISTRO DE INFORMACIÓN POR LOS NOTARIOS. FIJACIÓN DE UN PLAZO DE PRESENTACIÓN PARA LAS ADQUISICIONES SUJETAS AL ISD E ITPAJD. DESARROLLO DE LOS MEDIOS DE COMPROBACIÓN DEL ARTÍCULO 57.1 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA.—IV. CONCLUSIÓN.

«La ejecución del planeamiento urbanístico en Castilla-La Mancha. La gestión indirecta: el urbanizador», por Antonio LÓPEZ ABARCA, pág. 33.

**SUMARIO:** I. CONCEPTO.—II. REQUISITOS: 2.1. SUBJETIVOS. 2.2. OBJETIVOS.—III. INICIATIVA DE LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN: 3.1. SUJETOS LEGITIMADOS.—IV. EL PAU POR GESTIÓN INDIRECTA: 4.1. CONCEPTO. 4.2 NATURALEZA. 4.3. OBJETIVOS. 4.4. REQUISITOS. 4.5. DOCUMENTOS: A) *Alternativa técnica*. B) *Propuesta de Convenio*. C) *Proposición jurídico-económica*.—V. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL CLAUSULADO DEL CONVENIO: 5.1. CLÁUSULAS DEL ARTÍCULO 110.4.2: A) *Compromisos*. B) *Plazos*. C) *Garantías*. D) *Penalizaciones*. 5.2. CLÁUSULAS DEL ARTÍCULO 110.4.3: A) *Desarrollo de las relaciones*.—VI. ELABORACIÓN, TRAMITACIÓN: 6.1. ELABORACIÓN. 6.2. TRAMITACIÓN: A) *Procedimiento ordinario*. B) *Procedimiento simplificado*.—VII. APROBACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL PAU: 7.1. APROBACIÓN: A) *Resolución de alegaciones*. B) *Aprobación de la alternativa técnica*. C) *Selección de una proposición jurídico-económica y propuesta de convenio*. D) *Posibilidades*. 7.2. ADJUDICACIÓN DEL PAU Y FORMALIZACIÓN: A) *Plazo y silencio administrativo*. B) *Subrogación*. C) *Remisión a la Consejería*. D) *Depósito de la garantía*. E) *Formalización*. F) *Derecho a la ejecución*.—VIII. SISTEMA DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE: 8.1. OBJETO. 8.2. PROCEDIMIENTO. 8.3. SUPUESTOS EXCLUIDOS. 8.4. REQUISITOS. 8.5. ADJUDICACIÓN. 8.6. EXCEPCIÓN A LA ADJUDICACIÓN PREFERENTE. 8.7. CONDICIONES.

«Cierre de gimnasio... y ¡todos a la calle! Un nuevo caso Opening», por Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, pág. 111.

**SUMARIO:** 1. OBJETO DEL DICTAMEN.—2. TIPOS DE CONTRATOS CELEBRADOS CON EL GIMNASIO ONSÉN.—3. CONTRATO DE PRESTACIÓN

DE SERVICIOS CON EL GIMNASIO CON PAGO AL CONTADO.—4. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PAGO A PLAZOS.—5. CELEBRACIÓN POR EL CONSUMIDOR DE DOS CONTRATOS (PRÉSTAMO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS) CON DOS PERSONAS DIFERENTES (PRESTAMISTA Y GIMNASIO ONSEN): A) ¿CUÁNDO PUEDEN CONSIDERARSE «VINCLADOS» LOS DOS CONTRATOS? B) LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR CONTRA EL PRESTAMISTA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL GIMNASIO. C) ¿PUEDE EL CONSUMIDOR DESVINCULARSE DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO TRAS LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO CON EL GIMNASIO? D) LA LIQUIDACIÓN DE LOS DOS CONTRATOS TRAS SU RESOLUCIÓN.—6. EL PAPEL DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES.—7. ¿QUÉ PUEDE HACER LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA DE CONSUMO?: A) ¿CABE IMPONER UNA SANCIÓN DE CONSUMO A LA ENTIDAD DE CRÉDITO? B) LA IMPOSICIÓN DE LA «RESTITUCIÓN DE LA CANTIDAD INDEBIDAMENTE COBRADA». C) LA EXIGENCIA AL INFRACTOR DE LA REPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN ALTERADA A SU ESTADO ORIGINAL. D) LA LIQUIDACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS A LOS CONSUMIDORES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

«La nueva Ley de Contratos del Sector Público: principales novedades y aspectos problemáticos», por José Antonio MORENO MOLINA, pág. 147.

SUMARIO: I. LAS RAZONES DE LA APROBACIÓN DE UNA NUEVA LEY DE CONTRATOS PÚBLICOS: LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA MATERIA.—II. LA DECISIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL DE IR MÁS ALLÁ DE LO QUE EXIGÍA EL DERECHO EUROPEO.—III. LA GARANTÍA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CONSTITUYE EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS. LA CONTRADICTORIA ADMISIÓN DE UNA AMPLIA UTILIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE CARÁCTER EXCEPCIONAL.—IV. LA NUEVA ESTRUCTURA Y SUS PROBLEMAS DE APLICACIÓN.—V. CONTENIDO PRINCIPAL DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO.—VI. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA LCSP: ABIERTO, RESTRINGIDO, NEGOCIADO Y DIÁLOGO COMPETITIVO.—VII. LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA SELECCIONAR LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. LA NUEVA TERMINOLOGÍA UTILIZADA SUSTITUYE A LOS CONCEPTOS TRADICIONALES DE SUBASTA Y CONCURSO. LA LIMITACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD PARA LA DETERMINACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA CUANDO SE UTILIZAN VARIOS CRITERIOS.—VIII. LAS NORMAS QUE DEROGA Y MODIFICA LA LEY 30/2007.

«Licencias urbanísticas para actividades agroforestales: una visión desde el punto de vista de la protección del Medio Ambiente», por J. M. RONCERO; M. ANDRÉS y J. E. PARDO, pág. 175.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NORMATIVA URBANÍSTICA.—3. CONDICIONANTES PARA LA UBICACIÓN DE PROYECTOS: 3.1. CONDICIONANTES URBANÍSTICOS. 3.2. CONDICIONANTES MEDIOAMBIENTALES.—4. LICENCIAS UR-

BANÍSTICAS: 4.1. COMUNICACIÓN PREVIA. 4.2. LICENCIA DE OBRA. 4.3. CALIFICACIÓN URBANÍSTICA.—5. COORDINACIÓN DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS CON OTRAS LICENCIAS AMBIENTALES.—6. BIBLIOGRAFÍA Y NORMATIVA.

## REVUE DE DROIT UNIFORME

### Número 3 (2008)

«Agreements to Negotiate in the Transnational Context. Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution», por Peter TOCHTERMANN, pág. 685.

«Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats: plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique», por Innocent FETZE KAMDEM, pág. 709.

«Commercial Books in Arab Commercial Codes: Where from and Where to?», por Haitham A. HALOUSH y Bashar H. MALKAWI, pág. 745.