

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXIII • Noviembre-Diciembre 2007 • Núm. 704

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 Goytisolo
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.^a 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 Gállego
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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«El <i>trust</i> en el Derecho Sucesorio español», por ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ	2429
«Consideraciones sobre el contrato de corretaje», por CARLOS CUADRADO PÉREZ	2481
«La empresa familiar creada por los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales en el Derecho español», por ALFREDO FERRANTE	2559
«De la fiducia gestión», por ÍÑIGO MATEO Y VILLA	2585

DERECHO COMPARADO

«Alcances del control difuso de constitucionalidad en el ámbito registral peruano», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA y GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO	2681
--	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	2705
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Inaplicabilidad de las doctrinas del reportaje neutral y de la accesoriadad de la imagen (STS de 18 de mayo de 2007), por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2715
--	------

1.2. Derecho de familia:	
— Insuficiencia de la prueba biológica de paternidad para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial en sede gubernativa a los efectos de la inscripción (Comentario de la DGRN de 23 de mayo de 2007), por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2718
1.3. Derechos reales:	
— La condición mobiliaria de las casas de madera, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2725
1.4. Sucesiones:	
— Sucesión hereditaria. El albaceazgo. Prórroga del plazo para realizar su cometido. ¿Cabe la prórroga tácita del plazo?, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	2730
1.5. Obligaciones y contratos:	
— Los actos de voluntad, para que sean conocidos, tienen que expresarse mediante la necesaria declaración de voluntad que debe emitir cada contratante para formar la voluntad concorde que exige la existencia del contrato, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2735
— La conservación de la vivienda en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos: Análisis doctrinal y jurisprudencial, por ROSANA PÉREZ GURREA	2750
1.6. Responsabilidad civil:	
— La responsabilidad por medicamentos defectuosos, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	2755
2. MERCANTIL	
— La impugnación de la determinación del precio por un tercero en los contratos de compraventa de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, por FRANCISCO REDONDO TRIGO	2766
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— El nuevo régimen legal de los convenios urbanísticos y su acceso al Régistro de la Propiedad, por VICENTE LASO BAEZA	2783

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades 2795

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«Il diritto alla privacy, natura e funzione giuridiche», de TOMMASO
M. UBERTAZZI, por ESTHER MUÑIZ ESPADA 2817

«La usucapión entre comuneros. Doctrina y jurisprudencia», de ISA-
BEL ARANA DE LA FUENTE, por BRUNO RODRÍGUEZ ROSADO 2818

REVISTA DE REVISTAS 2825

ESTUDIOS

El *trust* en el Derecho Sucesorio español

por

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. FUNCIÓN DEL *TRUST MORTIS CAUSA*.
- III. CLASIFICACIÓN.
- IV. ELEMENTOS.
- V. EL *TRUST* ANGLOSAJÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EUROPEO-CONTINENTAL:
 - A) DIFERENCIAS ENTRE EL *TRUST* ANGLOSAJÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EUROPEO-CONTINENTAL.
 - B) *TRUST* TESTAMENTARIO Y NEGOCIO FIDUCIARIO.
- VI. *TRUST* EN DERECHO SUCESORIO Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.
- VII. *TRUST* EN DERECHO SUCESORIO Y NORMA DE CONFLICTO APLICABLE:
 - A) CALIFICACIÓN POR LA FUNCIÓN:
 - a) *Función sucesoria*.
 - b) *Cuestiones reguladas por la lex successionis*.
 - B) APLICACIÓN DE LA LEY MATERIAL: LEY NACIONAL DEL CAUSANTE:
 - a) *Ley material que sí regula el trust*.
 - b) *Ley material que no regula el trust*.
 - C) *TRUST* EN DERECHO SUCESORIO Y REENVÍO.

D) *TRUST* EN EL DERECHO SUCESORIO Y TEORÍAS DE LA SEGUNDA CALIFICACIÓN Y TRANSPOSICIÓN.

E) VALIDEZ FORMAL DEL *TRUST* TESTAMENTARIO.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

1. En el Derecho angloamericano el *trust* es una institución característica que guarda una estrecha relación no sólo con el Derecho de Obligaciones y el de propiedad sino, incluso, con el Derecho de Familia y Sucesiones, que es el ámbito tradicional que le es propio. El *trust* es una institución que tiene su origen en los principios del *Common Law* y la *Equity* (1). Se trata de una figura desconocida en el ordenamiento jurídico español que puede definirse como la «relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra» (2).

(1) La *Equity* está formada por los principios extraídos de los precedentes judiciales del antiguo tribunal «Court of Chancery» (Tribunal de Cancillería). Vid. M. A. ASÍN CARRERA, «La Ley aplicable al *trust* en el sistema de Derecho Internacional Privado español», en *RGD*, 1990, pág. 2089; H. BATIFFOL, «Trusts. The trust problem as seen by a French Lawyer», en *Choix d'articles. Rassemblés par ses amis*, París, LGDJ, 1976, págs. 241-247; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 1-3.

(2) Sobre el concepto de *trust* anglosajón, *vid.*, entre otros, AA.VV., «I Trusts», en *Manuale pratico delle successioni*, Padova, Cedam, 2005, págs. 553-676; J. B. AMES, «The origin of Uses and Trusts», en *Harvard Law Review*, 1908, págs. 261-274; I. ARROYO, «Trust y Ley Civil», en *RJC*, 1982, págs. 95-108; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, Giuffrè, 2001; H. BATIFFOL, «Trusts. The trust problem as seen by a French Lawyer», en *Choix d'articles. Rassemblés par ses amis*, París, LGDJ, 1976, págs. 239-247; J.-P. BERAUDO, «Les trusts anglosaxons et le droit français», en *LGDJ*, 1992; ÍD., «Trust», en *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1998; G. T. BOGERT, *Trusts*, St. Paul-Minneapolis, West Publishing, 1998, pág. 1; F. BOULANGER, *Droit international des successions*, París, Ed. Economica, 2004; A. BUSATO, «La figura del *trust* negli ordinamenti di *Common Law* e di diritto continentale», en *RDC*, 1992, págs. 309-357; E. CALÒ, *Dal probate al Family Trust*, Milán, Giuffrè, 1996; S. CÁMARA LAPUENTE, «El *trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en *Derecho Privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, págs. 1111-1114; ÍD., «Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español», en *RCDI*, núm. 654, 1999, págs. 1757-1858; ÍD., «Elementos para una regulación internacional del *trust*», en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, 2005, págs. 241-273; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Consideraciones sobre la Ley aplicable al *trust* de inversión», en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, 2005, págs. 411-424; E. CASTELLANOS RUIZ, «Sucesión hereditaria», en *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Colex, 2005, págs. 257-311; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998; P. CLARET Y MARTÍ, *De la fiducia y del trust. Estudio de Derecho Comparado*, Bosch, Barcelona, 1946; N. F. DACEY, *How to avoid Probate!*, New York, 1993; A. L. DIAMOND, «The *trust* in English Law», en *RDIPP*, 1981,

Un ejemplo de *trust* sería el siguiente: un inglés instituye un *trust testamentario* a favor de sus dos hijos para que en el momento de su muerte adquieran sus bienes. Ahora bien, el lugar de repartirles los bienes, un admi-

págs. 289-308; M. DOGLIOTTI/A. BRAUN, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 2003; D. A. DREYER, *Le Trust en droit suisse. Études suisses de Droit international*, vol. 21, Genève, 1980; R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Papua, Cedam, 1935; W. F. FRATCHER, «Trust», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, cap. 11, Tübingen, Mouton, The Hague, París, J. C. B. Mohr, 1973; A. GAMBARO, «Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law», en *RDC*, 1984, págs. 93-108; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts*, 2.^a ed., Oxford, University Press, 2003; J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, «Law and Trusts», en *AJCL*, págs. 25-35; ÍD., *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1981; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, París, Phantéon-Asas, 2004; G. CASSONI, «Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento», en *Giurisprudenza italiana*, 1985, págs. 753-760; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, París, Editions Panteón-Assas, 2004; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust. La institución anglo-americana y el Derecho Internacional Privado español*, Barcelona, Bosch, 1997; M. GRAZIADEI/U. MATTEI/L. SMITH (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, New York, Cambridge University Press, 2005; G. L. GRETTON, «Trusts without Equity», en *ICLQ*, 2000, págs. 599-620; M. GRIMALDI/F. BARRIÈRE, «Trust and Fiducie», en A. HARTKAMP/M. HESSELINK/E. HONDIUS/C. JOUSTRA/E. DU PERRON (dirs), *Towards a European Civil Code*, 2.^a ed., London-Boston, Kluwer Law International, 1998, págs. 567-582; D. J. HAYTON, «Developing the law of trusts for the twenty-first century», en *LQR*, 1990, págs. 87-104; ÍD., *The Law of Trusts*, Londres, Sweet and Maxwell, 1996; ÍD., *Hayton and Marshall Cases and Commentary on the Law of Trusts*, 10.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 1996; ÍD., *European Succession Laws*, 2.^a ed., United Kingdom, Jordans, 2002; M. LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione del Aja, Diritto Italiano*, Milán, Giuffrè, 1994; ÍD., «Riflessioni comparatistiche sui trusts», en *Europa e Diritto Privato*, 1998, págs. 425-440; ÍD., *Trusts laws of the world. A collection of original texts*, 2.^a ed., Roma, 1999; ÍD., *Trusts. A Comparative Study*, trad. SIMON DIX, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; M. C. MALAGUTTI, «El trust», en F. GALGANO, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, págs. 326-344; S. MARTÍN SANTISTEBAN, *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «Civil Law»*, Navarra, Aranzadi, 2006; R. PEARCE/J. STEVENS, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, Londres, Butterworths, 1995; PH. H. PETTIT, *Equity and the law of trusts*, 6.^a ed., London, Butterworths, 1989; C. REYMOND, «Le Trust et le Droit suisse», en *ZSR*, vol. 73, II, 1954; K. G. C. REID, «National Report for Scotland», en D. J. HAYTON/S. C. J. J. KORTMANN/H. L. E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, Deventer, The Hague, Kluwer Law International, 1999, págs. 67-84; J. G. RIDALL, *The Law of Trusts*, 4.^a ed., London, Butterworths, 1992; V. SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, Cedam, 1996; L. A. SHERIDAN, «Public and Charitable Trusts», en *Trusts and Trust-Like Devices*, Chameleon, Londres, 1981, págs. 21-43; P. C. SOARES, *Non-resident trusts*, 4.^a ed., London, 1993; A. SYDENHAM, *Trusts*, 2.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 1991; A. UNDERHILL/D. J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trastees*, 15.^a ed., London, Sweet and Maxwell, 1995; A. UNDERHILL/D. J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trastees*, 15.^a ed., London, Sweet and Maxwell, 1995; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho español*, Navarra, Civitas (Cuadernos Civitas), 2006; G. WATT/J. HOOPER, *Law of Trusts (Learning texts)*, London, 1996; G. WITTUHN, *Das internationale Privatrecht des Trust*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1987; C. DE WULF, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruselas, Bruylant, 1965.

nistrador nombrado por el inglés se encargará, en el momento de la muerte del constituyente del *trust*, de ir repartiendo los beneficios de la propiedad fiduciaria en los términos señalados en el testamento. De esta forma, el causante garantiza un futuro económico a sus dos hijos; pues los hijos no pueden acceder directamente a los bienes objeto del *trust* que forman parte de la propiedad fiduciaria.

Si este *trust* fuera objeto de litigio y se planteara ante un juez español habría que solucionar, desde un punto de vista de Derecho internacional privado, si los jueces españoles pueden declararse competentes y de serlo, qué norma de conflicto deben aplicar para solucionar el fondo del asunto, partiendo que la figura del *trust* no existe en España.

2. En los países del *Common Law* el *trust* es de tal importancia que se regula como un ámbito más del Derecho privado. Incluso existe un texto internacional como es el Convenio de La Haya, de 1 de julio de 1985, sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento que pretende eliminar o, al menos, simplificar los problemas derivados del desconocimiento de esta institución en muchos ordenamientos jurídicos (3). Este Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1992, aunque la ratificación por los Estados ha sido muy escasa. En la actualidad son diez los miembros del Convenio de La Haya sobre el *trust*: Australia (en vigor desde el 1-1-1992), Canadá (en vigor desde el 1-1-1993), la República Popular de China (en vigor desde el 1-1-1992), Italia (en vigor desde el 1-1-1992), Países Bajos (en vigor desde el 1-2-1996), Liechtenstein (en vigor desde el 1-4-2006), Luxemburgo (en vigor desde el 1-1-2004), Malta (en vigor desde el 1-3-1996), Reino Unido (en vigor desde el 1-2-1996), y San Marino (en vigor desde el 1-8-2006).

Para evitar problemas de calificación, el artículo 2 de este Convenio utiliza un concepto propio de Derecho Internacional Privado en virtud del cual se definen los elementos que debe contener una institución para que pueda calificarse como un *trust* a los efectos de aplicación del Convenio (4):

«A los efectos del presente Convenio, el término “*trust*” se refiere a las relaciones jurídicas creadas —por actos *inter vivos* o *mortis causa*— por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

El *trust* posee las características siguientes:

- a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;

(3) Vid. M. GRIMALDI/F. BARRIÈRE, «*Trust and Fiducie*», en A. HARTKAMP/M. HESSELINK/E. HONDIUS/C. JOUSTRA/E. DU PERRON (dirs.), *Towards a European Civil Code*, 2.^a ed., London-Boston, Kluwer Law International, 1998, págs. 574-576.

(4) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 3-6; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho Español*, Navarra, Civitas (Cuadernos Civitas), 2006, págs. 14-25.

- b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*;
- c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga».

El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*.

Igualmente, el artículo I.1 de los Principios de Derecho europeo de *trust*, de 1999 (5) también define los elementos del *trust* desde el punto de vista del *Civil Law*:

«En un *trust*, una persona llamada *trustee* es propietaria de unos bienes, que se mantienen separados de su patrimonio personal, y ha de aceptar dichos bienes (el «fondo» del *trust*) al beneficio de otra persona llamada «beneficiario» o a la promoción de una finalidad».

3. En resumen, para que pueda calificarse como un *trust*, la institución debe caracterizarse por las siguientes notas: a) separación entre el patrimonio del *trust* y el patrimonio del *trustee*; b) el dominio que el *trustee* tiene sobre la propiedad objeto del *trust*; c) los poderes y deberes de disposición y administración que corresponden al *trustee*; d) El *trust* es compatible con el hecho de que el constituyente (testador) conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario.

II. FUNCIÓN DEL *TRUST MORTIS CAUSA*

4. La función de esta figura puede ser diversa, pero una de las funciones más importantes y tradicionales la cumple en el Derecho Sucesorio, bien a través de los *trusts* testamentarios o *inter vivos* con disposiciones testamentarias, o bien a través de los *trusts for sale* específicos de las sucesiones intestadas (6).

(5) Estos Principios tienen su origen en el Derecho escocés y recoge la figura del *trust* de los «sistemas jurídicos mixtos», aquellos en los que hay elementos del sistema anglo-americano y el romano-germano, donde la jurisprudencia tiene un importante papel como fuente del Derecho. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., págs. 1124-1131.

(6) Vid. E. CALÒ, *Dal probate al Family Trust*, Milán, Giuffrè, 1996, págs. 3-8; S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, pág. 1115; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 4-5; W. F. FRATCHER, «Trust», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, cap. 11, Tübingen, Mouton, The Hague, París, J. C. B. Mohr, 1973, págs. 3-5;

5. a) *Trust testamentario*. El *trust mortis causa* es el instituido mediante testamento. El *trust* testamentario tiene como finalidad permitir al fundador del mismo organizar su sucesión sobre la totalidad de sus bienes o parte de los mismos. El *trust* testamentario consiste en que el testador (*setlor*) otorga la propiedad de los bienes objeto de la sucesión a un *trustee* (fiduciario) para que los administre a favor del cónyuge superviviente, a favor de los hijos o de cualquier otra persona (beneficiarios o *cestius que trust*). En este supuesto, el *trust* es un acto *mortis causa* con una función similar a la que cumple el testamento. Incluso, el *trustee* puede ser uno de los beneficiarios, con tal de que no sea el único (7). Ahora bien, si el testamento incluye la designación de *trustee*, aunque este nombramiento está sujeto a un control judicial de autenticidad y validez formal en el momento del fallecimiento del causante, la distribución de los bienes entre los herederos deberá responder a los términos y plazos previstos en el documento constitutivo (8). En este tipo de *trust* el fundador organiza su sucesión mediante un «desdoblamiento de la propiedad»: la propiedad formal se le otorga al administrador del *trust* (*trustee*) y la propiedad material a los beneficiarios, una vez muerto el *setlor* o fundador. Los beneficiarios conservan ciertas facultades sobre los bienes objeto del *trust* como reclamar al *trustee* si ha infringido los términos del *trust* o si ha confundido sus bienes con los bienes objeto del *trust*.

Sin embargo, no siempre es necesario que existan tales beneficiarios directos, puede ser que el *trust* sólo tenga una finalidad caritativa. Este tipo de *trusts* suele requerir mayores requisitos para atraer capitales, como ocurre en algunos Estados norteamericanos, e incluso pueden considerarse nulos por falta de certeza de los beneficiarios con pequeñas excepciones (para sepulturas, cuidar animales), como ocurre en Inglaterra (9).

6. b) *Trust for sale* o *trust sucesorio*. De no mediar un *trust* testamentario, el Derecho anglosajón (*probate*) establece de todos modos la existencia de un *executor* nombrado judicialmente para que actúe en interés del cónyuge viudo y de los hijos menores, procediendo a liquidar las deudas de la masa hereditaria y distribuir los bienes entre los herederos conforme al orden de

K. G. C. REID, «National Report for Scotland», en D. J. HAYTON/S. C. J. J. KORTMANN/H. L. E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, Deventer, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pág. 78; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., 25-34, en concreto la pág. 31, donde se señala que la «planificación sucesoria» es junto a la «protección de un fondo patrimonial» la función tradicional del *trust*...

(7) Vid. A. UNDERHILL/D. J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, 15.^a ed., London, Sweet and Maxwell, 1995, pág. 3.

(8) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, págs. 1114-1115; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 4-6.

(9) Vid. M. LUPOI, *Trusts. A comparative Study*, trad. SIMON DIX, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 123-126. Vid. sobre el *charitable trust*, L. A. SHERRIDAM, «Public and Charitable Trusts», *Trusts and Trust-Like Devices*, Chameleon, Londres, 1981, págs. 21-43.

sucesión previsto por la ley (10). Es lo que se llama *trust for sale*. El *trust for sale* o *trust sucesorio* se constituye en los supuestos de sucesiones intestadas a efectos de liquidar el pasivo hereditario y distribuir el activo resultante entre los herederos (11). No tiene su origen en un negocio jurídico ni en una decisión judicial sino concretamente en una previsión normativa específica (12). Se forma por ministerio de la Ley.

En este caso, judicialmente se nombra un administrador o ejecutor judicial, el *executor trustee*, que debe conservar y liquidar el patrimonio del causante, como propietario fiduciario, para distribuir definitivamente los bienes hereditarios. Este procedimiento se denomina *probate*. Por tanto la herencia, no pasa directamente a los herederos como ocurre en los sistemas europeos continentales (13). Existe una gran similitud entre el *executor* y el *trustee*, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que «hay un *trust* cada vez que alguien muere» (14).

7. c) *Trust inter vivos* con disposiciones *mortis causa*. Junto al *trust* testamentario y sucesorio se puede hablar del *trust inter vivos* que contiene disposiciones *mortis causa*. El *trust inter vivos* se crea mediante un acto jurídico unilateral de transferencia de la propiedad al *trustee*, para que desempeñe sus funciones de acuerdo con lo establecido en el documento constitutivo del *trust*. Cuando contiene disposiciones por causa de muerte establece ciertas previsiones sobre la determinación de beneficiarios tras la muerte del constituyente del *trust* o, si la duración del *trust* supera la vida del constituyente (15). Se trata, normalmente, de administrar un patrimonio familiar durante un largo período de tiempo, al menos dos generaciones, de forma que produzca efectos en relación a los hijos del constituyente y, a la muerte de éstos, en relación a los nietos del constituyente. Es una auténtica alternativa al testamento desde un punto de vista funcional, escapando del *probate* que es un procedimiento mucho más costoso, lento y sin publicidad de sus disposiciones (16).

(10) Vid. E. CALÒ, *Dal probate al Family Trust*, Milán, Giuffrè, 1996, págs. 60-70.

(11) Vid. E. CALÒ, *Dal probate...*, cit., págs. 3-9; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 3-4.

(12) M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 16.

(13) Vid. E. CALÒ, *Dal probate...*, cit., págs. 9-16.

(14) Vid. K. G. C. REID, *National Report...*, cit., pág. 78.

(15) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 13-14.

(16) Vid. E. CALÒ, *Dal probate...*, cit., págs. 60-70; N. F. DACEY, *How to avoid Probate!*, New York, 1993, *passim*; A. GAMBARO, «Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law», en *RDC*, 1984, págs. 98-99.

III. CLASIFICACIÓN

8. Aunque nuestro estudio se basa en los *trusts* que tienen naturaleza sucesoria, con carácter general, por la forma de constitución, el *trust* puede clasificarse:

- a) *Trust express*: el *trust* expreso surge como consecuencia de un acto *inter vivos* o *mortis causa*. Este tipo de *trust* puede ser privado si queda claro quiénes son los beneficiarios o público (*charitable trust*) si el beneficiario no es una persona determinada sino un objetivo relativo al bien público: situaciones de pobreza, la asistencia a la educación, la religión y otros objetivos comunitarios (17). Tanto el *trust* testamentario como el *trust inter vivos* con disposiciones testamentarias pertenecen a los *trusts* expresos porque ambos surgen como consecuencia de un acto o negocio jurídico. La única diferencia es que el acto jurídico sea *inter vivos* o *mortis causa*. Los *trusts* expresos pueden ser, a su vez, según su objeto privados o públicos: *charitable trusts* (18). Dentro de los privados se pueden distinguir los *fixed* y los *discretionary trusts* (19). En los *fixed trusts* el beneficiario tiene derecho a una parte fija y determinada de los rendimientos netos del fondo fiduciario. En los *discretionary trusts* los beneficiarios no están determinados sino que el constituyente le da poder al *trustee* de fijar a quién le corresponde la propiedad final de los bienes (20).
- b) *Resulting trust*: se trata de presumir la existencia de un *trust* cuando una persona entrega a otra una cantidad de dinero o de bienes, a título gratuito, salvo que se pruebe con claridad la existencia de una donación (21). En tal caso se acabaría con dicha presunción. Ahora bien si no se puede probar la donación, el *trustee* debe conservar el dinero o los bienes hasta que el constituyente se los reclame (STJCE de 17 de mayo de 1994, *Webb vs. Webb*) (22). Son ejemplos de este

(17) Vid. R. PEARCE/J. STEVENS, *The Law of Trusts*, págs. 345-386; L. A. SHERIDAN, *Public and Charitable...*, cit., págs. 21-43; M. LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione del Aja, Diritto Italiano*, Milán, Giuffrè, 1994, págs. 50-52.

(18) Los *charitable trusts* se caracterizan porque el beneficiario del *trust* no es una persona determinada sino un objeto con fines caritativos no lucrativos, L. A. SHERIDAN, *Public and Charitable...*, cit., págs. 21-43.

(19) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1118.

(20) *Ibidem*.

(21) Vid. AA.VV., «I Trusts», en *Manuale pratico delle successioni*, Padova, Cedam, 2005, págs. 587-588; G. T. BOGERT, *Trusts*, 3.^a reimpr., St. Paul-Minneapolis, West Publishing, 1998, págs. 261-285; A. SYDENHAM, *Trusts*, 2.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 1991, págs. 33-39.

(22) STJCE de 17 de mayo de 1994, as. C-294/92, *Webb vs. Webb*, *Recop. Jurispr.*, 1994-5, págs. 1733-1740.

tipo de *trust* los siguientes: cuando termina un *trust* expreso y los bienes siguen en poder del fiduciario hasta que los bienes se transmiten a sus beneficiarios; cuando se transfiere una cantidad para un fin concreto a favor de un tercero; o cuando se adquieren bienes en común pero sólo a nombre de uno de los adquirentes.

- c) *Constructive trust*: se trata de un *trust* judicial que la *Equity* impone para evitar casos de enriquecimiento injusto o fraude, como, *ad ex*, para exigir la entrega de un bien propio en poder ajeno (es la situación del vendedor de la propiedad de un inmueble entre el momento de la celebración del contrato y la transferencia efectiva del dominio sobre el bien: el vendedor es el *trustee* del comprador) (23).
- d) *Statutory trust*: el *trust* legal no tiene su origen en la *Equity* o en la jurisprudencia sino en una disposición legal específica. El caso más importante de este tipo de *trust* surge en las sucesiones intestadas sobre el patrimonio hereditario: *trust for sale*. En este caso, el *trustee*, nombrado judicialmente, procede a la liquidación del pasivo hereditario y a la partición del remanente de la herencia entre los herederos legítimos, tras la liquidación de las deudas que afectan a la masa hereditaria (24).

IV. ELEMENTOS

9. Con carácter general para que exista válidamente un *trust*, sea o no *mortis causa*, es necesario que concurren tres elementos que pueden traducirse en los siguientes cuando el *trust* es *mortis causa*:

- a) que el testador (constituyente o *setlor*) tuviese voluntad expresa de crear el *trust*;
- b) que queden muy claros los beneficiarios, que son los únicos que pueden exigir el control del *trust*, salvo que se trate de un *charitable trust* (*trust* caritativo);
- c) que los bienes objetos del *trust* testamentario sean exactamente identificados y constituyan un patrimonio separado dentro del patrimonio del *trustee*. Debe existir, por tanto, una clara distinción entre las dos titularidades (propiedades) que ostentan, a la vez, el *trustee* y el beneficiario, sin que haga falta observar ninguna formalidad especial pues el *trust* carece de personalidad jurídica. Este es el elemento más característico del *trust* anglosajón. En el *trust* la propiedad se desglosa en una propiedad formal, que pertenece al *trustee*, y una propie-

(23) Vid. AA.VV., *I Trusts...*, cit., págs. 585- 587; G. T. BOGERT, *Trusts...*, cit., págs. 286-316; A. SYDENHAM, *Trusts...*, cit., págs. 39-46.

(24) Vid. M. LUPOLI, *Introduzione ai trusts...*, cit., págs. 50-52.

dad material, que pertenece al beneficiario (25). Los bienes del *trust* deben estar formados siempre por un patrimonio separado dentro del patrimonio del *trustee*. Sin embargo, esta afirmación tiene que ser matizada, pues en el Derecho anglosajón no existe un concepto de «propiedad» como en los países del *Civil Law*, sino un título mejor sobre unos bienes. De este modo el *trustee* adquiere la propiedad plena en los países del *Common Law*, la *legal ownership*, mientras que el beneficiario ostenta una posición jurídica protegida como un segundo tipo de propiedad que, en definitiva, es lo que en los países del *Civil Law* denominan propiedad formal y material (26).

V. EL *TRUST* ANGLOSAJÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EUROPEO-CONTINENTAL

10. En el ordenamiento jurídico español el *trust* es una institución «desconocida», por ello surgen muchos problemas a la hora de determinar tanto el tribunal competente como la norma de conflicto aplicable. Aunque, en sentido estricto, todas las instituciones reguladas por un Derecho extranjero son «desconocidas» para el ordenamiento jurídico español, no todas las instituciones extranjeras presentan el mismo grado de «desconocimiento».

De este modo, no es igual que la institución extranjera cumpla una *función similar* a una institución recogida por el ordenamiento jurídico español a que se trate de una institución extranjera que despliega una función que ninguna institución jurídica española persigue. Este es el caso de la mayoría de tipos de *trusts*. La figura del *trust* anglosajón, por tanto, no puede considerarse equivalente a un negocio fiduciario, que es la única institución española a la que podría asemejarse por el principio de «confianza» en el que se basan ambas instituciones.

A) DIFERENCIAS ENTRE EL *TRUST* ANGLOSAJÓN Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EUROPEO-CONTINENTAL

11. Las diferencias más importantes entre el *trust* y el negocio fiduciario puro u «originario» son las siguientes (27):

a) Inexistencia de una división del derecho de propiedad entre el fiduciante y el fiduciario, pues el fiduciario tiene un derecho real pleno y el

(25) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1113; K. G. C. REID, *National Report...*, cit., págs. 68-74.

(26) *Ibidem*, pág. 1132.

(27) Vid. M. GRIMALDI/F. BARRIÈRE, *Trust...*, cit., págs. 567-582.

fiduciante (constituyente) sólo tiene a su disposición acciones personales de responsabilidad frente al fiduciario, que en ningún caso se asemejan a las acciones que el Derecho angloamericano pone a disposición del beneficiario del *trust* (*tracing* sirve para reivindicar, rastrear o seguir los bienes indebidamente transferidos o apropiados por el *trustee* y recuperar el beneficio económico que procuraban a través de la constitución de un *constructive trust*) (28) tanto frente al *trustee* o fiduciario como en relación con los terceros en caso de incumplimiento de los deberes del *trustee* (29). Se suele entender que el beneficiario del *trust*, que es el que posee la propiedad material, ostenta auténticos derechos reales en relación con el patrimonio fiduciario. Así, aunque la STJCE de 17 de mayo de 1994, *Webb vs. Webb* considera que la «acción que tiene por objeto que se declare que una persona posee un bien inmueble en calidad de “trustee” y que se le ordene otorgar los documentos necesarios para que el demandante adquiera la “legal ownership” no es una acción real», no significa que la acción que tiene el beneficiario frente al «trustee» en relación con el patrimonio fiduciario tampoco sea una acción real; pues el TJCE no se pronunció sobre este asunto (30).

En este sentido, en la fiducia «pura» el fiduciante no puede recobrar sus bienes puesto que se ha despojado de su derecho real sobre ellos. Incluso, los acreedores del fiduciario pueden ir también contra esos bienes, con lo cual en caso de quiebra del fiduciario, el fiduciante no puede separar los bienes transferidos de la masa de la quiebra, quedando el fiduciante como un simple acreedor más (31).

Sin embargo, en el *trust* anglosajón los bienes objeto del *trust* no se integran en el patrimonio del *trustee*, con lo cual en caso de separación matrimonial, quiebra o muerte del *trustee* esos bienes no entran a formar parte ni de los bienes afectados por el régimen económico del matrimonio, ni de la masa patrimonial a ser distribuida entre sus acreedores ni de la masa hereditaria del *trustee* (32).

(28) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 10-12.

(29) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 23; J. GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, «Law and Trusts», en *AJCL*, núm. 654, 1999, pág. 33; Íd., *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1981, págs. 23-24.

(30) A favor de que el beneficiario ostenta derechos reales en relación con el patrimonio fiduciario, vid., S. CÁMARA LAPUENTE, «Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español», en *RCDI*, núm. 654, 1999, págs. 1776-1780; V. SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, Cedam, 1996, págs. 88-89. En contra de esta opinión, y, por tanto a favor de que los derechos del beneficiario son de naturaleza personal, vid., M. LUPOI, *Trusts...*, cit., págs. 193-195; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., págs. 50-52.

(31) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., págs. 1147-1148.

(32) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1127; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 9.

En la actualidad la fiducia «pura» subsiste en Bélgica, Italia, Francia, Países Bajos y Suiza.

Sin embargo, Alemania o España se han desmarcado de la fiducia pura basada en el «doble efecto» (real/obligacional) a favor de la «titularidad fiduciaria», de forma que en la fiducia no se produce la transmisión de la propiedad al fiduciario, sino que la retiene el fiduciante [a partir de las sentencias del TS de 19 de mayo de 1982 (33) y 2 junio 1982 (34)], por lo que el fiduciante sigue teniendo el poder decisorio. En este sentido, con la fiducia «corregida» existe un derecho de separación del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario (art. 908 del Código de Comercio) (35).

Ahora bien, ni siquiera la fiducia «corregida» es asimilable al *trust* anglosajón; puesto que en España se niega que haya traspaso de la propiedad fiduciaria al fiduciario (36).

Así, la STS de 23 de junio de 2006 (37) define con carácter general al negocio fiduciario como el negocio en virtud del cual se pacta la atribución patrimonial por parte de uno de los contratantes, el fiduciante, a favor de otro, llamado fiduciario, para que utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista (igualmente STS de 5 de marzo de 2001) (38). En definitiva, el fiduciario no adquiere en ningún caso la propiedad de los bienes del fiduciante.

Incluso aunque se pudiera diferenciar esa doble titularidad, la titularidad formal le correspondería al fiduciario y la propiedad real al fiduciante (STS de 5 de diciembre de 2005) (39).

b) El negocio fiduciario surge por contrato, y el *trust* por acto unilateral, por imposición judicial o por ley. En este sentido, en el *trust* anglosajón existen normalmente tres personas implicadas: constituyente, fiduciario y beneficiario; y en las relaciones fiduciarias continentales normalmente existen dos personas: fiduciante y fiduciario. En el caso del *trust* anglosajón el *trustee* no adquiere ninguna obligación frente al constituyente, sino sólo frente al beneficiario. De tal forma que el constituyente desaparece del *trust* a partir de la entrega de la propiedad objeto del *trust* al *trustee* (fiduciario), salvo que él mismo sea también beneficiario (40). Por tanto, el constituyente no tiene

(33) RJ 1982/2580.

(34) RJ 1982/3402.

(35) S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., págs. 1135, 1149, 1151.

(36) *Ibidem*, págs. 1152-1153.

(37) RJ 2006/4610.

(38) RJ 2001/3972.

(39) RJ 2005/10185.

(40) Vid. M. LUPOLI, *Introduzione ai trusts...*, cit., pág. 57.

ningún derecho frente al *trustee*, el beneficiario o terceros. Tampoco existe ninguna relación entre el constituyente y los beneficiarios del *trust*. Una vez constituido el *trust*, el *trustee* ostenta todo el poder para tomar las decisiones sobre el patrimonio transferido, como auténtico propietario que es sin posibilidad de que el constituyente pueda darle nuevas instrucciones, salvo si el constituyente se designa como beneficiario (41). En el caso de la fiducia pura, el fiduciante solo puede accionar frente al fiduciario, en caso de incumplimiento, para obtener una indemnización por daños y perjuicios derivado de ese incumplimiento de obligaciones de carácter personal. Aunque con la fiducia actual, tras las sentencias del TS de 1982, el fiduciante sigue teniendo la propiedad material por lo que sigue teniendo el poder decisorial. En la actualidad, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en la fiducia el fiduciante retiene la propiedad material y el fiduciario no es más que un propietario aparente o mandatario que retiene la propiedad fiduciaria o formal (42). La teoría del doble efecto real/contractual, en virtud de la cual el negocio fiduciario se descompone en dos contratos, uno de naturaleza real y otro de naturaleza obligacional, en virtud del cual el fiduciario se obliga a restituir el dominio cuando el fiduciante lo reclame, infringe la jurisprudencia del TS [STS de 5 de diciembre de 2005 (43), STS de 16 de mayo de 1983 (44), STS de 22 de noviembre de 1965 (45), STS de 22 de mayo de 1964 (46)].

c) El negocio fiduciario se extingue con la muerte del fiduciario. Sin embargo, el *trust* puede continuar pese al fallecimiento del *trustee* (47).

12. En el Código Civil español no se encuentra expresamente recogido el negocio fiduciario, aunque el TS ha apreciado su validez sobre la base del principio de contratación *ex* artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil. No hay que olvidar, como señala el TS, que la calificación de la figura del «negocio fiduciario», aunque admitida sin dificultades por la jurisprudencia del TS, es de creación doctrinal (STS de 9 de marzo de 2006) (48) (49).

(41) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1135; K. G. C. REID, *National Report...*, cit., págs. 31-32.

(42) Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., págs. 1147 y 1151; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 23.

(43) *RJ* 2005/10185.

(44) *RJ* 1983/2825.

(45) *RJ* 1965/5410.

(46) *RJ* 1964/2765.

(47) *Ibidem*, pág. 1135.

(48) *RJ* 2006/5709.

(49) Vid. I. ARROYO, «Trust y Ley Civil», en *RJC*, 1982, pág. 104.

B) *TRUST* TESTAMENTARIO Y NEGOCIO FIDUCIARIO

13. En relación al *trust* testamentario, podría compararse bien con la fiducia testamentaria (donde se establece un legatario fiduciario encargado de administrar los bienes legados en interés del beneficiario de los mismos) o con el fideicomiso testamentario (donde el heredero debe transmitir los bienes recibidos en herencia a un tercero en un momento posterior), ambas instituciones en desuso en nuestro ordenamiento jurídico (50).

En relación a la fiducia testamentaria, el artículo 785.4 del Código Civil prohíbe expresamente dicha institución. Sin embargo, el Código Civil español, *ex* artículo 781, es más favorable a las sustituciones fideicomisarias, en virtud de las cuales, se encarga al heredero (fiduciario) que conserve y transmita a un tercero (fideicomisario) una parte o la totalidad de la herencia, pero limita la validez de las sustituciones a las que no pasan del segundo grado o se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (51). Además, dichas sustituciones no podrán gravar nunca las legítimas, según el artículo 782.

El albacea testamentario, en virtud de los artículos 892 a 911 del Código Civil, aunque puede administrar y enajenar los bienes de la masa hereditaria, si así lo prevé el testamento, en ningún momento asume la propiedad de los bienes del patrimonio hereditario, como hace el *trustee*, por lo que es totalmente distinto al *trust mortis causa*.

VI. *TRUST* EN DERECHO SUCESORIO Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

14. Si se parte de que el *trust mortis causa* no es más que una forma anglosajona de organizar la sucesión, para determinar la competencia judicial internacional del *trust* hay que acudir a los foros establecidos en materia sucesoria. Si bien es verdad que el Reglamento comunitario 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en vigor para España desde el 1 de marzo de 2002 (52) en sus artículos 5.6, 23.4 y 60.3 establece una regulación específica para el *trust*, este régimen no puede aplicarse a la determinación del tribunal competente cuando el objeto del *trust* sea Derecho de familia o sucesorio, puesto que son materias excluidas del Reglamento 44/2001

(50) *Vid.* M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 24.

(51) Sobre este tema, *vid.*, M. ALBALADEJO, «Las sustituciones fideicomisarias puras a término y condicionales», en *RDP*, 1979, págs. 519-545 y 641-666.

(52) Publicado en el *DOCE*, L 12 de 16 de enero de 2001.

(art. 1.2). Igual sucede en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 (53) y de Lugano de 1988 (54), ambos del mismo nombre. Al no existir al respecto, por tanto, instrumento internacional aplicable para determinar la competencia judicial internacional en materia de *trust*, hay que acudir al artículo 22 LOPJ, precepto que precisa las reglas de competencia judicial internacional para el orden jurisdiccional civil. Según la LOPJ, dicha competencia puede provenir de varios foros:

- 1.º) Foros exclusivos. Los litigios sobre sucesión *mortis causa* y, por tanto, sobre el *trust* sucesorio, no pueden encuadrarse en ninguna de las materias que son objeto de una competencia exclusiva *ex* artículo 22.1 LOPJ (55).
- 2.º) Sumisión expresa. Según el artículo 22.2 LOPJ caben los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de los tribunales españoles para conocer de un litigio internacional en materia sucesoria y, por tanto, en materia de *trust* sucesorio, siempre que se cumplan los siguientes requisitos de validez: *a)* una *clara y terminante* renuncia a su foro propio; *b)* la designación con toda *precisión* del juez al que se someten las partes (art. 55 LEC 2000); y, *c)* la *bilateralidad* de la cláusula sumisoria (56).
- 3.º) Sumisión tácita. Las partes pueden hacer extensible a los litigios en materia sucesoria el foro de la sumisión tácita, pues así lo dispone el artículo 22.2 LOPJ (57).
- 4.º) Foro general del domicilio del demandado en España, *ex* artículo 22.2 LOPJ (58).
- 5.º) Foro especial del último domicilio del causante en territorio español, *ex* artículo 22.3 LOPJ. Según este foro «en materia de sucesiones» el tribunal competente es el español si el constituyente (fundador o *setlor*) ha tenido su último domicilio en territorio español. Dado que el precepto se refiere a la «materia de sucesiones» queda

(53) Publicado en el *BOE* de 28 de enero de 1991.

(54) Publicado en el *BOE*, núm. 251 de 20 de octubre de 1994.

(55) *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, «Sucesión internacional», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 8.ª ed., Granada, Comares, 2007, págs. 297-349.

(56) *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, págs. 78-102.

(57) *Vid.* SAP de Badajoz de 11 de julio de 1995, *REDI*, núm. 2, vol. XLVIII-1996, págs. 312-312, con nota de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *esp.* págs. 316-317 donde se hace referencia a los foros de competencia judicial internacional en materia sucesoria; P. BLANCO-MORALES LIMONES, «¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España?», en *RGD*, núms. 613-614; 1995, págs. 11343-11344.

(58) *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2003, págs. 30-31.

mucho más claro que es un foro que puede aplicarse para determinar la competencia judicial de nuestros tribunales en materia de *trust* sucesorio, puesto que puede incluirse sin dificultad en este supuesto de hecho tan amplio. El artículo 22.3 LOPJ emplea un concepto que engloba perfectamente todo tipo de «forma jurídica de organizar la sucesión *mortis causa*», ya sea una forma jurídica contemplada o no en el Derecho español (59).

- 6.º) Foro especial del lugar de situación de los bienes inmuebles en territorio español, *ex* artículo 22.3 LOPJ. El *forum rei sitae* atribuye competencia a nuestros tribunales sobre la totalidad del *trust* sucesorio, tanto si todos los bienes objeto del *trust* se encuentran en territorio español como si alguno de los bienes se encuentra en el extranjero. Igualmente como es un foro aplicable a la «materia de sucesiones» es fácilmente aplicable al *trust* sucesorio (60).

15. Así, *ad ex*, un juez español puede conocer de un litigio derivado de la apertura de una herencia de un inglés en España en relación con la validez de la autorización a un *trustee* extranjero para enajenar bienes inmuebles situados en el territorio español (SAP de Madrid, de 23 de noviembre de 2000) (61). Otro litigio que puede plantearse en España es la reclamación de los herederos sobre los bienes objeto del *trust*, cuando el *trustee* tiene su domicilio en España. Se trataría de resolver la validez de un *trust inter vivos* con disposiciones testamentarias. Al tratarse de un *trust inter vivos*, la naturaleza sucesoria no está tan clara. Hay que distinguir dos supuestos distintos: si el litigio se plantea una vez que se ha muerto el *setlor* y los herederos no beneficiarios del *trust* se sienten afectados por la distribución de la herencia parece que hay que otorgarle naturaleza sucesoria. Sin embargo, si el litigio se puede plantear antes de que se muera el *setlor*, la naturaleza sucesoria no quedaría tan clara.

VII. TRUST EN DERECHO SUCESORIO Y NORMA DE CONFLICTO APLICABLE

16. Aunque con carácter general y en un sentido amplio el *trust* anglosajón no se adecúa a ninguna institución española, la cuestión cambia en relación a los *trusts* derivados de una sucesión testamentaria o intestada; pues su naturaleza sucesoria queda bastante clara.

(59) *Ibidem*, págs. 31-34.

(60) *Ibidem*, págs. 34-36.

(61) AC 2002/136.

17. Para determinar la Ley aplicable al *trust* testamentario hay que distinguir las cuestiones relativas a la validez del testamento y las cuestiones relativas a la validez de las disposiciones contenidas en el *trust* testamentario, tal y como establece el Derecho anglosajón. Sin embargo, esta división de materias es ignorada por los jueces de los Estados, como España, donde el *trust* es una institución desconocida. De esta forma los problemas de la validez del *trust* y de la validez del testamento se unifican en uno solo, considerándose las disposiciones del *trust* como una forma de organizar la sucesión y, por tanto, una cuestión sucesoria más (62).

La SAP de Madrid, de 23 de noviembre de 2000 (63), tuvo una gran oportunidad de plantearse la Ley aplicable a un testamento contenido en un *trust* donde además se establecían cuatro *trusts* más de diferente naturaleza. Sin embargo, la AP desaprovechó esta oportunidad con la absurda conclusión de que al no haberse probado el Derecho extranjero, que debía regular el testamento, debía aplicarse Derecho español. Se trataba de determinar la validez de un testamento realizado por un nacional norteamericano, conforme al Derecho de Arizona, en virtud del cual se le dejaban a su mujer la mitad de los bienes que le correspondían, en relación con la propiedad común de su esposa, además de todos sus bienes inmuebles usados por el testador como lugares de residencia que le pertenecieran al tiempo de su muerte, si su esposa le sobrevivía por un período de cuatro meses. El resto de sus propiedades se los legaba a sus dos hijos, nacidos en el matrimonio, a los que se les declaró *trustees* de un *trust* que había sido firmado por los dos esposos unos años antes del testamento, para la efectiva administración de su caudal hereditario. En dicho *trust* se establecían además disposiciones para la formación, administración y destino de los bienes de cuatro *trusts* más: a) del esposo sobreviviente: en este *trust* se acordaba que ambos esposos serían los *trustees* y en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos el superviviente continuaría siéndolo; b) del difunto, en que se contiene la indicación de que los bienes inmuebles situados en España se deben atribuir al *trust* del que es beneficiaria la hija; c) *trusts* separados para cada hijo; y d) *trusts* separados para la descendencia de los hijos fallecidos. El caso se planteó porque uno de los bienes objeto del *trust* de la hija, un chalet situado en España (Colmenarejo) fue vendido por su viuda a un tercero sin tener en cuenta el *trust* a favor de la hija en virtud del cual los bienes situados en España estaban afectados por el *trust* a favor de ésta.

De este conjunto de *trusts* existen algunos que tienen una naturaleza sucesoria clara, otros naturaleza de donaciones *mortis causa* y otros naturaleza de *marriage settlement*. De hecho la AP alude al artículo 9 del Código

(62) Vid. M. A. ASÍN CABRERA, *La Ley aplicable al trust...*, cit., págs. 2101 y 2103.

(63) AC 2002/136.

Civil, de forma muy genérica sin especificar el número concreto del artículo 9 para referirse a la Ley nacional del causante y a la Ley nacional del matrimonio. No se entiende muy bien el porqué de esta ambigüedad, pero a lo que se refiere la AP es a la aplicación del artículo 9.8 del Código Civil, la Ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento y a la aplicación de los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, la Ley nacional común de los cónyuges, es decir, en ambos casos la Ley norteamericana. De hecho es algo que no se descarta en el fundamento jurídico tercero. La AP no aplicó el Derecho de Arizona simplemente por una falta de prueba del Derecho extranjero. Sin embargo, no hay que olvidar que la sentencia de la AP lo que deja claro, sin que se dé cuenta, es que el testamento es una figura independiente al *trust* donde está incluido, por lo que habría que buscar no sólo la Ley aplicable al testamento sino a los *trusts* que condicionaban el testamento.

Con este ejemplo se comprueba cómo la AP ignora tal separación, aunque durante el juicio fuera advertido el tribunal de ello, y pasa a considerar la institución del *trust* como si fuera el testamento propio.

18. ¿Cómo se determina entonces, desde el punto de vista del Derecho español, la norma de conflicto aplicable a un *trust* testamentario o sucesorio constituido conforme a un ordenamiento jurídico extranjero?

En el ordenamiento jurídico español no existe ninguna norma de conflicto que, de manera expresa, contemple como supuesto de hecho la figura del *trust*; por lo que surge un problema de determinación de la norma de conflicto aplicable al caso. España no es parte del Convenio de La Haya de 1985, de 1 de julio de 1985, relativo a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento. Dado que el *trust* sucesorio no se puede calificar conforme al Derecho español no se puede aplicar el artículo 12.1 del Código Civil para resolver este problema de calificación. El mecanismo contemplado en el artículo 12.1 del Código Civil está diseñado para resolver problemas de calificación de instituciones de naturaleza jurídica controvertida pero, en todo caso, conocidas en el Derecho español. Como el *trust* es una institución desconocida, el artículo 12.1 del Código Civil presenta una *laguna legal* que hay que integrar.

19. Existen varios mecanismos para integrar esta laguna: a) *Tesis de la inexistencia de la institución desconocida*; b) *Creación de normas de conflicto ad hoc* para determinar la Ley aplicable a la institución desconocida; c) *Creación jurisprudencial de la norma de conflicto ad hoc*; d) Recurso a *conceptos amplios* de Derecho Internacional Privado, en relación al supuesto de hecho de la norma de conflicto; e) *Tesis de la calificación por la función*.

- a) La tesis de la inexistencia de la institución desconocida considera nula una institución que la *lex fori* no conoce ni regula. Sin embargo, esta tesis no exenta de críticas, no se admite en el ordenamiento jurídico español, pues el artículo 1.7 del Código Civil exige al juez, por el principio de *non liquet*, dar respuesta a cualquier pretensión.

- b) En cuanto a la creación de una norma *ad hoc* para regular el *trust*, el legislador español desgraciadamente no ha acogido la solución de copiar el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento o de ratificar dicho Convenio para evitar los problemas de la determinación de la ley aplicable al *trust* en el ordenamiento español.
- c) La creación jurisprudencial de una norma específica que determine la Ley aplicable al *trust* tampoco ha sido acogida por los tribunales y jueces españoles.
- d) En el ordenamiento jurídico español tampoco existe una norma de conflicto que utilice un «concepto amplio de Derecho Internacional Privado» como supuesto de hecho donde pueda ser subsumida la institución del *trust* testamentario.
- e) Por ello, sólo se puede acudir a la tesis de la «calificación por la función» para determinar la norma de conflicto aplicable a un *trust* testamentario instituido conforme a un Derecho extranjero.

A) CALIFICACIÓN POR LA FUNCIÓN

a) *Función sucesoria*

20. Básicamente se trata, en una primera fase, de descubrir la función que el *trust* testamentario cumple conforme al ordenamiento jurídico en virtud del cual se ha instituido, para en una segunda fase, buscar una institución del Derecho español que desarrolle la función que el *trust* testamentario despliega en el ordenamiento extranjero conforme al que se ha constituido o, al menos, una función similar: *funcionalmente equivalente*.

21. En este sentido, tanto el *trust* testamentario como el *trust* sucesorio, en el caso de las sucesiones intestadas, pueden calificarse como de instituciones sucesorias, por lo que pueden subsumirse en la norma de conflicto española reguladora de la sucesión internacional: artículo 9.8 del Código Civil. Hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho del artículo 9.8 del Código Civil es extraordinariamente amplio, por ello puede incluirse tanto el *trust* testamentario como el *trust* sucesorio de las sucesiones intestadas. Por tanto, la Ley aplicable a este tipo de *trust* es Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento: *lex successionis* (64).

(64) Sobre la *lex successionis*, *vid.* L. BARNICH, «Les successions immobilières ab intestat et testamentaires», en M. VERWILGHEN/R. DE VALKENEER (eds.), *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, págs. 319-343; A. BONOMI, «La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse», en *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäische*

Realmente no existe una equivalencia absoluta, pero la equivalencia de la función desarrollada no debe ser absoluta, sino *suficiente*; de tal forma que se pueda decir que la figura del testamento desarrolla una función similar a la que despliega el *trust* testamentario en el ordenamiento jurídico del que procede. Igualmente la administración y distribución de los bienes en los casos en los que no hay testamento cumple una función parecida al *trust for sale*, en el que se nombra judicialmente un *executor* para liquidar y repartir los bienes de la masa hereditaria entre los herederos del causante. Sin embargo, la distribución de los bienes a través de este control judicial (*probate*) es radicalmente distinto a la distribución de los bienes en los países europeos continentales desconocedores de la figura del *trust*, donde son los herederos los que directamente se hacen cargo de la herencia (65).

La Ley aplicable a la sucesión testamentaria es la *lex successionis* designada por el artículo 9.8 del Código Civil: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos suce-

Recht, 1996, págs. 479-504; F. BOULANGER, *Les successions internationales. Problèmes contemporains*, París, 1981; D. VAN DEN BULCKE, «Les successions mobilières face aux techniques bancaires», en M. VERWILGHEN/R. DE VALKENEER (eds.), *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, págs. 345-382; T. BUSCHOR, *Nachlassplanung («estate planning») nach schweizerischem internationalen Erbrecht*, Zurich, 1994; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001; B. VON DAUMILLER, *Die Rechtswahl im italienischen internationalen Erbrecht und ihre Auswirkungen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; K. DREHER, *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht - Unter besonderer Berücksichtigung des italienischen IPR-Reformgesetzes N. 218 vom 31. Mai 1995*, 1998; A. GRAHL MADSON, «Conflict between the Principle of Unitary Succession and the System of Scission», en *ICLQ*, 1979, págs. 598-643; B. HAUSER, «International Estate Planning», *International Lawyer*, 1997, págs. 355-359; C. HERWEG, *Die Vereinheitlichung des internationalen Erbrechts im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 2004; J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, París, 1986; Y. LEQUETTE, «Ensembles législatifs et droit international privé des successions», en *TCFDIP*, 1983-1984, París, 1986, págs. 163-192; H. LI, «Some Recent Development in the Conflict of Laws Succession», en *RCADI*, 1990-V, t. 224, págs. 9-122; G. MILLER, *International Aspects of Succession*, Dartmouth, 2000; M. RAIMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé. Étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, París, 2002; A. RODRIGUEZ BENOT, «Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo», en A. L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 675-704; H-P. SCHÖMMER/D. GEBEL, *Internationales Erbrecht Spanien*, München, Beck, 2003; V. L. SIMÓ SANTOJA, *Derecho Sucesorio Comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, 1968; C. THOMS, *Einzelstatut bricht Gesamtstatut. Zur Auslegung der «besonderen Vorschriften» in Art. 3 Abs. 3 EGBGB*, Tübingen, 1996; A. TIEDEMANN, *Internationales Erbrecht in Deutschland und Lateinamerika: kollisionsrechtliche Regelungen zwischen Nachlassseinheit und Nachlassspaltung*, Tübingen, 1993.

(65) M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág.141.

sorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última».

Es por tanto la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento la reguladora del *trust* testamentario. Sin embargo, este mismo precepto señala que las disposiciones hechas en testamento conforme a la ley nacional del testador conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas deben ajustarse siempre a la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento. Dicho de otro modo, podría afirmarse que la Ley aplicable a la sucesión testamentaria es la ley nacional del causante al tiempo del otorgamiento del testamento, con independencia de que en el momento de su muerte posea otra nacionalidad distinta, salvo para las legítimas que quedarán siempre reguladas por la Ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, si dicha Ley contempla el respeto a las legítimas. En realidad, con esta precisión no sólo se soluciona cualquier problema de conflicto móvil que pudiera plantearse por el cambio de nacionalidad del testador (fundador del *trust*), sino que se corrige la aplicación de la *lex successionis* en aras del *favor testamenti* (a favor de la validez del *trust*) (66).

Ahora bien, dado que la finalidad última es el reparto de los bienes hereditarios, también puede calificarse por la función el *trust for sale* como una institución sucesoria y, por tanto, encuadrable en el artículo 9.8 del Código Civil para determinar la Ley aplicable a los *trusts* legales que se

(66) La causa del conflicto móvil en material sucesoria se produce por un posible cambio en el tiempo de la nacionalidad, circunstancia empleada como punto de conexión mutable por la norma de conflicto reguladora del fondo de la sucesión. *Vid.*, sobre el denominado *conflicto móvil* o sobre el *cambio de/en el estatuto (Statutenwechsel)*, expresión con la que los países germánicos se refieren a este problema del conflicto móvil (E. ZITTELMANN, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Leipzig, 1898, pág. 151), *vid.* E. BARTIN, *Principes du droit international privé*, vol. I, París, Domat-Montchrestein, 1935, págs. 139-149 y 193; H. BATIFFOL, «Conflits mobiles et droit transitoire», en *Mélanges P. Roubier*, París, Dalloz & Sirey, 1961, págs. 39-52; CHR. BÖHMER, «Heilung formfehlerhafter Ehen durch Statutenwechsel?», en *Festschrift K. Firsching*, München, 1985, págs. 41-51; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 8.ª ed., Granada, Comares, págs. 239-240; S. CIGOI, «Les droits acquis, les conflits mobiles et la retroactivité a la lumière des Conventions de la Haye», en *RCDIP*, 1978, págs. 1-30; P. COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, París, 1981; H. D. HIRSCHFELD, *Der Einfluss des Statutenwechsels auf die vorher erfolgte Eheschliessung*, Diss, Bonn, 1972; F. RIGAUX, «Le conflit mobile en droit international privé», en *RCADI*, vol. 117, 1966, págs. 329-444; P. ROUBIER, «Les conflits de lois dans le temps en droit international privé», en *RCDIP*, 1931, págs. 38-86; *Id.*, «De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours», en *Mélanges J. Maury*, vol. II, París, Dalloz & Sirey, 1960, págs. 513-537; K. SIEHR, «Spezielle Kollisionsnormen für die Heilung einer unwirksamen Eheschliessung dur 'Statutenwechsel'», en *IPrax*, 1987, págs. 19-21; W. WENGLER, «Skizzen zur Lehre vom Statutenwechseln», en *RabelsZ*, 1958, págs. 435-572.

constituyen cuando el causante se muere intestado. La razón, a mi entender, más importante para incluir el *trust for sale*, que se abre en toda sucesión intestada en los países angloamericanos, en el supuesto de hecho del artículo 9.8 del Código Civil es que el ámbito de aplicación de la *lex successionis* en el Derecho Internacional Privado español es muy amplio. El artículo 9.8 del Código Civil regula con carácter general cualquier problema sucesorio que se plantee ante los jueces y tribunales españoles, ya que el supuesto de hecho habla de «sucesión por causa de muerte», con independencia de que se trate de una sucesión testada, intestada o contractual. Su ventaja práctica es evidente: la formulación amplia del supuesto permite, en principio, resolver conforme a la ley designada por el artículo 9.8 del Código Civil, *cualquier problema sucesorio* que se suscite ante nuestros tribunales, al margen de la clase de sucesión (contractual, testamentaria, legítima) de que se trate.

22. Mayor problema existe para calificar como una institución sucesoria los *trusts inter vivos* con disposiciones *mortis causa*. Se trata de instituir un *trust inter vivos* acompañado de unas disposiciones que designan los beneficiarios para el momento de la muerte del fundador del *trust*.

Así ocurre, *ad ex*, en los denominados *marriage settlements* (67). Se trata de un supuesto de *trust* específico que se instituye para organizar las relaciones patrimoniales de los cónyuges en los que se incluyen, además, disposiciones que designan a los beneficiarios del *trust* tras el fallecimiento de ambos cónyuges, normalmente los hijos fruto de su matrimonio que adquieren los bienes hereditarios de sus padres una vez que alcanzan la mayoría de edad. Momento en el cual finaliza el *trust*. Está claro que se trata de un *trust inter vivos* pero con disposiciones que sólo tienen efectos bien tras la muerte de uno de los cónyuges o bien tras la muerte de ambos cónyuges. En el litigio ya mencionado que dio lugar a la decisión de la AP de 23 de noviembre de 2000 (68), se planteó la validez de un *trust* otorgado por dos nacionales norteamericanos conforme al Derecho de Arizona en virtud del cual no sólo el esposo le dejaba a su mujer determinados bienes en herencia si le sobrevivía cuatro meses, sino que se establecía una serie de *trusts* que regulaban las relaciones entre los cónyuges dependiendo de cuál de los dos moría antes, además de las relaciones con sus hijos y sus nietos en caso del fallecimiento de sus hijos. Se trataba, en definitiva, de un *trust inter vivos* con disposiciones que sólo tenían efectos tras la muerte de uno de los cónyuges. En este mismo caso también se planteó la validez de un testamento del esposo norteamericano a favor de su mujer y sus dos hijos que se había instituido a través de un *trust*. Claramente a este último *trust* hay que otorgarle naturaleza sucesoria.

(67) Vid. C. REYMOND, «Le Trust et le Droit suisse», en ZSR, vol. 73, II, 1954, pág. 142. a.

(68) AC 2002/136.

El problema estriba en determinar la naturaleza jurídica de los *marriage settlements*. En este sentido, son tres las posibles soluciones propuestas: que se trate de una donación, que se trate de un contrato o que se trate de una cuestión sucesoria. Dependiendo de la naturaleza jurídica que se le otorgue al *trust inter vivos* con disposiciones *mortis causa*, la norma de conflicto aplicable será la contenida en el artículo 10.7 del Código Civil, reguladora de la Ley aplicable a la donación internacional —Ley nacional del donante—; los artículos 10.5 y 10.10 del Código Civil, reguladores de la Ley aplicable a los contratos internacionales —Ley elegida por las partes—, puesto que el Convenio de Roma de 1980, sobre Ley aplicable a obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (69), en vigor para España desde el 1 de septiembre de 1993, excluye expresamente de su ámbito de aplicación «la constitución de *trusts*, a las relaciones que se creen entre quienes lo constituyen, los *trustees* y los beneficiarios (art. 1.2 g); o la contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, reguladora de la sucesión internacional —Ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento—.

Ahora bien, aunque sean tres las posibles calificaciones que se le puede dar a este tipo de *trust*, la calificación contractual debe rechazarse ya que para el Derecho anglosajón esta institución no es un contrato (70). Es un acto unilateral, sobre todo en lo que se refiere a las disposiciones incluidas en el *trust inter vivos* que sólo surten efecto después de la muerte del constituyente del *trust*. Existen ordenamientos jurídicos, como el Derecho suizo, que consideran estos *trusts* como una relación contractual con elementos tanto del mandato, el negocio fiduciario, el contrato a favor de terceros y la donación (71). Sin embargo, los Tribunales suizos, para llegar a otorgarles esa calificación, lo que se preguntan en primer lugar es si el *trust inter vivos* podría haberse calificado como una disposición *mortis causa*. De forma que si existe una reclamación de herederos, como *ad ex* los hijos del difunto, se califica como una cuestión sucesoria, pero si no existe tal reclamación, entonces se califica como un contrato mixto (72). En este sentido, la calificación contractual es por defecto, y no el resultado de adaptar la institución y el supuesto de hecho de la norma de conflicto española (73). Incluso aunque

(69) BOE núm. 171 de 19 de julio de 1993; corrección de errores en BOE núm. 189 de 9 de agosto de 1993.

(70) Vid. M. S. ASÍN CABRERA, *La Ley aplicable al trust...*, cit., pág. 2101.

(71) Vid. D. A. DREYER, *Le Trust en droit suisse. Études suisses de Droit international*, vol. 21, Genève, 1980, pág. 118.

(72) Vid. los comentarios de P. M. GUTZWILLER, «Der Trust in der Schweizerischen Rechtspraxis», en *Annuaire Suisse de Droit International*, 1985, págs. 53-56; P. LALIVE, «Note», en *JDI*, vol. 103, 1976, págs. 695-700; C. REYMOND, «Le Trust et l'ordre juridique suisse», en *Journal des Tribunaux*, 1971, I, pág. 329; F. VISCHER en *Annuaire Suisse de Droit International*, 1971, págs. 223-246.

(73) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 125.

se parte de la calificación «contractual» del *trust*, no se hace porque se piense que es un verdadero contrato sino porque las normas de conflicto más adecuadas para determinar la Ley aplicable al *trust* son las relativas a las obligaciones contractuales (74). Desde este punto de vista habría que distinguir la Ley aplicable a los aspectos obligacionales y la Ley aplicable a los aspectos reales del *trust*.

Partiendo de esta calificación contractual, las relaciones entre el constituyente del *trust* y el *trustee* se regularían por la Ley a la que remite el artículo 10.5 del Código Civil, esto es, la Ley elegida por las partes siempre que tenga alguna conexión con el contrato. En su defecto, por la Ley nacional común de las partes; y a falta de ella la de la residencia habitual común, y en último término, la Ley del lugar de celebración del contrato. Los efectos reales del contrato, según esta calificación contractual, se regirían por la Ley de situación de los bienes, *ex* artículo 10.1 del Código Civil. Las relaciones entre el *trustee* y el beneficiario se regularían por las mismas Leyes. Y, por último, las relaciones entre el constituyente y los beneficiarios, aún calificándose de naturaleza contractual, se regirían por la Ley aplicable a la donación: artículo 10.7 del Código Civil (75).

23. Descartada la calificación contractual es necesario preguntarse si este tipo de *trust* puede calificarse como una donación o se asemeja más a una cuestión sucesoria. A mi entender, dado que se trata de disposiciones que sólo tienen efecto después de la muerte del fundador del *trust*, hay que considerar dichas disposiciones como sucesorias, desde el momento en que organizan la sucesión del *setlor*. De este modo, aunque desde el punto de vista del *trust* éste implique una donación, entendida como un «acto de liberalidad» por el cual una persona (*setlor*) dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta (los beneficiarios del *trust*) (art. 618 del Código Civil), no hay que olvidar que en el ordenamiento jurídico español las donaciones que producen efectos sólo tras la muerte del donante se les da naturaleza jurídica sucesoria y, por tanto, deben regirse por las normas relativas a la sucesión testamentaria (art. 620 del Código Civil) (76). Ahora bien, para que haya donación *mortis causa* es imprescindible que se haga la donación sin intención de perder, en este caso el donante-constituyente del *trust*, la libre disposición de la cosa o derecho que se dona mientras viva [STS de 29 de junio de 1956 (77), STS de 29 de octubre de 1956 (78), STS de 27

(74) *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., pág. 102.

(75) Sobre la naturaleza contractual del *trust* y la Ley aplicable a las relaciones entre las partes intervinientes en el mismo, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., págs. 100-114.

(76) *Vid.* M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 129-130.

(77) *RJ* 1956/2712.

(78) *RJ* 1956/3421.

de marzo de 1957, STS de 13 de junio de 1994 (79), SAP de La Rioja de 7 de febrero de 2006 (80)].

En consecuencia, si volvemos a la *calificación por la función* para determinar la norma de conflicto aplicable al *trust inter vivos* con disposiciones que sólo tienen efectos *mortis causa* hay que buscar la función que cumple dicha institución en el Derecho anglosajón. Parece claro que si no se le puede dar naturaleza sucesoria sí al menos naturaleza de donación *mortis causa*. Como resulta que en el ordenamiento español la institución que cumple una función parecida o similar es la donación con efectos *mortis causa*, habría que aplicar la norma de conflicto aplicable a la donación internacional, *ex* artículo 10.7. Ahora bien, como en España este tipo de donación se asimila a la sucesión testamentaria, habría que aplicar la norma de conflicto reguladora de la sucesión, *ex* artículo 9.8 del Código Civil. De forma que la norma de conflicto en materia sucesoria prima sobre la norma de conflicto en materia de donaciones, cuando es *mortis causa* (81).

24. En definitiva, la norma de conflicto contemplada en el artículo 9.8 del Código Civil, reguladora de la «sucesión por causa de muerte», es la que determinará la ley aplicable al *trust* testamentario, al *trust inter vivos* con disposiciones testamentarias y al *trust* sucesorio o *trust for sale* en los casos en lo que el causante muere sin testamento.

b) *Cuestiones reguladas por la lex successionis*

25. Dentro de las cuestiones reguladas por la *lex successionis* se encuentran todos los aspectos relacionados con la apertura, aceptación, administración y partición de la herencia, que son los aspectos a los que se refiere el *probate* angloamericano. Dentro de las cuestiones que quedan reguladas por la *lex successionis*, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, pueden citarse las siguientes: la apertura de la sucesión, la delación hereditaria, las presunciones de premoriencia o conmoriencia, la aceptación de la herencia, la administración de la herencia, la partición de la herencia y la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios. Entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de la ley reguladora de la sucesión internacional, conforme al artículo 9.8 del Código Civil, hay que mencionar los problemas de capacidad activa —para testar— o pasiva —para heredar—, efectos registrales de los derechos hereditarios, las ventajas parasucesorias y los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

(79) *RJ* 1994/6507.

(80) *JUR* 2006/89385.

(81) En este sentido, *vid.*, M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, *cit.*, págs. 120-121.

26. *Apertura de la sucesión.* La apertura de la sucesión se rige, en principio, por la *lex successionis*. Ahora bien, aunque sobre las causas por las que se abre la sucesión no suele haber muchas discrepancias entre los distintos ordenamientos jurídicos, la *muerte* o *declaración de fallecimiento* son los únicos hechos que, en España, pueden provocar la apertura de la sucesión de un causante extranjero, al considerarse que la aplicación de los artículos 9.8 y 657 del Código Civil —en relación con la *muerte*— y el artículo 196 —donde se equipara la *declaración de fallecimiento* con la muerte, a efectos sucesorios— es de orden público internacional. Por tanto, en España no se admitirá ninguna otra causa por la que se pueda abrir la sucesión de un extranjero (82).

27. *Delación hereditaria.* La *delación* de la herencia se rige por la ley sucesoria, que deberá determinar la cuantía de los derechos hereditarios —legítimas, reservas—, las personas llamadas a suceder, el orden de la sucesión, la extensión del llamamiento, la validez intrínseca de las disposiciones, etc...

No se puede oponer la excepción del orden público internacional español ni a los llamamientos a suceder de los hijos ilegítimos ni al exceso del número de llamamientos permitidos por el Derecho del foro, como ocurrió en el pasado. Por tanto, el *trust* testamentario no se ve limitado por las normas imperativas sobre legítimas y reservas contempladas en el Código Civil español salvo que la *lex successionis* sea la Ley española.

28. *Conmoriencia y premoriencia.* En Derecho Internacional Privado, en relación con la delación hereditaria, la muerte plantea fundamentalmente los problemas de *premoriencia* o *conmoriencia*, que se producen cuando varias personas llamadas a suceder entre sí mueren en una misma circunstancia o situación sin que pueda determinarse quién ha muerto antes o si han muerto simultáneamente (83). Esta situación se regula de diferente manera en los distintos ordenamientos, pero siempre a nivel interno. Desde un punto de vista de Derecho Internacional Privado, con relación a la ley aplicable a los problemas de *premoriencia* o *conmoriencia*, aunque se trata de cuestiones muy relacionadas con la apertura de la sucesión, no existe en el ordenamiento jurídico español ninguna norma de Derecho Internacional Privado ni decisión jurisprudencial que hayan resuelto este problema, pues el artículo 33 del Código Civil —que parte de la pura presunción de *conmoriencia*— es una

(82) Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal...*, cit., pág. 145.

(83) Vid. J. L. IRIARTE ÁNGEL, «La persona física», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2.^a ed., págs. 28-30; R. DE NOVA, «La *conmoriencia* in diritto internazionale privato», en *Festschrift H. Lewald*, Basilea, 1953, págs. 339-347. Sobre el problema de la *premoriencia* o *conmoriencia*, vid. el caso *In re Cohn*, resuelto por la *High Court, Chancery División*, de Inglaterra en 1945, cuyo texto puede verse en J. H. C. MORRIS/P. M. NORTH, *Cases and Materials on Private International Law*, London, 1984, págs. 668-669.

norma de tráfico interno que no puede considerarse de orden público (84). Por ello, son tres las posibilidades que se barajan, como posibles leyes aplicables, para solucionar estos problemas: la ley sucesoria, la ley personal de los causantes o la *lex fori*. La mejor solución es aplicar la *lex successionis* a este problema sobre la base de que las presunciones de premoriencia o conmoriencia son auténticas reglas de delación sucesoria a las que debe aplicárseles la ley rectora de la sucesión.

Hay que tener en cuenta que este tipo de problemas sólo se va a producir en el *trust* sucesorio o en el testamentario cuando los beneficiarios no estén determinados.

29. *Aceptación de la herencia.* La ley sucesoria también determina si la adquisición de los derechos sucesorios se produce automáticamente por la apertura de la sucesión y la delación hereditaria, o si es preciso un acto especial de *aceptación*, así como la posibilidad de que la aceptación se produzca a beneficio de inventario.

Ahora bien, la aceptación o la repudiación son negocios jurídicos unilaterales por los que se manifiesta la libre voluntad de ser o no heredero (art. 988 del Código Civil). Por consiguiente, junto a la ley sucesoria podrán aplicarse otras leyes, que serán, en su caso, la ley personal del heredero o legatario, para los requisitos de capacidad o las formas habilitantes necesarias para la aceptación de la herencia, la ley del lugar de aceptación, para las formalidades de la aceptación, con carácter alternativo a la ley personal del aceptante o a la ley sucesoria, y la ley del lugar de situación de los bienes, que podrá influir en los plazos y en las cuestiones sucesorias que se susciten hasta que la herencia sea adquirida (85).

30. *Administración de la herencia.* En relación con la *administración* de la herencia, en el sistema de Derecho Internacional Privado español y, en general, en los países latinos, una vez aceptada la herencia se produce una transmisión directa del patrimonio del causante a los herederos, quienes de pleno derecho pueden proceder a la administración de los bienes hereditarios, salvo que el causante haya nombrado *ex professo* un albacea o contador-partidor o el juez, a petición de un interesado, nombre a un administrador. En estos países el control judicial de la administración de la herencia o no existe o es mínimo. Por ello, todos los problemas relativos a la administración de la herencia se regulan, en nuestro ordenamiento jurídico, por la *lex successionis*, ex artículo 9.8 del Código Civil (86). En los países anglosajones existe, sin embargo,

(84) Vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La conmoriencia en Derecho Internacional Privado», en *BIMJ*, núm. 1713, 1994, págs. 3935-3956.

(85) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado español», en *RDG*, núms. 502-503, 1986, pág. 3124.

(86) Vid. M. FERID, «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», en *RCADI*, vol. 142, 1974, págs. 159-163.

un administrador o ejecutor judicial que se interpone entre el causante y los herederos, con amplias atribuciones, sometidas a un riguroso control judicial para conservar y liquidar el patrimonio del causante a fin de proceder a la ejecución hereditaria y a la atribución definitiva de los bienes hereditarios. En este sentido, los países anglosajones separan y distinguen los problemas estrictamente sucesorios de los de la administración de la herencia, sometiendo esta última a la *lex fori* —la ley del país donde tiene lugar la administración y que es la ley del Estado de donde deriva la «autoridad» del administrador— o a la ley del lugar de situación de los bienes, que si son inmuebles coincidirá con la *lex successionis*. Así como los países poco organizados acogen, sin dificultad, los sistemas organizados de la administración de la herencia, lo contrario es más complicado de admitir —*ad ex*, un juez inglés no comprenderá la pretensión de un heredero español desprovisto de autorización judicial de que se le entreguen los bienes situados en Inglaterra—.

En nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, la administración de la herencia, aunque sea a través de un *trust*, debe encuadrarse dentro del ámbito de aplicación de la *lex successionis*, ex artículo 9.8 del Código Civil.

Sin embargo, junto a la ley sucesoria no pueden pasarse por alto la aplicación de otras leyes como, *ad ex*, la ley del lugar de situación de los bienes —para adoptar medidas provisionales de administración del patrimonio hereditario, tanto si se trata de sucesiones de extranjeros en España, como de españoles en el extranjero—, o la ley del Estado receptor del cónsul, en relación a la administración interina de la herencia de los españoles fallecidos en el extranjero por nuestros cónsules, con el fin de asegurar que el patrimonio hereditario pase a sus herederos.

31. *Partición de la herencia.* Es la ley sucesoria la que, en principio, rige la *partición* de la herencia por la que, normalmente, se extingue la comunidad hereditaria, otorgando a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1.068 del Código Civil). Las personas legitimadas a pedir la partición de la herencia también están sujetas a la *lex successionis* (87). De este modo, la ley sucesoria va a regular cuantos problemas se susciten en esta fase —*ad ex*, la formación de la masa hereditaria, la colación, la reducción de donaciones inoficiosas, las clases de partición, el orden de los legados, la atribución definitiva de los bienes, la acción personal en garantía de evicción o las acciones de rescisión por lesión o invalidez (88)—, incluso las tareas particionales, pues así se ha dejado claro por nuestra jurisprudencia (89). La cuestión de la prohibición de la indivisión

(87) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, *La sucesión hereditaria...*, pág. 3126.

(88) Vid. V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho Sucesorio Comparado. Conflicto de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 1968, pág. 241.

(89) Vid., sobre la aplicación de la ley sucesoria a las tareas particionales, la STS, Sala 1.ª, de 10 de febrero de 1926; STS, Sala 1.ª, de 11 de febrero de 1952, RJ 1952/284;

de la herencia regulada en el artículo 1.051 del Código Civil no puede ser considerada como una cuestión de orden público, puesto que en el mismo Código Civil se prevé, como excepción, que la partición no pueda ser pedida en el caso de que el testador la haya prohibido o de que la indivisión haya sido acordada unánimemente por los coherederos, siempre que no exceda de diez años (prorrogables por nuevo acuerdo) dicha situación (arts. 1.051 y 400) (90).

De este modo, la ley sucesoria va a regular cuantos problemas se susciten en esta fase como la formación de la masa hereditaria, la colación, la reducción de donaciones inoficiosas, las clases de partición, el orden de los legados, la atribución definitiva de bienes, la acción personal en garantía de evicción, así como las acciones de rescisión por lesión e invalidez y, en general, cuantos problemas se susciten en esta fase, incluyendo las tareas particionales, punto este que, si bien fue polémico en el pasado, ha sido resuelto en sentido favorable a la ley sucesoria [así, para la sucesión testamentaria, por la RDGRN de 30 de junio de 1956 (91) y la STS de 27 de abril de 1978 (92) y, en contra, la STS de 11 de febrero de 1952 (93) —*Poch Segnier vs. Poch Casola y otros*— y, para la sucesión legítima, por la STS de 10 de febrero de 1926 —*Schott y Larios y otros vs. Larios Sánchez de Piña*—] (94).

32. *Transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios.* El problema de la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios no ha sido abordado por nuestra jurisprudencia reciente, por lo que en principio son dos las posibles leyes aplicables a este tema: la *ley personal* rectora de la sucesión, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, o la *ley real* vigente en el lugar donde se encuentren los bienes integrantes de la masa hereditaria, *ex* artículo 10.1 del Código Civil. Desde la perspectiva de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, la ley sucesoria excluye cualquier posibilidad de aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, puesto que nuestro ordenamiento jurídico parte de la aplicación de una ley única a la sucesión internacional, considerando la sucesión *mortis causa* como una transmisión a título *universal* de un patrimonio sometido a reglas propias y únicas (95).

Resolución de la DGRN, de 30 de junio de 1956, Anuario de la DGRN, 1956, págs. 40-48; STS, Sala 1.ª, de 27 de abril de 1978, RJ 1978/1458.

(90) *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, *La sucesión hereditaria...*, pág. 3126.

(91) *RJ* 1956/2582.

(92) *RJ* 1978/1458.

(93) *RJ* 1952/284.

(94) RGLJ/JC, tomo 169, Madrid, págs. 466-509.

(95) *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., pág. 146. *Vid.*, a favor de la aplicación de la ley sucesoria a la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios, A. L. CALVO CARAVACA, *La sucesión hereditaria...*, págs. 3127-3128; A. EGGER, *Le transfert de la propriété dans les successions internationales. Étude comparative de droit interne et de droit*

B) APLICACIÓN DE LA LEY MATERIAL: LEY NACIONAL DEL CAUSANTE

33. Una vez que se soluciona la determinación de la norma de conflicto aplicable a un *trust* testamentario o *inter vivos* que contienen disposiciones *mortis causa*, o al *trust for sale* cuando el causante muere sin testamento pueden producirse dos situaciones distintas en lo que a la validez de estos *trusts* se refieren: a) que la norma de conflicto española remita a un ordenamiento jurídico extranjero que admita el *trust*; b) que la norma de conflicto española remita a un ordenamiento jurídico extranjero que no admita la validez del *trust* o, lo que es lo mismo en la práctica, que la norma de conflicto española remita al ordenamiento jurídico español, bien mecánicamente por el punto de conexión, bien por el reenvío de primer grado o bien porque la aplicación del Derecho extranjero va en contra del orden público internacional español.

a) *Ley material que sí regula el trust*

34. Si la norma de conflicto española remite a un ordenamiento jurídico extranjero que contempla y regula la figura del *trust* derivado de una sucesión internacional, normalmente el Derecho inglés o el Derecho norteamericano, aunque se trate de una figura desconocida en el ordenamiento español (*lex fori*) no existe ningún problema para otorgarle validez a dicho *trust*. La *lex successionis*, la Ley nacional del causante al tiempo de fallecimiento, conforme a la cual se ha constituido el *trust*, no puede verse limitada por las disposiciones imperativas establecidas en el del Código Civil español en cuanto a la regulación material del Derecho de Sucesiones se refiere. No son normas que deban aplicarse con independencia de la Ley aplicable a la sucesión internacional, pues no pueden considerarse como normas que formen parte del orden público internacional español.

35. En este sentido, no puede imponerse nunca como límite al *trust* las legítimas previstas por la *lex fori*, pues las legítimas no son consideradas como de orden público internacional español como ha dejado claro el TS en

international, Génova, 1982. En contra de esta opinión y a favor de la aplicación de la *lex rei sitae* a los aspectos reales de la transmisión sucesoria, *vid.* M. FERID, «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit internationale privé», en *RCADI*, vol. 142, 1974-II, págs. 85-202. *Vid.*, sin embargo, a favor de la aplicación de la *lex rei sitae*, ex artículo 10.1 del Código Civil, a los problemas relativos a la transmisión de la propiedad, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Artículo 9.8 del Código Civil», en M. PASQUAU LIAÑO, *Jurisprudencia comentada. Código Civil*, Granada, Comares, 2000, pág. 201, en consonancia con dos sentencias del TS: *STS de 6 de julio de 1873* y *STS de 14 de diciembre de 1901* que, aunque antiguas, confirman la aplicación de la ley del país de situación de los bienes.

la STS de 15 de noviembre de 1996 (96): «*La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno*» (donde el TS dice «orden público interno» hay que entender «orden público internacional»). Se trata de ordenamientos jurídicos, los angloamericanos, cuyo Derecho sucesorio se basa en el principio de libertad de testar, con lo cual la figura del *trust* no encuentra limitados sus efectos en unas legítimas inexistentes en esos ordenamientos jurídicos.

Si un nacional inglés otorga un *trust mortis causa* conforme al Derecho anglosajón dicho *trust* es perfectamente válido conforme a la *lex successionis* (art. 9.8 del Código Civil): ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento. Es indiferente para otorgarle validez al *trust testamentario* que respete o no las legítimas del Código Civil español o que distribuya su herencia a través de una figura que no tiene parangón alguno en nuestro ordenamiento. Por tanto, si este señor tuviera dos hijos con mujer española y los dejara desheredados a través del *trust* testamentario, seguiría siendo igual de válido.

36. Una previsión sucesoria que podría considerarse como parte del orden público internacional español es la del artículo 781 del Código Civil donde se admiten las sustituciones fideicomisarias pero sólo hasta segundo grado (97). Sin embargo, esta afirmación es bastante discutible si se tiene en cuenta que la Ley de la Compilación Navarra admite hasta cuatro llamamientos fideicomisarios y, sin embargo, no se considera que vaya en contra del orden público internacional español (98). Las sustituciones fideicomisarias se regulan en el artículo 781 del Código Civil y permite ejercer cierto control sobre la conservación de un patrimonio a través del correcto nombramiento del sustituto o heredero fiduciario, también llamado «fideicomiso testamentario» porque el heredero tiene la carga de transferir el patrimonio recibido a un tercero en un momento ulterior. Sólo son admitidas las sustituciones fideicomisarias hasta el segundo grado o si se hacen a favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador. Las legítimas (arts. 806 a 822 del Código Civil) nunca pueden verse afectadas por las sustituciones fideicomisarias (art. 782 del Código Civil). La pregunta es si la prohibición de sustituciones fideicomisarias, tal y como se regula en nuestro Código Civil, puede considerarse como una cuestión de orden público internacional español, y por tanto, aplicables aunque sea una Ley extranjera la reguladora del *trust*. A mi entender, la regulación de las sustituciones fideicomisarias, ex artículo 781 del Código Civil, no puede considerarse como parte del orden público internacional español si se tiene en cuenta que en algunos Derechos forales, como la Ley 224 de la Compilación Navarra, admite hasta cuatro

(96) *RJ* 1996/8212.

(97) M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 135.

(98) A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, pág. 376.

llamamientos fideicomisarios y las legítimas son casi inexistentes. Cuando la regulación material es tan distinta en los distintos Derechos Civiles que coexisten en España —en el del Código Civil y en los distintos Derechos Forales—, como ocurre en el ámbito del Derecho Sucesorio, es muy difícil considerar una disposición sucesoria de un ordenamiento jurídico extranjero como contraria al orden público internacional español, dada la escasa uniformidad dentro del propio ordenamiento jurídico español.

37. Igualmente habría que preguntarse si las incapacidades absolutas (arts. 744 y 745), las causas de desheredación (arts. 852 a 855) y las causas de indignidad (arts. 756 y 757) por las que no se puede heredar por testamento son de orden público internacional y, por tanto, aplicables para determinar la validez del *trust*, aunque se trate de causas desconocidas por la Ley aplicable al *trust*.

Las *incapacidades absolutas* regulan supuestos en los que, conforme al ordenamiento jurídico, no resulta posible heredar por testamento ni abintestato de persona alguna. Según el artículo 745 del Código Civil son incapaces para suceder las criaturas abortivas (art. 30 del Código Civil) y las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.

Las *causas de desheredación* son los motivos legalmente previstos por el ordenamiento jurídico para permitirle al causante privar, a través de una disposición testamentaria, a un heredero forzoso o legitimario de su derecho de legítima. Son causas de desheredación además de las causas de incapacidad para suceder por indignidad (art. 756.1, 2, 3, 5 y 6 en relación con los arts. 852 a 855 del Código Civil): *a*) respecto del hijo: haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre que le deshereda o haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra; *b*) respecto de los ascendientes: haber perdido la patria potestad o haber negado los alimentos a sus hijos; *c*) respecto al cónyuge: haber incumplido gravemente los deberes conyugales o haber atentado contra la vida del cónyuge testador.

Las *causas de indignidad* se pueden definir como sanciones legales por la realización de conductas reprobables tipificadas por la Ley, cuya eficacia se deja a la voluntad del testador, puesto que puede remitir la indignidad (art. 757 del Código Civil) o de los interesados en la herencia, que tienen acción para excluir de ella al indigno, durante un plazo fijado legalmente. Así, *ad ex*, son causas de indignidad (arts. 756 y 757 del Código Civil): el que los padres abandonen, prostituyan o corrompan a sus hijos; el que el heredero fuera condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador; o el que una persona con amenaza, fraude o violencia obligue al testador a hacer testamento o a cambiarlo. A diferencia de las incapacidades absolutas las causas de indignidad pueden ser remitidas por el causante y, a diferencia de las causas de desheredación, operan «automáticamente por el hecho de que la persona se encuentre en alguna de las situaciones fijadas por la ley».

Tanto las incapacidades absolutas, como las causas de desheredación o las de indignidad, al estar muy conectadas con la sucesión, deben quedar reguladas por la ley sucesoria *ex* artículo 9.8 del Código Civil (99); pero, sólo las *incapacidades absolutas* recogidas en los artículos 744 y 745 del Código Civil pueden considerarse como de orden público, pues no dependen de la voluntad del causante, a diferencia de las *causas de desheredación* —arts. 848 a 857 del Código Civil— y *de indignidad* —arts. 756 y 757 del Código Civil— que pueden dejar de surtir efecto por voluntad del *de cuius* (100). En este sentido, la AP de Alicante, en una sentencia dictada el 13 de marzo de 2002, ha dejado muy claro que las «causas de desheredación» deben regirse por la Ley sucesoria, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, sin que quepa el «*injusto sometimiento de nacionales extranjeros a causas de desheredación previstas en el Derecho español*». Según la AP de Alicante, ello iría en contra de la voluntad del causante y, consecuentemente, generaría «*situaciones no procuradas por el causante o directamente decididas evitar*».

b) *Ley material que no regula el trust*

38. Si la norma de conflicto española remite a un ordenamiento jurídico que no admita el *trust*, como el ordenamiento jurídico español, hay que buscar en el marco del Derecho que resulte aplicable, una institución que desarrolle una «función equivalente» a la desplegada por el *trust* sucesorio.

39. Dado que se ha partido de que la institución equivalente es la sucesión testada o intestada, habrá que aplicar el régimen jurídico regulador de la sucesión al *trust sucesorio*. Es lo que se denomina como la *tesis de la «transposición»*. Normalmente los ordenamientos que no contemplan la figura del *trust* en el Derecho Sucesorio son ordenamientos jurídicos en los que no existen unos herederos forzosos, sino que, por el contrario, se basan en el principio de libertad de testar. El *trust*, sin embargo, no debe considerarse nulo, sino que debe limitarse a la cuota disponible por el causante, pero no puede afectar a las legítimas impuestas por la *lex causae*.

La validez del *trust*, sin embargo, se ve muy limitada si, aplicando el artículo 9.8 del Código Civil, la *lex successionis* es la Ley española.

Si la *lex successionis* es la Ley española, hay que aplicar las normas imperativas en materia de sucesiones que imponen limitaciones a las donaciones. De esta forma, el artículo 636 del Código Civil establece que la donación será «inoficiosa» si por donación se da más a los beneficiarios de

(99) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, *La sucesión hereditaria...*, pág. 3123.

(100) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil...», pág. 377; A. FONT SEGURA, «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», en *ADC*, enero-marzo de 2000, págs. 75-76.

lo que se puede recibir por testamento. Por tanto, si la donación es inoficiosa, según establece el artículo 819 del Código Civil, se debe reducir según las reglas establecidas en los artículos 820 a 822 del Código Civil (101). De este modo se aplican a las donaciones las limitaciones derivadas de Ley sucesoria española (102). Así, lo había ya dejado claro el TS en una *STS de 4 de octubre de 1982* (103), en relación a una sucesión contractual y a una donación *mortis causa*, donde se proclamó que ambos supuestos de hecho quedaban comprendidos en el ámbito de la *lex successionis*; o la *Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 1997* (104), donde se dejó muy claro que a las donaciones *mortis causa*, como «exteriorización jurídica» de las determinaciones patrimoniales *mortis causa* del donante, debe aplicárseles íntegramente el régimen de la sucesión testamentaria.

Igualmente los derechos del cónyuge superviviente actuarán como límite al *trust* testamentario o *inter vivos* con disposiciones *mortis causa* en aquellos casos en los que el cónyuge tenga derechos sucesorios forzosos. Esto ocurre en los sistemas en los que el principio general en el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, como sucede en el Derecho anglosajón. Ahora bien, en los sistemas como el ordenamiento español donde el principio general es el sistema de gananciales, la liquidación de este régimen también actuará como límite a la validez del *trust* testamentario o *inter vivos* con disposiciones *mortis causa* (105).

En este sentido, el artículo 9.8 del Código Civil *in fine* señala que «*los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente, se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*». De este modo se soluciona el problema de la adaptación o ajuste entre la disolución del régimen económico-matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge viudo cuando estas dos situaciones jurídicas, directamente relacionadas, quedan sometidas a ordenamientos jurídicos distintos e inspirados en principios contrapuestos. La ley reguladora de los efectos del matrimonio designada por la norma de conflicto recogida en el artículo 9 apartado 2 —aplicable a las *relaciones* personales entre los cónyuges y al *régimen económico-matrimonial*, siempre que no existan «pactos o capitulaciones»— y apartado 3 —aplicable a los «pactos o capitulaciones matrimoniales»—, también reformada por la Ley 11/1990, de 5 de octubre, regulará la sucesión *abintestato* del cónyuge viudo, desapareciendo, por tanto, el posible desajuste entre la ley aplicable a la disolución

(101) Vid. SAP de Alicante, de 13 de marzo de 2002, AC 2002/1021.

(102) Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil...», pág. 376.

(103) Vid. *STS de 4 de octubre de 1982*, RJ 1982/5537; *REDI*, vol. XXXV, 1983, págs. 529-535 con nota de A. L. CALVO CARAVACA.

(104) RJ 1997/2033.

(105) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., pág. 34.

del régimen económico-matrimonial y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Ahora bien, la aplicación de la ley sucesoria, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, subsiste para regular, por un lado, las legítimas de los descendientes que quedarán reguladas por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento —lo que constituye un límite para los derechos sucesorios del cónyuge superviviente— y, por otro lado, la sucesión testamentaria o contractual del cónyuge viudo, que quedarán reguladas por la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento (106). Esta solución aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad recogidos en el artículo 9.8 del Código Civil al regular la ley aplicable al fondo de la sucesión internacional. Se trata, una vez más —junto con las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios— de una simple excepción a la regla general de la *lex successionis*, con la única intención de evitar los problemas de adaptación o ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge viudo y la ley aplicable a la disolución del régimen económico matrimonial. En definitiva, los derechos del cónyuge superviviente van a limitar la validez del *trust* si esta Ley es la española.

La validez del *trust* también debe apreciarse teniendo en cuenta las normas imperativas en materia sucesoria española relativas a la determinación de las legítimas (arts. 806 y sigs. del Código Civil). Legítimas que son inexistentes en el Derecho anglosajón, por lo que puede ocurrir que el *trust* testamentario sea perfectamente válido en el país donde se ha instituido y, sin embargo, por la aplicación de la Ley española, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, el *trust* sea nulo o parcialmente nulo por no respetar las cuotas de las legítimas españolas (107). Si esto ocurre, los herederos forzosos podrán accionar en contra de la validez del *trust* en su totalidad o parcialmente para que el *trust* se limite a la cuota disponible por el causante.

40. Se pueden dar tres situaciones distintas si la *lex successionis* aplicable al *trust* es la Ley española:

- a) Si el *trust* sólo afecta a la parte disponible por el causante y la disposición de los bienes en el *trust* no afecta a la parte de legítima de los herederos forzosos, el *trust* es perfectamente válido, aunque como tal la institución no se contemple por el Derecho español (*lex causae*), pues la existencia del *trust* no perjudica a los legitimarios.

(106) Vid. E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pág. 133. Antes de que nuestro legislador solucionara este problema de adaptación entre la ley aplicable a los efectos del matrimonio y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, *vid.*, N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en el Derecho Internacional Privado e Interregional*, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 19-35.

(107) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, *cit.*, págs. 32 y 136-139.

- b) Si el *trust* afecta a la parte de la legítima de los herederos forzosos contemplados por la *lex causae*, el *trust* tampoco pierde su validez, sino que habrá que reducir el patrimonio del *trust* en lo referente a la parte de los herederos forzosos.
- c) Si el *trust* contempla como beneficiarios a los herederos forzosos y la disposición de los bienes en el *trust* no afectan a su parte de legítima, también habrá que reducir el patrimonio del *trust* en lo referente a la parte de los herederos forzosos, pues en el ordenamiento jurídico español el artículo 813 del Código Civil establece que el testador no podrá imponer sobre la legítima «gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie», y las limitaciones temporales que suele comportar el *trust* sobre la inmediata disponibilidad de los bienes constituiría un gravamen incompatible con el ordenamiento jurídico español (108). Si el *trust* testamentario no impone ningún gravamen en la parte correspondiente a las legítimas es perfectamente válido que contemple a los legitimarios como beneficiarios, siempre que su legítima no se vea reducida en el *trust* a favor de otros herederos no forzosos (109).

En cualquier caso, si el *trust* afecta a las legítimas será válido pero se limitan sus efectos: se reduciría el patrimonio objeto de *trust* que mengüe la legítima de los herederos forzosos, para pasar a ser integrados en la masa hereditaria y repartidos entre los legitimarios. De esta forma, adaptando el patrimonio del *trust* al patrimonio hereditario de los legitimarios se salva la validez de la figura del *trust* cuando la norma de conflicto remite a una *lex causae* que no contempla la figura del *trust*.

Un nacional español casado con mujer inglesa y con dos hijos en común constituye un *trust* testamentario conforme al Derecho angloamericano, en virtud del cual deja a un íntimo amigo suyo todos los bienes situados en España y en Inglaterra, donde residía. Muerto el nacional español, los hijos del causante presentan demanda ante los jueces españoles para impugnar la validez del *trust*, puesto que según el artículo 9.8 del Código Civil, que regula la Ley aplicable a las sucesiones internacionales en España, la sucesión del nacional español se rige por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Dado que el causante es español, es el Derecho sucesorio del Código Civil español el aplicable a la repartición de la herencia. Y, en concreto, nuestro Código Civil señala unas disposiciones imperativas muy claras en lo que a los herederos legitimarios se refiere (arts. 806 a 822 del Código Civil) y en lo que a la imposibilidad del testador se refiere

(108) Vid. M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust...*, cit., págs. 134 y 138.

(109) Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust...*, cit., pág. 151.

de privar a los herederos de su legítima, salvo en los casos expresamente determinados por la ley (art. 813 del Código Civil en relación a los arts. 848 a 857 del Código Civil en lo que a las causas de desheredación). Por tanto, el *trust* sería nulo en relación a la parte correspondiente a las legítimas de los hijos (arts. 808, párrafos primero y segundo del Código Civil en relación al art. 817 del Código Civil, donde se establece la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos), aunque válido en relación a la parte de libre disposición del causante (en concreto, la tercera parte del haber hereditario del causante: art. 808, párrafo tercero del Código Civil).

41. Igualmente si la *Lex successionis* es la Ley española son aplicables al *trust* todas las limitaciones ya estudiadas en lo que se refiere a las incapacidades absolutas (arts. 744 y 145 del Código Civil), las causas de desheredación (arts. 852 a 855 del Código Civil) y las causas de indignidad (arts. 756 y 757).

C) TRUST EN DERECHO SUCESORIO Y REENVÍO

42. Podría existir la posibilidad de que un juez o tribunal español conozca de la validez de un *trust* testamentario constituido por un nacional de un país angloamericano sobre bienes inmuebles, bien todos ellos situados en España o, bien situados una parte en España y otros en cualquier país angloamericano, que admita la validez del *trust*, como *ad ex*, Inglaterra. O incluso, la validez de un *trust* de un nacional inglés con domicilio en España y con bienes objeto del *trust* testamentario situados en varios países: *ad ex* en España y en Inglaterra.

En estos casos, con la aplicación del artículo 9.8 del Código Civil, habría que preguntarse por la posibilidad del reenvío de primer grado a favor del Derecho español, *ex* artículo 12.2 del Código Civil, teniendo en cuenta que el ordenamiento español no regula el *trust* como tal institución (110).

(110) *Vid.* sobre el reenvío en materia sucesoria en Derecho español, entre otros, P. BLANCO-MORALES LIMONES, «¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 de julio, de la AP de Badajoz (S. 1.ª)», en *RGD*, 1995, págs. 11341-11347; A. BORRÁS RODRÍGUEZ/J. GONZÁLEZ CAMPOS, «Sucesión hereditaria (DIPrivado)», en *EJB*, IV, 1995, págs. 6405-6409; A.-L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 350-391; ÍD., «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *DIPr. parte especial*, 1995, págs. 393-422; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Nota a SAP de Badajoz de 11 de julio de 1995», en *REDI*, 1996, págs. 316-321; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; ÍD., «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Legislación de Derecho Internacional Privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, págs. 57-69; ÍD., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía

43. La admisión del reenvío de primer grado admitido por el artículo 12.2 del Código Civil en materia de sucesión por causa de muerte, no debe aceptarse sin más en todos los casos posibles. Dicho de otro modo, el reenvío de primer grado en general y, en concreto, en materia sucesoria, no es obligatorio sino que para aceptar o negar el reenvío, los tribunales españoles deben tener en cuenta dos variables (111):

- a) De un lado, el reenvío encuentra sus límites en los *principios de unidad y universalidad* de la sucesión del Derecho Internacional Privado español; es decir, el reenvío no debe aceptarse si con ello se vulneran los *principios inspiradores* —la *ratio*— de la norma de conflicto contenida en el artículo 9.8 del Código Civil. Fruto de la concepción *personalista y familiar* de la sucesión son los principios de *unidad y universalidad* que constituyen el eje alrededor del cual gira nuestro sistema de Derecho Internacional Privado en materia sucesoria. Si la admisión del reenvío lleva a un *fraccionamiento de la sucesión*, el reenvío debe rechazarse. De este modo se acaba con una ardua discusión sobre si el reenvío era «facultativo» u «obligatorio» para el juez español, *ex* artículo 12.2 del Código Civil, entre otras razones porque el TS no había aplicado nunca este precepto. El TS, por fin lo ha dejado claro en tres sentencias de extraordinaria importancia: STS de 15 de noviembre de 1996 (112), que resolvió definitivamente en casación el caso *Lowenthal*; STS de 21 de mayo de 1999 (113), que resolvió el caso *Denney*, y STS de 23 de septiembre de 2002 (114), que conoció del caso *François Marie James W* (115).

internacional de soluciones en el Derecho sucesorio», en *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre de 2003, págs. 211-259; Íd., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho Sucesorio antes y después de la STS de 23 de septiembre de 2002», en A. L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 239-269; J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», en *RGD*, 1989, págs. 3561-3582.

(111) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Artículo 9.8 del Código Civil», págs. 195-296; Íd., «Artículo 12.2 del Código Civil», en *Jurisprudencia comentada. Código Civil*, Granada, Comares, págs. 348-349.

(112) *RJ* 1996/8212.

(113) *RJ* 1999/4580.

(114) *RJ* 2002/8029.

(115) Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal...*, cit., págs. 81-88; Íd., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio antes y después de la STS de 23 de septiembre de 2002», en A. L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 239-269.

- b) De otro lado, sólo puede admitirse el reenvío si con ello se produce una *armonía internacional de soluciones* (116). Hay que tener en cuenta que nuestro TS tiene una peculiar concepción de entender la *armonía internacional de soluciones*, de tal modo que el reenvío sólo es admisible si, aplicando la Ley española, se alcanza un resultado similar al que se hubiera alcanzado si se hubiera aplicado la Ley extranjera; es decir, si la Ley española se basa en los mismos «principios materiales» que los que inspiran la Ley extranjera designada por la norma de conflicto española *ex* artículo 9.8 del Código Civil, siempre que la sucesión internacional presente un «contacto suficiente» con nuestro país. Lo contrario sería una excusa para ignorar el mandato de aplicación de la ley extranjera que lleva a cabo la norma de conflicto española, así como un menosprecio o «falta de respeto» al Derecho extranjero. Dicho de otro modo, el TS plantea la posibilidad del reenvío en el marco de la «armonía internacional de soluciones» como si se produjera un «falso conflicto de leyes» («*False Conflict*»). Es decir, que para el TS el reenvío sólo es admisible si, aplicando la Ley española se alcanza un resultado similar al que se hubiera alcanzado si se hubiera aplicado la Ley extranjera. De esta forma no es admisible la aplicación del Derecho español a través del reenvío de primer grado, cuando el Derecho extranjero desconozca el sistema de legítimas español —como el Derecho inglés cuyo Derecho sucesorio se basa en el principio de «libertad de testar»— o contemple un sistema de legítimas distinto —como el Derecho francés que establece unas legítimas más pequeñas—. En definitiva, con la nueva interpretación del TS sobre la «armonía internacional de soluciones», el reenvío queda marginado en unos estrechos límites difíciles de salvar, aunque no imposibles. Así lo ha dejado claro el TS en dos sentencias: STS de 18 de noviembre de 1996 (117) y STS de 21 de mayo de 1999 (118). Paradójicamente en la última sentencia dictada por el TS, en relación con la admisión del reenvío en materia sucesoria, de 23 de septiembre de 2002 (119), éste se olvida de que el reenvío sólo puede entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados. No bastaba, por

(116) Vid. F. BOULANGER, *Les successions internationales. Problèmes contemporains*, París, Ed. Economica, 1981, págs. 81-86; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Traité de droit international*, vol. I, 8.ª ed., París, LGDJ, 1976, págs. 497-498; Y. LEQUETTE, «Renvoi», *Encyclopédie Dalloz*, Tome III, avril 1999, núm. 23; D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, París, 1987, pág. 246; Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL, *Droit international privé*, 4.ª ed., París, Dalloz, 1993, págs. 214-215.

(117) *RJ* 1996/8212.

(118) *RJ* 1999/4580.

(119) *RJ* 2002/8029.

tanto, con preguntarse si la admisión del reenvío provocaba un fraccionamiento de la sucesión, como hizo el TS, sino si además se lograba una armonización internacional de soluciones (120).

44. Hechas estas dos precisiones hay que preguntarse si cabe la admisión del reenvío de primer grado, *ex* artículo 12.2 del Código Civil, para determinar la validez de un *trust* testamentario otorgado por un inglés distinguiendo tres supuestos distintos: *a)* que todos los bienes inmuebles se encuentren en España y el último domicilio del constituyente del *trust* haya estado en Inglaterra, si el *trust* afecta tanto a la sucesión de los bienes muebles como inmuebles del fundador del *trust*; *b)* que los bienes del nacional inglés se encuentren dispersos en varios países, uno de ellos España, teniendo en cuenta si el último domicilio del fundador del *trust* se encuentra en España o en Inglaterra:

- a)* Si todos los bienes se encuentran en España, por la Ley nacional del causante (art. 9.8 del Código Civil), puede ocurrir que el Derecho extranjero designado contemple una norma de conflicto que fracciona la ley aplicable, en virtud de la cual la sucesión de los bienes muebles se regula por la ley del último domicilio del causante y la de los bienes inmuebles por la ley del lugar de situación de los mismos. Aunque no se produce un fraccionamiento legal de la sucesión por la situación de todos los bienes en España y el último domicilio del fundador en España, no cabe la admisión del reenvío porque va en contra de la armonización internacional de sistemas tal y como se define por el TS español. Dicho de otro modo, con la admisión del reenvío de retorno se violaría el principio de libertad de testar en el que se basan los sistemas del *Common Law* que admiten la figura del *trust* sucesorio y, por tanto, la posibilidad de desheredación sin límites, salvo eventuales cuotas del cónyuge superviviente. Si el *trust* sólo afectara a los bienes inmuebles, sería indiferente dónde se hubiera encontrado el último domicilio del fundador del *trust*. E igualmente, si el *trust* sólo afectara a los bienes muebles, sólo sería importante para determinar la admisión del reenvío el último domicilio del fundador en España.
- b)* Si los bienes afectados por el *trust* son bienes inmuebles dispersos en varios países, *ad ex* España e Inglaterra, en este caso además de la violación del principio de la armonización internacional de solucio-

(120) Sobre la STS de 23 de septiembre de 2002, *vid.* «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho Sucesorio antes y después de la STS de 23 de septiembre de 2002», en A. L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 239-269.

nes se produce un fraccionamiento legal de la sucesión, totalmente prohibido en el ordenamiento jurídico español, que parte de los principios de unidad y universalidad de la sucesión. En este sentido, frente al sistema de Derecho Internacional Privado español que en materia sucesoria se basa en la aplicación de una sola ley a todos los aspectos sucesorios de un sujeto con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar de situación de los mismos, los sistemas angloamericanos y del *Common Law* basados en los principios de *territorialidad y fraccionamiento* de la sucesión internacional, distinguen entre los bienes muebles e inmuebles a la hora de fijar la ley aplicable al fondo de la sucesión (*sistema escisionista*). La sucesión de los bienes inmuebles queda sometida a la ley del lugar de situación de los mismos y la sucesión de los bienes muebles, considerados como unidos a la persona del difunto, quedan sometidos a una ley única, normalmente la ley del último domicilio del causante —así sucede, *ad ex*, en Francia, Bélgica, Estados Unidos, América Latina— (121).

Ahora bien, si los bienes afectados por el *trust* son sólo bienes muebles, sólo se quebrarían los principios de unidad y universalidad si el fundador tuviera su domicilio en Inglaterra.

D) *TRUST* EN EL DERECHO SUCESORIO Y TEORÍAS DE LA SEGUNDA CALIFICACIÓN Y TRANSPOSICIÓN

45. Ahora bien, dicho esto, cabe otra posibilidad. Si el juez español aplica el artículo 9.8 del Código Civil para determinar la Ley aplicable a un *trust* testamentario otorgado por una nacional de los países del *Common Law*, independientemente de dónde estén situados los bienes, podría solucionarse el problema de la Ley aplicable al *trust*, en lugar de con la posible admisión del reenvío de retorno a favor del Derecho español, a través de la *teoría de la segunda calificación* o de la *teoría de la transposición* dependiendo de que la *lex causae* conozca y regule la institución del *trust* o que la *lex causae* desconozca igual que la Ley española la figura del *trust*.

46. a) *Teoría de la segunda calificación o teoría de la presunción*. En virtud de esta teoría, una vez calificado el supuesto de hecho controvertido por la Ley española y, por tanto, determinada la norma de conflicto aplicable, hay que volver a calificar la institución conforme al Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española. La calificación otorgada por el

(121) Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal...*, cit., *passim*; Íd., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio», en *Internacional Law*, diciembre de 2003, págs. 211-259.

Derecho español a la institución del *trust* sólo es presunta, por lo que es la *lex causae* la que indicará la naturaleza jurídica al *trust* de cara a su regulación material. De tal modo, que si la *lex causae* es la de un ordenamiento jurídico donde se contempla y regula el *trust* testamentario, como el Derecho inglés o el Derecho de Estados Unidos, el juez español tendría que aplicar el Derecho material perteneciente a la regulación del *trust* en ese país, y no el Derecho material sucesorio. Esto es lo que va a ocurrir en la mayoría de los casos, pues normalmente el litigio que se va a plantear en España es sobre la validez de un *trust* testamentario otorgado por nacionales ingleses o norteamericanos en sus propios países de nacimiento donde esta figura se utiliza con carácter general para organizar la sucesión de un sujeto.

47. b) *Teoría de la transposición*. Diferente sería si un nacional español o alemán residente en Inglaterra o en Estados Unidos decide otorgar un *trust* testamentario cuya validez se plantea ante los jueces y tribunales españoles, pues en este caso la *teoría de la segunda calificación* no nos resolvería el problema. La cuestión volvería a ser problemática porque la norma de conflicto española remitiría a un ordenamiento jurídico que no regula el *trust*, como Alemania. En este caso, con la segunda calificación no se resolvería el problema de la determinación del Derecho aplicable al *trust* con lo que habría que traducir las disposiciones del *trust* a las concepciones de la *lex causae*. Es lo que se llama la *teoría de la transposición*. En virtud de esta teoría hay que encontrar en el Derecho material aplicable una institución que desarrolle una «función equivalente» al *trust*. El régimen jurídico sucesorio sería, por tanto, aplicable al *trust* otorgado por un alemán en Inglaterra, si es que en Alemania se le otorga también esta misma naturaleza a la figura del *trust* testamentario.

En definitiva, se puede aplicar bien directamente el Derecho material sucesorio alemán o la norma de conflicto alemana para ver la posibilidad de admisión del reenvío de primer grado, puesto que la norma de conflicto alemana en materia de sucesiones divide la sucesión, dependiendo que la sucesión sea inmobiliaria o mobiliaria, como hemos visto anteriormente. En ambos casos las consecuencias son negativas en lo que a los efectos del *trust* se refiere; bien porque el Derecho material sucesorio alemán contemple unas legítimas no respetadas por el constituyente del *trust*, bien porque la norma de conflicto alemana remita al ordenamiento jurídico español —por el reenvío de primer grado—, cuyo Derecho sucesorio también establece un sistema rígido de legítimas. No hay que olvidar que esta segunda posibilidad es más difícil tras las sentencias del TS en la materia [STS de 18 de noviembre de 1996 (122); STS de 21 de mayo de 1999 (123)], que exigen para la admisión

(122) RJ 1996/8212.

(123) RJ 1999/4580.

del reenvío de primer grado que no se produzca un fraccionamiento legal de la sucesión y que no se viole el principio de armonía internacional de soluciones [principio del que se olvida la última sentencia del TS en la materia: STS de 23 de septiembre de 2002 (124)]; lo que, en la práctica, no se va a producir nunca por las diferencias existentes tan abismales en la regulación material del Derecho de sucesiones en los distintos países; no sólo entre los europeos continentales y los países del *Common Law*, sino incluso entre los propios países europeos continentales.

La solución más radical, en estos supuestos, donde la *lex causae* tampoco conoce el *trust*, es partir del desconocimiento de esta figura y, por tanto, no reconocerles efectos a los *trusts*. Esta solución, desde mi punto de vista, muy criticable, es la que ha seguido la SAP de Madrid, de 23 de noviembre de 2000 (125), en relación a la constitución de varios *trusts*, que afectaban bienes inmuebles situados en España, y que se consideraron como inexistentes. Bien es verdad que no se utilizó esta teoría, sino la falta de prueba del Derecho extranjero (Derecho de los Estados Unidos, en concreto el Derecho de Arizona), Ley nacional del otorgante; pero, en definitiva, la consecuencia práctica fue la misma, como se ha podido comprobar con anterioridad.

E) VALIDEZ FORMAL DEL *TRUST* TESTAMENTARIO

48. Aunque habría que distinguir entre la validez formal del testamento y la validez formal de la institución del *trust*, dado que la jurisprudencia de los países donde la figura del *trust* es una institución desconocida, como en el ordenamiento jurídico español, unifica las dos instituciones desde el punto de vista de la Ley aplicable a la validez material del *trust* igualmente se hará respecto a la validez formal del *trust*. Sin embargo, no hay que olvidar que en el Derecho anglosajón no existen requisitos formales para la constitución del *trust* (126).

49. España es parte del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, en vigor para España desde el 10 de junio de 1988 (127). Este Convenio fue elaborado por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a iniciativa británica, precisamente con objeto de evitar la existencia de *testamentos claudicantes* por razones de forma, válidos en unos Estados y nulos en otros. Esta normativa convencional constituye la regulación fundamental en cuestiones de forma de las dis-

(124) *RJ* 2002/8029.

(125) *AC* 2002/136.

(126) *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, cit., pág. 1135.

(127) *BOE* núm. 197, de 17 de agosto de 1988.

posiciones testamentarias, aplicable a todos los casos en que el testador haya fallecido después de su entrada en vigor (art. 8), y no el artículo 11 del Código Civil, ya que las normas de conflicto que establece poseen eficacia *erga omnes*: deben aplicarse con independencia de toda condición de reciprocidad y aunque la nacionalidad de los interesados o la ley declarada competente no sean las de un Estado contratante (art. 6) (128).

El carácter *erga omnes* del Convenio de La Haya de 1961 lo confirma la RDGRN de 6 de marzo de 1997 (129): «*otra cuestión será la de determinar si, así considerada, la voluntad del disponente reúne las exigencias de forma previstas para la validez de los testamentos, lo que habrá de valorarse conforme a las prescripciones del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, que constituye hoy el Derecho Internacional Privado español en el punto considerado*». La DGRN reconoce que el único cuadro normativo para determinar la Ley aplicable a la forma de los testamentos es el citado Convenio de La Haya.

50. Pensado para los conflictos de leyes sobre forma de las disposiciones testamentarias, el Convenio no define, con carácter general, qué se entiende por cuestiones de forma, pero resuelve algunos problemas de calificación típicos de esta materia, cuando indica explícitamente su aplicabilidad al testamento mancomunado (art. 4) o a las prescripciones que limiten las formas

(128) Sobre el Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *vid.*, A. BORRÁS, «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne», *E Pluribus Unum. Liber amicorum G.A.L.Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, The Hague, 1996, págs. 7-23; C. S. BRUCH, «The Hague Convention on the Law Applicable to Succession to the Estate of Deceased Persons: Do Quasi-Community Property and Mandatory Survivorship Laws Need Protection?», *Law and Contemporary Problems*, t. 56, 1993, págs. 309-328; D. HAYTON, «The Significance of the Hague Conventions on Trusts and on Succession: A Common Law Perspective», *E Pluribus Unum. Liber amicorum G.A.L.Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, The Hague, 1996, págs. 121-134; P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», en *RCDIP*, 1989, págs. 249-275; A. E. Von Overbeck, «La Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort», en *Annuaire suisse*, 1989, pág. 138 y sigs.; E. F. SCOLES, «The Hague Convention on Succession», en *AJCL*, 1994, págs. 85-123.

Sobre la autonomía de la voluntad y DIPr. sucesorio, *vid.*, P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001; H. HANISCH, «Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil», en *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, págs. 473-489; Íb., «Der Grundsatz der Nachlasseneinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz», en *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern, 1986, págs. 187-195; A. HEINI, «Der Grundsatz der Nachlasseneinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz», en *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern, 1986, págs. 187-195; K. SIEHR, «Das internationale Erbrecht nach dem Gesetz zur Neuregelung des IPR», en *IPRax*, 1987, págs. 4-8; F. STURM, «Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien und Erbrecht», en *Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlin, Bonn, München, 1985, págs. 637-658.

(129) *RJ* 1997/2033.

admitidas de disposiciones testamentarias referidas a la edad, nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, así como a las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria (art. 5).

51. Este Convenio está inspirado en dos principios: a) El *principio del favor testamenti*; b) El *principio del tratamiento uniforme de la sucesión*.

52. a) *Principio del favor testamenti*. Se busca favorecer la validez formal del testamento mediante el recurso a un amplio catálogo de conexiones alternativas, que cubren el supuesto de conflicto móvil, en caso de que el testador cambie de nacionalidad, domicilio o residencia habitual después de haberlo otorgado. De tal manera que el testamento será válido si es otorgado conforme a cualquiera de las leyes *internas* —es decir, con exclusión del reenvío—, siguientes: Ley del *lugar de otorgamiento, nacionalidad, domicilio o residencia habitual* del testador *en el momento del otorgamiento o en el momento del fallecimiento* y, tratándose de bienes inmuebles, ley del *lugar de situación* de los mismos (art. 1). Cualquiera de esas leyes será aplicable también a las disposiciones por las que se revoque una disposición testamentaria anterior (art. 2).

Conforme al Derecho Internacional Privado vigente en España antes del Convenio de La Haya de 1961, las conexiones posibles se reducían al lugar de celebración (arts. 11.1, párrafo primero, y 732 del Código Civil), a la nacionalidad del testador (art. 11.1, párrafo primero, 732, apartado tercero, y 733 del Código Civil) y a la de la autoridad diplomática o consular que autoriza el testamento (arts. 11.3, 734 a 736 del Código Civil, Anexo II del RN de 1944 y art. 5, letra *f* del Convenio de Viena, de 24 de abril de 1963, sobre relaciones consulares). Comparándolas con la normativa convencional, se observa que coinciden en la adopción del criterio *locus regit actum* [STS de 6 de noviembre de 1867, STS de 24 de mayo de 1886, STS de 12 de julio de 1889, STS de 27 de mayo de 1913, STS de 13 de febrero de 1920, STS de 27 de abril de 1978 (130), SAT de Zaragoza, Sala Civil, de 10 de abril de 1987, y, en el ámbito del Derecho interregional, STS de 8 de junio de 1904, STS de 13 de febrero de 1920, STS de 21 de diciembre de 1921, STS de 23 de febrero de 1922, STS de 22 de junio de 1948, STS de 14 de febrero de 1969], y de la ley personal del testador —la nacional (STS de 6 de junio de 1873) y, excepcionalmente, la de la residencia habitual (STS de 29 de marzo de 1962), no la del domicilio—. El criterio *auctor regit actum*, aun no contemplado directamente en el Convenio de La Haya de 1961, subsiste, puesto que, según su artículo 3, el Convenio no se opone a las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en él (en nuestro

(130) RJ 1978/1458.

ordenamiento, arts. 11.3, y 734 a 736 del Código Civil). Dicho con otras palabras: ha sido elaborado para favorecer, no para restringir la validez de las disposiciones testamentarias. De hecho, en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado se admitió la protocolización de testamentos ológrafos ante autoridades extranjeras, conforme a la ley de éstas, antes de la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1961 (ATS de 7 de febrero de 1955, STS de 15 de marzo de 1955, SAT de Palma de Mallorca, de 21 de mayo de 1985) y, con posterioridad, no consta que haya surgido contencioso alguno referente a esta cuestión. En cambio, era discutido que pudiera testarse conforme a la ley del lugar de situación de los inmuebles. La doctrina estaba dividida, inclinándose la opinión dominante por la respuesta negativa, y la jurisprudencia no sólo era escasa, sino también poco concluyente (STS de 4 de octubre de 1982) (131).

El mismo empleo por el Convenio de La Haya de 1961 de la expresión «disposiciones testamentarias», en lugar de «testamentos», puede favorecer la validez formal de los *trusts* que pueden ser calificados de naturaleza testamentaria.

En el caso contemplado por la STS de 22 de marzo de 1983, —caso que se suscitó con anterioridad a la incorporación del mencionado Convenio a nuestro ordenamiento jurídico—, la calificación *lege fori* (art. 12.1 del Código Civil), llevó a considerar a nuestro TS que, conforme a nuestro Derecho, no se hallaba en presencia de un verdadero testamento, «*al carecer de “institución de heredero”*», pese a que el documento que así calificaba comprendía disposiciones *mortis causa*. Esto es lo que sucede realmente en los casos de los *trusts inter vivos* en los que se contienen disposiciones que sólo tienen efecto *mortis causa*. Su calificación, según el concepto amplio utilizado por el Convenio de La Haya de 1961, hubiera supuesto *a priori* la ventaja del régimen jurídico más favorable para las cuestiones de forma que se expone a continuación.

53. El testamento —incluso si es otorgado antes de la entrada en vigor del Convenio, ya que España no formuló la reserva prevista en su art. 13—, sólo será nulo si incumple las exigencias de forma de *todas* las leyes eventualmente competentes en virtud de su artículo 1. En este caso, debería preferirse aquella ley que, en conjunto, estableciese un régimen más favorable al testamento —plazos de impugnación, personas legitimadas, posibilidad de subsanación, consecuencias...—. En el *trust* testamentario está claro que la Ley aplicable que más favorece su validez es la Ley del lugar donde se ha otorgado, donde se regula y se conoce dicha institución con la finalidad de organizar la sucesión de una persona.

(131) *RJ* 1982/5537.

Erróneamente, la STS de 17 de diciembre de 1991 (132), que no aplicó el Convenio de La Haya de 1961, considera nulo, por razones de fondo y de forma, un testamento no ajustado a la ley personal del causante. Por lo que respecta a las cuestiones de forma, no es posible colegir la nulidad del testamento de la eventual aplicabilidad de una sola ley: el Convenio obliga a verificar el resultado a la luz de una relación de leyes potencialmente competentes.

54. No obstante, los Estados partes pueden descartar la aplicación de una ley declarada competente, si es manifiestamente incompatible con su *orden público* (art. 7) y pueden no reconocer la validez de un testamento otorgado en el extranjero, cuando concurren cumulativamente estas circunstancias: a) Que la disposición testamentaria sólo sea válida conforme a la ley del lugar donde el testador hizo la disposición; b) Que el testador tenga la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual en el Estado que presente la reserva; y c) Que el testador haya fallecido en un Estado distinto a aquel en que dispuso (art. 11). Desaparecen así, no sólo por la escasa probabilidad de que concurren *todas* las circunstancias anteriores, sino también porque España no ha hecho uso de esta reserva, dos de las cuestiones sucesorias más problemáticas del Derecho Internacional Privado español:

- 1.º) La posibilidad de que se reconociese como válido, al amparo del artículo 688, apartado cuarto del Código Civil, el testamento ológrafo otorgado en España por extranjero en contra de su ley nacional —cuestión esta que ha sido considerada por alguna decisión de la denominada *jurisprudencia menor* como perteneciente a la «forma del testamento», y no una cuestión de «capacidad» (SAT de Palma de Mallorca, de 21 de mayo de 1985), decisión que tuvo que enfrentarse con un testamento ológrafo otorgado en el extranjero-.
- 2.º) La prohibición del artículo 733 del Código Civil de que los españoles otorgasen en el extranjero testamento mancomunado de acuerdo con la ley local (vid. RDGRN de 28 de octubre de 1894 y STS de 28 de mayo de 1912, que admiten, como válido, el testamento mancomunado otorgado en España conforme a la ley nacional de los disponentes). Además, por lo que a este último supuesto se refiere, debe observarse que el artículo 4 del Convenio señala expresamente su aplicabilidad a «la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas». Como ya se ha dicho, el carácter *erga omnes* del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, ha sido remarcado con todo acierto por la citada RDGRN de 6 de marzo de 1997 (133).

(132) *RJ* 1991/9717.

(133) *RJ* 1997/2033.

55. 2.º) *Principio del tratamiento uniforme de la sucesión.* El testamento será formalmente válido o nulo en todos los países, cualquiera que sea el tribunal que conozca del mismo. Hay aquí una aplicación del principio de la *armonía internacional de soluciones*, que, desde el punto de vista práctico es interesante, puesto que permite al testador disponer de todo su patrimonio en un solo acto.

56. Esta normativa convencional sobre la Ley aplicable a la forma del testamento es igualmente aplicable a la constitución del *trust inter vivos* cuando contienen disposiciones *mortis causa*, si partimos de que se trata de una donación *mortis causa* y, por tanto, con naturaleza sucesoria. De esta forma, las donaciones dirigidas a producir efectos *post mortem* devienen ineficaces si no se justifican por los medios que regulan el otorgamiento de las sucesiones testamentarias, pues es necesario guardar las formas del testamento [aunque referidas a supuestos internos pueden citarse las siguientes decisiones que son válidamente aplicables desde el punto de vista de la calificación española de las donaciones *mortis causa*: STS de 29 de junio de 1956 (134), STS de 29 de octubre de 1956 (135), STS de 27 de marzo de 1957, STS de 13 de junio de 1994 (136), SAP de La Rioja, de 7 de febrero de 2006 (137)].

57. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 12 del Convenio de La Haya, sobre la forma de las disposiciones testamentarias, permite a los Estados contratantes excluir la aplicación del Convenio a las cláusulas testamentarias que, según su Derecho, no tengan carácter sucesorio, como puede ocurrir en relación con las disposiciones *mortis causa* que se contienen en los *trusts inter vivos*. De esta forma, el Convenio parte de una calificación *lege fori* para determinar qué disposiciones tienen carácter testamentario. En este caso, para determinar la Ley aplicable a otras formas de organizar la sucesión distintas al testamento, como el *trust* sucesorio o cualesquiera otras disposiciones testamentarias que no tengan carácter sucesorio, *ex* artículo 12 del Convenio de La Haya, será de aplicación el artículo 11 del Código Civil, que también parte del principio de *favor negotii* (138). En virtud del artículo 11 del Código Civil, el *trust* puede declararse válido por la Ley del lugar de celebración del mismo, por la Ley aplicable a su contenido, por la ley personal del constituyente, o por la Ley común de los otorgantes; y en el caso de los contratos relativos a bienes inmuebles por la Ley del lugar de situación. La aplicación de estas Leyes de forma alternativa se ve limitada por el párrafo 2 del artículo 11, que señala que si la *lex causae* exige para su validez una determinada forma, será siempre aplicada aunque el acto o contrato se

(134) *RJ* 1956/2712.

(135) *RJ* 1956/3421.

(136) *RJ* 1994/6507.

(137) *JUR* 2006/89385.

(138) *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El trust...*, cit., págs. 142 y 164.

haya celebrado en el extranjero (139). Esta solución también es aplicable si se considera el *trust inter vivos* con disposiciones *mortis causa* como una institución con naturaleza contractual.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

58. *De lege ferenda*, para evitar los problemas que plantea la validez formal y material del *trust* en el contexto sucesorio, sería bueno que el legislador español optara por la *professio iuris* para determinar la ley aplicable a la sucesión. De ese modo desaparecerían las desavenencias jurídicas entre los países que parten de la unidad de la sucesión, que son los, que por lo general, no conocen la figura del *trust*, y los países que parten del fraccionamiento de la sucesión, que son los que regulan y admiten la figura del *trust*. Así se evitarían tanto problemas de calificación como de posibles reenvíos a favor de un ordenamiento jurídico que no conozca el *trust* —pues cuando existe autonomía de la voluntad no cabe el reenvío—. Esta es la solución propuesta por el Convenio de La Haya de 1985, sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. Así, el artículo 6 del Convenio de La Haya dispone:

«El *trust* se regirá por la Ley elegida por el constituyente. La elección tendrá que ser expresa o resultar de las disposiciones del instrumento por el que se crea el *trust* o se prueba su existencia, interpretadas, cuando sea necesario, a la luz de las circunstancias del caso.

Cuando en la Ley elegida en aplicación del párrafo anterior no se conozca la institución del *trust* o la categoría de *trust* de que se trate, esa elección no surtirá efecto y se aplicará la ley a la que se refiere el artículo 7».

59. El artículo 7, que se utiliza para determinar la Ley aplicable al *trust*, bien cuando el constituyente no ha elegido Ley o bien cuando habiendo elegido Ley ésta no reconozca la institución del *trust*, dispone:

«Cuando no se haya elegido la Ley aplicable, el *trust* se regirá por la ley con la que esté más estrechamente vinculado.

Para determinar la ley con la que el *trust* se encuentra más estrechamente vinculado se tendrá en cuenta, en particular:

- a) el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente;
- b) el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*;

(139) Sobre el alcance de este límite impuesto en el artículo 11.2 del Código Civil, *vid.*, P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Forma de los actos jurídicos», en A. L. CALVO CARRAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 8.ª ed., Granada, Comares, 2007, págs. 11-12.

- c) el lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee*;
- d) los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse.

60. Para terminar mencionar que el «Libro Verde sobre Sucesiones y testamentos» de la Comisión de las Comunidades Europeas (140) no se refiere en modo alguno a la figura del *trust*, con lo que se desaprovecha una oportunidad de oro para relacionar las sucesiones y testamentos con la figura del *trust*, muy conocida al menos en un país miembro de la Unión Europea, Reino Unido. Sin embargo, en las contestaciones al «Libro Verde» presentado por la Comisión, relativo a sucesiones y testamentos, sí se menciona varias veces la necesidad de adoptar reglas particulares de conflictos de leyes en materia de *trust*. En este sentido, se menciona su identidad con las instituciones fiduciarias y se reconoce el *trust* si está válidamente constituido conforme a la Ley sucesoria. En realidad es como no decir nada.

61. Por ello, lo mejor sería que España firmara el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre el *trust*, aunque con ello no se resolverían todos los problemas, pues este Convenio excluye de su aplicación los problemas de validez formal de la constitución del *trust*. Habría que acudir, por tanto, al Convenio de La Haya de 1961, sobre la forma de las disposiciones testamentarias con todos los problemas que hemos visto que ello puede acarrear. Básicamente por dos razones: *a)* primero, porque no hay uniformidad a la hora de señalar como verdaderas disposiciones testamentarias las incluidas en un *trust inter vivos*; *b)* segundo, porque los *trusts* testamentarios también pueden ser excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya sobre la forma de las disposiciones testamentarias dependiendo de la calificación *lege fori* de los Estados contratantes (art. 12). Por tanto, la solución más viable es aplicar los dos Convenios, pero ni siquiera eso es posible, pues sólo Australia, la República Popular China, Países Bajos y Luxemburgo son parte tanto del Convenio de La Haya, sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 5 de octubre, como del Convenio de La Haya sobre Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento de 1 de julio de 1985 (141).

(140) Bruselas, 1-3-1005, COM (2005) 65 final. SEC 2005 270.

(141) La situación de estos Convenios y las informaciones relativas a los mismos puede verse en <http://www.hcch.net>.

RESUMEN

TRUST MORTIS CAUSA

La noción de trust tiene su origen en los países del Common Law y es una figura muy utilizada. Sin embargo, en España el trust es una figura desconocida y no está regulada ni por el Derecho Internacional Privado español ni por el Derecho material español. Existen varias modalidades de trust: trust mortis causa y trust inter vivos. Es el trust mortis causa en el que se centra el objeto de este trabajo. La pregunta que surge es qué norma de conflicto española y qué normas materiales deben ser aplicadas por un Juez español si conoce de un caso relativo a la validez de un trust constituido en el extranjero.

ABSTRACT

MORTIS CAUSA TRUST

The concept of trust has been put into practice in the Common Law countries and more and more this type of instrument is being utilized. However, in Spain trusts are not regulated in the Spanish conflict of laws. There is a wide variety of trusts: inter vivos trusts and mortis causa trusts. This work refers to mortis causa trusts. The question is which Spanish conflict rule and material rules are applicable by Spanish judge to resolve a case law about a foreign trust.

(Trabajo recibido el 03-07-07 y aceptado para su publicación el 19-10-07)

Consideraciones sobre el contrato de corretaje

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. PRECISIÓN CONCEPTUAL.
- III. CONFIGURACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL:
 1. ATIPICIDAD.
 2. *FACIO UT DES.*
 3. ONEROSIDAD.
 4. DISCUTIDA BILATERALIDAD.
 5. ALEATORIEDAD.
 6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA GESTIÓN DEL MEDIADOR Y LA CONCLUSIÓN DEL NEGOCIO.
 7. «OBLIGACIÓN DE MEDIOS» DEL CORREDOR.
 8. LA MEDIACIÓN NO ES UN CONTRATO CONDICIONAL.
- IV. CONCLUSIÓN TÁCITA DEL CONTRATO DE CORRETAJE Y PAGO DE LOS HONORARIOS DEL CORREDOR.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el seno del actual tráfico jurídico y, de manera destacada, en el ámbito de la actividad mercantil, puede apreciarse el auge de las figuras contractuales de «colaboración». Dentro de ellas, goza de una gran relevancia el deno-

minado *contrato de mediación o corretaje* (1), pues el desarrollo de las operaciones comerciales resulta, en multitud de ocasiones, facilitado por la intervención de terceras personas ajenas a los «contratantes finales».

Este tipo contractual constituye una evidente realidad social (2), cuya importancia se acrecienta a medida que la actividad económica y comercial incrementa su volumen. Resulta muy frecuente, por ejemplo, ver cómo quienes pretenden comprar o vender algo (v.gr., una casa), o celebrar un contrato de seguro, recurren a los servicios de terceros, que los pondrán en contacto con sujetos interesados en contratar. En realidad, para el desenvolvimiento comercial, se exige frecuentemente la intervención de ciertas personas que pongan en relación a los futuros contratantes, y les faciliten, de este modo, la ocasión de celebrar un contrato (3). En este sentido, es posible que quien pretende comprar o enajenar un determinado bien ignore quién se halla interesado, a su vez, en vender o adquirir dicho bien; por este motivo, puede solicitar los servicios de un tercero, con el propósito de que éste lo ponga en relación con eventuales interesados en celebrar el contrato deseado. La enorme importancia de esta labor ha propiciado que un número ingente de personas haya convertido la mediación en su profesión. El paradigma de esta tendencia, en el marco de la vida cotidiana, lo podemos localizar en los agentes de la propiedad inmobiliaria, quienes ejercen su actividad mediadora fundamentalmente en torno a la compraventa y al arrendamiento de bienes inmuebles. No obstante, existen otros muchos ejemplos, igualmente relevantes, en materia de seguros, en el ámbito comercial, etc.

Aunque la actividad mediadora tiene embrionarios precedentes en el Derecho Romano (4), ha sido la intensificación de la contratación en el moderno

(1) SANPONS SALGADO, M. (*El contrato de corretaje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 51 a 53) propugnó el exclusivo empleo del término *corretaje*, y la supresión del vocablo *mediación* en este ámbito, con el propósito de desterrar posibles confusiones, ya que goza de varios significados diversos. A tal efecto, hace alusión a los términos literales de los artículos 63 y sigs. del Código de Comercio de 1829, donde el legislador habla de *corredores*, así como a la definición ofrecida, con anterioridad, por DE HEVIA BOLAÑOS, *Labyrinthus commercii terrestris et navalis*, cap. V, *Pararii seu proxenetæ*: «*Proxenetæ, qui nostralibus corredores vocantur sunt ii qui currunt, euntque ac redeunt ab una ad alteram partem eos conciliando qui negociari et vendere et emere volunt*». No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas han optado, con carácter general, por referirse a este tipo contractual, indistintamente, con los términos «corretaje» y «mediación»; asimismo, este último vocablo es empleado por varios de los legisladores extranjeros que han regulado esta materia.

(2) MARTÍNEZ VAL, J. M.^a, *El contrato de corretaje*, colección «Economía y Comercio», 1, Publicaciones de la Escuela de Comercio, Ciudad Real, 1955, pág. 5.

(3) RIERA AÍSA, L., voz *Corretaje*, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. V, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1953, pág. 812.

(4) Vid. Dig. 50, 14 (*De proxeneticis*); según explica BRUTTI, M. [voz *Mediazione (storia)*, Enc. del Dir., T. XXVI, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pág. 12], mientras en las fuentes romanas falta cualquier referencia a una convención de las partes (o de una de

tráfico jurídico el factor que ha contribuido al actual apogeo del contrato de corretaje (5). Según explica MARTÍNEZ VAL, la «publicidad y la información, tan extendidas en la actualidad, no son en muchas ocasiones suficientes y se busca una gestión humana, directa e interesada, que anude los intereses contrapuestos de las partes y facilite la ocasión de concluir un contrato» (6). A nuestro modo de ver, además de las incontestables ventajas que este mecanismo supone para aumentar la fluidez del tráfico y el número de contratos, tales como la comodidad y la celeridad en la contratación, o la subsanación de la falta de conocimiento en relación con un concreto sector de la actividad económica, una de las razones de su actual relevancia puede hallarse, precisamente, en la relativa falta de efectividad de los mensajes publicitarios en un mercado saturado de anunciantes.

Llegados a este punto, hemos de plantearnos la siguiente cuestión: ¿qué es «mediar»? En esencia, podemos describirlo como la intervención de un sujeto que pone en contacto o relaciona a dos o más personas, en aras de facilitar la eventual conclusión de un contrato en el que éstas se hallan interesadas (7). En relación con esta actividad, STRACCA señaló: «*Proxenetā est, qui in negotiis*

las partes) con el *proxenetā*, y se limitan a describir las formas y los efectos de la intromisión, sin atribuir relevancia al hecho de que éste se halle sustentado o no por un acuerdo, dentro de la tradición romanista la base consensual de la relación se convierte en un tema autónomo de reflexión. No obstante, en opinión de SANPONS (*op. cit.*, pág. 21), buscar los antecedentes históricos de la regulación del corretaje en los textos clásicos «parece tarea vana, puesto que este contrato, de regulación relativamente moderna, poco tiene que ver con otras figuras similares a él que se conocieron ya en el Derecho romano». En el Derecho histórico español podemos hallar noticia de esta figura en la Partida 2.^a, Título 27, Ley 33: «*Corredores son llamados aquellos, que andan en las almonedas, e venden las cosas, pregonando, quanto es lo que dan por ellas. E porque andan corriendo, dela vna parte ala otra, mostrando las cosas, que venden, por esso son llamados corredores...*». También se contempló la figura del mediador, posteriormente, en la Novísima Recopilación (Título VI, Libro Noveno).

(5) Según RIERA (*op. cit.*, pág. 812), «su función ha adquirido gran importancia y no es exagerado decir que representa una de las bases de la actividad comercial». Como explica REZZARA, J. (*Dei mediatori e del contratto di mediazione. Studio di Diritto Commerciale*, Ed. Fratelli Bocca, Torino, 1903, pág. 1), el comercio «nello svolgersi incessante, turbino degli affari, che concatena un'attività all'altra, abbisogna di intermediari che, per l'esercizio professionale, si trovino in grado di conoscere esattamente e l'offerta e la domanda del mercato attuale, di avvicinare questa a quella in modo rapido e sicuro, di rimuovere ogni difficoltà, così da ottenere che le parti giungano al più presto ad un accordo».

(6) MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, pág. 6.

(7) De un modo más general, MARTÍNEZ VAL (*op. cit.*, pág. 11) lo delimita conceptualmente como una «actividad diligente de intercesión por alguien en una dirección económica de contenido patrimonial». Dicho autor llega a esta conclusión tras analizar las definiciones de «mediar» y «corretaje» ofrecidas por el Diccionario de la Real Academia Española. En relación con este tema, según la vigésima segunda edición de tal diccionario, una de las acepciones de *mediar* es «Interceder o rogar por alguien», mientras que *corretaje* puede significar «Diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas», o bien «Comisión que perciben los corredores de comercio sobre las operaciones que realizan».

licitis partium voluntates inquirendo earundem consensu cum salario vel sine, ministerium accommodat et operula ista defungitur» (8). En realidad, el mediador, una vez ejecutada su labor, se mantendrá al margen del contrato que se perfeccione entre las dos partes a las que él ha puesto en contacto. Su función, en principio, radica en posibilitar la perfección del contrato entre otras dos partes, de tal forma que la actividad mediadora «adquiere relieve y trascendencia jurídica en función de un resultado real», sin el cual la finalidad social y económica de la mediación se verá frustrada (9). Así pues, la percepción de los honorarios por el mediador depende de la efectiva conclusión del concreto contrato en relación con el cual fue contratada su actuación.

En el *Codice Civile* italiano sí se ofrece un concepto legal de «mediador», si bien resulta notoriamente incompleto. En su artículo 1.754, se dispone: «*E' mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*». Como puede apreciarse, la mayor preocupación del legislador italiano, en este punto, radica en escindir la mediación de cualquier otra figura que implique una dependencia jerárquica o profesional del mediador en relación con quien encarga su intervención. Sin embargo, una vez alcanzado tal propósito, olvidó configurar con precisión el supuesto de hecho de la mediación. Tal actitud del legislador italiano ha dado lugar a una abundante literatura jurídica.

En opinión de CARRARO (10), el legislador italiano, al redactar este precepto, ha tenido en cuenta, únicamente, el contenido más frecuente en la práctica de la actividad del mediador, de tal forma que la norma *minus dixit quam voluit*. Por su parte, CATAUDELLA (11) considera que nos hallamos frente a una norma de mínimos, es decir, ante un artículo donde se establece la actividad imprescindible para que quepa hablar de «mediación», sin perjuicio de que puedan existir modalidades más completas y desarrolladas de esta misma figura. Por consiguiente, parece que la doctrina italiana mayoritaria (12) defiende

(8) Vid. *De Proxenetis et Proxenetis*, 1558, en BENVENUTI STRACCHAE, «De Mercatura, Cambiis, Sponionibus, Creditoribus... Decisiones et Tractatus Varii. Ad quorum calcem nunc accessere Eiusdem Benvenuti Stracchae De Assecurationibus, Proxenetis atque Proxenetis, Tractatus duo», Amstelodami, 1669, I, n. 3, pág. 82 (citado por BRUTTI, *op. cit.*, pág. 13).

(9) MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, pág. 13.

(10) CARRARO, *La mediazione*, 2.^a edic., Ed. Cedam, Padova, 1960, pág. 24: «La ristretta formula dell'art. 1754 può in realtà spiegarsi supponendo che il legislatore abbia tenuto presente in quella norma soltanto il contenuto che assume più frequentemente nella pratica l'attività del mediatore e che dunque abbia detto meno di quello che voleva dire».

(11) CATAUDELLA, A., voz *mediazione*, Enc. Giur. Treccani, vol. XIX, Roma, 1990, pág. 3.

(12) Así, entre otros, AZZOLINA, U. (*La mediazione*, 2.^a edic., UTET, Torino, 1955, pág. 21), al interpretar el artículo 1.754, asevera: «Il legislatore infatti ha usato prudentemente una formula generica ed ampia, suscettibile dell'interpretazione più lata, destinata

la aplicación extensiva del artículo 1.754 del *Codice*, si bien tal opinión no resulta unánime (13).

En nuestro país no se ha planteado esta polémica: la doctrina y la jurisprudencia han aceptado, de manera generalizada, una configuración del contrato de mediación coincidente, en términos generales, con la definición propuesta por CASTÁN. Según este autor, el contrato de corretaje o mediación es «aquél por el cual una de las partes (el *corredor* o *mediador*) se compromete a indicar a la otra (que se llama *oferente* o *mediado* y, más usualmente, *comitente* o *mandante*) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero (*mediatario*) o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución (llamada *premio*, *prima* o *comisión*)» (14). Así pues, el mediador es un «cooperador físico y no jurídico» del negocio pretendido por el oferente (15). Esta definición resulta bastante precisa y, principalmente, útil, dado el silencio observado por nuestro legislador en torno a este contrato (16).

a comprendere tanto la presentazione di persone ignote, quanto la intromissione fra parti che già si conoscono o che eventualmente già trattino l'affare, per avvicinarle convincerle o riavvicinarle, nel caso che le trattative siano state precedentemente interrotte, in guisa che l'affare desiderato possa concludersi. Un diverso avviso, in senso limitativo, mentre non avrebbe sicuro fondamento della lettera della legge, ne urterebbe lo spirito e la finalità»; asimismo, vid. MARINI, A., «La mediazione», comentario a los artículos 1.754-1.765, en *Il Codice Civile. Commentario*, dir. por P. SCHLESINGER, Giuffrè Editore, Milano, 1992, págs. 45 a 47. Una visión amplia de la actividad de intermediación es también manifestada, si bien con ciertas dudas, por LUMINOSO, A., «La mediazione», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. XXXI, T. 3, Giuffrè Editore, Milano, 1993, págs. 16 y 17.

(13) PERFETTI, U. (*La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, págs. 14 a 16), tras recomendar una cierta dosis de prudencia en la «dilatación» de la fórmula del artículo 1.754 del *Codice*, concluye: «Di guisa che l'attività di messa in relazione mantiene il suo ruolo centrale qualificante, per cui mediatore è ancor oggi solo colui che pone in relazione due o più parti per i fini e con le caratteristiche dell'attività indicati dall'art. 1.754». En su opinión, la actividad de «poner en contacto» a los contratantes es la modalidad más clásica y genuina de corretaje, de tal forma que cualquier actuación posterior a dicha puesta en relación no constituye, en sí misma, mediación (pueden ser actuaciones con función complementaria o instrumental de la puesta en contacto). Este autor italiano (*op. cit.*, pág. 11) define la «messa in relazione» como cualquier comportamiento humano abstractamente idóneo en aras de hacer surgir, entre dos o más partes, un contacto dirigido, a su vez, a la conclusión de un negocio.

(14) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias, 15.^a edic., revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA, Ed. Reus, Madrid, 1993, pág. 567.

(15) BONET RAMÓN, F., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1940», en *RDP*, enero de 1944, núm. 322, pág. 801.

(16) Según SANPONS (*op. cit.*, pág. 95), las referencias históricas sobre el contrato de corretaje no son muy numerosas «porque, acaso, esa misma dificultad de diferenciación con aquellos otros contratos de gestión o mediación que, más afortunados, tienen acogida en la estimación inmediata del legislador, haya sido la causa de su ausencia de los textos legales positivos».

Así, por ejemplo, en la STS de 4 de julio de 1994 se delimita el contrato de mediación o corretaje como «un contrato innominado *facio ut des*, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución» (en parecidos términos se expresa el propio Tribunal Supremo, en sentencias de 4 de diciembre de 1953, 28 de febrero de 1957, 23 de octubre de 1959, 2 de mayo de 1963 y 10 de octubre de 2002) (17). De todo lo expuesto se desprende que el mediador facilita la celebración del contrato entre el comitente y un tercero (18), mas no contrata él mismo con dicho tercero en interés del comitente: «*proxenetæ officium est in tratando non in contrahendo*».

Como consecuencia de estas precisiones, algunos autores han advertido que podemos distinguir dos clases de mediación:

- a) La mediación que cabría denominar *de indicación*: en este caso, el mediador habrá de informar al comitente sobre la oportunidad de celebrar un contrato con alguien que se halla interesado en dicha contratación.
- b) La mediación *de negociación*: en esta hipótesis, la gestión del mediador consistirá en hacer de intermediario en la contratación.

(17) Aunque la labor de corretaje pueda incluir más actividades, la función más relevante del mediador continúa siendo la puesta en contacto de personas interesadas en contratar. En este sentido, resulta bastante concluyente la STS de 21 de octubre de 2000: «el mediador ha de limitarse, en principio, a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado, pero, en todo caso, tal actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final, y así se entiende por la moderna doctrina, en cuanto en ella se afirma que la relación jurídica entre el cliente y el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y derechos exigen, además, el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio». Esta concepción se aprecia, asimismo, en la jurisprudencia menor: v.gr., SAP de Ciudad Real, de 16 de diciembre de 2003: [«Por consiguiente, la obligación que nace del contrato de corretaje, referida en este caso al actor, agente de la Propiedad Inmobiliaria, es la de poner en contacto o relación a las futuras partes interesadas en la compra-venta (comprador y vendedor) y contribuir eficazmente a que las partes citadas concluyan el negocio»], SAP de Cáceres, de 20 de septiembre de 2005, etc. En la doctrina, GÁZQUEZ SERRANO, L. («Notas para el estudio del contrato de mediación», en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Homenaje al Profesor Mariano ALONSO PÉREZ, T. I, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 880 y 881) ha indicado que la actividad mediadora abarca una pluralidad de actos, cuya especificación en la Ley resulta imposible, ya que revisten una indefinida variedad.

(18) Según expone RODRÍGUEZ VALCÁRCE, F. («Proceso de cognición-reclamación de cantidad en concepto de prima pactada en contrato de corretaje», en *Revista de Derecho Procesal*, 1958, núm. 1, pág. 955), la labor del mediador puede consistir en dos actividades: 1. Señalar la ocasión de concluir un contrato, en aras de que quien efectuó el encargo de mediación aproveche tal indicación para negociar con la otra parte la celebración de dicho convenio; 2. Servir más próximamente al «concierto de la voluntad contractual», de tal modo que el mediador se halla «obligado a gestionar lo necesario para obtener o conseguir el contrato deseado».

Como puede comprobarse, esta concepción coincide con los términos en los que se expresa el primer párrafo del artículo 412 del Código de las Obligaciones suizo: «*Col contratto di mediazione il mediatore riceve il mandato di indicare l'occasione per concludere un contratto o di interporsi per la conclusione d'un contratto verso pagamento di una mercede*». Por su parte, el legislador alemán no elabora una definición del contrato de mediación, sino que la presupone; no obstante, del tenor literal del § 652 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) se infiere que su concepción en relación con el contrato de mediación no dista mucho de la mantenida por el legislador suizo (19). En realidad, en materia de mediación, este último ha seguido, en algunos aspectos, la estela del ordenamiento jurídico alemán (20).

II. PRECISIÓN CONCEPTUAL

El legislador suizo, cuya definición del contrato de corretaje ha ejercido una gran influencia sobre nuestra doctrina y jurisprudencia, lo ha conceptualizado como un contrato en virtud del cual el mediador recibe el mandato de indicar la ocasión de concluir un contrato o de interponerse para su conclusión, a cambio del pago de un premio (cfr. art. 412 del Código de las Obligaciones). Así pues, en el ordenamiento jurídico helvético, el «mandato» de señalar al oferente la oportunidad de contratar constituye el objeto principal del contrato de mediación, cuando se trata de un corretaje «de indicación».

Por lo tanto, no parece que la actuación de búsqueda desarrollada por el mediador pueda escindirse conceptualmente del contenido propio del contrato de corretaje, como pretende GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX (21). Dicho autor extrae tales gestiones del ámbito objetivo de este tipo contractual, y limita el

(19) Primer párrafo del § 652 BGB: «(1) *Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittlung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt...*» (Quien promete un premio de corretaje por información sobre la oportunidad de concluir un contrato o por la mediación del mismo, únicamente está obligado al pago del premio si el contrato se concluye como consecuencia de la indicación o de la mediación hechas por el corredor).

(20) V.gr., en el artículo 415 del Código suizo de las obligaciones se dispone: «*Ove il mediatore, contrariamente ai patti, avesse agito anche nell'interesse dell'altra parte, o contrariamente alle norme della buona fede si fosse fatto promettere anche dalla medesima una ricompensa, egli non potrà pretendere dal suo mandante né la mercede né il rimborso delle spese*»; mientras que en el § 654 BGB se establece: «*Der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist*» (La pretensión al premio de la mediación y al reembolso de los gastos resulta excluida si el mediador, en contra del contenido del contrato, ha actuado también para la otra parte).

(21) GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., *La mediación inmobiliaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1988, págs. 47 y 48.

contenido del mismo a lo que podríamos identificar con una parte de sus posibles implicaciones: el corredor se hallará «obligado a mediar, limar las diferencias existentes, informar, actuar imparcial y discrecionalmente, etc.». Evidentemente, esta labor del mediador tiene gran relevancia, y puede formar parte del objeto del contrato de corretaje; no obstante, dentro de las variedades de mediación que se presentan en la práctica del tráfico jurídico, podemos encontrar hipótesis en las que el mediador se limita a «*mettere in relazione*» a los contratantes, esto es, a poner en contacto a sujetos interesados en concluir un concreto negocio jurídico.

Por cuanto se refiere a la situación jurídica originada por el contrato de mediación, ésta ha sido descrita por la SAP de Madrid, de 28 de diciembre de 2005, con las siguientes palabras: «La relación que surge del contrato de corretaje es relación triangular, formada por el agente y los interesados en el contrato. Entre éstos no hay relación contractual alguna hasta el momento en que presten el consentimiento sobre el contrato mediado. Entre el agente y su cliente existe la relación contractual de servicios ya definida más arriba, y entre el agente y el tercero que acepta las condiciones ofertadas tampoco existe relación contractual alguna, salvo que el encargo sea bilateral, por lo que los actos desarrollados entre el tercero interesado y el agente no son actos contractuales independientes, son actos debidos de recepción de ofertas en el cumplimiento del encargo concluido con su cliente». Así pues, en tanto no se perfeccione con alguna persona interesada el contrato deseado por quien llevó a cabo el encargo al corredor, la única relación jurídica verdaderamente existente es, precisamente, la que media entre estos dos últimos sujetos.

En cualquier caso, exista o no un mandato por parte del oferente de búsqueda de potenciales contratantes, la actividad del mediador responde a un encargo efectuado por aquél, que parece gozar de ciertas notas similares a las del mandato propiamente dicho (aunque se entienda que no constituye un contrato de mandato en sí mismo). De hecho, el legislador suizo introduce el término «mandato» en la descripción del contrato de corretaje: «...*il mediatore riceve il mandato di indicare l'occasione per concludere un contratto o di interporsi per la conclusione d'un contratto...*».

Esta es, asimismo, la caracterización que del contrato de corretaje ofrece nuestra jurisprudencia. En relación con este tema, nos parece bastante luminosa la configuración de este tipo contractual llevada a cabo por la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se subraya que el contrato de corretaje «*es un contrato de gestión e intermediación perteneciente al tronco común del mandato, por el que el agente se compromete a desplegar toda su diligencia para buscar un tercero que asuma las condiciones ofertadas*». A pesar de que en esta decisión jurisprudencial se admite la existencia de puntos esenciales de conexión entre la mediación y el mandato, más adelante trata de deslindar ambas figuras: «*Obviamente el agente disfru-*

ta de ciertas facultades que pueden hacer creer en la existencia del mandato, pero su caracterización no es esa. Las facultades concedidas son las precisas para el desarrollo del encargo pero no más; el agente es un profesional liberal cuya misión es la de mediar y poner en contacto a futuros contratantes, sin intervenir en el contrato».

En opinión de SANPONS, ha de reconocerse que el corretaje representa una «subespecie del mandato», si bien se trata de una figura autónoma, «porque su objeto le ha dado naturaleza propia al consistir en la *«puesta en relación para la conclusión de un negocio»*, según las definiciones del contrato de corretaje más aceptadas jurisprudencialmente». Por lo tanto, si el vínculo que liga a un sujeto con otro tiene por objeto dicho cometido, no nos hallaremos frente a un puro mandato, sino ante una mediación, aunque la actuación de aquél sea «por cuenta o encargo» de éstos. Como consecuencia de tal circunstancia, serán de aplicación las reglas propias del corretaje, en detrimento de los artículos 1.709 y siguientes del Código Civil (22). En relación con el criterio del citado autor, hemos de manifestar nuestra absoluta conformidad con la primera parte de su disertación, si bien no coincidimos plenamente con sus conclusiones. En este sentido, SANPONS enfatiza la no aplicabilidad, en materia de mediación, de las normas referidas al mandato, pues habrán de ser aplicadas las reglas propias del corretaje.

En línea de principio, esta aseveración nos parece completamente correcta y defendible. No obstante, a nuestro modo de ver, dicha afirmación habría de ser matizada, ya que nos hallamos frente a un contrato no regulado sistemáticamente en nuestro ordenamiento jurídico, y que, como consecuencia, ha sido configurado jurisprudencialmente. Dentro de la construcción que reiteradamente han llevado a cabo los Jueces y Tribunales en relación con el contrato de corretaje, en numerosas ocasiones se han remitido, precisamente, a la regulación legal del mandato, siempre y cuando no colisione con la esencia de la mediación (23).

Aunque no son figuras *gemelas* (24), ha de reconocerse la presencia de ciertas similitudes entre el contrato de mediación y el de mandato. De hecho,

(22) SANPONS, *op. cit.*, págs. 56 y 57.

(23) Vid., entre otras, STS de 5 de febrero de 1996. Según explica RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, pág. 281, núm. 19), «la proximidad entre mandato y corretaje deriva [...] de la versatilidad del contrato de mandato, base de múltiples contratos destinados a satisfacer necesidades gestoras».

(24) En la doctrina española, vid., v.gr., BONET CORREA, *El contrato de corretaje o mediación*, cit., pág. 1626. En la STS de 10 de noviembre de 2004 se manifiesta que el mediador no tiene la representación de quienes le hacen el encargo, sino que simplemente facilita el contacto y el acuerdo entre las partes contractuales; no es un mandatario (no obstante, no debemos olvidar que puede existir mandato si representación). Según explica la Cassazione italiana, en sentencia de 20 de enero de 1960, «la differenza fra mediazione e mandato non consiste nella provenienza (bilaterale o unilaterale) dell'incarico, ma nel

cabe englobar el corretaje, el mandato civil y la comisión mercantil, dentro de la superestructura que conforman los «contratos de colaboración». Fue en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 1922, donde, por primera vez, desde un punto de vista jurisprudencial, se deslindaron conceptualmente estos contratos. Sin embargo, pese a dotar a la mediación de autonomía jurídica, el Tribunal Supremo continuaba aceptando las semblanzas entre ésta y el contrato de mandato. Tal circunstancia resulta de capital relevancia, sobre todo si tenemos en cuenta la ausencia de regulación del contrato de corretaje en nuestro ordenamiento jurídico (25).

En la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos hallar algunas decisiones donde el Juzgador se esfuerza en hacer patentes las diferencias existentes entre el corretaje y el mandato. En tal sentido, en la STS de 10 de noviembre de 2004 se indica que la calificación de un contrato como «de

fatto che chi accetta l'incarico è tenuto, nel mandato, all'obbligo di curarne l'esecuzione dietro corrispettivo che è dovuto anche se il contratto col terzo non sia stato concluso, mentre a tale obbligo non è tenuto il mediatore il quale ha soltanto l'onere di mettere in relazione i futuri contraenti per appianare le divergenze e per concludere l'affare». Como indica BOLAFFIO, L. («Dei mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale», en *Il Codice di Commercio commentato*, vol. II, 5.ª edic., coord. por L. BOLAFFIO y C. VIVANTE, UTET, Torino, 1923, págs. 21 y 22), a diferencia del mandatario, el mediador ejerce su función en los tratos preliminares, si bien desaparece cuando éstos conducen al resultado perseguido por su actuación. El mediador despliega sus gestiones en interés de las dos partes del contrato pretendido (*utriusque consensu ac voluntate adhibitus*), y no exclusivamente de quien ha requerido su actividad de intermediación. Por el contrario, el mandatario constituye un órgano jurídico de uno de los contrayentes. A su modo de ver, el corretaje supone «una forma speciale di locazione d'opera, rapporto unico, concluso dal mediatore con le parti che ne accettano o chiedono l'intervento per agevolarsi la conclusione dell'affare che le interessa. Se questo no si conclude, nessun compenso spetta al mediatore, appunto perchè è il risultato dei suoi servizi di intermediario, e non i servizi, indipendenti da tale risultato, che le parti intendono di procurarsi». En consonancia con estas afirmaciones, según el citado autor (*op. cit.*, págs. 23 y 24), el mandatario y el comisionista «contratan», mientras que el mediador «hace contratar» (como se delineaba la actividad del mediador en Venecia, su función consiste en «*trottar, trattar, tegner e far contrattar*»). Como puede observarse, BOLAFFIO considera que la mediación es una «forma especial de *locatio operis*»; la especialidad de esta modalidad radica, precisamente, en la absoluta libertad de contratar que tienen las partes, y en la absoluta libertad de hacer contratar de la que goza el mediador (*op. cit.*, pág. 26). Por su parte, REZZARA (*op. cit.*, pág. 23) entiende que la mediación constituye una «prestazione d'opera *sui generis*». En nuestro país, parte de la doctrina estima que las normas relativas al contrato de arrendamiento de obra resultan aplicables a la mediación [vid., por todos, BONET RAMÓN (*op. cit.*, pág. 801), si bien indica que tales normas han de ser «convenientemente adaptadas a su tipicidad, ya que tampoco puede considerarse como un contrato de empresa puro y simple»]. En la doctrina francesa, BÉNABENT, A. (*Droit Civil, Les contrats spéciaux*, 2.ª edic., Ed. Montchrestien, Paris, 1995, pág. 371) indica que «le *courtier* n'est pas un mandataire en ce qu'il se borne à rapprocher des parties sans conclure l'acte qu'elles passent elles-mêmes directement».

(25) Esta falta de atención al contrato de mediación por parte de nuestro legislador ha propiciado que, en numerosas ocasiones, la doctrina y la jurisprudencia hayan sostenido la aplicación de las normas relativas al mandato, aunque sea de manera subsidiaria.

mediación» excluye, *ab radice*, su inserción en el ámbito del mandato (26). Aunque entendemos que, efectivamente, el corretaje constituye un tipo contractual autónomo y diverso del mandato, no compartimos la obstinación mostrada por el Alto Tribunal en esta sentencia, al rehusar la aplicación a aquél de las normas relativas a éste. Naturalmente, en un primer término habrán de aplicarse las normas propias del contrato de mediación. Sin embargo, como ya hemos indicado, nos hallamos frente a un contrato carente de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico (a diferencia de lo que acontece en otros países), y cuya configuración se ha llevado a cabo, principalmente, en el ámbito jurisprudencial.

Por consiguiente, resulta evidente que, en la práctica, las escasas reglas de carácter reglamentario, propias del corretaje, no darán una respuesta satisfactoria a todas las cuestiones que puedan suscitarse en torno a esta figura. Esta falta de plenitud de las reglas relativas a la mediación autoriza, en nuestra opinión, el recurso a los preceptos reguladores del contrato de mandato. Si bien admitimos que corretaje y mandato constituyen tipos contractuales diversos, entendemos que ambos se hallan incardinados, tal y como expusimos anteriormente, en el seno de los «contratos de gestión» o «de colaboración» (27). Como consecuencia de ello, nos resulta incomprensible el afán excluyente en relación con las normas reguladoras del mandato, cuando no existe una solución jurídica a un problema concreto surgido en torno a un contrato de mediación. Especialmente, si tenemos en cuenta los términos del artículo 4.1 de nuestro Código Civil, donde se dispone: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Evidentemente, no resultará aplicable directamente toda la regulación del mandato, pero sí algunos de sus preceptos (28).

(26) No obstante, podemos hallar viejas sentencias donde nuestro Tribunal Supremo, incluso, consideró que el contrato de corretaje no era más que una especie de mandato, y que, por consiguiente, había de regirse por sus normas (v.gr., STS de 11 de junio de 1947).

(27) PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en las anotaciones a la obra de L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Derecho de Obligaciones, vol. 2.º, Primera Parte, 15.ª revisión por H. LEHMANN, trad. esp. con anotaciones de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 3.ª edic., Ed. Bosch, Barcelona, 1966, pág. 564: «Su contenido guarda alguna analogía con los contratos de servicios y de mandato (...); la actividad del mediador puede considerarse comprendida en el amplio molde del mandato».

(28) En opinión de ORTEGA PARDO, G. (*Cuasi-contratos atípicos*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, ADC, Madrid, 1948, págs. 26 y 27), los contratos atípicos, en general, habrán de regirse, en primer lugar, por la voluntad de las partes. En lo no previsto por ellas, deberá recurrirse a las normas de los contratos típicos más afines, siempre y cuando resulten apropiadas a su naturaleza, y «no le repugnen». Posteriormente, serán de aplicación, por parte del intérprete, los principios generales de las obligaciones y contratos. Finalmente, se acudirá a los principios generales del Derecho, que otorgan una gran libertad al Juzgador.

En relación con este tema, en el ordenamiento jurídico suizo, a pesar de contener seis preceptos relativos al corretaje, se dispone: «*Le disposizioni del mandato propriamente detto sono in genere applicabili al contratto di mediazione*» (cfr. art. 412.2). No obstante, hemos de recordar que el legislador helvético considera que el contrato de corretaje constituye una forma de mandato. Según nuestro criterio, pese a la evidente proximidad del corretaje con el mandato, parece exagerada y técnicamente incorrecta la configuración de aquél como un «contrato de mandato» (29). Esta aseveración no impide, sin embargo, considerar adecuada una remisión, con carácter supletorio, a las normas que rigen el mandato, cuando no contraríen la idiosincrasia del contrato de mediación.

III. CONFIGURACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Una vez estudiado el contrato de mediación desde un punto de vista conceptual, procedemos a continuación a efectuar un análisis de los caracteres más destacados del mismo, determinados por los Tribunales y por la dogmática.

I. ATIPICIDAD

Son innumerables las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia (30) ha calificado el contrato de mediación como un contrato atípico (o *sui generis*) e innominado (31). De hecho, tales epítetos resultan ya empleados como una

(29) Crítica BOLAFFIO (*op. cit.*, pág. 17, núm. 1) al legislador suizo, cuando señala que «ha fatto prevalere nel codice unico la tendenza civilistica di configurare espressamente la mediazione come una forma di mandato».

(30) Vid., entre otras, SSTs de 6 de octubre de 1990, 8 de abril de 1991, 18 de marzo de 1994, 4 de julio de 1994 y 28 de junio de 1996. En este punto, la jurisprudencia menor se muestra plenamente respetuosa con la tendencia trazada por el Tribunal Supremo; vid., por ejemplo, SSAP de Córdoba, de 2 de octubre de 2000, 7 de diciembre de 2000, 9 de mayo de 2001, 25 de octubre de 2001; SAP de Barcelona, de 30 de abril de 2004 (donde se habla de un contrato innominado *sui generis*); SAP de Lérida, de 17 de noviembre de 2004, y SAP de Almería, de 14 de febrero de 2005. En opinión de RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, pág. 201, n. 110), los calificativos «atípico» y *sui generis* son sinónimos.

(31) Según explica GÁZQUEZ (*Notas...*, cit., págs. 867 y 868), el contrato de mediación es atípico e innominado, pues no goza de regulación normativa propia, ni tiene nombre legal. Aunque JORDANO BAREA, J. B. («Los contratos atípicos», en *RGLJ*, segunda época, T. XXVII, 1953, págs. 59 a 61) observa que no cabe confundir «atípico» e «innominado», entendiéndose que resulta preferible abandonar la añeja nomenclatura de *contrato nominado e innominado*, y hablar de *contrato típico y atípico*, «pues lo decisivo es tener o no una disciplina particular»; por su parte, DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico*,

cláusula de estilo, y no como una circunstancia que vaya a determinar unas concretas consecuencias. No obstante, no se trata de un contrato completamente atípico, pues existen algunas normas que regulan, si bien con una trascendencia limitada, determinados aspectos de la actividad de los mediadores en concretos ámbitos de la actividad comercial (v.gr., en el campo de los agentes de la propiedad inmobiliaria, o en el de la publicidad). A pesar de ello, parece que, en términos generales, cabe apreciar la atipicidad de esta suerte de contratos (32).

Como atinadamente pone relieve GÁZQUEZ, en torno a las actividades de intermediación ha ido surgiendo un Derecho especial, «debido precisamente a la rigidez de la norma civil» (33). Por cuanto al corretaje se refiere, al margen de las antedichas normas reglamentarias de tipo sectorial, nuestra legislación guarda un inquietante silencio (34). Tal circunstancia ha motivado —dada la formidable relevancia que la actividad mediadora ha alcanzado en nuestro tráfico jurídico— que nos hallemos frente a un contrato «de configuración jurisprudencial». Son los Jueces y Tribunales quienes, una vez escrutadas las diversas construcciones doctrinales, precisan cuáles son las normas aplicables a esta clase de contratos, así como sus características.

Pese a la posible inseguridad que genera la presencia de los «contratos atípicos», merecen un juicio favorable, tanto desde el punto de vista jurídico como desde la perspectiva económica. El propio legislador ha sido consciente de las limitaciones inherentes al ordenamiento jurídico, de tal manera que dio carta de naturaleza al principio general de autonomía de la voluntad, que hoy

Ed. Civitas, Madrid, 1971, reimpr. 2002, pág. 202) considera que la «vieja distinción romanista entre contratos nominados e innominados va siendo modernamente desplazada por la de negocios típicos y negocios atípicos»; en parecidos términos, vid. ORTEGA PARDO, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

(32) Las normas existentes reguladoras del contrato de mediación contemplan cuestiones relacionadas con el Derecho Administrativo, y no pertenecen al ámbito del Derecho Privado.

(33) GÁZQUEZ, *Notas...*, cit., pág. 861.

(34) Explica GIRÓN TENA, J. [*Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, 1.^a edic., Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 128 a 134, especialmente, en pág. 132], cuando aborda la cuestión de la «descodificación» y la «anticodificación», que las transformaciones constantemente operadas en la economía de mercado colisionan generalmente con el ideal de permanencia inherente a los Códigos; como consecuencia de ello, han proliferado las leyes especiales, tanto en materia civil como en el ámbito mercantil, para ofrecer una correcta respuesta a las necesidades emergentes. Sin embargo, hemos de poner de relieve la ausencia de normas específicas referidas al contrato de corretaje en general. Sobre esta materia, vid., asimismo, PUIG BRUTAU, J. [*La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, págs. 130 a 159], quien explica que «la codificación napoleónica también participó del utopismo enciclopedista de la época, revelado en la creencia de que se había llegado a un saber definitivo sobre las verdades de toda especie, hasta el punto de considerar que sólo hacía falta ordenarlas y explicarlas en términos claros y fácilmente asequibles para que llegaran a conocimiento de todo el mundo» (*op. cit.*, pág. 139).

encuentra su sede en el artículo 1.255 del Código Civil (35). Por otra parte, los contratos atípicos resultan de todo punto imprescindibles, en aras de ofrecer una adecuada respuesta a las modernas necesidades socioeconómicas, que no pueden ser satisfactoriamente atendidas a través de los tipos contractuales ya regulados.

Cabe cuestionarse si, realmente, se trata de un contrato autónomo e independiente, o bien de una simple variante de otro contrato preexistente. Como pusimos de relieve con anterioridad, la mediación pertenece al amplio grupo de los «contratos de gestión» o «de colaboración», dentro del cual ocupan un lugar destacado el mandato y la comisión mercantil. Al igual que estos dos últimos contratos constituyen dos tipos negociales diferenciados, a pesar de gozar de algunos caracteres comunes, el contrato de corretaje presenta relevantes peculiaridades (36).

Según expone PUIG BRUTAU, en relación con la mediación, en principio, se ha pretendido alcanzar una regulación mediante su equiparación a uno de los contratos ya disciplinados en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, considera que semejante técnica encubre el verdadero problema: «hallar la solución adecuada a las cuestiones que el corretaje suscite, atendidas por sus propios méritos, y no de manera indirecta, a base de intentar la asimilación del contrato no dotado de tipicidad legal a los que ya están concretamente regulados en el Código» (37).

El contrato de mediación, según se indica —entre otras— en la STS de 2 de octubre de 1999, «es un contrato atípico en nuestro Derecho, que aunque tenga similitud o analogía con el de comisión, con el de mandato e incluso con el de prestación de servicios, sin embargo nunca responderá a una com-

(35) Como expone SANPONS (*op. cit.*, págs. 35 y 36), el sistema español ocupa un lugar intermedio en relación con dos sistemas tradicionalmente antagónicos: *a*) el Derecho Romano clásico, donde únicamente se reconocía eficacia jurídica a los contratos previamente reconocidos «en serie cerrada»; y *b*) el *common law*, en el que se confiere eficacia a todo acuerdo de voluntades que satisfaga determinados requisitos, «cuya admisión no se halla adscrita a unas figuras típicas que, a lo sumo, se presentan como ramas jurídicas independientes».

No obstante, en relación con el Derecho Romano, hemos de señalar que, pese a los vanos esfuerzos de los juristas clásicos por reconducir a los esquemas contractuales típicos varias figuras contractuales no reconocidas, en el Derecho «post-clásico» se fracturó el sistema contractual de *numerus clausus*, y, como explica JÖRS, P. (*Derecho Privado Romano*, edición totalmente refundida por W. Kunkel, trad. esp. de la 2.^a edic. alemana por L. PRIETO CASTRO, Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1937, pág. 350), se extendió la admisibilidad de los contratos sin formalidades, casi hasta los límites de la libertad de contratación (aunque a sus creadores «no les pasó apenas por la imaginación esta idea, lo que constituye la prueba más palmaria de la medida en que la doctrina postclásica era dependiente de sus antecedentes clásicos»).

(36) En este sentido, cfr. la ya transcrita SAP de Madrid, de 28 de diciembre de 2005.

(37) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956, págs. 400 y 401.

binación formada con los elementos de dichas figuras contractuales típicas». Por consiguiente, no nos hallamos frente a un *contrato complejo*, pues el corretaje no constituye, sin más, una mera amalgama de elementos de otros tipos contractuales, sino que ofrece sus propias singularidades (38).

A pesar de ello, parece razonable sostener la aplicabilidad a la mediación de ciertas normas atinentes a tipos negociales afines, cuando se plantean determinadas cuestiones donde no resulta justificado ofrecer soluciones diferentes de las preceptuadas en relación con otros contratos. En este ámbito, cobran una especial relevancia las palabras de PUIG BRUTAU, para quien resulta esencial prestar atención a las divergencias existentes entre los contratos ya regulados y aquellos que, por el contrario, se hallan en proceso de formación a través de la jurisprudencia y de la actuación profesional de los juristas (39). La señalada consideración de las particularidades propias de la mediación no impide, a nuestro modo de ver, volver la mirada hacia los contratos próximos a ésta, en aras de alcanzar, para ciertas cuestiones, el resultado más satisfactorio.

Aseverar que el contrato de corretaje es «atípico y no complejo» no comporta, a nuestro juicio, que la totalidad de sus normas resulten diferentes de las del resto de contratos efectivamente regulados por nuestro ordenamiento jurídico. En realidad, aunque deslindemos conceptual y jurídicamente dos tipos negociales, ofrecer soluciones diversas para hipótesis similares conduciría, de manera inexorable, a la consumación de resultados eminentemente injustos. En apoyo de esta opinión, cabe señalar la presencia en nuestra legislación civil de contratos donde, pese a resultar palmariamente diferenciados y autónomos, el legislador ha ofrecido idéntica resolución a problemas análogos (v.gr., arrendamiento de obra, mandato y depósito) (40).

(38) A pesar de ello, GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX (*op. cit.*, pág. 45) considera que se trata de un contrato relativamente atípico, que debería ser incluido en la categoría de los contratos mixtos. No obstante, un importante sector doctrinal sostiene que todos los contratos son «mixtos». En este sentido, DUALDE GÓMEZ, J. («La materia contractual única», en *Libro-homenaje al Profesor don Felipe Clemente de Diego*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1940, págs. 32 y 34) afirma que «*todos los contratos son mixtos*, tanto los atípicos como los típicos. Una confiada promiscuidad de términos técnicos ha impedido la visión de la realidad de las cosas»; «(...) Pero sería mejor no prescindir de la notoria semejanza que existe [entre el contrato de arrendamiento de un bosque talar, de una mina o de una cantera, y el contrato de compraventa de árboles maderables o de las materias que se han de extraer] en el fondo y en el juego de los intereses, y reconocer que se trata de matices de transición (...)». A esta opinión se adhieren, entre otros, SANPONS, *op. cit.*, pág. 37, n. 21, y PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. I, 2.ª edic., ampliada y puesta al día, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978, págs. 456 a 459), quien hace suya una frase de R. W. LEE: «*todos los contratos participan de la misma naturaleza y todos toman una coloración especial de la materia a que se refieren*».

(39) PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, T. II, vol. II, cit., pág. 401.

(40) En estas tres clases de contrato, en nuestro Código Civil se ha dispuesto el denominado *derecho de retención* en favor del contratista de la obra, del mandatario y del depositario: artículo 1.600 («*El que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene el dere-*

En el caso de la mediación, podemos constatar que los Tribunales españoles, al abordar las posibles soluciones frente a los problemas que se presentan en la práctica, recurren a la aplicación extensiva de las normas relativas al contrato mandato. En nuestra opinión, esta determinación frecuentemente adoptada por nuestra jurisprudencia parece acertada, dadas las incontrovertibles semejanzas que, desde la perspectiva causal, guarda el corretaje con el resto de «contratos de colaboración» (41).

En nuestra práctica jurisprudencial, dada la falta de regulación del contrato de corretaje, éste se rige por las normas fijadas por las partes (de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.255, 1.088 y 1.091 del Código Civil), y, en su defecto, por las disposiciones generales sobre contratos contenidas en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (SSTS de 28 de febrero de 1957, 1 de diciembre de 1986 y 6 de octubre de 1990). Asimismo, resultarán aplicables los usos y costumbres propios de su naturaleza, tal y como se contempla en los artículos 1.258 y 1.287 del mismo cuerpo legal (SSTS de 17 de marzo de 1962 y 26 de septiembre de 1996); por otra parte, en cuanto puedan ser oportunas, serán de aplicación, por analogía, las reglas que le sean afines de aquellos contratos típicos con los que guarda íntima relación, como el mandato (de manera destacada, pues continúa siendo una especie de *contrato matriz*), la comisión mercantil y el arrendamiento de obras y servicios, siempre y cuando tales normas no vulneren la esencia del corretaje (entre otras, SSTS de 8 de febrero de 1956, 18 de octubre de 1956, 17 de marzo de 1962, 5 de febrero de 1996, 2 de octubre de 1999 y 21 de marzo de 2007): «*ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio iuris esse debet*». Finalmente, además de prestar especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su configuración del contrato de mediación (ex art. 1.6 del Código Civil), hemos de tomar también en consideración la doctrina científica y los criterios ofrecidos en el Derecho extranjero, siempre y cuando hayan sido contemplados en dicha jurisprudencia (42).

La cuestión radica, por consiguiente, en identificar aquellas notas del contrato de mediación que lo conforman como un tipo negocial autónomo dentro del mencionado grupo de los «contratos de colaboración».

cho de retenerla en prenda hasta que se le pague»), artículo 1.730 («*El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores*»), y artículo 1.780 («*El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se deba por razón del depósito*»).

(41) Vid. la exposición sobre este punto que hemos efectuado, *supra*, en el apartado II de este artículo.

(42) V.gr., en la STS de 2 de octubre de 1999 expresamente se afirma: «(...) todo lo cual encuentra su apoyo normativo en el artículo 1.754 del Código Civil italiano, que puede tomarse en vía de ejemplo» (la misma argumentación podemos encontrarla en SAP de Ávila, de 14 de noviembre de 2001). También se alude al artículo 1.754 del *Codice* en la STS de 21 de marzo de 2007.

No obstante la aludida atipicidad jurídica del contrato de mediación, hemos de poner de manifiesto que goza de una amplia «tipicidad social» (43). En ocasiones, encontramos negocios jurídicos atípicos que resultan muy frecuentes como fenómeno social, a los cuales se dota de un *nomen iuris* y de una disciplina doctrinal y jurisprudencial (44).

Dentro del concepto de «tipificación social», CASTRO LUCINI introduce una nueva distinción: en primer término, alude a la tipificación social *simple*, que se presenta cuando un determinado contrato todavía no se halla corroborado por los usos, la jurisprudencia y la doctrina: por el contrario, cuando hace referencia a la tipificación social *reiterada*, alude a aquellos contratos que, si bien todavía no han sido recogidos por el legislador, gozan ya de una firme configuración en el ámbito práctico, jurisprudencial y doctrinal (45).

Esto último es, precisamente, lo que acontece en relación con el contrato de corretaje, ya que existe una ingente cantidad de decisiones jurisprudenciales donde se consolidan varias soluciones en torno a los problemas prácticos surgidos en la actividad mediadora. Se trata de un tipo contractual profundamente arraigado en nuestro tráfico jurídico, pues se emplea de manera cotidiana, tanto por parte de empresarios como por parte de particulares, con el propósito de encontrar personas interesadas en contratar. Asimismo, podemos encontrar varios trabajos doctrinales donde se analizan los problemas derivados del corretaje, y se proponen diversas vías para su solución. Por lo tanto, cabe afirmar que disfrutamos de un enorme caudal de experiencias prácticas y de estudios teóricos en relación con el contrato de mediación.

A nuestro modo de ver, dado que nos hallamos frente a una realidad social y económica de gran envergadura, el legislador debería dirigir sus esfuerzos a elaborar una norma específica sobre el contrato de corretaje (46). De este modo, se evitarían innecesarias incertidumbres en torno a dicha institución, así como soluciones jurisprudenciales contradictorias. En este sentido, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, han sido varios los ordenamientos jurídicos extranjeros que han dedicado algunos de sus precep-

(43) Vid., por todos, DE CASTRO (*op. cit.*, pág. 211), quien hace referencia a las numerosas ocasiones en las que se han presentado casos al Tribunal Supremo referidos al contrato de corretaje.

(44) Sobre la distinción entre «tipicidad legislativa» y «tipicidad social», vid. JORDANO BAREA, *op. cit.*, págs. 61 a 64.

(45) CASTRO LUCINI, F., «Los negocios jurídicos atípicos», en *RDN*, julio-diciembre de 1974, pág. 33.

(46) En este mismo sentido, vid., entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F. («El Código de Comercio y los contratos mercantiles», en *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, pág. 220), quien, tras elogiar al legislador por la inclusión del contrato de comisión en el Libro II del Código de Comercio, pone de relieve «que sin embargo se quedó extraordinariamente corto (...) porque el Código omitió toda referencia a otros contratos de colaboración externa al comerciante, como podían ser el contrato de agencia y el contrato de mediación o corretaje».

tos a regular esta materia (47). La situación actual constituye una oportunidad notable para abordar tal empresa, pues son muy numerosas las decisiones judiciales referidas al contrato de corretaje, y existen consolidados usos sobre el particular en el tráfico jurídico.

Debe considerarse que ha sido ya agotada la «fase de tipicidad social» en el seno del *proceso de creación jurídica permanente* (48), y que el escenario actual apremia al legislador a penetrar en la siguiente etapa: la «fase de tipicidad legislativa» (49). Parece evidente, pues, que ha llegado el momento de hacer patente la «colaboración» entre la jurisprudencia y el legislador, en el sentido que, con carácter general, expresó ÁLVAREZ VIGARAY (50). En nuestra opinión, el contexto actual resulta propicio a tal efecto, y la adaptación de la legislación a la realidad práctica constituiría la plasmación de lo que, en

(47) A mitad del siglo XX, PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, T. II, vol. II, cit., pág. 401) llamó la atención sobre la necesidad de regular esta materia: «Por lo que se refiere al corretaje, se halla en España en la fase de concreción normativa por medio de la jurisprudencia de los Tribunales. Si se aprovechan las enseñanzas de esta fase de casuismo judicial será posible establecer después la regulación legal del corretaje, como ya sucede en algunos Códigos. [...] Este proceso de formación podría acelerarse si la jurisprudencia fuera examinada con una técnica adecuada al Derecho del caso, que permitiera señalar hasta qué punto son efectivas las variaciones de criterio, o si, por el contrario, responden a la concurrencia de circunstancias diferentes. De la misma manera convendría señalar cuándo una afirmación general corresponde a la situación concreta de los intereses en conflicto o es una generalización excesiva, tal vez impuesta por la manera de estar formulados los motivos del recurso de casación».

(48) Según la exposición de PUIG BRUTAU (*La jurisprudencia...*, cit., pág. 157), cabría afirmar que la dicotomía «tipicidad social-tipicidad legislativa» supone la identificación de dos etapas en el proceso de creación jurídica permanente, pues «el legislador no está en condiciones de dictar normas generales, en materia de Derecho Privado, hasta que, a través del empirismo resultante del Derecho de juristas, percibe su necesidad y su necesario alcance». En su opinión, la renovación jurídica se produce incesantemente a través de la «actividad de órganos no reconocidos oficialmente con el carácter de constituyentes» (*op. ult. cit.*, pág. 148).

(49) Aunque SANPONS (*op. cit.*, págs. 37 y 38) literalmente afirme que «tampoco podemos decir que sea un contrato completamente atípico [...], cuando está preparando lentamente una normatividad legal, a través de los usos convencionales y de la interpretación constructiva de los Tribunales», seguidamente indica que cuando un contrato alcanza una gran relevancia económica, y se emplea frecuentemente por el pueblo —como acontece en el caso del corretaje—, «debe ser incorporado a la Ley».

(50) ÁLVAREZ VIGARAY, R. («Las mutuas influencias entre la Legislación y la jurisprudencia», en el *Libro-homenaje a Ramón M.^o Roca Sastre*, vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 829 a 832) observa que, dado el contacto directo de los Jueces y Tribunales con los problemas jurídicos de la vida, se encuentran en una posición privilegiada para detectar los defectos y distorsiones de las normas jurídicas, de tal manera que pueden ofrecer una opinión ciertamente cualificada para su modificación. De este modo, se evitaría el distanciamiento, cada vez más acusado, entre las necesidades prácticas y el ordenamiento jurídico, que es lo que, en su opinión, se pretende evitar con las Disposiciones Adicionales 1.^a y 2.^a del Código Civil (en esta última, el precitado autor intuye «un atisbo de una incipiente sociología jurídica, como otro elemento destacado en la tarea de auxiliar a una buena renovación o modificación del Código»).

su día, aseveró PORTALIS, uno de los padres del *Code Civil* napoleónico: «*on ne fait pas les codes, ils se font*».

En definitiva, regular esta materia es no sólo conveniente, sino también necesario, aunque ello suponga una nueva manifestación de la siempre vigente máxima enunciada por KIRCHAMNN: un plumazo del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas en papeles sin valor.

2. *FACIO UT DES*

Aunque, desde la STS de 10 de enero de 1922, la jurisprudencia reiteradamente califica el contrato de mediación como un contrato *facio ut des* (51), nos hallamos, nuevamente, frente a una cláusula de estilo que carece de carácter determinante. Según observa RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (52), cabe la posibilidad de concebirlo como un contrato *facio ut facias*, o un *do ut facias*. Por consiguiente, mientras que la prestación del mediador consiste siempre en un *facere*, la contraprestación o premio que ha de satisfacer el oferente puede consistir en «dar» o en «hacer» alguna cosa.

Por otra parte, como oportunamente advierte BONET CORREA (53), la concepción del contrato de corretaje como un contrato *facio ut des* resulta de todo punto inexacta, pues la mera actividad del mediador no genera ningún deber de prestación por parte de quien efectuó el encargo. La pretensión de cobro de los honorarios del corredor (*des*) no emerge cuando ha llevado a cabo las gestiones propias de su cometido (*facio*), sino en el momento en el que, como consecuencia de su intervención, se perfecciona el contrato anhelado por el oferente con el sujeto indicado por aquél. Por lo tanto, su derecho al cobro se halla subordinado no sólo a la efectiva realización de gestiones por su parte, sino también al éxito final de las mismas.

En nuestra opinión, estas consideraciones resultan apropiadas, asimismo, para las hipótesis en las que se configure la mediación como un contrato *facio ut facias*, o *do ut facias*. En estos casos, si el contrato entre quien realizó el encargo del corretaje y el sujeto señalado por el mediador no llega a concluirse, a pesar de las diligentes actuaciones de éste, el oferente no podrá verse compelido a cumplir el *facere* (en el primer supuesto), o tendrá derecho a que se le reintegre lo que entregó por adelantado en concepto de *dare* (en el segundo).

(51) Vid., v.gr., SSTS de 6 de octubre de 1990, 22 de diciembre de 1992, 4 de julio de 1994, 4 de noviembre de 1994, 28 de junio de 1996; SSAP de Córdoba, de 2 de octubre de 2000, 7 de diciembre de 2000, 9 de mayo de 2001 y 25 de octubre de 2001; SAP de Lérida, de 17 de noviembre de 2004; SAP de Almería, de 14 de febrero de 2005; SAP de Baleares, de 11 de marzo de 2005; SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005; SAP de Madrid, de 18 de octubre de 2005.

(52) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *op. cit.*, pág. 206.

(53) BONET CORREA, *El contrato de corretaje o mediación*, cit., págs. 1623 y 1624.

3. ONEROSIDAD

Según la jurisprudencia, es la *onerosidad* una nota caracterizadora del contrato de corretaje (54). Incluso, se ha llegado a afirmar que es, precisamente, esta nota una de las que conceptualmente deslindan el contrato de mediación y el de mandato (55). En este sentido, en la STS de 8 de febrero de 1956 se afirma: «no cabe olvidar que es esencial al concepto del contrato de corretaje [...] la percepción de una comisión o retribución como compensación al servicio prestado...» (56).

En opinión de cierto sector doctrinal, en la hipótesis del corretaje la remuneración del mediador tiene su apoyo normativo en los artículos 1.091, 1.254, 1.256 y 1.258 del Código Civil (57), ya que se considera que no resulta de aplicación el artículo 1.711 del Código Civil (58), referido al contrato de mandato (en este mismo sentido, cfr. STS de 18 de octubre de 1956). El fundamento de la remuneración del mediador se localiza en el provecho que su actividad ha originado en favor de quien llevó a cabo el encargo (59).

A pesar de ello, quizá no quepa conferir una relevancia decisiva a esta característica, en aras de distinguir dichos contratos (mediación y mandato), pues en el último precepto citado se introduce una presunción de existencia de retribución cuando el mandatario actúa profesionalmente en el desarrollo del encargo. Según indica SANPONS (60), en el segundo párrafo del artículo 1.711 del Código Civil se establece esta presunción porque quien encarga un servicio a un profesional «manifiesta la voluntad tácita de retribuirle, porque sabe *a priori* que es uso constante que las prestaciones se paguen sin necesidad de que exista un pacto añadido y constante». A nuestro juicio, no existe inconveniente en extender este razonamiento al ámbito del corretaje, cuando las gestiones de mediación han sido desplegadas por un sujeto que profesionalmente se dedica a dicha actividad.

Normalmente, la cuantía de los honorarios del mediador es acordada, con carácter previo al ejercicio de su labor, con quien realiza el encargo de tales

(54) SSAP de Córdoba, de 2 de octubre de 2000, 7 de diciembre de 2000, 9 de mayo de 2001, 25 de octubre de 2001; SAP de Lérida, de 17 de noviembre de 2004.

(55) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *op. cit.*, pág. 209.

(56) Cfr., asimismo, entre otras, STS de 2 de mayo de 1963.

(57) Vid., v.gr., SANPONS, *op. cit.*, pág. 144; GÁZQUEZ, *Notas...*, cit., pág. 882.

(58) Artículo 1.711 del Código Civil: «A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo».

(59) Según GÁZQUEZ (*Notas...*, cit., pág. 883), «es lógico que desde el momento en el que se perfecciona el negocio intermediado existe ya un beneficio para el cliente, y es a partir de ese instante cuando existe el derecho a la retribución, independientemente de que luego, por causas imputables a los contratantes, tal negocio no llegue a consumarse».

(60) SANPONS, *op. cit.*, pág. 144.

gestiones (61). Como acertadamente pone de relieve REZZARA, el importe de la remuneración del corredor no depende del tiempo dedicado a las gestiones mediadoras, ni de las mayores o menores dificultades surgidas en el desarrollo de su labor, sino, única y exclusivamente, de la magnitud económica del negocio (62).

No obstante, no cabe hacer de la fijación del premio un elemento esencial del contrato de corretaje, sin cuya presencia no habría contrato. Resulta indubitado que la existencia de un «precio cierto» constituye un elemento indispensable en el contrato de corretaje: sin él, el contrato carecerá de uno de los requisitos esenciales recogidos en el artículo 1.261 del Código Civil, y, como consecuencia, será *inexistente*. Sin embargo, para poder considerar que hay «precio cierto», no es imprescindible que éste se halle fijado cuantitativamente al perfeccionarse el contrato. A tal efecto, como constantemente ha declarado el Tribunal Supremo, es suficiente su *determinabilidad*, es decir, que su concreción pueda llevarse a efecto sin que sea necesario un nuevo convenio entre las partes contractuales (63).

(61) Según explica ENNECERUS (*op. cit.*, pág. 562), habitualmente la retribución del corredor se fija en dinero, si bien nada impide que consista en una prestación de otra naturaleza; en nuestra doctrina siguen esta misma tesis PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a la *op. cit.* de ENNECERUS, pág. 566.

(62) REZZARA, *op. cit.*, pág. 21. No obstante, en el artículo 417 del Código de las Obligaciones suizo se introduce una norma para evitar los abusos en los pactos sobre la cuantía de los honorarios del mediador: «*Se per indicare l'occasione di concludere un contratto individuale di lavoro od una vendita di fondi o per la mediazione di un tale contratto fu stipulata una mercede eccessiva, il giudice può ad istanza del debitore ridurla nella giusta misura*». En similares términos se expresa el legislador alemán en el § 655 BGB: «*Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrags oder für die Vermittlung eines solchen Vertrags ein unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen*» (Cuando por la información de la oportunidad de concluir un contrato de servicio o por la mediación de uno de estos contratos ha sido pactado un premio de corretaje desproporcionadamente elevado, puede ser reducido a una cantidad razonable mediante sentencia, a petición del deudor. Tras el pago del premio, la reducción queda excluida). Como es lógico, dado el silencio de nuestro legislador en materia de mediación, nada se dice sobre este particular en el ordenamiento jurídico español. No obstante, RODRÍGUEZ VALCÁRCE (*op. cit.*, pág. 956) afirma: «La prima será la pactada en condiciones de libertad, y moderada por el exceso por los Tribunales si estas condiciones faltan, atendidas las circunstancias del caso y a petición de parte legítima; pensemos aquí en el necesitado de dinero con verdadero agobio que pacta, no interés usurario, sino una prima que efectivamente lo sea. En ausencia de convención lícita, regirán las tarifas oficiales, y, en último término, los usos comerciales de la localidad debidamente probados en el proceso. Si aún éstos faltaren o fueren ambiguos o contradictorios, el problema, como cuestión de hecho, quedará a la prudente decisión valorativa de los órganos jurisdiccionales de instancia (no a la casación)».

(63) En este sentido, en el artículo 1.273 del Código Civil se dispone: «*El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación*

Por consiguiente, el precio se tendrá por «cierto» no sólo cuando su importe se haya acordado expresamente, sino también cuando pueda fijarse y conocerse a través de las tarifas de los Colegios o Asociaciones Profesionales del sector (64), o mediante el recurso a la costumbre o el uso frecuente en el lugar o plaza donde los servicios han de ser prestados (ex arts. 1.258 y 1.287 del Código Civil).

En relación con este tema, hemos de hacer referencia al segundo párrafo del artículo 1.711 del Código Civil, en el que se introduce la presunción del deber de retribución al mandatario, aunque no se haya establecido aquélla de manera explícita, cuando éste «*tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato*». Como puede comprobarse, el propio legislador admite la posibilidad de un contrato de mandato oneroso, en el que previamente no se ha fijado el montante de la remuneración que habrá de percibir el mandatario. Asimismo, en el artículo 277 del Código de Comercio se dispone: «*El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario. Faltando pacto expreso de la cuota se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión*».

En consonancia con la doctrina jurisprudencial, relativa al contrato de corretaje, que para su regulación remite —entre otros elementos— a los usos y a los preceptos de los contratos típicos con los que guarda íntima relación, en cuanto puedan ser oportunos (65), estimamos que los referidos artículos serán aplicables por analogía.

En definitiva, ni nuestro legislador ni nuestra jurisprudencia exigen que el importe de la remuneración por la mediación se halle expresamente determinado. Esta conclusión se infiere, de manera palmaria, del texto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 19 de enero de 2000, donde el Juzgador manifiesta: «La cuantía del corretaje dependerá de lo pactado en el contrato de encargo», pero si no consta pacto expreso sobre la retribución del mediador, «se entienden aplicables los aranceles o tarifas profesionales que correspondan». Así pues, en estas hipótesis se entenderá adecuada la retribución calculada «bien, por aplicación de las tarifas profesionales, bien por aplicación de la costumbre o uso mercantil de la plaza».

Esta opción de política legislativa ha sido expresamente acogida, asimismo, en algunos ordenamientos de nuestro entorno geográfico, donde el contrato de corretaje ha sido efectivamente regulado. Por ejemplo, en el

en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

(64) Vid., v.gr., SAP de Córdoba, de 7 de diciembre de 2000; SSAP de Lérida, de 13 de octubre de 2000, 17 de noviembre de 2004; SAP de Gran Canaria, de 9 de enero de 2004.

(65) Vid., *supra*, apartado III.1 de este trabajo.

§ 653 BGB se dispone que ha de considerarse tácitamente acordado el carácter oneroso de la mediación, cuando, en función de las circunstancias, sólo cabe esperar que el corredor desempeña su labor a cambio de una remuneración. Si el importe de esta retribución no ha sido determinado, su fijación ha de llevarse a cabo de acuerdo con las siguientes pautas: si existe una tarifa, deberá satisfacerse su montante; cuando no exista dicha tarifa, el mediador tendrá derecho a percibir los honorarios usuales (66). Esta materia ha sido disciplinada en similares términos en el *Codice Civile* italiano, en el Código de las Obligaciones suizo y, más recientemente, en el Código Civil brasileño de 2002 (67).

Cabe cuestionarse si surge el derecho a cobrar honorarios, indefectiblemente, siempre que las actuaciones del mediador hayan fructificado y, por consiguiente, hayan ocasionado un beneficio para quien le encargó tales gestiones. Es decir, ¿es posible configurar un contrato de corretaje *gratuito*? ¿o nos hallamos frente a un contrato ineludiblemente *oneroso*? Si se aceptara la hipótesis de una «mediación gratuita», ¿podría resultar de aplicación el primer párrafo del artículo 1.711 del Código Civil? De la respuesta que se ofrezca a estos interrogantes dependerá, en gran medida, la proximidad entre este tipo contractual y el mandato.

En relación con este tema, nos parece interesante lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.755 del *Codice*, en el que se conceptúa el corretaje como un contrato «oneroso»: «*Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti, se l'affare è concluso per effetto del suo intervento*». En su glosa, un importante sector doctrinal considera que el contrato de mediación es esencialmente *oneroso* (68), pero son numerosas y autorizadas las voces que se

(66) § 653 BGB: «(1) Ein Maklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. (2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen».

(67) Segundo párrafo del artículo 1.755 del *Codice*: «*La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità*». Artículo 414 del Código suizo de las Obligaciones: «*Se l'importo della mercede non è determinato, questa è dovuta secondo la tariffa esistente, ed in difetto di tariffa si ritiene convenuta secondo l'uso*»; no obstante, con el propósito de evitar eventuales abusos por parte del mediador, el legislador helvético ha previsto la facultad de moderación de la cuantía de la remuneración del mediador, cuando ésta resulte excesiva (art. 417 del mismo cuerpo legal: «*Se per indicare l'occasione di concludere un contratto individuale di lavoro od una vendita di fondi o per la mediazione di un tale contratto fu stipulata una mercede eccessiva, il giudice può ad istanza del debitore ridurla nella giusta misura*»). Artículo 724 del Código Civil brasileño: «*A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais*».

(68) Vid., por todos, AZZOLINA, *op. cit.*, pág. 78: «Una clausola di esonero dell'intermediato dall'obbligo di dare il compenso dovrebbe, quindi, in ogni caso, essere espres-

alzan, dentro de los juristas italianos, en contra de tal construcción teórica. En este sentido, hemos de hacer referencia a CARRARO, quien, una vez admitidas por la doctrina y jurisprudencia italianas las cláusulas que exoneran a uno de los contratantes del pago de la remuneración al mediador (cláusula «*franco di mediazione*»), no encuentra obstáculo alguno para reconocer que la figura del mediador permanece inalterada aunque renuncie de manera absoluta a sus honorarios. Por lo tanto, según su opinión, no existe ninguna dificultad en la admisión de un contrato de corretaje gratuito, pues «l'onerosità è un carattere naturale, ma non essenziale della mediazione» (69).

Esta última frase, según nuestra opinión, podría ser trasladada a nuestro Derecho. Si el legislador admite la gratuidad del contrato de mandato, incluso en el supuesto de que el mandatario sea un profesional (si bien, en este caso, se trata de un contrato *naturalmente oneroso*), no alcanzamos a comprender las razones que impulsan al Tribunal Supremo a sostener que el contrato de corretaje es *esencialmente oneroso* (70). Afirmar que la aceptación de una *mediación gratuita* supone desvirtuar este tipo negocial, sería tanto como entender que un mandato gratuito vulnera la esencia de esta suerte de contrato; o bien que un contrato de comisión gratuito colisiona con su propia naturaleza jurídica; o bien que un depósito gratuito no puede gozar de la consideración de contrato; o bien, por último, que un préstamo sin intereses carece de naturaleza contractual.

samente convenuta. Ma in tale ipotesi, a nostro avviso, non si darebbe neppure valido contratto di mediazione, per difetto di causa, in quanto mancherebbe la controprestazione a quella del mediatore».

(69) CARRARO, *op. cit.*, págs. 105 y 106; esta posibilidad ha resultado también acogida por la jurisprudencia italiana. Vid., asimismo, IANNELLI, D., *Il contratto di agenzia. La mediazione*, 2.^a edic., T. II, obra colectiva con G. GIORDANO y G. SANTORO, colecc. «Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale» (fondada da W. Bigiavi), UTET, Torino, 1993, pág. 659.

(70) Según explicamos anteriormente, un importante sector doctrinal y jurisprudencial sostiene que el carácter esencialmente oneroso del contrato de mediación constituye una circunstancia que lo distingue del contrato de mandato (en la doctrina alemana, vid., v.gr., VV.AA., *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungs-gesetz*, T. II, vol. 2, 4.^a edic., herausgegeben von Dr. E. Strohler, Ed. Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1928, págs. 1116 y 1117: «Der Maklerlohn ist für den Maklervertrag wesentlich. Ist kein Maklerlohn vereinbart, so liegt ein Auftrag vor. Ein Maklerlohn gilt aber als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Durch die Vereinbarung, dass der bestimmte Lohn oder ein anderer dem Makler auch dann zustehen soll, wenn der in Aussicht genommene Vertrag nicht zustandekommt, wird das Wesen des Maklervertrages nicht berührt»). Sin embargo, como afirma CARRARO (*op. cit.*, pág. 104), tal argumento «non merita però di essere accolto neppure sulla base di quell'ordinamento [el alemán], poichè la mediazione va tenuta distinta del mandato fundamentalmente per la diversa natura dell'attività, che è oggetto dei due rapporti. Il carattere oneroso o gratuito di essi (che nel nostro ordinamento può essere liberamente modificato dalla volontà degli interessati) non assume alcun rilievo al fine della loro distinzione».

En el Derecho español todos estos contratos pueden configurarse de manera gratuita, aunque de ello resulte, evidentemente, que una parte contractual obtiene un beneficio sin contraprestación (71). Según se ha señalado más arriba, el fundamento de la remuneración del mediador se halla en el provecho que sus gestiones han suscitado en favor del oferente. Sin embargo, a nuestro modo de ver, tal circunstancia no permite configurar los honorarios del corredor como «elemento esencial» del contrato de mediación. En este sentido, hemos de advertir que en los contratos de mandato, depósito y préstamo, se produce un beneficio, respectivamente, en las figuras del mandante, del depositante y del prestatario, sin que el legislador haya dispuesto la «esencialidad» de la remuneración a la otra parte contractual. Por analogía con tales supuestos, entendemos que el carácter oneroso constituye un *elemento natural* del contrato de corretaje, mas no *esencial*.

Una vez admitida la posibilidad de un corretaje *gratuito*, debemos analizar si en el caso de intervenir como mediador una persona que no actúa «profesionalmente», tiene derecho a una retribución por los servicios prestados.

Si el corredor es un sujeto dedicado de manera profesional a prestar servicios de mediación, consideramos aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del tantas veces citado artículo 1.711 del Código Civil; esto es, se presume que nos hallamos frente a un contrato *oneroso*, pero las partes pueden expresamente pactar su gratuidad. Ahora bien, cuando el mediador es un particular cuya actividad profesional no consiste en realizar esta suerte de gestiones, la solución se nos antoja más compleja.

En relación con esta cuestión, se plantean en la práctica jurídica algunas hipótesis diferenciadas, ya que quien ejerce la labor mediadora puede ser un mero particular sin un especial vínculo con la persona que pretende contratar (v.gr., el portero de una finca, que informa a los eventuales interesados de la existencia de un bien inmueble, cuyo propietario pretende vender o arrendar), o bien un pariente o amigo de ésta, que le indica la posibilidad de contratar con un tercero. En los dos supuestos el mediador no es un «profesional del corretaje», si bien las consecuencias de la actuación de cada uno de ellos resultan usualmente diversas.

Es práctica habitual, en el tráfico jurídico, que el *dominus* del bien inmueble enajenado o arrendado remunere al portero de la finca que lo ha puesto en contacto con quien finalmente adquiere el dominio o un derecho de

(71) En relación con el contrato de comisión mercantil, vid. artículo 277 del Código de Comercio («*El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario...*»); sobre el contrato de préstamo, vid. artículos 1.740 («*...El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés*») y 1.755 del Código Civil («*No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado*»); por cuanto al contrato de depósito se refiere, vid. artículo 1.760 del Código Civil («*El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario*»).

arrendamiento sobre el mismo. A pesar de no tratarse de una persona dedicada profesionalmente al corretaje, los usos han determinado el carácter oneroso de esta gestión. En este ámbito, alcanza una gran relevancia la argumentación de FINOCCHIO, cuando explica que la remuneración por la mediación no constituye la compensación por la prestación de una obra o actividad técnica que goce de valor en sí misma: el premio por el corretaje es debido como consecuencia del resultado útil de tal actividad. Se toma en consideración, precisamente, este efecto, y no la persona del mediador, de tal modo que si, a pesar de su condición profesional, no se llega a concluir el contrato anhelado, no surge el derecho a percibir sus honorarios. En cambio, cuando las gestiones del mediador desembocan en la perfección del mencionado negocio, aunque no sea «profesional», el efecto útil de su actuación ha de ser compensado como si derivase de un corredor profesional: *«La provvigione non è un compenso d'indole subbietiva, inerente alla qualità della persona, ma di natura obbiettiva, insita nella operazione mediatória, tanto che normalmente si commisura sul risultato oggettivo dell'operazione e non sul valore personale di chi la compie»* (72).

(72) FINOCCHIO, P. C., *La mediazione nel Diritto Italiano*, S.A.I.G.A., Fratelli Armano, Génova, 1915, págs. 199 y 200. Por su parte, VIVANTE, C. (*Comentario a App. Milano, 28 giugno 1894*, *Giurispr. Ital.*, 1894, Parte I, Sez. 2, págs. 567 y 568) critica una decisión judicial en la que el Tribunal concede a un mediador «civil», en concepto de reembolso de los gastos, lo que no podía otorgarle a título de retribución: «Ma l'equità si fece sentire, nei motivi della sentenza, più della logica; poichè volle concedere al mediatore, che aveva condotto a buon punto l'affare, col titolo di rimborso di spese una parte di ciò che non poteva dargli a titolo di provvigione». No obstante, este mismo autor señala que podía conciliar la lógica con la equidad: «Si poteva obbligare il contraente che aveva concluso l'affare battendo la via tracciatagli dal mediatore a pagare la sua parte di provvigione, liberando da quest'obbligo l'altro contraente che dopo le prime trattative si era rivolto ad un altro intermediario. Così i principii che regolano la mediazione in affari di commercio avrebbero avuto un'applicazione equa e completa». En relación con este tema, dentro de nuestra jurisprudencia podemos hallar, por ejemplo, numerosas sentencias en las que el Tribunal Supremo ha declarado que no es preciso poseer la titulación de Agente de la Propiedad Inmobiliaria para tener derecho a exigir el cobro de los servicios de mediación que puedan prestarse (v.gr., entre otras, SSTS de 6 de octubre de 1984, 22 de junio de 1988, 31 de enero de 1990, 6 de octubre de 1990, 3 de octubre de 1995, 17 de noviembre de 1999 y 11 de junio de 2001). En este mismo sentido, hemos de recordar el artículo 3 del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, se dispone: «Las actividades enumeradas en el artículo 1 del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta General, podrán ser ejercitadas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenencia a ningún Colegio Oficial». Sobre esta cuestión, vid. GÁZQUEZ, *El contrato de mediación o corretaje*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, págs. 131 a 137. Sin embargo, en materia de seguros, en el artículo 6.4 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, se dispone que los mediadores de seguros, «antes de iniciar su actividad, deberán figurar inscritos en el Registro especial administrativo de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, a que se refiere el artículo 52».

Sin embargo, cuando es un amigo o un pariente quien desempeña dicha labor, usualmente se prescinde de cualquier clase de remuneración a su favor (naturalmente, en este último supuesto, siempre que no se haya pactado una retribución). El antagonismo predicable de ambos desenlaces nos induce a plantear la siguiente cuestión: si en las dos hipótesis quien lleva a cabo la labor mediadora no se dedica profesionalmente a esta actividad, ¿dónde se halla el origen de esta diversidad de escenarios?

Ha sido la doctrina italiana la que, en mayor medida, se ha ocupado de esta cuestión. Según expone CARRARO (73), de las circunstancias del caso puede inferirse la existencia de un acuerdo de las partes dirigido a impedir los efectos legales del contrato de corretaje. En este sentido, tales circunstancias pueden resultar idóneas para sostener que el mediador y los interesados en el negocio han pretendido colocarse en un plano «*di mera cortesia*», con la implícita exclusión, de este modo, de la asunción de derechos y de deberes. Ello acontece, principalmente, cuando la intervención del tercero tiene lugar como consecuencia de las relaciones de parentesco o de amistad que lo ligan a los interesados, y no por su cualidad de mediador profesional (74).

Una vez admitida la gratuidad de esas relaciones «de cortesía» del «*mediatore-amico*», BALOSSINI (75) trata de justificarla desde un punto de vista estrictamente normativo. Con el propósito de localizar dicha apoyatura legal, el mencionado autor remite al segundo párrafo del artículo 1.755 del *Codice*, donde el legislador italiano fija los criterios para determinar la cuantía de los honorarios del mediador: «*La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità*».

La alusión a los «usos» plasmada en este precepto, según el jurista italiano, permite argumentar que el carácter gratuito de la actuación del «*mediatore-amico*» constituye un *uso normativo*, en el sentido del artículo 1 del *Codice*. A su modo de ver, si es lícita la renuncia previa del mediador a sus honorarios, «è valido anche l'uso che se ne può desumere per astrazione e generalizzazione». Por consiguiente, en defecto de pacto en contrario, tales gestiones no resultarán retribuidas. El hecho de que este «uso norma-

(73) CARRARO, *op. cit.*, págs. 61 y 62.

(74) También admite la existencia de actividad mediadora de «mera cortesía», sin que se verifiquen los efectos típicos del contrato de corretaje, MARINI, *op. cit.*, pág. 105, n. 61: «Ma ci sembra che, allorché il mediatore agisca avendo preventivamente rinunciato ad ogni compenso per l'opera prestata, debba distinguersi, in analogia ad altri rapporti (v., ad esempio, l'art. 1.681, 3.º comma c.c.), il rapporto di mediazione gratuito, che richiede l'esistenza di un interesse sia pure indiretto, ma giuridicamente apprezzabile, del mediatore, dal rapporto di mera cortesia per il quale devono escludersi gli effetti tipici della mediazione».

(75) BALOSSINI, C. E., *Usi e tariffe della mediazione in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 1959, págs. 43 a 45 (especialmente pág. 44).

tivo» lleve la remuneración de dicho mediador al límite, al extremo —es decir, a «cero»—, no hace decaer la remisión a los «usos» verificada en el artículo transcrito. Así pues, si los usos normativos determinan el carácter gratuito de las gestiones mediadoras del «*mediatore-amico*», éste no deberá ser remunerado.

En el seno de la doctrina alemana, HEYMANN (76) admite expresamente la mediación gratuita —aunque manifiesta que se trata de un contrato similar al mandato—, si bien observa que dicha gratuidad ha de resultar expresamente pactada, o bien determinada por los usos.

A nuestro juicio, la referencia a los «usos», que ha sido efectuada por un importante sector doctrinal —tanto italiano como alemán— para justificar la ausencia de retribución del mediador en los supuestos de parentesco o amistad, es plenamente válida en el Derecho español.

En nuestro país, se presentan incesantemente en la práctica supuestos de gestiones mediadoras llevadas a cabo por parte de personas cercanas a los interesados en el negocio; por ejemplo, un pariente o un amigo de quien pretende comprar o vender un vehículo o un bien inmueble lo pone en contacto con un conocido que intenta enajenar o adquirir uno de esos bienes. En estos casos, quien desempeña la labor de mediación lo hace a título gratuito, como muestra de buena voluntad y deferencia hacia su pariente o amigo. Es decir, como consecuencia de una simple *relación de cortesía*, según la terminología empleada por la doctrina italiana (77).

Son los «usos» los que conducen, en esta hipótesis, a considerar que la actividad de esa persona no engendra un derecho jurídicamente exigible a percibir una remuneración. En relación con este tema —que abordaremos con mayor detenimiento en el siguiente epígrafe—, hemos de recordar que los usos constituyen uno de los principales elementos a los que nuestra jurisprudencia

(76) HEYMANN, E., «Der Handelsmakler», en *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, T. V, vol. 1, herausgegeben von Dr. Victor Ehrenberg, O. R. Reiland, Leipzig, 1926, § 97, pág. 410: «Nach § 99 HGB. besteht nur eine Dispositivnorm für die Verteilung der Courtagepflicht auf beide Kontrahenten, dagegen ist eine Vermutung für Entgeltlichkeit des (in Ausübung des Handelsgewerbes übernommen) Vermittlungsauftrages durch § 354 HGB., und zwar auch für kaufmännische Zivilmakler, gegeben, so daß es einer besonderen Verabredung der Courtage mit dem Handelsmakler regelmäßig nicht bedarf, und zwar auch da nicht, wo keine auf Courtage gerichteten besonderen Usancen bestehen. Unentgeltlichkeit muß also besonders bedungen sein oder usancemäßig feststehen». Vid., asimismo, *op. cit.*, pág. 410, n. 6: «Unentgeltliche Übernahme der Maklertätigkeit ist auftragsähnlicher Vertrag; doch ist nachträgliche Leistung einer Courtage nicht Schenkung, sondern nachträgliche Umwandlung in Maklervertrag».

(77) En nuestra doctrina, aunque en relación con la mediación matrimonial, GARCÍA CANTERO, G. («Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español», en *ADC*, 1963, T. XVI, fasc. I, pág. 40) habla de una mediación «*de hecho*, frecuente en determinadas regiones, sin vínculo alguno; se hace por razones de afecto, amistad o parentesco y no suscita ningún problema por su carencia de consecuencias jurídicas».

dencia remite, en aras de dotar de una regulación sustantiva al contrato de corretaje (78).

4. DISCUTIDA BILATERALIDAD

En la doctrina científica algunos autores estiman que el corretaje no goza de naturaleza contractual, ya que el mediador, por el mero hecho de recibir el encargo de mediación, no puede ser compelido a realizar ninguna gestión. La realización de la tarea confiada depende, única y exclusivamente, de su voluntad: si pretende percibir la retribución, debe desarrollar la actividad encomendada. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia actuales sostienen, de manera mayoritaria, que constituye un tipo contractual, si bien impregnado de ciertas especialidades (79).

Frente a las construcciones de quienes sostienen que el corretaje constituye una relación fáctica (v.gr., CARRARO y FERRI) (80), o bien una promesa

(78) Tal remisión jurisprudencial nos parece acertada, si bien resulta innecesaria, dado el tenor literal del artículo 1.3 del Código Civil.

(79) No obstante, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (*Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª edic., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, reimpr. 2005, pág. 426) ofrecen una visión intermedia, pues sostienen que el corretaje carecerá de carácter contractual si no existe un encargo previo por las partes al mediador; por consiguiente, a su modo de ver, cuando éste asuma la iniciativa para el desarrollo de la actividad mediadora, sin que los contratantes hayan requerido previamente sus servicios, la fuente de la mediación no será contractual. En relación con esta materia, BONET CORREA, J. («El contrato de corretaje o mediación», comentario a la STS de 3 de junio de 1950, en *ADC*, T. IV, fasc. 4.º, octubre-diciembre de 1951, pág. 1617) entiende que «la simple situación de mediación, por el hecho de una puesta en contacto de las partes, sin un previo acuerdo de voluntades, no tiene eficacia por sí sola. Si tal ocurriera no estaríamos ante un supuesto de mediación, supondría una gestión de negocios ajenos, una prestación de servicios a impulsos de beneficencia o liberalidad o incluso un contrato innominado, pero nunca una relación de mediación. Incluso surgiría el peligro de confundir la mediación típica con la mera información».

(80) Vid. CARRARO (*op. cit.*, en su capítulo I), para quien el esquema de la mediación es «acontractual», pues se trata de un acto jurídico unilateral del mediador, derivado de una obligación *ex lege*, y que debería considerarse una «relación» de mediación, y no un contrato (pág. 19: «Ciò che infatti preme ora porre in luce è il sorgere di un rapporto fra due soggetti per disposizione di legge, come effetto della riconsegna e in considerazione dell'utile che uno di essi ritrae dalla attività svolta dall'altro: nessuno potrebbe ritenere insufficiente il fatto giuridico quale fondamento del rapporto e ipotizzare invece, ad esempio, la conclusione di un contratto d'opera fra proprietario e ritrovatore al momento della consegna della cosa»; pág. 33: «Risulta allora che la legge fa derivare i diritti e gli obblighi fra mediatore e parti, e perciò il rapporto giuridico di mediazione, dalla messa in relazione delle parti ad opera dell'intermediario, prescindendo da ogni elemento di natura negoziale: e tale essendo l'obbiettiva volontà del legislatore, sarebbe almeno arbitrario sostenere la necessità di un'origine contrattuale di quel rapporto»); FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, 12.ª edic., a cura di C. ANGELICI e G. B. FERRI, UTET, Torino, 2006, pág. 905. En contra de estos autores, VARELLI, C. (*La mediazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953, págs. 8 a 10) indica que la fuerza obligatoria,

unilateral (TUMEDEI y POZZI) (81), la doctrina ha desarrollado varias teorías en relación con la configuración subjetiva del contrato de mediación, de tal

en el caso del corretaje, emana de un acto de voluntad particular, no del legislador. En este sentido, la *obligatio ex lege*, si bien no excluye un acto voluntario, no se apoya en el consentimiento de las partes para hacer surgir el vínculo jurídico: «quando vi sia il consenso, si può star certi che si verte sul piano contrattuale». En la práctica comercial, las obligaciones del mediador y de las partes brotan con reciprocidad, como consecuencia del encuentro de sus voluntades, que se hallan dirigidas no sólo a fijar la remuneración de aquél, sino también a determinar las modalidades de su actividad mediadora y a adecuar el importe de aquélla a la importancia de ésta; dichas obligaciones encuentran tutela jurídica en la ley. De todo ello se desprende, en opinión del mencionado autor, que «la fonte diretta del rapporto in esame è la volontà delle parti e non la legge». En relación con la teoría «legalista» de CARRARO, el propio VARELLI (*op. cit.*, págs. 75 y 76) sostiene que ha de rechazarse la tesis que considera la obligación de pagar la remuneración del mediador como un pacto en sí mismo, al margen de cualquier esquema contractual, que se adhiere a una *obligatio ex lege*, como si se tratara de un pacto accesorio de ésta. A su juicio, si el legislador italiano hubiese pretendido configurar efectivamente una *obligatio ex lege*, no habría dejado al arbitrio de las partes el pacto sobre la cuantía de la retribución del mediador: «Se, invece, questa pattuizione è libera, vuol dire che libera è anche l'altra che è il corrispettivo di essa: ma, se è così, vuol dire che si verte in tema di contratto». Por su parte, GALGANO, F. (*Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, t. II, 3.^a edic., Cedam, Padova, 1999, pág. 122) observa que considerar que el derecho a la retribución no deriva de un contrato, sino del hecho objetivo de la intervención del mediador en la conclusión del negocio, puede alimentar abusos: cualquier persona, aduciendo el hecho objetivo de haberse «interpuesto» —incluso, sin encargo de las partes— en la conclusión de un negocio, podría pretender el cobro de honorarios. En similares términos, vid. PERFETTI, *op. cit.*, pág. 220. La jurisprudencia italiana predominante considera que la mediación constituye un acto negocial consensual, y que el derecho del corredor a la retribución no deriva *ex lege* del hecho de la actividad mediadora prestada con éxito, sino de la voluntad de las partes, de la que surge el *vinculum iuris* idóneo, por sí mismo, en aras de la constitución del contrato de mediación (vid., por todas, Cass. de 16 de mayo de 1956).

(81) A título de ejemplo, podemos hacer alusión a TUMEDEI, C. («Del contratto di mediazione», en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXI, 1923, Parte Prima, págs. 140 y 141), quien lo configura como una promesa unilateral de arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*); en parecidos términos, BOLAFFIO (*op. cit.*, pág. 15) señala que se trata de una forma especial de *locatio operis*, ya que el mediador vende o presta el efecto útil, el resultado de sus servicios, esto es, la conclusión del negocio, y no sus servicios de intermediario independientes de su éxito (*locatio operarum*); en opinión de POZZI, M. (voz *mediazione*, en *Nuovo Dig. It.*, T. VIII, Torino, 1940, págs. 399 a 402), existe una promesa unilateral de *locatio operis*, si bien se convertirá en un contrato de mediación (*locatio-conductio operis*) al concluirse el contrato principal. En contra de la visión de la mediación como una promesa unilateral, destinada a transformarse en el verdadero y propio contrato de corretaje cuando se perfeccione el contrato deseado, vid. MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (codici e norme complementarie)*, vol. 5.º, 9.ª edic., Giuffrè Editore, Milano, 1958, pág. 74: «Anche la tesi, che fa della mediazione un contratto preliminare [se refiere expresamente a la tesis de TUMEDEI], non è fondata, poichè il contratto preliminare non è concepibile, se non in quanto sia destinato a sboccare in un contratto definitivo, laddove la mediazione può stare da sè, anche se poi non segua il contratto fra i due soggetti, posti a contatto dal mediatore. *Inoltre*, la tesi del contratto preliminare è inaccettabile, poichè, per una ragione tecnica, il contratto definitivo è stipulato *fra le medesime parti*, che stipulano il preliminare: il che non si verifica, nel caso della mediazione e del corrispondente contratto principale». En similares términos, dentro

modo que dicho tipo negocial ha sido contemplado como «unilateral», «bilateral» e, incluso, «trilateral».

Ciertamente, la estructura jurídica de esta clase de contratos plantea numerosos y complejos interrogantes, ya que, desde un punto de vista teórico y dogmático, no resulta sencillo justificar los efectos prácticos derivados de dicho negocio, que, sin embargo, asumimos con una notable naturalidad. Este ha sido, en opinión de VARELLI, el motivo que indujo a cierto sector doctrinal a buscar una vía de apoyo en la obligación *ex lege*, con el designio de cimentar en un terreno más sólido los especiales elementos de esta relación (82). A pesar de ello, actualmente es mayoritaria la doctrina que sostiene el carácter contractual del corretaje.

La unilateralidad de este contrato ha sido tradicionalmente defendida por un importante sector de la doctrina (83) y jurisprudencia (84) italianas, y tiene su fundamento en el hecho de que, según su criterio, sólo surge un deber de prestación: el de remunerar al mediador, por parte de quien realizó el encargo, una vez perfeccionado con un tercero el contrato perseguido, gracias a la actividad del mediador. En este ámbito, CARRARO —principal representante de la teoría «acontrattuale» de la mediación— admite la perfección por las partes de un «contrato de obra», cuando pretendan que el intermediario asuma el deber de desarrollar gestiones; si bien, en el caso de no existir tal deber de actuación, como normalmente sucede, la situación únicamente puede ser reconducida a la relación de mediación (no negocial) (85).

Al abordar el problema de la libertad de actuación del corredor, MESSINEO conceptúa el contrato de corretaje como un contrato definitivo, con prestaciones equivalentes, y *unilateralmente vinculante*, donde el comportamiento del

de nuestra doctrina, vid. SANPONS, *op. cit.*, págs. 32 y 33; BLANCO CARRASCO, M., «El contrato de corretaje», en *RDP*, marzo-abril de 2005, págs. 7 y 8.

(82) VARELLI, *op. cit.*, pág. 11.

(83) V.gr., en opinión de GALGANO (*op. cit.*, pág. 122), «la mediazione è contratto che si forma con il conferimento dell'incarico al mediatore, ed è contratto unilaterale, con obbligazioni del solo proponente (art. 1.333): l'obbligazione di rimborsare le spese, se l'affare non si conclude; l'obbligazione di corrispondere la quota di provvigione se l'affare si conclude». Según expone el jurista italiano, cada una de las partes del futuro negocio concluye con el mediador un único contrato de mediación: o bien con el encargo que cada una de ellas le ha conferido a éste (una le ha encargado vender, la otra comprar, y el mediador las pone en contacto entre sí), o con el encargo de una y con la aceptación, incluso implícita, de su mediación por parte de la otra.

(84) V.gr., en Cass. 37/1960, se afirma: «La differenza fra mediazione e mandato non consiste nella provenienza (bilaterale o unilaterale) dell'incarico, ma nel fatto che chi accetta l'incarico è tenuto, nel mandato, all'obbligo di curarne l'esecuzione dietro corrispettivo che è dovuto anche se il contratto col terzo non sia stato concluso, mentre a tale obbligo non è tenuto il mediatore il quale ha soltanto l'onere di mettere in relazione i futuri contraenti per appianare le divergenze e per concludere l'affare». En esta decisión jurisprudencial, se habla de *onere*, esto es, de carga; no de deber u obligación.

(85) CARRARO, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

mediador tiene *carácter potestativo*, pues no se vincula a poner en contacto a las partes. En cambio, el oferente se obliga a pagarle una retribución, siempre y cuando el mediador lo ponga en contacto con otro sujeto con quien, finalmente, logre concluir el negocio pretendido (86). En opinión de LUMINOSO, la clave para entender esta singular disciplina reside en el propósito que subyace en la norma italiana, que ha considerado absolutamente imprescindible la concesión a los interesados en el negocio, en todo caso, de la libertad de concluirlo o desecharlo. De ello se deriva también, como *contrapeso*, la exigencia de garantizar al corredor la plena libertad para llevar a cabo la actividad de intermediación, o bien para rehusar la realización de cualquier gestión. De este modo, se logra paliar el riesgo que representa el *aleas* al que el mediador se halla expuesto (87).

Así pues, en virtud de tal concepción, el mediador no podrá ser compelido al cumplimiento de ninguna prestación, de tal forma que el único estímulo que encontrará para desarrollar las gestiones mediadoras será la posible percepción de su remuneración. La ejecución de dichas actividades la llevará a cabo no *obligationis causa*, sino *conditionis implendae causa* (88):

(86) MESSINEO, *op. cit.*, págs. 74 y 75. Este autor se manifiesta favorable a la tesis *accontrattuale* de CARRARO, por cuanto al supuesto legalmente regulado se refiere. No obstante, reconoce que no se puede excluir que la mediación asuma un perfil contractual, en el caso de que haya sido «puesta concretamente en acción» por el mediador y por, al menos, una de las futuras posibles partes en el contrato deseado (*op. cit.*, pág. 73); es, precisamente, en relación con estas últimas hipótesis cuando sostiene la tesis del contrato *unilateralmente vinculante*. Por su parte, TROISI, B. (*La mediazione*, Giuffrè, Milano, 1995, pág. 77) atempera, en cierto modo, esta construcción doctrinal: si bien parte de la libertad de actuación del mediador, seguidamente manifiesta que tal afirmación ha de ser moderada ya con la consideración del principio de la buena fe, ya con la consideración de la eventual predisposición de pactos que las partes hayan expresamente dispuesto sobre este particular.

(87) LUMINOSO, *op. cit.*, págs. 76 y 77; a juicio de este autor, la posición potestativa del mediador, a su vez, justifica el hecho de que su derecho a la retribución no surja por el mero desarrollo de la actividad mediadora, sino que se halla subordinado a la conclusión del negocio por él posibilitado. La libertad de actuación y desistimiento de las partes, que, según este sector doctrinal, resulta inherente al contrato de mediación, impulsa a BOLAFFIO (*op. cit.*, pág. 32) a aseverar que se trata de una forma especial de *locatio operis*.

(88) BOLAFFIO (*op. cit.*, pág. 31) sostiene que el hecho de haber asumido la función de mediador en el negocio no le obliga a ocuparse del mismo, de tal forma que la prestación de su obra no se halla *in obligatione*, sino *in conditione*; vid., asimismo, BARASSI, L., *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, vol. I, 2.^a edic., Società Editrice Libreria, Milano, 1915, cap. 154, pág. 409 [«Ad ogni modo è escluso (come si ritiene da chi concepisce l'onerosità solo col sussidio del sinallagma) che qui si abbia un contratto a titolo gratuito: magari una promessa di donazione remuneratoria condizionale»]; STOLFI, M., «Della mediazione», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, libro IV, Delle obbligazioni, arts. 1.754-1.860, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del «Foro Italiano», Bologna-Roma, 1954, pág. 19. En opinión de MARIANI (*op. cit.*, págs. 43, 44 y 91), sólo la prestación de pagar la retribución al mediador está *in obligatione*, mientras que la ejecución de la labor del mediador (hacer concluir el negocio) depende de su iniciativa, como «atto costitutivo della sequenza del procedi-

no como conducta debida, sino como condición para que el contrato produzca sus efectos.

En opinión de LARENZ, el mediador no se obliga a la realización de ninguna conducta, ni tampoco a la obtención de ningún resultado, pues, si así fuera, nos hallaríamos frente a un contrato de arrendamiento de servicios o de obra (89). En nuestra doctrina, se adhieren a la opinión del jurista alemán —entre otros— BONET CORREA y GARRIGUES, quienes estiman que el corredor no se encuentra obligado a desenvolver conducta alguna, al igual que el oferente tampoco tiene el deber de perfeccionar con la persona señalada por aquél el contrato pretendido (90).

mento formativo del contratto». Por consiguiente, excluye expresamente la inserción del corretaje en la categoría de los contratos sinalagmáticos. Ambas prestaciones, si bien se hallan económicamente en relación de equivalencia, no constituyen un sinalagma desde un punto de vista jurídico, pues la correspondiente al mediador se inserta directamente en el procedimiento de conclusión del contrato, mientras que la que compete al oferente «costituisce un semplice effetto contrattuale di natura obbligatoria ed è, quindi, logicamente, successiva alla prima». La prestación consistente en la remuneración al corredor, pese al carácter no sinalagmático de este contrato, debe considerarse como «controprestazione del risultato utile (della conclusione dell'affare) fatto conseguire dall'intermediario a ciascuna delle parti dell'affare». Estas afirmaciones de MARINI resultan coherentes con su configuración jurídica del contrato de mediación: a su modo de ver, la fuente de este contrato no debe ubicarse en un acuerdo de voluntades de las partes del mismo, sino en la conclusión del negocio como consecuencia de la intervención del mediador (*op. cit.*, págs. 28 a 30). Así pues, la perfección —gracias a la actuación del mediador— del negocio pretendido por el oferente, al tiempo que supone el cumplimiento de la prestación de aquél, implica la conclusión del contrato de corretaje: antes de dicho momento no habría todavía contrato de mediación.

(89) LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, T. II, trad. esp. y notas por J. SANTOS BRIZ, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, págs. 331 y 332. No obstante, este mismo autor (*op. cit.*, págs. 333 y 334) pone de relieve que, a pesar de que el mediador no se haya obligado a actuar, «con la celebración del contrato entra con su comitente en una especial relación de confianza que crea para ambas partes deberes de conducta, y así se habla de un *deber de fidelidad* del corredor; está obligado a atender fielmente las indicaciones que le haya hecho en confianza su comitente sin contravenir sus intereses y, si actúa, ha de obrar diligentemente para preservar de daños a su comitente».

(90) BONET CORREA, «El corretaje o mediación (Conclusiones críticas a la obra de AZZOLINA)», en *RDN*, abril-junio de 1956, págs. 316 y 317; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, vol. 1.º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, págs. 583 y 584: «Nada se dice en la definición [del contrato de corretaje] de una obligación correlativa del corredor de desplegar una cierta actividad para lograr ese objetivo de concluir el contrato. Ello hace pensar en un contrato unilateral. El corredor no se obliga a nada. Si desarrolla alguna actividad no lo hace *obligationis causa*, sino *conditionis implendae causa*, es decir, bajo la condición de la efectiva conclusión del contrato». No obstante, este mismo autor (*op. cit.*, pág. 587) indica: «Quien lo recibe [el encargo] no asume la obligación rigurosa de ejecutar ese encargo, aunque sí queda obligado a atemperar su conducta a las exigencias de la buena fe y de la fidelidad contractual»; por eso —afirma este autor, *op. cit.*, pág. 587, n. 11—, «el artículo 1.754 del Código Civil italiano no dice que es mediador quien *se obliga a poner* en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio, sino que es mediador el que *pone* en relación, etc.».

En contraposición a las referidas opiniones, ha gozado de mayor predicamento (especialmente en el seno de la doctrina española) la concepción *bilateral* del contrato de mediación, en virtud de la cual éste se perfecciona por el mero consentimiento del oferente y del corredor, y desde entonces se generan derechos y deberes para ambos (91).

Según el criterio manifestado por este sector doctrinal (92), por lo tanto, el mediador no goza de libertad para desarrollar las gestiones encargadas por el oferente, sino que se halla ligado por el *vinculum iuris* emanado del contrato de corretaje. Las dos prestaciones tienen su causa inmediata en el contrato y nacen con éste, de tal forma que una constituye el contrapeso de la otra. Nos encontramos, pues, frente a una obligación sinalagmática, en la que cabe apreciar el nacimiento simultáneo de las prestaciones (sinalagma genético), así como su correspondencia en la fase ejecutiva del contrato (sinalagma funcional), ya que cuando el corredor exige su retribución, lo hace, justamen-

(91) Según expone VARELLI (*op. cit.*, pág. 16), no puede tratarse de un contrato unilateral: «Non può correttamente dirsi che l'obbligo esisterebbe per una parte sola, cioè per i contraenti di pagare la provvigione, e sarebbe condizionato alla conclusione dell'affare per opera del mediatore, altrimenti tutti i contratti bilaterali potrebbero configurarsi come una obbligazione unilaterale condizionata al fatto altrui: ti darò cento se farai questo o darai la tal cosa. Anche la locatio operis, anche la compravendita potrebbero configurarsi come contratti unilaterali condizionati. Ma ciò è evidentemente frutto di un'inesatta formulazione e non toglie che l'apparente condizione non sia altro che il rapporto di corrispettività tra due prestazioni». Así pues, según este autor, el corredor asume el deber de prestación de interponerse entre las partes del negocio pretendido, con la diligencia y el celo de un *bonus pater familias* (*op. cit.*, págs. 7 y 76). Vid., asimismo, AZZOLINA, *op. cit.*, pág. 85.

(92) Vid., entre otros, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 11.ª edic., a cargo de F. MARTÍNEZ SANZ, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 114 y 115 (no obstante, este autor expresa esta opinión en relación con los mediadores profesionales); QUINTANA CARLO, I., «La protección del consumidor como turista», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 2, septiembre de 1984, pág. 68 (al estudiar los contratos de mediación que pueden perfeccionarse entre los consumidores y las agencias de viaje); URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y ALONSO SOTO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Estudio colectivo coord. por R. URÍA y A. MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 165 y 166; NAVARRO VILARROCHA, P., «El corretaje de los bienes inmuebles», en *Revista General de Derecho*, Sección práctica, julio-agosto de 1981, págs. 878 y 879 (es un contrato «bilateral», «con derechos y obligaciones recíprocas»); LETE DEL RÍO, J. M. y LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 1.ª edic., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 610 y 612 («El corredor o mediador está obligado a realizar su prestación de acuerdo con lo estipulado en el contrato, y según los usos y la buena fe»); GARCÍA CANTERO (*op. cit.*, pág. 37), en relación con la mediación matrimonial. Asimismo, esta tesis ha sido defendida en numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo: vid., v.gr., SSTs de 3 de junio de 1950, 27 de diciembre de 1962 y 2 de mayo de 1963, donde, si bien la cuestión litigiosa no se centra en esta materia, se indica que el contrato de mediación es bilateral, e «impone a las partes derechos y obligaciones recíprocas»; vid., asimismo, otras más recientes, como las SSTs de 6 de octubre de 1990, 22 de diciembre de 1992, 4 de noviembre de 1994 y 28 de junio de 1996. Esta es, por otra parte, la tendencia preponderante en el seno de las Audiencias Provinciales.

te, porque constituye la contraprestación de sus exitosas gestiones de intermediación (93).

Naturalmente, el mediador no se compromete al éxito de sus actividades, pues tal resultado depende en mayor medida de la voluntad del oferente y de un eventual tercero (94), que de la diligencia mostrada por él en su proceder. No obstante, a diferencia de quienes defienden la unilateralidad de este peculiar vínculo contractual, los autores que le confieren carácter bilateral estiman que la consabida incertidumbre en la percepción de su retribución no tiene como contrapartida la libertad de actuación del corredor (95).

Dentro de esta línea argumental, podemos encontrar algunos autores que construyen una teoría que podríamos denominar *ecléctica*, ya que estiman que el contrato de corretaje puede ser perfeccionado por las partes como bilateral, o bien como unilateral. El máximo exponente de esta corriente es ENNECERUS, quien, pese a sostener que la mediación —en principio— no implica ninguna obligación de prestación para el corredor, reconoce a los contratantes la posibilidad de pactar el deber de actuación de aquél. Por consiguiente, la unilateralidad no constituye una nota definitoria del contrato de corretaje, puesto que puede resultar eludida por las partes en el mismo (96).

(93) Vid. VARELLI, *op. cit.*, págs. 49 y 50.

(94) No nos encontramos frente a un «contrato a cargo de tercero», en el que una parte, en nombre propio, promete a otra la prestación de un tercero, que queda obligado a llevarla a cabo. El mediador no hace una «promesa del hecho de un tercero», ya que la conclusión del contrato no depende de él; si prometiera dicho resultado, y el contrato no llegara a perfeccionarse, el corredor respondería, pero «è evidente che non saremo più in tema di mediazione» (vid. VARELLI, *op. cit.*, págs. 46 y 47; DUTILLEUL, F. C. y DELEBECQUE, P., *Contrats civils et commerciaux*, 7.^a edic., Ed. Dalloz, Paris, 2004, págs. 575 y 579). Obviamente, tampoco se trata de un «contrato por persona a designar» (o con facultad de subrogación), pues el mediador no concluye con el oferente el contrato por éste anhelado, con la manifestación de que no lo hace para sí, sino en nombre de un representado «oculto» que posteriormente será designado.

(95) En opinión de GÁZQUEZ (*Notas...*, cit., pág. 874), «el mediador en su actuación siempre se obligará, en mayor o menor grado, a realizar una prestación según los servicios que le son solicitados, y que no se limitan a los de mera conexión entre las partes, de manera que los mediadores tienen que estar sometidos a un régimen de responsabilidades. Es decir, aunque el mediador no se pueda comprometer a un resultado, ello no excluye su obligación de poner en el mercado el bien encomendado y realizar las actuaciones necesarias al negocio jurídico pretendido (se obliga a una actividad, y el buen fin de su actividad determinará su retribución), de informar a las partes (cargas, impuestos, formalización), de aconsejar cambios de decisiones, de actuar con discreción, de ser imparcial, es decir, desarrollar todas aquellas actuaciones que pueda llevar aparejada la mediación». En Francia, DUTILLEUL y DELEBECQUE (*op. cit.*, pág. 574) indican que el corredor «met en rapport, donne son aide, ses conseils, son organisation pour qu'un accord soit trouvé».

(96) ENNECERUS, *op. cit.*, págs. 560 y 561. No obstante, este autor distingue: *contrato unilateral de corretaje o puro*, en el que el mediador no se obliga a la actividad, y su prestación es únicamente una condición de su derecho a recibir la comisión; y *contrato bilateral de corretaje*, en el que el mediador asume una obligación dirigida a indicar la ocasión para contratar o a mediar en un contrato, y que «cae ciertamente dentro del

En nuestro país, al abordar esta materia, SANPONS se adhiere a la tesis intermedia, si bien toma como punto de partida la construcción unilateral del contrato de mediación, cuando afirma: «Más razón tiene BONET CORREA, aunque no plena, al decir que se trata de un contrato unilateral y no bilateral, arguyendo que el corredor no se obliga a nada y es sólo el oferente quien se compromete a pagar un premio si la gestión ofrecida se realiza». No obstante esta afirmación, SANPONS introduce dos importantes matizaciones (97):

- a) En primer lugar, a su modo de ver, no existe ningún obstáculo que impida a las partes negociales acordar la presencia de determinadas obligaciones a cargo del corredor. Así pues, concede un amplio margen de libertad a los contratantes, sin que, por este motivo, resulte vulnerada la naturaleza y esencia del contrato de mediación.
- b) En segundo término, afirma que tal unilateralidad es predicable del contrato de corretaje cuando el mediador no es profesional, y que sus obligaciones se reducen a las dispuestas en el artículo 1.258 del Código Civil (que resulta aplicable a todos los contratos; incluso, a los unilaterales). En cambio, si el corredor tiene la condición de «profesional», la cuestión se plantea de diferentes términos, dado que éste se encuentra obligado a actuar diligentemente (98).

A su juicio, el corredor profesional se halla sujeto a ciertas obligaciones, de cuya existencia no cabe dudar, a pesar de que su prueba resulte ciertamente ardua: ha de obrar diligentemente, en aras de propiciar la conclusión del negocio pretendido por el oferente. En su opinión, el mediador responde «por su comportamiento, que, según se desprende de nuestro Código Civil, debe ser el de un buen padre de familia, en su lealtad, corrección y buena fe exigibles». Por consiguiente, resulta incomprensible sostener que, en el caso de ser profesional el corredor, el oferente no puede reclamarle el resarcimiento

concepto del contrato de corretaje, pero es a la vez un contrato de servicios, ya que se promete a título oneroso una actividad (...), constituyendo, por tanto, una clase especial del contrato de servicios». En esta última hipótesis resultarán de aplicación, en primer término, las disposiciones sobre el contrato de corretaje, si bien, en tanto que de éstas y de la esencia del contrato de corretaje no resulte una especialidad, se aplicarán también las normas relativas al contrato de servicios. En parecidos términos, vid., PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a la *op. cit.* de ENNECERUS, págs. 565 y 566; CASTÁN, *op. cit.*, págs. 570 y 571.

(97) SANPONS, *op. cit.*, págs. 45 y 129 a 131.

(98) SANPONS (*op. cit.*, pág. 45) señala que el mediador profesional, «en su actuación, debe comunicar a las partes las circunstancias conocidas por él relativas a la valoración y a la seguridad del negocio y que puedan influir sobre la conclusión del mismo». En la doctrina francesa, DUTILLEUL y DELEBECQUE (*op. cit.*, pág. 576) afirman que «en tant que professionnel, il répond de ses fautes et de ses négligences que les tribunaux doivent apprécier avec rigueur».

de los daños y perjuicios irrogados por la falta de cumplimiento de sus más elementales obligaciones» (99).

En nuestra jurisprudencia, la tesis intermedia ha sido acogida en la STS de 1 de diciembre de 1986, donde se manifiesta que el contrato de mediación puede ser configurado por las partes como «bilateral, o simplemente unilateral, por surgir sólo una obligación —la del que hace el encargo— de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación».

Según nuestro criterio, la solución más adecuada radica en sostener una tesis intermedia, esto es, en admitir la posibilidad de la existencia de contratos de corretaje en los que el mediador *se obliga* a desplegar las gestiones propias de la labor que le ha sido conferida, así como de encargos de mediación donde el corredor no ha asumido deber de conducta alguno. En relación con esta materia, en nuestra opinión, cabe distinguir las siguientes hipótesis:

A) *Mediador profesional*

Del mismo modo que SANPONS, estimamos que cuando el corredor se dedica profesionalmente a esta labor, el contrato de mediación es siempre bilateral, dada la condición de «profesional» del mismo. Si el oferente ha acudido al mediador para intentar concluir un determinado negocio, ha sido por las legítimas expectativas que le genera la experiencia y dedicación de éste: dichas expectativas no pueden verse defraudadas. Según nuestro criterio, tales circunstancias imponen al mediador profesional ciertos deberes de actuación, entre los cuales hemos de destacar la necesidad de actuar diligentemente en el intento de lograr el fin perseguido por el oferente (100).

(99) Según indica SANPONS (*op. cit.*, págs. 130 y 131), el mediador deberá, «en primer lugar, poner en el conocimiento de las personas a las que posiblemente interese el negocio la oportunidad de concluir éste y, si así se ha obligado, también deberá anunciar por los medios acordados (por ejemplo: por los periódicos) el ofrecimiento de dicha oportunidad». Asimismo, este autor considera inconcebible «que el corredor profesional al que se le encarga su intervención, por ejemplo, en la venta de un coche, negase, después de haberla aceptado, tal hecho, o se negase sin causa justificada a dar la información que se le pidiese sobre el particular a las personas interesadas en la adquisición, o bien se ausentase por tiempo, sin dejar sustituto ni ponerlo en conocimiento de su oferente para que tome las medidas convenientes, del lugar en el que lógicamente exista la posibilidad de concluirse el negocio y sea el de su residencia en el momento de aceptar el corretaje...».

(100) BROSETA, *op. cit.*, pág. 115: «No podemos admitir, pues, que el corredor no se obliga a prestar su diligente actividad de búsqueda o captación de potenciales interesados, porque en el efectivo despliegue de esta actividad confía el cliente, dado que el corredor es un profesional cuya actividad y diligencia aquél espera. Cuando el corredor acepta el encargo crea una apariencia y esperanza de gestión, que deben ser correspondidas con la

Nos parecen plenamente acertadas las precisiones introducidas por CATAUDELLA (101), cuando afirma que la profesionalidad del mediador y la necesidad —en virtud de la legislación italiana— de dirigirse a sujetos inscritos en el pertinente registro harían, por otra parte, poco plausible el reconocimiento al corredor profesional de la libertad de iniciar y desarrollar gestiones tendentes a la conclusión del negocio pretendido por el oferente. Un comportamiento absolutamente pasivo contrastaría, al menos, con el principio de ejecución del contrato según el criterio de la buena fe (art. 1.375 del *Codice*), dadas las expectativas que, ciertamente, han acompañado al otorgamiento del encargo por parte del oferente.

En el ámbito del ordenamiento jurídico español, entendemos que, dada la atipicidad legal de esta clase de contratos (salvo ciertas normas reglamentarias de carácter sectorial), el fundamento normativo de este deber de prestación del corredor podemos ubicarlo en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil y, en último término, en el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal.

Tradicionalmente, se ha dicho que el mediador goza de libertad en el seno de su intervención. Sin embargo, a nuestro modo de ver, en el caso de los mediadores profesionales, su libertad de actuación se identifica con la facultad para elegir los medios más adecuados en orden a la realización de sus gestiones de intermediación, siempre que lo haga diligentemente (102).

obligación de desplegar una diligente actividad. Si su gestión llega o no a buen fin y, por ende, si percibirá o no su retribución, es cuestión distinta que forma parte del riesgo inherente a la actividad de su empresa. En consecuencia, no se comparte el pretendido carácter unilateral del contrato de corretaje». En este mismo sentido, vid. GARCÍA GIL, F. J. y GARCÍA NICOLÁS, L. A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, 2006, pág. 20.

(101) CATAUDELLA, *op. cit.*, pág. 7, en contra de la opinión dominante en la doctrina italiana.

(102) Vid., por ejemplo, STS de 4 de julio de 1994, sobre la improcedencia del derecho a percibir la retribución por parte de un mediador profesional, como consecuencia del incumplimiento del deber profesional de averiguar y hacer saber a las partes la verdadera situación jurídica y registral de los inmuebles objeto del contrato perfeccionado con su intervención. Cfr., asimismo, STS de 2 de octubre de 1999, en la que el Alto Tribunal reconoce la procedencia de una reclamación de daños y perjuicios contra un agente de la propiedad inmobiliaria, ya que «el corredor, para cumplir los encargos encomendados debe mantener informado al cliente en todos los detalles que pudieran influir sobre la valoración y consecuencia del negocio, obligación esta propia de los contratos de comisión y de mandato y perfectamente asumible dentro del contenido del contrato de corretaje». Sin embargo, en la STS de 10 de octubre de 2001 se mitiga esta exigencia de diligencia en torno a la actuación del mediador. En este caso, una vez recibido el encargo verbal del oferente de averiguar si una determinada vivienda se hallaba a la venta, el agente de la propiedad inmobiliaria se limitó a poner en contacto al comprador y al vendedor, y a llevar a cabo ciertas gestiones en entidades de crédito y en la Notaría. El comprador procedió judicialmente contra el mediador, como consecuencia de la existencia de numerosas cargas que pesaban sobre el inmueble, y que fueron silenciadas en el momento de perfeccionarse la compraventa. Ante tal petición del adquirente perjudicado, el Alto Tribunal considera que, dada la condición de mediador del demandado, resulta irrelevante

En cambio, tal «libertad» no faculta para decidir, a su arbitrio, si actúa o no (103).

El problema estriba en determinar las consecuencias de la inactividad del mediador: ¿puede exigir, en este caso, el oferente la resolución del contrato de corretaje, ex artículo 1.124 del Código Civil, por incumplimiento del mediador? En una primera aproximación al tema, hemos de poner de relieve que cuando el mediador presta sus servicios como «profesional», nos hallamos frente a un contrato de carácter *bilateral*, y, por consiguiente, será de aplicación el aludido precepto del Código Civil. En tanto no se perfeccione con alguna persona interesada el contrato deseado por quien llevó a cabo el encargo al corredor, la única relación jurídica verdaderamente existente es, precisamente, la que media entre estos dos últimos sujetos, en virtud de la cual el mediador ha asumido un «deber de prestación». El cliente, por su parte, ha confiado en la diligencia y en el carácter profesional del corredor, quien habrá de satisfacer dicha confianza mediante el correcto desarrollo de sus gestiones de intermediación (104), aunque su intervención resulte finalmente infructuosa. Esta es la situación del mediador, cuya inseguridad es inherente a su actividad profesional.

Si el corredor profesional no desplegara actividad alguna dirigida a la búsqueda de sujetos eventualmente interesados en concluir el negocio anhelado por el cliente, éste podría acudir a lo preceptuado, con carácter general,

que éste se acercara a menudo a la Notaría, así como que efectuara habitualmente negocios de idéntica índole y que presentase la documentación de la compraventa y la nota simple que no recogía todas las cargas. En este sentido, en esta sentencia se llama la atención sobre el carácter público del Registro de la Propiedad y la posible mutación de la situación registral de la finca: «Al no constar que se encargase específicamente al mediador demandado la constancia registral a efectos de la consignación en el contrato, y ello se acredita en la presencia de una nota informativa con el valor expresado, porque resulta inconcebible en una normal cautela y prudencia en un adquirente de un inmueble y más aún de una casa vivienda, el no examinar el Registro o pedir una certificación de la situación de la finca en el mismo»; así pues, el Tribunal Supremo, en esta decisión, traslada la actuación negligente al propio oferente (comprador). Para finalizar, en esta sentencia se alude a la vía que se considera adecuada para la reclamación del comprador: la responsabilidad del vendedor ex artículo 1.483 del Código Civil.

(103) En contra de nuestra opinión, BLANCO CARRASCO (*op. cit.*, pág. 19) señala que, si bien en la aceptación del corredor profesional «está implícita la necesidad de observar una determinada conducta, sin embargo, no podemos dejar de apuntar que esto no significa que se pueda exigir una responsabilidad por no hacerlo».

(104) Según QUINTANA (*op. cit.*, pág. 68), «dado que de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y con la doctrina que se ha ocupado del tema, el contrato de mediación impone sobre el mediador una obligación de diligencia tendente a que el cliente concluya el negocio interesado, podrá predicarse la responsabilidad de la agencia de viajes no sólo en los casos de actuación dolosa, sino también en los supuestos de culpa (art. 1.726 del Código Civil) o, como establece el Código de Comercio para el contrato de comisión, «en los casos de malicia o abandono» (art. 256), precepto aplicable a la mediación de acuerdo con la Jurisprudencia».

en el artículo 1.124 del Código Civil, y exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato de mediación, junto con la correspondiente indemnización en cualquiera de los dos casos. Determinar que nos hallamos frente a un verdadero «incumplimiento contractual» resulta sencillo en los casos en los que, pese a su carácter «profesional», el mediador no ha llevado a cabo ninguna gestión (105). Sin embargo, cuando éste ha desarrollado algún tipo de actuación, la cuestión se complica notablemente, y ha de ser el Juzgador quien decida si dicha actividad puede considerarse diligente; se trata de una cuestión de hecho, cuya prueba resulta ciertamente ardua. Con el fin de arrojar algo de luz sobre esta materia, a nuestro modo de ver, lo más correcto será acudir a la *praxis* habitual del concreto sector profesional en el que se encuentra incluido el corredor.

El Juzgador habrá de determinar, asimismo, la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios irrogados al oferente derivados del incumplimiento contractual del corredor. Parece razonable sostener que gozará de gran relevancia el hecho de que la mediación se haya encargado «en exclusiva» o no (106). En este sentido, entendemos que el importe de la indemnización habrá de ser superior en el caso de existir exclusividad por parte del corredor, pues el cliente ha renunciado a la facultad de celebrar otros contratos de corretaje con diversos mediadores, para la consecución del mismo negocio (107). Por lo tanto, el perjuicio sufrido será mayor, ya que le había

(105) Al tratarse de una «obligación de hacer», cabe cuestionarse si resulta de aplicación lo preceptuado en el primer párrafo del artículo 1.098 del Código Civil. En nuestra opinión, ha de ofrecerse una contestación afirmativa, ya que la actividad del corredor puede ser realizada por otro sujeto de su misma profesión, si bien, en la práctica, tal situación constituye una hipótesis meramente académica.

(106) Aunque sostiene la bilateralidad del contrato de mediación con carácter general, RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A. (*Manual de Derecho Mercantil*, 2.^a edic., Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, pág. 737) defiende tal nota caracterizadora, especialmente, cuando existe exclusividad por parte del mediador. Por su parte, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, págs. 216 y 217) admite tímidamente la bilateralidad de esta suerte de contratos, ya que entiende que ello no implica desnaturalizar el contrato de mediación, si bien se está refiriendo expresamente a las hipótesis en las que «se pacta la exclusividad del API en la intermediación de una concreta operación inmobiliaria». No obstante, más tarde, este mismo autor (*op. cit.*, pág. 220) se muestra más tajante, al aseverar que «nos encontramos siempre, haya o no exclusiva, ante un contrato bilateral, en el que el API, en cuanto que *profesional* que es, se compromete y obliga a desplegar su actividad profesional...».

(107) Aunque el cliente perfeccione un contrato de mediación en exclusiva con un concreto corredor, no renuncia a la facultad de llevar a cabo el negocio pretendido con un sujeto que no haya sido señalado por dicho mediador, sino encontrado por él mismo; en este supuesto, naturalmente, el mediador no tendrá derecho a retribución alguna, dado que el negocio se ha celebrado con un sujeto con el que ha contactado directamente el cliente, y no con uno indicado por aquél. En realidad, a lo que se renuncia con la «exclusividad» es a la posibilidad de celebrar otros contratos de mediación con el mismo objeto.

resultado vedada la posibilidad de efectuar el mismo encargo a otros corredores (108).

B) *Mediador no profesional*

Cuando el corredor no se dedica de manera profesional a dicha actividad, la cuestión se nos presenta menos palmaria:

- a) Con carácter general, parece *de justicia* sostener que no existe deber de prestación en la hipótesis del *mediatore-amico* —según la terminología empleada por BALOSSINI—, a la que nos referimos con anterioridad. Al igual que hemos afirmado que en este supuesto los usos determinan que el corredor desempeña la labor de mediación a título gratuito, es decir, por una mera *relación de cortesía* (109), hemos de indicar que los mismos usos otorgan a aquél la potestad de decidir la dimensión de su actuación, e, incluso, la libertad de no desarrollar gestión alguna. Por consiguiente, tales usos no confieren al oferente, en estas circunstancias, un derecho a compeler al mediador al cumplimiento de la actividad de mediación.
- b) En el caso de que el ejercicio de la labor mediadora sea llevado a cabo por parte de un mero particular no vinculado por lazos de parentesco o amistad con la persona que pretende contratar (recordemos aquí el ejemplo del portero de un bien inmueble, al que hicimos alusión en el epígrafe anterior), ya expusimos que, pese a no dedicarse profesionalmente al corretaje, los usos suscitan el carácter oneroso de su gestión. Pero, ¿cabe calificar como «debida» su labor de intermediación, al tratarse de una actividad retribuida? Es decir, ¿puede exigirse al oferente el desempeño de tal cometido? Antes de desarrollar cualquier disquisición de tipo teórico, hemos de llamar la atención sobre lo que acontece en el tráfico jurídico: a pesar de que los mediadores «ocasionales» gozan del derecho a ser retribuidos por sus gestiones —siempre que el oferente contrate con la persona indicada por él—, no cabe exigirles el desarrollo de dichas actividades de intermediación.

(108) Señala RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, págs. 219 y 220) que, en estos casos de exclusiva, la prueba de los daños y perjuicios será más fácil, «pues en él el cliente se ha visto privado de la posibilidad de contratar a otro mediador».

(109) Según observan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (*op. cit.*, pág. 566), «el hecho de solicitar la mediación de un corredor profesional ha de interpretarse en el sentido de intención de contraer un vínculo jurídico (con todas las consecuencias inherentes, la principal de ellas la obligación de pagar la comisión, llegado el caso), intención que en otros casos podría resultar dudosa (por ejemplo, si se confía a un amigo una actividad de mediación, sin ninguna alusión a la obligación de abonar una comisión)».

Quizá pueda establecerse cierto paralelismo entre estas hipótesis y una promesa pública de recompensa, en su vertiente de concurso: por ejemplo, cuando un sujeto ofrece a otras personas la posibilidad de participar en el sorteo de una determinada cuantía de dinero, siempre y cuando, previamente, lleven a cabo una concreta conducta. En el caso, por ejemplo, del corretaje «ocasional» propuesto al portero de una finca, quien realiza el encargo de la mediación le ofrecerá el pago de una retribución si aquél lo pone en contacto con un eventual comprador interesado en adquirir su inmueble, y, finalmente, se verifica dicha compraventa. En este último supuesto, el oferente «invita» al destinatario de su propuesta a llevar a cabo una determinada conducta, si bien no se le asegura una remuneración, ya que depende de un hecho posterior.

Aunque existen notorias diferencias entre estas dos hipótesis, en ambas existe un *aleas* del que depende la eficacia de la prestación del oferente. Asimismo, en ninguno de los dos casos cabe compeler a quien recibe la propuesta a desempeñar actividad alguna, ya que su conducta activa obedecerá, únicamente, a su intención de gozar de la posibilidad de obtener el beneficio prometido. Así pues, la conducta del destinatario de la propuesta es plenamente voluntaria, de tal modo que si pretende alcanzar el premio prometido, habrá de observar la conducta exigida por el proponente (110). No obstante, como ya hemos explicado, la observancia de la misma no asegura el surgimiento del derecho a percibir el mencionado premio, pues tal circunstancia pende de un acontecimiento posterior.

En ocasiones, la actividad de intermediación desplegada no responde al esquema hasta ahora expuesto, ya que no existe un encargo previo al corredor por parte de quien, por ejemplo, pretende enajenar un

(110) En el supuesto del mediador «ocasional», quizá cabría sostener que el corredor, al comenzar a ejecutar la labor de intermediación, perfecciona el contrato de corretaje, de tal modo que nos hallaríamos frente a una hipótesis de «perfección del contrato mediante ejecución», como acontece en el artículo 1.327 del *Codice* italiano («*Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione...*»). Con anterioridad a dicho momento, no habría contrato de mediación, sino sólo la propuesta contractual del oferente. No obstante, esta construcción topa con una notable dificultad, pues únicamente da una respuesta satisfactoria a los supuestos en los que, una vez recibida la propuesta de contrato de mediación, su destinatario, sin emitir declaración de voluntad alguna, lleva a cabo la actividad de mediación; sin embargo, el destinatario de la oferta puede haber manifestado explícitamente su aceptación de otro modo, y, a pesar de ello, no llevar a cabo las gestiones correspondientes. Es en estos casos donde se plantean las dificultades conceptuales que ahora abordamos, y cuya respuesta hallamos en los usos y costumbres, que también son fuente del Derecho.

bien inmueble. En este caso, a pesar de no haberse requerido sus servicios como mediador, cuando, v.gr., el portero de la finca pone en contacto a quien desea vender su piso con una persona interesada en adquirirlo, tiene derecho a ser remunerado por su actividad mediadora, siempre y cuando el contrato de compraventa llegue a perfeccionarse como consecuencia de sus gestiones. En nuestra opinión, ha de entenderse que la oferta contractual ha sido manifestada por el portero, y aceptada por las partes (o sólo por alguna de ellas) en virtud de *facta concludentia*, al ponerse en contacto y comenzar a negociar en relación con la compraventa del mencionado inmueble (111).

Para considerar que el mediador tiene derecho a percibir una retribución por la labor desempeñada, no es imprescindible la existencia de un pacto específico que señale su carácter oneroso y la cuantía de la remuneración. Tales extremos pueden resultar, asimismo, determinados por los usos aplicables a esta materia, como acontece en los ejemplos planteados. Por otra parte, a pesar de no hallarse vinculado a llevar a cabo la labor de intermediación, el corredor «ocasional» debe actuar diligentemente, de acuerdo con los dictados de la buena fe, pues, aunque no puede ser compelido a llevar a cabo gestión alguna, entendemos aplicable lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil.

Para finalizar esta exposición, hemos de hacer referencia a la opinión de cierto sector doctrinal —principalmente italiano—, que ha defendido la naturaleza *plurilateral* del contrato de corretaje como negocio jurídico. No obstante, debemos aclarar que estos autores no se refieren a la cuestión hasta este momento abordada, relativa a los deberes de prestación emanados del *vin-*

(111) Vid., v.gr., la STS de 30 de marzo de 2007: «La peculiar naturaleza del contrato de mediación permite, en efecto, su constitución de modo tácito, en aplicación de las normas del mandato (STS de 2 de junio de 1981, 13 de julio de 1987, 1 de marzo de 1988 y 24 de noviembre de 2004, 18 de diciembre de 2006 y 29 de diciembre de 2006), e incluso exige tomar en consideración que no siempre se acepta el carácter contractual de la fuente de la mediación, pues a veces el mediador, sin encargo previo, indica a la parte la oportunidad de concluir un negocio con otro, y éstos lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador. La doctrina entiende que la efectiva celebración del contrato definitivo implica en estos supuestos la aceptación de la oferta de mediación hecha por el corredor...»; en estos mismos términos se había expresado el Alto Tribunal en la sentencia de 21 de marzo de 2007. Sin embargo, en contra de la referida configuración doctrinal y jurisprudencial, en la SAP de La Rioja, de 30 de junio de 2006, se señala: «no puede entenderse que la entidad actora llevase a cabo labor de mediación encargada por la demandada respecto de la venta de la finca [...], con independencia de que sí se llevase a cabo la perfección de la compraventa de dicha finca, pues no se ha determinado que la actora hiciese labor de mediación a petición de la parte demandada...».

culum iuris constituido por el contrato de mediación. Al aludir al carácter «trilateral» o «plurilateral» de tal contrato, los mencionados juristas no se ocupan del problema de la libertad o exigibilidad de la actuación del mediador, sino del número de partes necesarias para considerar que aquél se ha perfeccionado.

Son varios los autores que consideran que el contrato de mediación se perfecciona en el momento en el que el corredor encuentra a algún sujeto interesado en contratar con el oferente, y comienza las gestiones de conciliación entre ellos (112). En opinión de FINOCCHIO (113), cuando únicamente existe acuerdo entre el mediador y uno de los contrayentes, no nos hallamos frente a una promesa unilateral, sino ante un contrato preliminar, un negocio jurídico que, cuando se obtenga la declaración de voluntad de la otra parte, llegará a ser un elemento del negocio jurídico final: la mediación (que es un «atto complessivo»). En nuestra doctrina, como expusimos con anterioridad, GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX sostiene que en la fase anterior al hallazgo del tercero interesado en el negocio anhelado por el oferente, en realidad, no se puede hablar de «contrato de mediación», sino de otro tipo de relación (de mandato o arrendamiento de servicios) entre oferente y mediador, en virtud de la cual éste desarrolla su actividad de búsqueda de aquel tercero (114). Así

(112) FINOCCHIO, *op. cit.*, págs. 62 a 65; BOLAFFIO, *op. cit.*, págs. 28 y 29; en la doctrina española, vid. GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *op. cit.*, pág. 47. En Italia, VARELLI (*op. cit.*, págs. 17 a 24) ofrece una construcción similar, si bien con ciertos matices. Según este autor, para que se entienda perfeccionado el contrato de corretaje, el mediador debe haber encontrado a un tercero interesado en el negocio pretendido por el oferente. Sin embargo, no habla de contrato trilateral o plurilateral, sino de «contrato bilateral», pues entiende que las personas puestas en contacto por el corredor constituyen un único centro de intereses, y que, por lo tanto, han de ser considerados como una sola parte, mientras que el mediador será la otra parte en el contrato de corretaje. En su opinión, si uno de los contrayentes no consiente la mediación, no hay posibilidad de obra mediadora, pues no cabe hablar de contrato de corretaje cuando el mismo es aceptado sólo por uno de ellos. Cuando el encargo lo ha efectuado uno de los contratantes, y el mediador encuentra a la persona interesada en el negocio, se entiende que el contrato de mediación se ha perfeccionado, y que el corredor, a su vez, ha cumplido su prestación. Aunque muy próximos en el tiempo, se deben siempre distinguir ambos momentos: la formación del contrato de mediación debe preceder lógicamente y temporalmente a la prestación del corredor. Especial resulta la construcción de CARRARO (*op. cit.*, págs. 93, 94, 113 a 115), en cuya opinión la mediación surge como consecuencia de la actividad del mediador, pero tal actividad no constituye el objeto del contrato de corretaje; a su modo de ver, no hay un contrato de mediación previo al negocio facilitado por el corredor.

(113) FINOCCHIO, *op. cit.*, pág. 65.

(114) GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *op. cit.*, págs. 47 y 48. Esta construcción doctrinal se apoya en la defensa de una particular formación progresiva del contrato de corretaje. El mencionado autor sostiene que, en un primer término, hay un mandato o arrendamiento de servicios, en virtud del cual el mediador se obliga a buscar al interesado en contratar, mientras que el oferente se compromete a la ulterior mediación, así como a proporcionar al corredor los elementos precisos para dar publicidad de las intenciones sobre el objeto a mediar, y a abonar los gastos y retribución en los términos pactados. En una segunda

pues, en su opinión, el tercero interesado en el negocio no sólo no puede ser marginado en la delimitación conceptual del contrato de mediación, sino que «es la clave en la configuración» de éste.

Como puede observarse, GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX excluye del objeto del contrato de mediación, propiamente dicho, la labor de búsqueda de las personas eventualmente interesadas en contratar con el oferente. Según su criterio, esta tarea ha de ser contemplada como objeto de un mandato o de un arrendamiento de servicios cuya existencia, en puridad, es previa al contrato de corretaje. A nuestro juicio, pese a resultar muy útil para ofrecer una descripción del fenómeno mediador, la concepción del mencionado autor colisiona frontalmente con la configuración que del contrato de mediación llevan a cabo, de manera mayoritaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia actuales, así como los legisladores extranjeros. Según explicamos en el primer epígrafe de este trabajo, la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia señala que el objeto principal de esta suerte de contratos es, precisamente, la búsqueda de sujetos interesados en contratar con el oferente, y la indicación a éste de la ocasión de contratar con aquéllos (lo que algunos autores han denominado «mediación de indicación»).

En este mismo sentido, hemos de recordar que, según el legislador italiano, el mediador «*mette in relazione*» a dos o más partes para la conclusión de un negocio. Tal puesta en contacto constituye lo que CARRARO consideraba el contenido más frecuente de la actividad del mediador, mas no el único, de tal modo que, como afirmaba CATAUDELLA, el artículo 1.754 del *Codice* supone una «norma de mínimos».

A nuestro modo de ver, parece más razonable la configuración ofrecida por quienes consideran que el contrato de corretaje existe desde el momento en el que el oferente efectúa el encargo de mediación al corredor, y éste lo acepta. Como atinadamente señala AZZOLINA, el hecho de que el vínculo jurídico brotado como consecuencia del contrato de mediación pueda extinguirse sin haber producido alguno de sus efectos más interesantes y llamativos («come lo svolgimento delle trattative col mediatario, la conclusione dell'affare desiderato ed il sorgere del debito-credito della provvigione»), no significa que no haya existido una relación contractual, y tampoco que ésta no deba, de igual modo que cualquier otra, producir sus efectos (115). Esta opinión ha sido expresamente compartida por STOLFI, quien pone de relieve que, ciertamente, resulta imprescindible el concurso de un segundo contratante, en aras de que las gestiones del mediador alcancen su propósito; esto es, la conclusión del negocio deseado por el oferente. Sin embargo, tal cir-

fase, con el ingreso del tercero en la relación jurídica, nace el contrato de mediación y el corredor se hallará «obligado a mediar, limar las diferencias existentes, informar, actuar imparcial y discrecionalmente, etc.».

(115) AZZOLINA, *op. cit.*, págs. 32 y 33.

cunstancia no excluye la existencia previa de una relación jurídica entre el primer contrayente y el corredor, «ed è quello appunto che concreta il rapporto di mediazione, indipendentemente dalla partecipazione o meno del secondo contraente» (116).

Según nuestra opinión, dentro de la prestación a la que se compromete el mediador con el oferente, no sólo se incluye la interposición imparcial del mismo para facilitar la conclusión de un negocio (117), sino también la búsqueda de eventuales interesados en llevar a cabo dicho negocio con el mencionado proponente. Incluso, las gestiones del corredor pueden limitarse a la búsqueda e indicación de personas interesadas en el negocio planteado por quien efectúa el encargo, pues el propósito de la mediación puede consistir, precisamente, en ponerlos en contacto (118). Como consecuencia de ello, a diferencia del sector doctrinal que defiende el carácter plurilateral del contrato de corretaje, ubicamos su perfección en un momento anterior al hallazgo de tal interesado: cuando el oferente encarga al mediador la indicación de la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero, y aquél acepta desempeñar esta labor.

No obstante, hemos de reconocer que, dadas las diversas modalidades de mediación que se presentan en el moderno tráfico jurídico, cabe admitir su configuración como plurilateral en algunas hipótesis. Por ejemplo, en los casos en los que las partes ya se conocen y están interesadas en contratar, y encargan, de mutuo acuerdo, a un mediador que lleve a cabo la labor de «interposición». En este supuesto, como puede observarse, la función del corredor nada tendrá que ver con la indicación al oferente de la oportunidad

(116) STOLFI, *op. cit.*, pág. 13. En apoyo de su tesis, este autor afirma: «Tanto ciò è vero, che a preparare la conclusione del contratto principale possono essere necessari due contratti di mediazione distinti ed autonomi: il che si verifica ad es. quando colui al quale il mediatore rivolge le sue proposte gli presenti un altro mediatore».

(117) VARELLI (*op. cit.*, pág. 50) entiende que la «causa del contratto in esame, intesa non come l'ultima rappresentazione dei soggetti, bensì oggettivamente come la sua funzione economico-sociale, si può ricavare agevolmente dalla definizione innanzi proposta e consiste nell'interposizione imparziale al fine d'agevolare la conclusione di un affare».

(118) Vid., v.gr., STS de 16 de abril de 2003. De hecho, en la STS de 21 de mayo de 1992 se afirma: «El agente, salvo apoderamiento y representación expresa, no interviene directamente en la conclusión de la compraventa final, aunque esté autorizado a recibir cantidades a cuenta, si bien coadyuva eficazmente a la misma y su propia función es predominantemente pregestoria, al hacer posible contratar, cesando una vez que pone en relación a las partes, que son las que han de celebrar el futuro convenio final» (en similares términos, vid. STS de 26 de marzo de 1992; asimismo, vid. SAP de Córdoba, de 18 de enero de 2001; SAP de Gerona, de 17 de abril de 2001; SAP de Valencia, de 5 de febrero de 2003; SAP de La Rioja, de 28 de febrero de 2003, y SAP de Madrid, de 28 de septiembre de 2005, donde se señala que «se puede afirmar paladinamente que en el contrato de mediación o corretaje el mediador ha de limitarse, en principio, como ya se ha dicho, a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado»).

de concluir un negocio, pues quienes pretenden contratar ya se conocen y han tomado contacto. En suma, su labor consistirá en interponerse para facilitar la conclusión del negocio. Ahora bien, si el encargo ha sido realizado únicamente por uno de los futuros contrayentes, y en él se incluye la búsqueda de personas interesadas en contratar con él, el contrato de mediación existe desde el momento en el que el corredor acepta desempeñar tal función, y se trata de un contrato bilateral en su formación.

5. ALEATORIEDAD

En opinión de MESSINEO, el resultado de la actividad del mediador, dirigida a proporcionar la futura parte contratante, «è necessariamente aleatorio». A su modo de ver, esto explica por qué rara vez el mediador promete dicho resultado (119). Aunque el corredor no acostumbra a garantizar el éxito de sus gestiones, se compromete a desempeñar diligentemente la labor mediadora, que suele comenzar con la búsqueda de personas eventualmente interesadas en contratar con el oferente, y a indicar a éste la oportunidad de concluir dicho negocio en caso de encontrarla.

Sin embargo, con el término *aleatoriedad*, la doctrina se refiere, asimismo, a la incertidumbre que afecta a la retribución del mediador (porque depende de la conclusión del negocio proyectado por el oferente), y no sólo al resultado de la actividad de búsqueda del corredor propiamente dicha (120).

Con el empleo de la locución *aleatoriedad*, muchos autores pretenden hacer notar la falta de seguridad en torno a la remuneración del mediador (121). Éste únicamente podrá exigir tal contraprestación si, gracias a sus gestiones, el oferente concluye con un tercero el anhelado contrato que provocó la realización del encargo al mediador (122). En caso contrario, aunque el mediador haya llevado a cabo con plena diligencia todas las actividades tendentes a poner en contacto a ambas partes, no habrá surgido su derecho al cobro. Su remuneración depende, pues, de algo ajeno por completo a su ámbito: que el oferente

(119) MESSINEO, *op. cit.*, pág. 73.

(120) El propio MESSINEO (*op. cit.*, pág. 78) señala que la remuneración se encuentra *doppiamente subordinata* a la efectiva conclusión del negocio, y al hecho de que tal conclusión se encuentre en relación de *effetto a causa* (*nesso di causalità*) con la intervención del mediador.

(121) Vid., entre otros, SANPONS, *op. cit.*, pág. 35; RODRÍGUEZ VALCÁRCE, *op. cit.*, pág. 956.

(122) En la STS de 21 de marzo de 2007, se señala que el contrato de mediación es «aleatorio, puesto que su resultado es incierto y la obligación de retribuir al mediador nace, salvo estipulación en contrario, de la perfección del contrato mediado» (vid., asimismo, SSTs de 21 de mayo de 1992, 21 de octubre de 2000, 5 de noviembre de 2004 y 13 de junio de 2006).

te y el tercero lleguen a concluir el contrato. A juicio de BONET CORREA (123), la nota más sobresaliente del contrato de mediación es «su aleatoriedad, tanto en la búsqueda del tercero que quiera contratar como en la necesidad del perfeccionamiento y consumación (parcial o total) del negocio una vez hallado aquél» (124). En definitiva, una de las características más destacadas de esta clase de contratos radica en la inseguridad que afecta al nacimiento del derecho a percibir la retribución por parte del mediador.

En contra de quienes sostienen el carácter sinalagmático de esta clase de contratos, CARRARO señala que tal naturaleza ha de ser excluida, porque una de las prestaciones —el pago de la retribución al mediador— depende de un evento futuro e incierto, como es la conclusión del negocio entre el oferente y el tercero señalado por el corredor (125). Sin embargo, a nuestro juicio, la

(123) BONET CORREA, *El contrato de corretaje...*, cit., pág. 1621.

(124) Salvo que el oferente y el mediador hayan pactado algo distinto, el derecho de éste a cobrar su remuneración surge en el momento en el que, debido a sus gestiones, se perfecciona el contrato deseado por aquél, y no cuando tenga lugar la efectiva consumación del mismo. Sobre este particular, podemos hacer alusión, por ejemplo, a la STS de 10 de enero de 1922; en relación con este tema, señala la STS de 1 de diciembre de 1986: «mas cuando se otorga o perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación el contrato a que tiende la mediación cabe hablar de que ésta —la mediación— se ha consumado, lo que no debe confundirse con la consumación del contrato celebrado como consecuencia de dicha mediación, pues este resultado ya es independiente de la voluntad del mediador, a no ser que se le haya responsabilizado expresamente de obtenerlo; lo normal, pues, es que el corredor tenga derecho a la retribución en el caso de que llegue a tener realidad el negocio jurídico, objeto de la mediación, como consecuencia de la actividad por él desplegada, pero sin que se obligue a responder del buen fin de la operación, cosa que requeriría un pacto especial de garantía, expreso o determinado por el uso, cual se prevé en el artículo 272 del Código de Comercio para la comisión (...)» (esta misma doctrina es acogida en la STS de 22 de diciembre de 1992). En este mismo sentido, en la STS de 30 de marzo de 2007 se indica que «el contrato de mediación quedó consumado desde el momento en que llegó a otorgarse o perfeccionarse por el concurso de la oferta y la aceptación el contrato a que la mediación tendía (...). Si llegó o no a consumarse este otro contrato, el celebrado como consecuencia de la mediación, es algo ya independiente de la voluntad del mediador, y no puede depender de ello el pago de la remuneración pactada a no ser que se le haya responsabilizado expresamente de obtener dicho resultado...». Vid., en parecidos términos, SSTS de 10 de octubre de 2002 y 20 de mayo de 2004. En las SSTS de 7 de noviembre de 2004 y 13 de junio de 2006 se desarrolla este argumento en mayor medida: salvo pacto expreso, entre las obligaciones del mediador no se encuentra la de garantizar la consumación del contrato, cualquiera que sea la causa que pueda haber producido el incumplimiento por parte del vendedor, siempre que no le sea imputable al corredor. Vid., también, GIL RODRÍGUEZ, J., «Arrendamientos urbanos y contrato de corretaje», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1584, 15 de diciembre de 1990, págs. 115 y 116. Este mismo criterio es sostenido dentro de la doctrina francesa, entre otros, por DUTILLEUL y DELEBECQUE, *op. cit.*, pág. 576.

(125) CARRARO, *op. cit.*, pág. 95. En contra de esta visión, MESSINEO (*op. cit.*, pág. 74) considera que «ove la mediazione assuma il profilo del contratto, essa sia da considerare come contratto (definitivo) a prestazioni corrispettive [...], laddove il suo cliente (futura parte nel contratto principale) si vincola —per il caso che il mediatore lo metta in relazione

aleatoriedad no excluye el carácter sinalagmático del contrato de corretaje, pues en él se prevén las prestaciones debidas por ambas partes negociales, si bien una de ellas —la retribución— se halla afectada por la inseguridad que supone depender de un hecho incierto. Aunque la eficacia de ésta se encuentra supeditada al éxito final de las gestiones de intermediación, ambas prestaciones existen y son válidas desde un primer momento. Por otra parte, hemos de observar que lo aleatorio se contrapone a lo conmutativo, no a lo sinalagmático. Por este motivo, entendemos que ha de defenderse el carácter sinalagmático del contrato de mediación, de modo análogo a la hipótesis de la compraventa de cosa futura admitida al amparo del primer párrafo del artículo 1.271 del Código Civil (126).

Como expusimos al comienzo de este apartado, aunque el mediador desarrolle diligentemente el encargo efectuado por el oferente, si el negocio pretendido por éste finalmente no se concluye, no llega a nacer el derecho de aquél a percibir su retribución. Este riesgo es consustancial a la propia naturaleza del contrato de mediación, y, como tal, es asumido por el corredor al aceptar su posición en esta relación negocial. Cuando se perfecciona el contrato de mediación, que goza de carácter instrumental o preparatorio (no accesorio) en relación con el negocio que desea concluir el oferente (127), el corredor es consciente de la fragilidad de su posición, pues el cobro de sus honorarios no pende únicamente de su conducta, sino también de otras circunstancias que escapan a su control: en concreto, de la ulterior perfección del negocio por quien realizó el encargo, como consecuencia de la actuación

con un altro soggetto, col quale riesca a concludere il contratto principale— a corrispondergli la *provvigione*».

(126) La compraventa de cosa futura se puede concebir de dos modos diferentes: *emptio rei speratae*, donde el comprador pagará el precio si la cosa objeto de la compraventa llega a tener real existencia; *emptio spei*, en la que dicho adquirente satisfará su prestación aunque la cosa vendida no llegue a existir. La primera modalidad constituye un supuesto de compraventa conmutativa, mientras que en la segunda nos hallamos frente a una compraventa aleatoria, pues, si bien el contrato de compraventa es perfecto desde su nacimiento, la eficacia de la prestación que concierne al vendedor depende de un evento condicionante. En este sentido, si la cosa objeto del contrato no llega a existir, el vendedor no podrá cumplir su prestación, pero, hasta ese momento, tiene unos deberes contractuales (entre otros, no impedir el futuro nacimiento de la cosa), de tal forma que si los incumple, puede el comprador actuar contra él por incumplimiento contractual. Es con esta segunda variante con la que, a nuestro juicio, guarda la mediación mayores similitudes.

(127) STOLFI (*op. cit.*, pág. 20) señala que el contrato de corretaje «può inoltre qualificarsi come un contratto preparatorio del contratto principale, che eventualmente stringano i due clienti del mediatore. Non ci sembra esatto parlare di contratto accessorio, perchè il contratto di mediazione esiste, e produce effetti, anche se il cosiddetto contratto principale non si conclude». En parecidos términos, MESSINEO (*op. cit.*, pág. 72) afirma que poner en relación a las partes «è un *atto strumentale*, al fine della conclusione di un *affare*». Aunque se trata de un contrato «principal» desde un punto de vista jurídico, BONET CORREA (*El contrato...*, cit., pág. 1622) explica que «no es principal, en un sentido económico».

del mediador (128). De ahí, que de este contrato se predique su *aleatoriedad*, ya que su «mecánica» es perfectamente subsumible en el artículo 1.790 del

(128) Si las partes pactan que para que surja el derecho a la remuneración del mediador resulta suficiente el desarrollo de la actividad de búsqueda de personas eventualmente interesadas en contratar con el oferente, o bien la realización de una propuesta por aquél a éste de un negocio que satisfaga las características previamente convenidas, con independencia de que dicho negocio finalmente se concluya, no nos hallaremos frente a un contrato de mediación propiamente dicho. Mientras que en el primer supuesto la doctrina alemana habla de *Mäklerdienstvertrag* (referido a «arrendamiento de servicios»), el segundo es calificado como *Mäklerwerkvertrag* (alude a «obra»); sin embargo, el contrato de mediación es denominado, simplemente, *Mäklervertrag*. En opinión de PERFETTI (*op. cit.*, pág. 113), estas figuras especiales, ajenas al esquema de la mediación típica, serán reconducibles, al menos de manera residual, a la órbita de figuras funcionalmente afines, entre las cuales, sin lugar a dudas, se encontrarían la *locatio operis* o la *locatio operarum*. Según se deduce de las palabras de MARINI (*op. cit.*, pág. 92), en Italia no es admisible un contrato de mediación en el que la remuneración del corredor no dependa de la efectiva conclusión del negocio por el oferente, ya que el artículo 1.755 del *Codice* «costituisce una norma che, in quanto delimitativa della mediazione quale schema tipico, non può essere derogata dall'autonomia privata senza con ciò snaturare il tipo stesso che la norma provvede ad individuare». En la SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 2003, se señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo «distingue dos formas del contrato de mediación: la que podría llamarse simple actividad de mediación, que consiste en poner en relación a dos partes interesadas en la celebración de un contrato, de modo que el agente percibiría sus honorarios con independencia de que el contrato se llegue a perfeccionar o no, y el complejo que añade a la simple actividad de mediación una intervención posterior del corredor que conduzca al resultado pretendido por el *dominus negotii*, en el que se condiciona la percepción de honorarios a que el contrato se realice, se perfeccione por la actuación del corredor, de modo que no se trata de una obligación de medios sino de resultado o fin determinado a alcanzar». Sin embargo, tal apreciación no resulta plenamente ajustada a la realidad, pues son pocas las decisiones del Alto Tribunal en las que se afirma que nos encontremos frente a un contrato de mediación cuando la retribución no dependa del éxito de las gestiones del corredor; de varias de las sentencias enumeradas por la Audiencia cabe inferir tal posibilidad, si bien no se afirma expresamente, y, por otra parte, debemos hacer notar que en los casos en ellas resueltos la percepción de los honorarios se encuentra condicionada a la conclusión del negocio por el oferente (vid., v.gr., SSTs de 26 de marzo de 1991, 23 de septiembre de 1991, 21 de mayo de 1992; no alcanzamos a comprender el motivo que lleva a la antedicha Audiencia a mencionar la STS de 12 de marzo de 1986, donde nada se indica en torno a las modalidades de la mediación, y se juzga un supuesto de mandato; o la STS de 30 de noviembre de 1993, en la que ni siquiera se hace mención a la posibilidad de establecer los pactos anteriormente mencionados; o la STS de 25 de junio de 1994, donde se aborda un supuesto de mandato, y se escinde éste del corretaje, si bien nada se apunta sobre la cuestión aquí analizada). No obstante, hemos de reconocer que la postura defendida en esta decisión de la Audiencia podemos encontrarla también en las SSTs de 1 de diciembre de 1986 y 5 de febrero de 1996. Sin embargo, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 55 de Madrid, de 3 de octubre de 1997 (en juicio declarativo ordinario de menor cuantía núm. 78-T/97), confirmada expresamente por la STS de 21 de marzo de 2007, se ofrece, definitivamente, una visión correcta sobre el particular, pues en ella se señala que «una cosa es que el corredor no se obligue, en principio, a obtener ese resultado, y otra distinta es que tenga derecho al premio sólo por ejecutar su actividad mediadora. Cabe que esto se convenga, en cuyo caso la mediación se identificará con el propio arrendamiento de servicios».

Código Civil, en el que se dispone: «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado».

Por cuanto a los gastos soportados por el mediador se refiere, parece lógico pensar que, en principio, habrán de ser reembolsados por el oferente, aunque las gestiones de aquél hayan resultado infructuosas, siempre y cuando los desembolsos hayan sido razonables y respondan a una actuación diligente por su parte. Los Jueces y Tribunales gozarán de un amplio arbitrio en esta materia, si bien entendemos que habrán de proceder con gran rigor en la apreciación de la prueba de tales gastos. A nuestro juicio, esta es la solución más probable en nuestro Derecho, dados los términos en los que se ha expresado el legislador en relación con otros contratos de colaboración (129). En sede de corretaje, esta cuestión ha sido expresamente abordada por el legislador italiano, quien, en el artículo 1.756 del *Codice*, ha dispuesto que, salvo cuando existen pactos o usos en contra, el corredor tiene derecho al reembolso de los gastos por parte del oferente, incluso, aunque el negocio pretendido por éste no se haya perfeccionado (130).

En contra de esta posición, RUIZ DE VELASCO considera que cuando el corredor no tiene éxito en sus funciones, «todo su trabajo e incluso los gastos en que haya podido incurrir quedan sin remuneración, lo que constituye el riesgo de su empresa» (131). Según nuestra opinión, el riesgo del mediador ha de localizarse en la ya mencionada falta de seguridad en torno a la percepción de su remuneración (como consecuencia de la *aleatoriedad* del con-

(129) Artículo 1.728 del Código Civil: «El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas al mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación». Artículo 278 del Código de Comercio: «El comitente estará asimismo obligado a satisfacer al contado, al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés legal desde el día en que los hubiere hecho hasta su total reintegro».

(130) Artículo 1.756 del *Codice*: «Salvo patti o usi contrari, il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l'affare non è stato concluso». Sin embargo, otros legisladores se han mostrado menos favorables a los intereses del mediador. Por ejemplo, en el § 652.2 BGB se dispone: «Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt» (El corredor puede pretender el reembolso de los gastos en que ha incurrido cuando así se haya pactado. Esto se aplica también cuando el contrato no se haya concluido). En esta materia, el legislador suizo ha establecido, en el artículo 413.3 del Código de las Obligaciones: «Il mediatore può pretendere il rimborso delle spese anche se il contratto non si conchiuda, in quanto ciò fosse convenuto».

(131) RUIZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 738.

trato de corretaje), mas no en la eventual asunción de los gastos originados en el ejercicio diligente de sus gestiones. Naturalmente, la respuesta será distinta cuando las partes hayan pactado expresamente que los gastos emanados de la labor de mediación han de ser soportados por el corredor, o bien cuando así lo determinen los usos y costumbres aplicables al contrato.

6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA GESTIÓN DEL MEDIADOR Y LA CONCLUSIÓN DEL NEGOCIO

La percepción de la retribución por parte del mediador no depende, únicamente, del desarrollo de la actividad de intermediación. En realidad, dichas gestiones constituyen la prestación debida por el corredor, cuyo cumplimiento representa el primero de los presupuestos requeridos para devengar su remuneración, pero no el único. Así pues, la eficacia de la prestación del oferente no sólo depende de la efectiva realización de la contraprestación del mediador (como en cualquier otro contrato sinalagmático), sino también de la concurrencia de otra circunstancia adicional: que, como consecuencia directa de la actividad del mediador, el oferente haya concluido el negocio pretendido.

En definitiva, el pago de los honorarios del mediador se halla íntimamente ligado a la obtención de un resultado positivo por parte del oferente. No obstante, para poder exigir tal retribución, resulta imprescindible que la perfección del negocio sea debida, precisamente, a la diligente actuación del corredor. Por lo tanto, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad del mediador y la conclusión del negocio por el oferente. Este requisito se halla previsto en la frase inicial del primer párrafo del § 652 del BGB, en el artículo 413 del Código de las Obligaciones suizo (132), así como en el primer párrafo del artículo 1.755 del *Codice* italiano. Esta solución es adoptada, asimismo, por nuestra jurisprudencia mayoritaria (133).

(132) Artículo 413 del Código de las Obligaciones suizo: «*La mercede è dovuta tanto che il contratto sia concluso a seguito dell'indicazione o della interposizione del mediatore*». Esta parece ser, asimismo, la intención del legislador brasileño, pues en el artículo 725 de su Código Civil dispone: «*A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação...*».

(133) Cfr., v.gr., SSTS de 26 de marzo de 1991, 23 de septiembre de 1991, 30 de noviembre de 1993, 15 de diciembre de 1994. En la SAP de Barcelona, de 28 de julio de 1999, a nuestro modo de ver, se comete un error en la configuración del contrato de mediación, pues en ella se indica que «la [obligación] de éste [se refiere al oferente] es el pago de la remuneración o comisión pactada cuando la gestión ha obtenido un resultado positivo, es decir, cuando el mediador pone en relación a las partes que han de celebrar el futuro contrato determinado (...) aunque se frustre el indicado contrato porque no es necesario que el mismo se perfeccione o que se consume, puesto que ello depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes, salvo que tal frustración lo sea por causa imputable al mismo mediador. Sin embargo, aunque es obvio que el mediador adquiere el

En Italia, aunque antes de la promulgación del *Codice Civile* de 1942 no se exigía explícitamente que la conclusión del negocio tuviera lugar *per effetto* de la gestión del corredor (134), la doctrina y jurisprudencia dominantes entendían que, para que surgiera el derecho del mediador a la retribución, resultaba necesaria la existencia de un nexo etiológico entre las gestiones de éste y la conclusión del negocio pretendido por el oferente (135). El propósito inspirador de la vigente norma italiana debe ubicarse en la voluntad de evitar que cualquier intromisión en los negocios ajenos, que resulte inútil o incluso perjudicial a los fines de la conclusión del negocio, pueda legitimar el derecho a la retribución, en abierta contradicción con la función de la institución estudiada, que siempre ha sido concebida como un instrumento para la promoción del tráfico y para el desarrollo económico de la sociedad (136). Una vez introducido este requisito en el artículo 1.755 del *Codice*, la discusión se centra en señalar cuándo podemos entender que existe el susodicho nexo causal.

Mientras algún sector de la doctrina italiana considera que la actividad del mediador ha de ser no sólo necesaria, sino también suficiente para propiciar el acuerdo, o de tal entidad que normalmente debería conducir a la conclusión del negocio (*id quod plerumque accidit*), CARRARO ofrece una solución más laxa, ya que estima que únicamente es preciso que el corredor haya desarrollado una «opera utile» en aras del acuerdo de las partes. A su modo de ver, precisamente en la *relación de utilidad*, y no en la de *causalidad*, entre la intervención del mediador y la conclusión del negocio debe localizarse el elemento idóneo que justifique la atribución de su derecho a la remuneración. En su opinión, la actividad mediadora ha de considerarse *útil* cuando logre hacer superar a las partes uno o más obstáculos que dificultan

derecho a percibir la comisión desde el mismo momento en que ponga en relación al posible comprador con el cliente, la libertad contractual consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil permite a las partes hacer depender el nacimiento de ese derecho de otro hecho, como puede ser la perfección del contrato o incluso su consumación». En realidad, el escenario, como se desprende de la jurisprudencia anteriormente aludida, es justamente el opuesto: el derecho a la retribución surge cuando el oferente concluye el negocio como consecuencia de la actuación del mediador. El principio de autonomía de la voluntad, efectivamente, permite a las partes pactar que dicha remuneración no dependa del éxito de sus gestiones, si bien, en estas hipótesis, no nos hallaríamos frente a un contrato de mediación.

(134) En el artículo 32 del *Codice di Commercio* se simplemente disponía: «*Al mediatore non compete il diritto di mediazione se l'affare non è stato concluso*».

(135) Vid., por todos, FINOCCHIO (*op. cit.*, pág. 202), quien, tras señalar que entre la actividad de intermediación y la conclusión del negocio debe existir una relación de causa-efecto, recomienda concebir dicho principio con discreción, «non potendosi pretendere una prova rigorosa da parte del mediatore». En relación con esta cuestión, el antedicho autor pone de relieve que se trata de una materia de apreciación judicial, en torno a la cual únicamente puede ofrecerse un «criterio di massima»: existe dicho nexo cuando el negocio no se habría concluido sin la intervención del mediador.

(136) CARRARO, *op. cit.*, pág. 287; MARINI, *op. cit.*, pág. 100.

la conclusión del negocio (137). En particular, CARRARO entiende que la *utilidad* se halla presente, *in re ipsa*, cuando la intervención del corredor consiste en la indicación a las partes de la concreta posibilidad de concluir un contrato, siempre y cuando tal señalamiento goce del «carácter de la novedad»; es decir, siempre que las partes no hubieran entablado ya las negociaciones relativas al contrato deseado (138).

La mayor parte de la doctrina italiana (139), sin embargo, ha relativizado la relevancia de la dicotomía *relación de causalidad-relación de utilidad*, ya que ha considerado que se trata, únicamente, de una cuestión terminológica, que da lugar a disquisiciones de orden teórico, si bien carece de trascendencia práctica. Como atinadamente expone este sector doctrinal, con independencia de la locución empleada, se obtienen resultados sustancialmente iguales, tanto desde un punto de vista práctico como desde una perspectiva conceptual.

En realidad, como viene sosteniendo la jurisprudencia italiana mayoritaria, para evitar los inconvenientes de la tesis de la *relación de causalidad*, debe atribuirse a la misma una relevancia más atenuada, de tal modo que se tome en consideración el concepto de *causalidad adecuada o eficiente* (140). De conformidad con este criterio, el derecho del mediador a recibir su remuneración surge cuando sus gestiones puedan ser incluidas en el seno del conjunto de factores a los que quepa conectar la positiva conclusión de las negociaciones, aunque a la perfección del negocio hayan coadyuvado, asimismo, otras causas o factores (141). De hecho, en esta misma jurisprudencia se

(137) CARRARO, *op. cit.*, págs. 292 y 293. Seguidamente, este autor (*op. cit.*, págs. 293 y 294) expone la diferencia entre la relación de causalidad y la de utilidad: «Mentre l'utilità, di cui si parla, deve valutarsi dunque in ordine ad una o più delle singole fasi, attraverso le quali si svolgono le trattative per giungere alla conclusione, la causalità, cui si riferisce la dottrina dominante, non potrebbe valutarsi —se intesa in senso proprio— che in ordine alla fase finale, cioè all'accordo delle parti, poichè solo di questo si può parlare come di effetto causato dall'attività intermediatrice: ma allora sembra dubbio che il nesso causale sussista fino a quando il mediatore non abbia eliminato tutti gli ostacoli che si frappongono alla conclusione». En cambio, AZZOLINA (*op. cit.*, pág. 157) considera que el criterio de CARRARO es ilusorio y peligroso, ya que mientras la indagación sobre el nexo de causalidad puede limitarse a la constatación de la existencia de una relación casi «física-mecánica» entre la actuación del mediador y la conclusión del negocio, el juicio sobre la utilidad ofrece un alarmante campo de apreciación subjetiva, en virtud del cual se podría estimar inútil una actividad que haya desplegado un efecto causal sobre la conclusión de aquél, y, en cambio, permitiría considerar útil una actividad no comprendida en la cadena de factores causales de la perfección del mismo.

(138) CARRARO, *op. cit.*, pág. 294.

(139) Vid., entre otros, MARINI, *op. cit.*, págs. 100 a 103; PERFETTI, *op. cit.*, págs. 151 y 152.

(140) Vid. IANNELLI, *op. cit.*, págs. 723 y 724 (y las sentencias a las que hace mención).

(141) MARINI (*op. cit.*, pág. 103) señala que «è utile qualsiasi intervento mediatizio che costituisca causa o concausa della conclusione dell'affare; sicché, i due concetti di utilità e causalità, pur operando su piani diversi, risultano espressione di una stessa realtà concettuale».

aclara que, para admitir el devengo de los honorarios del corredor, no se reputa necesaria su intervención en todas las fases de los tratos preliminares, sino que bastaría con poder enlazar sus gestiones con la conclusión del negocio. Por consiguiente, la mera actividad de hallazgo e indicación (al oferente) del otro contratante legitima al mediador para reclamar su remuneración, siempre y cuando el negocio llegue a concluirse.

Como expresa VARELLI (142), para determinar si existe tal nexo de causalidad, es preciso que de la cadena de hechos que han conducido al evento de la conclusión del negocio se extraiga la actividad del corredor: si la cadena se quiebra, porque el eslabón consistente en la actividad mediadora es necesario, la perfección del negocio puede juzgarse ocasionada por el mediador, aunque sólo sea en parte, con independencia de la duración e intensidad de su actuación. En cambio, si se comprueba que sus gestiones no han resultado indispensables, y que sin ellas el susodicho negocio se habría concluido de igual forma, deberá entenderse que aquéllas no han influido en el nexo de causalidad (143). No obstante, VARELLI pone de relieve que el análisis de esta cadena fáctica debe centrarse en las causas próximas y directas que dieron lugar al negocio anhelado por el oferente (144). En este punto entra en juego la libre apreciación judicial de las circunstancias de cada caso, y debe acudirse al ya aludido concepto de *causalidad adecuada o eficiente*.

Al afrontar la cuestión del nexo de causalidad, AZZOLINA, además de poner de manifiesto que la actividad del mediador debe formar parte de las causas próximas e inmediatas de la conclusión del negocio, sostiene que resulta necesario que la actividad mediadora haya sido desplegada consciente y voluntariamente por el corredor. Es decir, que haya sido prestada con el *animus adimplendi contractus*, «per modo che l'effetto di causazione non si produca solo fortuitamente» (145). En este ámbito resultan reveladoras las palabras de TUMEDEI, quien asevera que la actividad del mediador ha de ser «opera cosciente», llevada a cabo expresamente con el propósito de hacer concluir el contrato deseado por el oferente. Por este motivo, el corredor no tendría derecho a percibir retribución alguna si llegara a ocasionar su conclusión *preterintencionalmente*.

(142) VARELLI, *op. cit.*, pág. 86.

(143) Como expusimos con anterioridad, este era el criterio ofrecido, en 1915, por FINOCCHIO, *op. cit.*, pág. 202. Vid., asimismo, HEYMANN (*op. cit.*, § 97, pág. 422), si bien introduce un matiz, ya que señala que la actuación del mediador debe haber sido objetivamente considerable para la decisión de los contratantes: «Die Maklertätigkeit muß also conditio sine qua non für den Abschluß sein, und zwar muß diese Verursachung eine adäquate sein, d. h. die durch die Tätigkeit des Maklers gesetzte Bedingung, darf für den Entschluß der Parteien nach der Verkehrserfahrung nicht (objektiv) unerheblich gewesen sein».

(144) VARELLI, *op. cit.*, pág. 87.

(145) AZZOLINA, *op. cit.*, págs. 157 a 160.

A su modo de ver, esta solución confirma un «principio generalísimo»: que el Derecho toma en consideración, por lo general, los actos volitivos, y no los meramente instintivos o involuntarios («E qui appunto può bene invocarsi l'analogia richiamata dal REICHEL col diritto penale, dove non si ha riguardo alla causalità, pura e semplice, bensì anche alla imputabilità») (146). De este modo, a nuestro juicio, se evitarían pretensiones abusivas por parte de quien, mediante una actuación absolutamente accidental e involuntaria, ha contribuido a la conclusión del negocio.

7. «OBLIGACIÓN DE MEDIOS» DEL CORREDOR

La anteriormente referida *aleatoriedad* ha provocado que algunos autores (147) y cierta jurisprudencia (148) consideren que el contrato de me-

(146) TUMEDEI, *op. cit.*, págs. 128 y 129. Este autor propone, en apoyo de su afirmación, un ejemplo tomado de la práctica: «ad esempio per aver — il caso è tolto dalla pratica — una sera cianciato ad alta voce in istato di ubbriachezza in un restaurant di tutto e di tutti e anche, in particolare, dell'incarico conferitogli da una certa persona di procurargli la conclusione di un certo affare, dando così modo a B. suo vicino di tavolo e sollecito ad approfittare della non chiesta indicazione, di porsi in contatto con chi aveva dato l'incarico e di concludere il contratto». Según el mencionado autor (*op. cit.*, págs. 129 y 130), en esta hipótesis faltaría la característica de la «inmediatez en el nexo causal», ya que de ningún modo cabría sostener que este comportamiento del mediador habría debido, normalmente, lograr el objetivo por el que fue conferido el encargo. Según AZZOLINA (*op. cit.*, págs. 159 y 160), en este caso, si bien es irrefutable la presencia de una relación de causalidad, es evidente que se trata de una causalidad involuntaria, debida a los «fumi di Bacco», y no al propósito de cumplir y dar vida a un contrato de mediación. En contra de esta concepción, HEYMANN (*op. cit.*, § 97, pág. 423) considera que lo realmente importante es el resultado práctico objetivamente alcanzado gracias a la actuación del mediador, y no sus motivaciones subjetivas: «Damit scheint mir aber der Vorschlag Reichels abzulehnen, die Kausalität im Maklerrecht durch den Begriff der «Verdienstlichkeit» zu ersetzen, so daß die Provision verdient ist, «wenn der Makler das Zustandekommen des abgeschlossenen Geschäftes durch eine im Sinne des Maklervertrages liegende Tätigkeit in subjektiv-verdienstlicher Weise gefördert hat». Auch praktisch interessiert ja die Parteien nicht die subjektive Verdienstlichkeit des Maklers, sondern der objektive Nutzen, den er stiftet».

(147) Vid., por todos, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *op. cit.*, pág. 283; BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, págs. 19 y 20. En Italia, MESSINEO (*op. cit.*, pág. 72) indica que la prestación del mediador consiste en un *opus*, esto es, en un resultado; no obstante, a diferencia de otros autores, el resultado al que se está refiriendo MESSINEO no es la conclusión del negocio por el oferente —cosa que no depende del mediador—, sino la «messa in relazione» de las partes, que es «un *atto strumentale*, al fine della conclusione di un affare».

(148) Cfr., entre otras, las ya mencionadas SSTS de 26 de marzo de 1991, 23 de septiembre de 1991, así como la STS de 24 de junio de 1992. Vid., asimismo, las SSAP de Baleares, de 4 de febrero de 1998, 17 de enero de 2000, 8 de enero de 2003 y 8 de mayo de 2003, en las que se asevera que el contrato de corretaje «tiene como característica principal el ser una relación jurídica de resultado, en el sentido de que la obligación de pagar la gestión por parte del comitente al mediador sólo se produce en el supuesto de que llegue a perfeccionarse el contrato objeto del corretaje...». Vid. la anteriormente transcrita

diación es un «contrato de resultado». En contra de esta opinión, a nuestro juicio, en este tipo de contratos no cabe entender que el mediador ha asumido una obligación de resultado, pues, como expusimos con anterioridad (149), no asegura el resultado fructífero de sus gestiones, ya que el éxito de sus actividades depende en gran medida de circunstancias ajenas a su actuación (cfr. STS de 6 de octubre de 1990). En realidad, el corredor únicamente se compromete a una obligación de medios, si bien las especiales características de este contrato propician que el cumplimiento diligente de su prestación no genere, por sí solo, su derecho a percibir sus honorarios.

En torno a esta cuestión, algún autor (150) ha establecido cierto paralelismo entre la actividad del mediador y la del médico, pues éste no promete la curación del enfermo, sino exclusivamente ofrecer los medios terapéuticos adecuados para su recuperación. Se trata, por consiguiente, de una obligación de medios, dado que la ausencia de mejoría del enfermo, pese a la diligente actuación del médico, no constituye un incumplimiento contractual por parte de éste, ya que el restablecimiento de aquél depende notablemente de circunstancias extrañas al proceder del galeno. Por cuanto al contrato de corretaje se refiere, el mediador, una vez efectuadas sus gestiones de intermediación, ha alcanzado el propósito prefijado en dicho contrato, y no puede ni debe llevar a cabo ninguna actividad ulterior. Por lo tanto, su prestación ha de considerarse ya satisfecha, aunque la conclusión del negocio pretendido por el oferente no llegue a tener lugar.

El corredor no se ha comprometido a alcanzar la perfección del negocio previsto por el oferente, sino a desempeñar una labor de intermediación para facilitar que tal objetivo se cumpla. Por todo ello, no cabe sostener que el mediador no ha ejecutado su prestación, cuando, a pesar de haber desarrollado diligentemente sus gestiones, el oferente y el tercero señalado por aquél no logran llegar a un acuerdo para la conclusión del negocio. En esta hipótesis, a diferencia de lo que acontece en el aludido ejemplo del médico, el corredor ha satisfecho su deber de prestación, mas ello no le confiere el derecho a recibir su remuneración, pues su percepción se encuentra supeditada a la perfección del contrato deseado por el oferente (151).

El contrato de mediación constituye un negocio jurídico tendente a la obtención de aquel resultado, pero no alberga el deber de alcanzarlo, ni para

SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 2003 (cuando habla del contrato de mediación que denomina *complejo*).

(149) Cfr., *supra*, apartado III.4 de este trabajo.

(150) VARELLI, *op. cit.*, págs. 46 y 47.

(151) Como atinadamente afirma VARELLI (*op. cit.*, pág. 7), la conclusión del negocio por el oferente, gracias a la actividad de intermediación del corredor, constituye «sólo una condicio iuris aggiunta ad uno schema di contratto a prestazioni corrispettive», y no desnaturaliza «l'obbligo alla provvigione al punto da non potersi più considerare il corrispettivo dell'opera intermediatrice».

el corredor ni para el oferente. Una vez aceptado el encargo de éste, comienza la producción de efectos del contrato de corretaje, ya que el mediador ha de desarrollar las gestiones de intermediación.

8. LA MEDIACIÓN NO ES UN CONTRATO CONDICIONAL

Son varias las sentencias en las que se señala expresamente que el contrato de mediación «se halla sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido y además a que el contrato tenga lugar «como consecuencia» de la actuación del corredor» (152). En similares términos se expresa, por ejemplo, BONET CORREA, cuando alude al carácter «condicional» del contrato de corretaje, y manifiesta que la actividad del mediador es inoperante, se esfuma y queda improductiva si el negocio principal no llega a perfeccionarse, pues aquél no puede recabar compensación alguna (153).

En contra de la mencionada jurisprudencia y de la opinión de cierto sector de la doctrina (154), debe entenderse que no es la propia existencia del contrato de corretaje la que se encuentra «condicionada», sino el deber del oferente de remunerar al mediador. Como expusimos con anterioridad, el contrato de mediación existe desde el momento en el que el corredor acepta el encargo efectuado por el oferente, y desde ese instante puede exigírsele el desarrollo de la actividad mediadora en la que consiste su prestación (155).

Una vez ejecutada su actividad de intermediación, la contraprestación del oferente todavía no es exigible, ya que depende de un evento objetivamente incierto: la conclusión del negocio con el tercero indicado por el mediador (156). Este acontecimiento funciona como *conditio iuris* para que goce de eficacia el deber contractual de retribuirle por sus servicios. Tal deber de prestación existe y es válido desde el momento en el que se perfecciona el

(152) Vid., v.gr., SSTs de 26 de marzo de 1991, 10 de marzo de 1992, 19 de octubre de 1993, 30 de noviembre de 1993, 5 de febrero de 1996, 21 de octubre de 2000 y 13 de junio de 2006.

(153) BONET CORREA, *El contrato...*, cit., págs. 1622 y 1623; por su parte, LARENZ (*op. cit.*, pág. 332) afirma: «El único obligado es el comitente, y su obligación consiste en pagar el corretaje o comisión pactados, cuando el contrato deseado por dicho comitente “se lleve a cabo a consecuencia de la indicación o de la mediación del corredor” (§ 652, pág. I). Por lo tanto, su obligación se halla sometida a la *condición suspensiva* de la celebración del contrato pretendido y, además, a que aquel contrato tenga lugar “como consecuencia” de la actuación del corredor».

(154) V.gr., VARELLI (*op. cit.*, pág. 74) estima que en el artículo 1.755 del *Codice* se contiene un «principio che pone una condicio iuris non alla sola prestazione dei contraenti, bensì (...) all'efficacia dell'intero contratto».

(155) Siempre y cuando se trate de un mediador profesional (vid., *supra*, el apartado III.4 de este trabajo).

(156) PERFETTI, *op. cit.*, pág. 115.

contrato de corretaje, aunque sus efectos y su cuantía se hallen pendientes de la verificación de un ulterior acontecimiento, que resulta exigido por la propia naturaleza del contrato, y no por disposición de las partes (157).

En este ámbito, según nuestra opinión, gozarán de especial relevancia las conductas contrarias a Derecho por parte del oferente (158) y del tercero se-

(157) En contra de nuestra tesis, MARINI (*op. cit.*, pág. 44) manifiesta que, como consecuencia de su postura favorable a la unilateralidad del contrato de corretaje, «l'obbligo di pagare la provvigione deve ritenersi (...) un effetto costante del contratto e non già un effetto conseguente al verificarsi di una c.d. *condicio iuris* rappresentata, appunto, dalla conclusione dell'affare per effetto dell'attività intermediatrice». AZZOLINA (*op. cit.*, págs. 81 y 82) entiende que la conclusión del negocio como consecuencia de la actuación del mediador no puede constituir una condición suspensiva: ello supondría considerar como cumplimiento de una condición suspensiva el evento que supone, en cambio, la ejecución de la contraprestación. En este sentido, según su opinión, si se aceptara el aludido carácter condicional suspensivo, todos los contratos bilaterales serían reconducibles a este esquema condicional: v.gr., te vendo una cosa determinada si me pagas su precio. Si así fuera, se estaría confundiendo el momento de la estipulación de la obligación y el de su cumplimiento, hasta el punto de hacer depender el nacimiento de dicha obligación de la verificación del cumplimiento. En nuestra doctrina, se ha manifestado en términos semejantes GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 584: «Esto no significa que estemos ante un contrato sometido a condición suspensiva. La conclusión del contrato previsto no es un hecho que condiciona la prestación, sino que es una contraprestación (*conditio iuris*)». En este mismo sentido, en la STS de 22 de diciembre de 1992 se afirma que «parece evidente (...) que el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer desde el momento en que quede cumplida o agotada su actividad mediadora (única a la que se había obligado), o sea, desde que, por su mediación, haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa cuya gestión se le había encomendado...». A nuestro juicio, la opinión manifestada por estos autores y por el Tribunal Supremo en esta decisión no resulta completamente exacta, pues, en realidad, toman como punto de partida la idea de que la prestación del mediador consiste, precisamente, en obtener el resultado de la perfección del contrato entre el oferente y un tercero, gracias a sus gestiones. Como ya hemos señalado en repetidas ocasiones, la prestación del corredor no incluye la obtención de un resultado ajeno a su voluntad, y que depende de otras circunstancias que escapan a su ámbito. Sin embargo, según los autores anteriormente mencionados, la conclusión del negocio por el oferente no puede representar una condición, dado que es la prestación que debe satisfacer el mediador. Según nuestra opinión, éste únicamente asume una obligación de medios, y, una vez cumplidas diligentemente sus gestiones, los efectos de la contraprestación (la remuneración) dependen de que se verifique una *conditio iuris*, aunque no lo hayan previsto expresamente las partes. Así pues, a nuestro modo de ver, lo que estos autores consideran «prestación» del mediador constituye un evento condicionante de parte de la eficacia del contrato de corretaje, y que resulta en gran medida ajeno a la actuación de aquél.

(158) Por ejemplo, en la STS de 28 de abril de 1953 se considera aplicable el artículo 1.119 del Código Civil («*Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento*»), cuando el negocio pretendido por el oferente no llega a consumarse, como consecuencia de causas que obedecen, única y exclusivamente, a su libérrima voluntad y conveniencia. En estos supuestos, AZZOLINA (*op. cit.*, pág. 162) considera que no cabe entender que los honorarios del mediador son debidos, si bien, cuando las circunstancias lo permitan, podrá eventualmente entenderse que el oferente debe responder por culpa o dolo frente al mediador, como consecuencia de haber faltado al deber de diligencia y de buena fe que le incumbe; por consiguiente, será admi-

ñalado por el mediador. Como ya hemos expuesto, aunque el intermediario haya desarrollado diligentemente su labor, la persona que efectuó el encargo de mediación no se encuentra constreñida, salvo pacto en contrario, a contratar con la persona señalada por aquél (159). A pesar de ello, entendemos que el mediador no debe verse perjudicado por el rechazo arbitrario de su trabajo. En este sentido, si bien el oferente goza de plena libertad para rehusar la celebración del contrato con la persona señalada por el corredor, en determinadas hipótesis podría hallarse obligado a satisfacer a éste una indemnización, cuando el Juzgador aprecie que su negativa a contratar constituye un supuesto de abuso de derecho. Naturalmente, no cabe llevar a cabo un juicio apriorístico sobre este particular, sino que la decisión de los Jueces y Tribunales dependerá de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

En el tráfico jurídico, como acertadamente ponen de relieve las sentencias de las Audiencias Provinciales de Gran Canaria, de 9 de enero de 2004, y de Huelva, de 18 de marzo de 2005, la «nota característica del contrato de agencia inmobiliaria (consistente en retribuir al agente o corredor sólo en el caso de que se llegue a perfeccionar el contrato encargado) provoca, con relativa frecuencia, que el oferente trate de burlar o defraudar los derechos del corredor, ultimando la operación, que éste ha gestionado y promovido, a sus espaldas y aprovechándose de la actividad desarrollada. En cuyos supuestos suele o bien revocar el encargo aparentando un desinterés sobrevenido por el negocio, después de que el mediador le ha puesto en contacto con interesados en contratar, o bien utilizando en los tratos preliminares a una persona que luego no interviene como parte en el contrato final».

En estas hipótesis, la jurisprudencia ha decidido que los honorarios del corredor han de ser satisfechos, aunque el encargo conferido a éste haya sido extinguido o revocado, siempre y cuando resulte acreditado que la ulterior conclusión del negocio por el oferente fue posible gracias a la actuación desplegada por el mediador cuando el encargo se hallaba todavía vigente (cfr., v.gr., STS de 3 de junio de 1950). En definitiva, las gestiones llevadas a cabo por el mediador han de ser remuneradas, ineludiblemente, tanto si el

sible el ejercicio de una acción de daños por parte del mediador, con el fin de obtener el reembolso de los gastos soportados, así como una indemnización que compense la actividad prestada vanamente (pero no sus honorarios, pues no se ha concluido el negocio). Como afirma IANNELLI (*op. cit.*, pág. 703), aunque el oferente no debe los honorarios del mediador si no concluye el negocio, no puede negarse que quien efectúa el encargo de la mediación debe comportarse según la buena fe.

(159) Si quien realizó el encargo pudiera verse compelido a contratar con la persona indicada por el corredor, supondría un obstáculo en la práctica comercial, y la mediación no constituiría un instrumento auxiliar adecuado. Según RIERA (*op. cit.*, pág. 815), «si el corredor está facultado para desplegar o no su actividad, no hay razón alguna para que la otra parte quede obligada necesariamente al contrato que se le ofrece, aunque éste reúna las condiciones pactadas, salvo siempre el acuerdo en contra que puede derivarse de la convención expresa o deducirse de la índole de la operación».

negocio proyectado se concluye como consecuencia inmediata de su actuación, como si el oferente aprovecha tal actividad del corredor para proceder directamente a su celebración (160).

Según se pone de relieve en la SAP de Cantabria, de 2 de noviembre de 2000, el pacto de venta en exclusiva acordado con un agente de la propiedad inmobiliaria no impide al propietario del inmueble realizar la venta por su propia cuenta. No obstante, si dicho contrato de compraventa lo celebra, durante ese plazo de exclusiva o en un período razonablemente próximo a la finalización del mismo, con alguna persona «captada» por el agente mediador, éste habrá de ser remunerado. En relación con esta cuestión, la susodicha decisión judicial indica que la perfección de este contrato de compraventa se ha alcanzado merced a la determinante gestión del corredor, y que dicha actividad constituye el objeto del contrato de mediación (y no el éxito de la operación). La admisión de la solución contraria permitiría al oferente quebrantar la reciprocidad prestacional, ya que podría observar una conducta pasiva durante el plazo pactado con el mediador, y, una vez agotado éste, celebrar la compraventa con el sujeto indicado por aquél, para, de este modo, eludir el pago de sus honorarios (en contra de lo dispuesto en el art. 1.256 del Código Civil).

Así pues, la jurisprudencia, cuando se presentan estas circunstancias, aprecia una conducta fraudulenta por parte del comitente, y le obliga al pago del premio del mediador, a pesar de que, aparentemente, la actividad de éste no haya provocado la conclusión del contrato deseado. Tal solución se halla absolutamente justificada, ya que quien realizó el encargo inicial al mediador ha aprovechado plenamente la actuación diligente de éste, y no resultaría justo omitir su retribución (161).

(160) Como apuntó —en los albores del siglo XX— REZZARA (*op. cit.*, págs. 211 y 212), resulta evidente que, con la simulación del abandono de las negociaciones, las partes cometen un fraude con perjuicio para el mediador, a quien habrán de resarcir el daño originado, «che si compenetra nel diritto di mediazione che, in questo caso, gli è dovuto in solido dalle parti alle quali è imputabile l'atto doloso». En estos casos, según explica AZZOLINA (*op. cit.*, pág. 163), puede resultar ardua la prueba de la subsistencia del nexo de causalidad entre la actuación del mediador y la conclusión del negocio por el oferente, pero ello no excluye que la labor de intermediación forme parte de la «catena dei fattori causali». En nuestra doctrina, BLANCO CARRASCO (*op. cit.*, pág. 26) pone de manifiesto que, una vez probado el fraude cometido por el oferente, «el corredor tendrá derecho no sólo al premio, sino también a una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por dolo, negligencia o morosidad (art. 1.101 del C.c.)». La SAP de Barcelona, de 28 de julio de 1999, además de aludir al artículo 1.101 del Código Civil, hace referencia al artículo 1.106 del mismo cuerpo legal en relación con la cuantía de la indemnización, que comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante.

(161) Esta es la línea seguida, por ejemplo, en el artículo 727 del Código Civil brasileño (Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002): «*Se, por não haver prazo determinado, o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor*».

Esta misma respuesta se ofrece cuando el verdadero interesado en las gestiones del mediador recurre a una persona de su confianza, para que ésta realice el encargo de mediación, mientras él permanece oculto. En este caso, muy habitual en la práctica, el «aparente» oferente, después de haberse puesto en contacto con la persona interesada en la contratación indicada por el mediador, finge negociar y no poder convenir con ésta, pero posibilita que, posteriormente, el verdadero y «oculto» oferente se beneficie de las actuaciones del mediador, y contrate con la persona por éste señalada, sin pagar retribución alguna (162).

IV. CONCLUSIÓN TÁCITA DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN Y PAGO DE LOS HONORARIOS DEL MEDIADOR

Dado el carácter espiritualista de nuestro ordenamiento jurídico desde que se plasmó la influencia canónica en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, el contrato de corretaje no exige forma alguna para su celebración. De hecho, en la práctica resulta muy habitual, por ejemplo, la *ausencia de un documento escrito* en el que dicho contrato haya sido formalizado.

Tal circunstancia carece de relevancia en relación con la validez del contrato verbalmente pactado, dado el principio general de libertad de forma o espiritualista recogido en el artículo 1.278 de nuestro Código Civil. Asimismo, este criterio es mantenido por el principio del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, a tenor del cual *solus consensus obligat*. En este punto, el problema estriba, esencialmente, en la posibilidad de probar la existencia del contrato de mediación. A tal efecto, gozarán de especial importancia las comunicaciones producidas entre las partes a través de fax, correo postal, correo electrónico, etc., los posibles testimonios que puedan recabarse, así como la prueba de las gestiones realizadas por el mediador para poner en contacto a quienes, finalmente, contratan entre sí (163).

(162) La Audiencia Provincial de Cantabria señala: «La burda maniobra ejecutada por los demandados de contratar definitivamente con el entonces novio de la persona que acudió a la agencia y a la que se le mostró el piso en dos ocasiones —relación de noviazgo, por cierto, que terminó al día siguiente del otorgamiento del contrato de compraventa, al contraer matrimonio ese día el nuevo comprador con la persona que visitó dos veces el piso a través de la agencia—, para tratar de evitar de ese modo el abono al agente de la comisión pactada sobre el precio, no puede ser amparada jurídicamente». Como se indica en la ya mencionada SAP de Barcelona, de 28 de julio de 1999, «el hecho de que el propietario no pierda su derecho de disposición sobre el inmueble no significa que no adquiera obligaciones para con la persona a la que efectuó el encargo de mediación inmobiliaria, puesto que en dicho contrato nace su obligación de pagar la comisión pactada o, como sucede en el presente caso, su obligación indemnizatoria por incumplimiento».

(163) Vid., v.gr., la STS de 21 de marzo de 2007: «La participación de la actora, dentro de su actividad usual de mediación, en la venta de los buques, efectivamente

Dicha conclusión no puede resultar desmentida por el hecho de que la regulación reglamentaria de algún determinado sector profesional (v.gr., agentes de la propiedad inmobiliaria) exija la elaboración de una «hoja de pedido» o la formalización del contrato por escrito. En este sentido, la no observancia de dichas formalidades tendrá las consecuencias reglamentariamente establecidas, pero en ningún caso determinará la nulidad o inexistencia del contrato de corretaje, aunque así lo establecieran tales reglamentos, ya que una norma que no alcanza el rango de ley tiene vedada la derogación del principio general de libertad de forma contenido en el Código Civil (164). El consentimiento negocial puede entenderse prestado de manera tácita, por ejemplo, cuando se acude a un mediador profesional con el propósito de enajenar, adquirir o arrendar un bien inmueble, aunque no se hayan establecido expresamente las estipulaciones contractuales (165).

En relación con esta materia, se plantea frecuentemente el problema de determinar si existe contrato de mediación entre el tercero que contrata con el oferente (que encargó el corretaje) y el propio mediador. Cierta doctrina doctrinal —principalmente en Italia— sostiene que el contrato de mediación

llevada a cabo; la percepción de comisiones por la venta coetánea de otros buques, y las comunicaciones intercambiadas entre aquella y los representantes de la demandada para la realización de las gestiones correspondientes a las ventas, no sólo aparecen como racionalmente adecuadas, en unión de otros indicios, según las reglas del criterio humano, para entender existente un encargo de venta (...), sino que constituyen por sí mismos (según las peculiares características de los contratos de mediación) actos concluyentes suficientes para entender producida la ratificación del encargo conferido para la venta de los buques por aplicación analógica de las normas correspondientes al mandato tácito». Asimismo, en la STS de 30 de marzo de 2007 se confirma la sentencia de Primera Instancia, en la que se afirma: «A falta de un documento contractual que defina el contenido concreto de las obligaciones que ambas partes asumieron, debe analizarse la documentación aportada con la demanda en cuanto demostrativa de la existencia de la indicada relación contractual de corretaje o mediación» (se está refiriendo a tres cartas suscritas por la parte demandada). Como se afirma en la SAP de Guipúzcoa, de 14 de febrero de 2005, el «contrato de mediación es un contrato consensual sujeto al principio de libertad de forma previsto en el artículo 1.278 del Código Civil, por lo que el consentimiento contractual puede manifestarse de manera expresa, ya escrita, ya verbal, e incluso tácita por medio de actos inequívocos y concluyentes. En consecuencia, la inexistencia de un documento en el que plasmara la realidad de la relación contractual demandante/demandado es inocho a los presentes efectos».

(164) Como se afirma en la STS de 6 de octubre de 1990, «la existencia de una reglamentación administrativa no altera la naturaleza jurídica de contrato de Derecho Civil que tiene la mediación o corretaje en todas sus variedades, sometidas o no a reglamentación administrativa, puesto que esta última no señala en ningún caso la nulidad de los contratos realizados en contravención a la misma (...), y las formalidades que en aquella reglamentación se señalan evidentemente no afectan tampoco a la obligatoriedad y existencia de los contratos, sino que representan únicamente como da a entender la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1968, garantías jurídicas de las transacciones, siempre sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo que en su caso sean aplicables».

(165) GÁZQUEZ, *Notas...*, cit., pág. 884.

se perfecciona en el momento en el que el corredor encuentra a un sujeto interesado en contratar con el oferente, y que dicho contrato vincula al mediador con ambos contrayentes. En su opinión, tales contratantes constituyen un único centro de intereses, de tal forma que operarían como una sola parte en el contrato de mediación; cuando el encargo de la mediación ha sido efectuado por uno de ellos, se entiende que el segundo contratante consiente el corretaje inmediatamente antes de ser puesto en contacto con el primero. Por consiguiente, en su opinión, siempre habrá contrato de corretaje entre el mediador y todas las partes contrayentes (166).

En contra de esta configuración, en la doctrina y jurisprudencia españolas resulta predominante la opinión de quienes consideran que el contrato de mediación puede perfeccionarse con uno solo de los futuros contratantes. Es en estos supuestos donde surge el problema de decidir si debe considerarse que existe otro contrato de mediación entre el corredor y el tercero que contrata con quien efectuó el originario encargo de la mediación, y, como consecuencia, si aquel tercero puede ser compelido a satisfacer parte de la remuneración del corredor.

En una primera aproximación, la respuesta lógica parece ser la negativa, pues el tercero que contrata con el oferente no ha perfeccionado contrato alguno de mediación. Únicamente ha concluido un negocio jurídico con el oferente, que es, precisamente, el contrato cuya perfección pretendía éste propiciar al llevar a cabo el encargo de la mediación. El contacto del tercero con el corredor ha de encuadrarse en el ámbito de la ejecución del contrato de mediación que éste ha concluido con el oferente: el mediador encuentra al tercero interesado en contratar con el proponente, y los pone en relación.

Según la tesis dominante en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, por el mero hecho de poner en contacto al oferente con el tercero con quien finalmente contrata, el corredor no puede pretender la existencia de otro contrato de mediación con dicho tercero, ni cabe, por consiguiente, reclamar a éste el pago de parte de sus honorarios. No ha sido el tercero quien ha promovido la actuación del corredor, ni ha aprovechado sus gestiones más allá de la puesta en contacto con el oferente (167). El hecho de poner en

(166) Vid., por todos, VARELLI, *op. cit.*, págs. 20 a 28. En opinión de este autor, si el segundo contrayente no consiente la mediación, no habrá contrato de corretaje, aunque aproveche las gestiones de la persona que intentó ser mediador; en ese caso, los contrayentes no satisfarán los honorarios del mediador, si bien habrán de pagárselos en concepto de indemnización por enriquecimiento.

(167) Sobre esta cuestión, vid. GIL RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 120 a 122. Cfr., v.gr., la STS de 20 de noviembre de 1984, donde se señala: «...si bien es cierto que la entidad «Tudela Lafarge, S. A.», mediante carta que obra en autos, solicitó los servicios del actor, en su calidad de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, para la venta de una finca de su propiedad, venta que se consumó con el demandado señor C., no consta, en cambio, que éste requiriera los servicios del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, ni tuviese otra re-

relación al oferente con un tercero interesado en contratar con él constituye, desde un punto de vista conceptual, el estricto cumplimiento de la prestación del mediador inherente al contrato de corretaje previamente existente con el oferente, y no presupone la presencia de otro contrato del mismo tipo con el mencionado tercero. En estos casos, resulta de oportuna aplicación el *principio de relatividad de los contratos* inferido de los artículos 1.091 y 1.257 de nuestro Código Civil, de tal forma que de un determinado contrato no pueden brotar deberes de prestación para un tercero completamente extraño al mismo.

La cuestión varía sustancialmente cuando no se ha producido la simple aceptación de la propuesta del oferente por parte de aquel tercero, sino que éste se ha beneficiado de diversas actuaciones del mediador. En estas hipótesis, que se presentan frecuentemente en la práctica negocial, dado el carácter no formal de esta suerte de contratos, cabría sostener la perfección de manera tácita de un contrato de corretaje entre el mediador y el tercero. De este modo, el mismo corredor habrá perfeccionado dos contratos de mediación: el primero con el oferente, de manera expresa, y el último con el citado tercero, de forma tácita.

En relación con este tema, tiene dicho el Tribunal Supremo que, aunque la mediación haya sido expresamente encargada por una sola de las partes del negocio, cuando la otra parte negocial no se limita a aceptar la propuesta contractual de aquél, sino que el mediador ha prestado efectivamente sus servicios en interés de los dos contratantes, se hallan ambos obligados a pagar sus honorarios. A este respecto, el Alto Tribunal no requiere la existencia de un expreso contrato de mediación con todos los contratantes, para que éstos se vean constreñidos a satisfacer el premio al que tiene derecho el mediador por el desarrollo de su actividad profesional.

De manera muy frecuente, aunque el encargo inicial de mediación es realizado por alguien que pretende, por ejemplo, adquirir o enajenar un determinado bien, finalmente el mediador presta sus servicios a las dos partes contratantes. Cuando estas actuaciones exceden de las propias del primitivo contrato de corretaje (puesta en contacto con un potencial contratante o indicación de una oportunidad de contratar, además de las gestiones típicas de su función destinadas a alcanzar el éxito de la operación), de tal forma que quien contrata con el sujeto que encargó dicha mediación se ha beneficiado de la actuación del corredor, cabe apreciar la existencia de un segundo contrato de corretaje. Así pues, cuando la relación entre el mediador y el tercero

lación con él, que la simple de celebrar un contrato de compraventa con alguien que, en su día, había requerido sus servicios, por lo que en modo alguno puede reputarse parte el repetido señor C. en el contrato de mediación concertado entre la sociedad vendedora y el actor señor M. B., por lo que al no ser parte en el mismo no procede ser obligado a su tenor al abono de la mitad de los honorarios devengados por el vendedor».

supera la mera aceptación de la propuesta contractual de quien encargó la primigenia mediación, y el corredor ha prestado efectivamente sus servicios en interés de los dos contratantes, dicho tercero habrá de abonar también sus honorarios (168). En estos supuestos, cabe apreciar la presencia de un encargo bilateral *ex post* manifestado por *facta concludentia*, al aceptar el tercero la actuación del mediador en su favor (169).

En estas hipótesis, ¿nos hallaríamos frente a un verdadero contrato de corretaje entre el mediador y el tercero a quien presta efectivamente sus servicios? Si entendiéramos que el contenido del contrato de mediación consiste, simplemente, en poner en relación al oferente con algún sujeto interesado en contratar con él, no existiría tal contrato entre el tercero y el corredor. Probablemente, resultaría más oportuno configurar su relación como un mandato tácito, dado que, como consecuencia de la diligente ejecución del primitivo contrato de mediación perfeccionado entre el corredor y el oferente, los contratantes ya se conocen.

Sin embargo, en este punto hemos de tomar en consideración la existencia de diversas modalidades de corretaje. Si bien es cierto que su variante más relevante consiste en la puesta en relación de las partes contractuales, aquél puede tener por objeto la mera interposición en la negociación desarrollada entre personas que previamente han tomado contacto. Como expusimos en la introducción de nuestro estudio, tal circunstancia ha propiciado que cierto sector doctrinal haga referencia a la dicotomía *mediación de indicación-mediación de negociación* (170). Por consiguiente, si, una vez puestas en contacto ambas partes negociales, el corredor desarrollara sus gestiones en favor de los dos contratantes, y el tercero no se limitara a aceptar la propuesta contractual que le ha sido comunicada, podría defenderse la presencia de una relación de corretaje entre éste y el mediador.

Desde un punto de vista jurisprudencial, son varias las ocasiones en las que nuestro Tribunal Supremo acoge de manera palmaria esta doctrina, y

(168) GARCÍA GIL y GARCÍA NICOLÁS, *op. cit.*, pág. 38. No obstante, estos autores manifiestan una opinión eminentemente moderada, pues afirman que esta hipótesis «puede plantear, razonablemente, la cuestión de si el agente mediador, que presta sus servicios en beneficio de ambos contratantes, puede, o no, percibir de los dos los honorarios correspondientes».

(169) En estos casos, como afirma MESSINEO (*op. cit.*, pág. 79), nos hallamos frente a dos (o más) obligaciones, que, si bien gozan de idéntico contenido, se encuentran fundadas sobre dos (o más) títulos autónomos; por consiguiente, constituyen obligaciones separadas entre sí, sin que el mediador pueda invocar la solidaridad pasiva cuando uno de los dos (o más) contratantes no satisfaga la retribución adeudada. Según expresa AZZOLINA (*op. cit.*, pág. 170), la división del crédito del corredor es una consecuencia natural y necesaria, pues la relación de mediación da normalmente lugar a dos contratos distintos, que son estipulados por cada uno de los contratantes con el mediador. Vid., sobre esta materia, la exposición de IANNELLI, *op. cit.*, págs. 710 y 711.

(170) Vid., *supra*, apartado I de este trabajo.

compele a todas las partes negociales a satisfacer los honorarios del corredor (171). Especialmente ilustrativa resulta la STS de 27 de febrero de 1997, donde se pone de relieve que, en la hipótesis juzgada, el mediador «despliega su actividad, abstracción hecha de cuál fuese la parte que le contratara o le transmitiera el encargo, en favor de las partes compradora y vendedora [...] y, por tanto, la referida actividad comportó, por así decirlo, una doble relación jurídico material, que tuvo, como destinatarios respectivos a las partes compradora y vendedora, y de aquí, que, con abstracción, asimismo, de pacto expreso, los honorarios resultantes del mediador tuviesen que repartirse entre ambas partes».

Así pues, el Alto Tribunal considera que cuando el corredor desempeña su labor en beneficio o interés de ambas partes negociales, pueden distinguirse dos relaciones de mediación, sin importar que el encargo del corretaje fuera inicialmente llevado a cabo por una sola de aquéllas de modo unilateral.

Esta misma solución ha resultado continuamente adoptada en nuestra jurisprudencia menor, donde se ha manifestado que la «obligación de pago recae no solamente sobre quien encarga la mediación, sino también en aquel que se aprovecha de las mismas, si no consta su desautorización y se justifica que se hallaba en conexión con éste, no siendo un *extraneus* o, siéndolo, si *ex post facto* lo ratifica a través de actos concluyentes» (172).

(171) Vid., v.gr., STS de 11 de febrero de 1991: «la descripción que de la actuación, utiliter, del demandante y conducta del vendedor que, paralelamente, se aprovecha de sus resultados, como se describe en la instancia, no permite desconocer la obligación, en que el recurrente demandado está, de abonar los servicios prestados a quien, profesionalmente las llevó a cabo, sin que, a la reclamación en tal sentido, sea oponible la limitación de los efectos de los contratos y su fuerza obligatoria, a los que los suscribieron y sus herederos, con cita de los artículos 1.091 y 1.257 del Código Civil, preceptos que no son del caso, puesto que aquí se está ante la realidad de un trabajo profesional de intermediación, instada por el comprador, pero aceptado, desde su inicio, por el vendedor, cuyos honorarios corresponde satisfacer, según el correspondiente Reglamento del Colegio de Valencia de 1952 [...] por mitad entre comprador y vendedor, según un uso y costumbre [...] por unos servicios de intermediación, se insiste, eficazmente prestados en interés de todos los contratantes». En esta decisión jurisprudencial se introduce un matiz de gran relevancia, pues escinde la hipótesis que analizamos de la mera aceptación de la oferta por parte del tercero: la prestación de servicios en beneficio de ambos contratantes configura una «situación bien alejada [...] de la que contempla la sentencia de 5 de mayo de 1973 [...], ya que, allí, el comprador que no había celebrado con el actor el contrato de mediación o corretaje, «limitó su actuación a aceptar la oferta que el vendedor le brindaba», conducta simple que si, como la de mera audiencia prestada a las conversaciones que, sobre el particular, se susciten por el agente, ciertamente no puede vincular, sin más, a la parte que no contrató con éste».

(172) En estos términos —o similares— se manifiestan las Audiencias Provinciales en numerosas ocasiones: vid., v.gr., SSAP de Córdoba, de 2 de octubre y 7 de diciembre de 2000; SSAP de Jaén, de 10 de julio de 2002 y 27 de junio de 2005; SAP de Ciudad Real, de 16 de diciembre de 2003; SSAP de Gran Canaria, de 9 de enero de 2004 [Rec. Ap. núm. 582/2003] y 9 de enero de 2004 [Rec. Ap. núm. 110/2003]; SAP de Barcelona, de 30 de abril de 2004; SAP de Lérida, de 17 de noviembre de 2004. En opinión de

A nuestro juicio, esta solución parece la más adecuada a Derecho, ya que no permite que el tercero se enriquezca injustamente y se beneficie de manera gratuita de la labor del mediador; principalmente, cuando éste se dedica profesionalmente a la actividad del corretaje (173). Siempre y cuando el tercero haya aceptado las actuaciones del mediador llevadas a cabo a su favor, nos hallaremos frente a un nuevo contrato de mediación tácitamente perfeccionado (174). A nuestro modo de ver, esta construcción jurisprudencial viene confirmada por la desconfianza con la que el legislador, a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, contempla las liberalidades (175).

Sin embargo, esta tesis plantea dos cuestiones problemáticas:

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, pág. 449), cuando el tercero se aprovecha de la actuación del corredor, la conoce y no la desautoriza, no se obliga a retribuir a éste, ya que faltaría una relación contractual con él; sin embargo, este mismo autor manifiesta que «en todo caso habría que acudir a una acción de enriquecimiento injusto».

(173) En el primer párrafo del artículo 1.755 del *Codice* italiano se concede al mediador el derecho a reclamar a las dos partes negociales sus honorarios, sin hacer alusión a su actuación en provecho del tercero. No obstante, la jurisprudencia italiana afirma que el deber de pagar los honorarios del corredor incumbe a las dos partes contractuales, aunque la mediación haya surgido por el encargo unilateral de una de ellas, siempre que el mediador, con la aquiescencia del tercero, haya llevado las negociaciones hasta un punto en el que debería derivarse de ellas un resultado útil para las partes (*vid.* la exposición de IANNELLI, *op. cit.*, págs. 706 y 707). En relación con este tema, hemos de recordar, asimismo, que un importante sector de la doctrina italiana entiende que dicho tercero puede rechazar la intervención del mediador. *Vid.* STOLFI (*op. cit.*, págs. 14 y 15), quien manifiesta: «Può darsi che il secondo contraente accetti i servizi del mediatore, conferendogli così espresamente o tacitamente l'incarico ed in questa ipotesi si discute se vi sia un solo contratto di mediazione o ve ne siano due. Questa seconda tesi ci sembra esatta. Essa fa leva soprattutto sulla considerazione che il mediatore riceve successivamente l'incarico da entrambi i futuri contraenti, sicchè si tratta di atti non contestuali, che ordinariamente hanno anche un contenuto diverso. Il secondo contraente rimane invece estraneo al contratto di mediazione, se manifesta espresamente di non voler conferire alcun incarico al mediatore, oppure se può dimostrare di avere trattato con il mediatore non come tale, ma in quanto l'aveva ritenuto un mandatario o un *nuncius* o un altro ausiliario qualunque del primo contraente». Por su parte, REZZARA (*op. cit.*, págs. 203 y 204) indica que, en caso de duda, debe considerarse que ha actuado como mediador, «se corrisponde all'esercizio della sua professione e alla qualità con cui fu adito nell'affare».

(174) Las consecuencias de esta situación no difieren de las que se derivarían de la existencia, desde un primer momento, de dos encargos de mediación al mismo corredor: uno, por ejemplo, para comprar una finca con unas determinadas características, y otro para enajenar un fundo con esas mismas condiciones. La única divergencia radica en el hecho de que, en la hipótesis que analizamos en este epígrafe, uno de los contratos de mediación se perfecciona de modo tácito *ex post*.

(175) *Vid.*, entre otros, los artículos 632 y 633 (sobre la forma *ad substantiam* de las donaciones) y 1.289 del Código Civil (en relación con la interpretación de los contratos gratuitos).

A) ¿CUÁNDO SE HA BENEFICIADO EL TERCERO DE LA ACTUACIÓN DEL MEDIADOR?

En esta materia el arbitrio judicial resulta muy amplio. No obstante, en nuestra opinión, el envío de información por parte del mediador a ese tercero, la realización de gestiones de tipo registral (v.gr., solicitud y remisión de nota simple registral, en beneficio exclusivo del tercero interesado en contratar) o notarial, etc., nos llevarían a sostener la existencia de unas gestiones del mediador efectuadas en provecho del tercero. Tales actuaciones sobrepasan, de manera ostensible, los deberes del mediador emanados del contrato de corretaje previamente concluido con el oferente, pues, lejos de constituir gestiones efectuadas en su beneficio, se hallan dirigidas a satisfacer el interés del tercero que pretende contratar con él.

Como consecuencia de ello, la aprobación por este tercero de dichas actividades del mediador, verificadas única y exclusivamente en beneficio de aquél, supone la aceptación tácita de un contrato de mediación. Por consiguiente, si el contrato anhelado por quien realizó el primer encargo de corretaje se celebra con dicho tercero, se hallarán ambos obligados a satisfacer sus honorarios al mediador (en palabras de STRACCA: «*Salarium proxenetæ, quando ministerium suum ad utriusque commodum accomodaverit, ab utraque parte persolvendum puto*») (176).

Según se pone de relieve en la SAP de Almería, de 22 de noviembre de 2002, «a falta de pacto expreso, para acudir a la aplicación por usos de la regla distributiva de la remuneración entre ambos contratantes debe apreciarse al menos un nexo derivado del corretaje extensible a ambas partes, no pudiendo imponerse en estos supuestos obligación de pagar la mediación a quien no sólo no la pactó, sino que tampoco se ha vinculado en momento ni en modo alguno a ella, limitándose a admitir su intervención por exclusiva cuenta del otro contratante». Las apreciaciones efectuadas en la mencionada decisión judicial resultan plenamente certeras, si bien hemos de advertir que en el supuesto de hecho en ella juzgado se niega la existencia del referido «nexo derivado del corretaje extensible a ambas partes».

En el caso analizado en esta sentencia, un determinado sujeto concertó los servicios profesionales del mediador, en aras de lograr la adquisición de una vivienda. El corredor, en cumplimiento de la prestación asumida en virtud de este contrato de mediación, se puso en contacto con una persona que había ubicado un letrado en una zona visible del exterior de su vivienda, donde anunciaba su propósito de enajenarla. En la aludida decisión judicial se explica que el mediador «llamó al demandado [vendedor] y le propuso la compra de la vivienda, aceptando éste venderla», y, una vez suscrito el con-

(176) STRACCA, *Tractatus de proxenetis atque proxenetis*, pars ultima, 16 (cit. por SANPONS, *op. cit.*, pág. 184).

trato de compraventa, «sin que antes se hubiera planteado vínculo ni obligación alguna entre mediador y vendedor, aquél planteó el tema de la remuneración, declinando el vendedor tener obligación alguna al respecto...». En realidad, el corredor no llevó a cabo sus gestiones en beneficio de las dos partes contractuales, sino que cumplió estrictamente el deber de prestación brotado del contrato de mediación concluido con quien finalmente adquirió la vivienda. El vendedor, por su parte, se limitó a prestar su anuencia a la propuesta de compraventa sobre la misma, sin que el mediador efectuara gestión alguna en su favor. Como consecuencia de ello, la Audiencia acierta al excluir la presencia en dicha hipótesis de un deber de remuneración al corredor a cargo del vendedor de la vivienda.

En cambio, en otro supuesto diferente, pero a través de un razonamiento conectado con el anterior, la SAP de Murcia, de 7 de julio de 2004, concede al corredor el derecho a cobrar sus honorarios a los dos contratantes. En este litigio fue el vendedor de la vivienda quien perfeccionó un contrato de mediación con una agencia inmobiliaria, con el propósito de que ésta lo pusiera en contacto con sujetos eventualmente interesados en la adquisición de dicho inmueble. El demandado —comprador— acudió a la mencionada agencia, donde tuvo acceso a un cartel en el que se ofrecía la venta de una determinada vivienda; «al interesarse por ella», se señala en la sentencia, «una empleada de la inmobiliaria le acompañó al lugar donde se encontraba con la finalidad de enseñársela, aunque [...] no pudo ver la vivienda porque el vendedor les dijo [...] que no podía enseñársela porque estaba esperando a otra persona con la que había hablado para la venta de la vivienda». Posteriormente, una vez conocido el emplazamiento exacto de la antedicha vivienda como consecuencia de las previas gestiones de la agencia inmobiliaria, el comprador se puso en contacto directamente con el vendedor, y celebraron la compraventa.

Ante dicha situación, la agencia mediadora interpuso una demanda contra la parte compradora, en la que le reclamó el pago de sus honorarios (177). La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue estimatoria de las pretensiones del mediador, y, más tarde, resultó confirmada por la decisión de la Audiencia Provincial que ahora analizamos. En ésta, la Audiencia asevera que «la actividad de mediación realizada por la actora aprovechó al hoy demandado, en cuanto que le permitió conocer que esa vivienda estaba en venta, así como la localización de la misma, por lo que es claro que el demandado ha de abonar la cantidad reclamada, en concepto de honorarios por la actividad mediadora realizada». En términos abstractos, se indica que

(177) Aunque nada se menciona en la sentencia analizada, suponemos que el vendedor accedió voluntariamente al pago de la remuneración pactada con la agencia inmobiliaria, pues, en otro caso, habría sido también demandada por ésta.

«cuando la celebración del contrato se consigue aprovechándose de la labor del mediador es obligado pagar el corretaje, pues si la mediación efectuada ha resultado eficaz, por haber propiciado la celebración del negocio, debe ser remunerada mediante la correspondiente comisión».

A pesar de mostrarnos conformes con el razonamiento general de la Audiencia transcrito en último lugar, consideramos excesiva su aplicación al caso juzgado. A nuestro modo de ver, por el mero hecho de informar a un sujeto sobre la oferta de venta de una determinada vivienda y sobre su ubicación, no cabe concluir que, una vez perfeccionada la compraventa de ésta, el comprador se ha «aprovechado» de la labor del mediador. En caso contrario, el mediador tendría en todos los supuestos derecho a cobrar a todas las partes negociales su retribución, ya que aquél siempre transmite al tercero información relativa al concreto negocio pretendido por quien realizó el encargo de la mediación, aunque dicho tercero se limite, posteriormente, a aceptar la propuesta contractual del oferente. Si asumimos la doctrina expuesta en la sentencia estudiada, el tercero invariablemente «aprovecha» el trabajo del corredor.

Sin embargo, comunicar a un sujeto interesado en adquirir una vivienda la existencia de un inmueble cuyo propietario le ha encomendado la búsqueda de eventuales compradores, en nuestra opinión, constituye el mero cumplimiento del deber de prestación asumido por la agencia inmobiliaria en el seno del contrato de mediación concluido con el vendedor. No supondría, por lo tanto, la perfección, por su parte, de un nuevo contrato de mediación con el comprador.

En esta hipótesis, el corredor no habrá llevado a cabo gestiones en beneficio del tercero; tampoco en el caso de haberle exhibido la referida vivienda. Tales actividades de la agencia inmobiliaria han de incardinarse, necesariamente, en el ámbito del cumplimiento del contrato de corretaje celebrado con el vendedor, pues permiten a éste inhibirse de la compleja búsqueda de personas interesadas en comprar su vivienda y de la fatigosa labor de mostrársela a cada una de ellas. Como puede comprobarse, estas actuaciones benefician directamente al oferente. Pero, ¿cabría plantear que, a su vez, son realizadas en provecho del comprador? De la sentencia que ahora escrutamos parece inferirse que la respuesta a este interrogante ha de ser afirmativa.

Sin embargo, según nuestro criterio, el comprador únicamente obtiene del mediador la información sobre la vivienda, y, finalmente, acepta la propuesta que se le traslada. Dicha información la obtiene en la sede física de la agencia inmobiliaria, porque, precisamente, es uno de los lugares donde habitualmente se muestra la publicidad referida a las ofertas de venta de inmuebles. Esta situación no difiere substancialmente, en relación con el tercero, de la que se verifica cuando consulta los anuncios de un diario o de una «página web» donde se ofrece la venta de viviendas. Proporcionar dicha información

no constituye otra cosa que el cumplimiento del contrato de mediación que vincula a la agencia inmobiliaria con el vendedor, de tal forma que lo «pone en contacto» con el comprador. Si ambas partes concluyen el contrato de compraventa, el vendedor habrá de satisfacer los honorarios pactados con la agencia, pues ha sido ésta quien, al dar noticia directa de la oferta de enajenación de su vivienda al adquirente, ha propiciado tal negocio; no obstante, el comprador no podrá ser compelido a pagar remuneración alguna, salvo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, haya acordado lo contrario con el mediador presentado por el vendedor (178).

No obstante todo lo expuesto, hemos de advertir que cuando parte de las gestiones del mediador realmente han sido efectuadas en provecho e interés del tercero, y no solamente en cumplimiento del contrato de mediación previamente concertado con el oferente, aquél tiene derecho a cobrar su remuneración a ambos contratantes finales. A pesar de ello, podemos hallar alguna decisión —si bien excepcional— en la que el Juzgador se aparta de la doctrina jurisprudencial consolidada a la que hemos hecho alusión.

A modo de ejemplo, podemos mencionar la SAP de La Rioja, de 30 de junio de 2006, en la que se niega la existencia del deber de remunerar al mediador a cargo del comprador (tercero), en un caso en el que el corretaje había sido inicialmente encargado por la parte vendedora. La mencionada Audiencia llega a tal conclusión, aunque reconoce que el mediador envió «documentación sobre la finca indicada» al comprador, incluso «con remisión de datos registrales de la finca», así como de un «borrador de escritura de compraventa». Por otra parte, se admite la existencia de un «aviso» del corredor al comprador, «que se hacía para que recogiese la escritura de compraventa de la finca [...], e incluso que la notaría les iba a enviar a la demandante [el mediador] dichas escrituras por mensajero, con referencia al importe de la escritura». Asimismo, la citada sentencia hace referencia a un documento enviado por la parte compradora al mediador en el que informa de su decisión de «compensarle por las comisiones no devengadas, en la compra efectuada [...], ofreciendo excepcionalmente, y sólo por esa vez, al tratarse de un caso especial, una comisión del 4 por 100» sobre la venta de otra finca de la que eran propietarios los compradores del primer fondo, «aunque en lo sucesivo toda comisión sería del 2 por 100» para cualquier operación de enajenación de fincas.

(178) En nuestra opinión, si se concediera en todo caso a la agencia inmobiliaria derecho a exigir sus honorarios tanto al vendedor como al comprador, por el mero hecho de haber comunicado a éste la existencia de una oferta de venta de una determinada vivienda, se estarían alentando las conductas fraudulentas tendentes a la evitación del pago de dicha cantidad por el adquirente (v.gr., mediante el envío a la agencia inmobiliaria de una persona de confianza de quien verdaderamente se halla interesado en comprar una vivienda con el propósito de obtener información sobre los concretos inmuebles que pretenden venderse).

En este supuesto, parece claro que el corredor ha desarrollado actuaciones también en beneficio del tercero, pues no sólo le envió información sobre la finca objeto de la compraventa, sino que llevó a cabo gestiones de carácter notarial para elevar a escritura pública dicho contrato, así como de tipo registral, pues le remitió los datos registrales del aludido fundo. A nuestro modo de ver, todas estas actividades redundan en provecho del comprador, y no pueden ser consideradas como manifestación del cumplimiento del primitivo contrato de corretaje concluido con la parte vendedora. Parece evidente que la parte interesada en la elevación del contrato de compraventa a escritura pública es, precisamente, la compradora, y en ningún caso la vendedora. Por otra parte, sin ningún género de duda, es al comprador a quien beneficia el envío de los datos registrales de la finca que pretende adquirir, ya que, de este modo, podrá conocer si recaen cargas sobre el inmueble objeto de la compraventa. En ningún caso cabría sostener que el envío de tales documentos se efectúa en beneficio de la parte vendedora, puesto que, incluso, podría llegar a menoscabar sus intereses. Naturalmente, es el comprador quien directamente aprovecha esta gestión del mediador.

Pese a todas estas circunstancias, la Audiencia Provincial de La Rioja se separa claramente de la doctrina jurisprudencial mayoritaria, y concluye que «no puede entenderse que sea determinado en autos la existencia de una relación contractual entre actora y demandada [...], ni por supuesto que la demandante hubiese efectuado labor de intermediación a petición de la demandada...». Como consecuencia de ello, niega la presencia de un deber de remunerar al corredor por parte del comprador. En último término, la referida sentencia parece obviar que la conclusión del contrato de corretaje puede verificarse tácitamente (ex art. 1.710 del Código Civil, por analogía), y que, frecuentemente, la actividad de mediación comienza por iniciativa del propio corredor, ya que no es imprescindible la existencia de un encargo previo por parte del interesado, siempre y cuando éste asuma posteriormente las gestiones ya realizadas.

B) ¿CUÁL ES LA CUANTÍA DE LOS HONORARIOS DEL MEDIADOR QUE DEBERÁ SATISFACER EL TERCERO?

Como expusimos con anterioridad (179), cuando los servicios de mediación son prestados por un profesional dedicado a esta actividad, se presume la existencia de una remuneración, salvo pacto expreso en contra (como acontece en el caso del mandato conferido a un «profesional», y en el de la comisión mercantil). Para que dicho contrato tenga carácter oneroso, no es

(179) Vid., *supra*, el apartado III.3 de este trabajo.

indispensable haber acordado expresamente la cantidad de los honorarios del mediador, siempre y cuando sea determinable sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes contractuales (cfr. art. 1.273 del Código Civil).

En este caso, la retribución del corredor se podrá calcular mediante la aplicación de los aranceles o tarifas profesionales que correspondan. Por lo tanto, cabe fijar sus honorarios acudiendo a las tarifas de los Colegios o Asociaciones Profesionales del sector económico y de la localidad en la que desarrolle su actividad, o bien aplicando la costumbre o el uso frecuente en el lugar o plaza donde los servicios se han prestado (ex arts. 1.258 y 1.287 del Código Civil) (180). En relación con este tema, hemos de advertir, a título de ejemplo, que las asociaciones inmobiliarias y los colegios de agentes de la propiedad inmobiliaria mayoritariamente hacen alusión a un uso remunerativo en las compraventas de bienes inmuebles, en virtud del cual tanto el comprador como el vendedor han de satisfacer al mediador una retribución, que se calculará mediante la aplicación de un determinado porcentaje sobre el importe total de la operación. Dicho porcentaje varía en función de la región o de la «plaza» en la que nos hallemos.

De cualquier forma, ni el legislador ni el Tribunal Supremo establecen que sea un requisito esencial la fijación explícita en el contrato de la cuantía del premio por la mediación.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «Las mutuas influencias entre la Legislación y la jurisprudencia», en *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 825 a 841.

(180) En contra de una importante doctrina jurisprudencial, la STS de 11 de julio de 2007 estima que las tarifas de los Colegios o Asociaciones Profesionales no constituyen uso remunerativo alguno. En un supuesto donde, después de haber puesto el mediador en contacto a las partes contractuales, éstas prescinden de sus servicios, el Alto Tribunal considera que aquél debe percibir su remuneración, aunque confirma la decisión de la sentencia de instancia, ya que otorga al corredor una retribución notablemente inferior a la indicada en las tarifas del Colegio Profesional correspondiente: «El recurrente pretende que se utilice esta regla con finalidad integradora del contrato y a falta de regulación en relación a la cuantía del precio y es entonces cuando se pretende que se apliquen las reglas del mencionado artículo 1.287 del Código civil como integradoras de una voluntad que resulta desconocida, al tratarse de un contrato verbal (sentencias de 2 diciembre 1994 y 13 noviembre 2000). A pesar de ello, no puede denunciarse la interpretación realizada por la Sala sentenciadora, al aplicar una regla de equidad para determinar la cantidad a que tiene derecho el mediador, puesto que no ha demostrado que la interpretación efectuada por la Sala sea contraria a la voluntad de las partes, porque no ha podido ser probada más que en lo relativo a la conclusión del propio contrato, y las tarifas colegiales deben considerarse como pautas orientadoras y no se ha probado que constituyen el uso a que se alude en el artículo 1.287 del Código Civil».

- AZZOLINA, U.: *La mediazione*, 2.^a edic., UTET, Torino, 1955.
- BALOSSINI, C. E.: *Usi e tariffe della mediazione in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 1959.
- BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, vol I, 2.^a edic., Società Editrice Libreria, Milano, 1915, cap. 154.
- BÉNABENT, A.: *Droit Civil*, Les contrats spéciaux, 2.^a edic., Ed. Montchrestien, Paris, 1995.
- BLANCO CARRASCO, M.: «El contrato de corretaje», en *RDP*, marzo-abril de 2005, págs. 3 a 36.
- BOLAFFIO, L.: «Dei mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale», en *Il Codice di Commercio commentato*, vol. II, 5.^a edic., coord. por L. BOLAFFIO y C. VIVANTE, UTET, Torino, 1923.
- BONET CORREA, J.: «El contrato de corretaje o mediación, comentario a la STS de 3 de junio de 1950», en *ADC*, T. IV, fasc. IV, octubre-diciembre, 1951, págs. 1617 a 1628.
- «El corretaje o mediación (Conclusiones críticas a la obra de AZZOLINA)», en *RDN*, abril-junio de 1956, págs. 305 a 336.
- BONET RAMÓN, F.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 1940», en *RDP*, enero de 1944, núm. 322, págs. 800 y 801.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 11.^a edic., a cargo de F. MARTÍNEZ SANZ, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- BRUTTI, M.: voz *Mediazione (storia)*, Enc. del Dir., T. XXVI, Giuffrè Editore, Milano, 1976, págs. 12 a 33.
- CARRARO, L.: *La mediazione*, 2.^a edic., Ed. Cedam, Padova, 1960.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 15.^a edic., revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA, Ed. Reus, Madrid, 1993.
- CASTRO LUCINI, F.: «Los negocios jurídicos atípicos», en *RDN*, julio-diciembre de 1974, págs. 7 a 34.
- CATAUDELLA, A.: voz *mediazione*, Enc. Giur. Treccani, vol. XIX, Roma, 1990.
- DE CASTRO y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1971, reimpr. 2002.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.^a edic., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, reimpr. 2005.
- DUALDE GÓMEZ, J.: «La materia contractual única», en *Libro-homenaje al Profesor don Felipe Clemente de Diego*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1940, págs. 27 a 40.
- DUTILLEUL, F. C. y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, 7.^a edic., Ed. Dalloz, Paris, 2004.
- ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Derecho de Obligaciones, vol. 2.º, Primera Parte, 15.^a revisión por H. LEHMANN, trad. esp. con anotaciones de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 3.^a edic., Ed. Bosch, Barcelona, 1966.
- FERRI, G.: *Manuale di Diritto Commerciale*, 12.^a edic., a cura di C. ANGELICI e G. B. FERRI, UTET, Torino, 2006.
- FINOCCHIO, P. C.: *La mediazione nel Diritto italiano*, S.A.I.G.A. Fratelli Armanino, Génova, 1915.

- GALGANO, F.: *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, t. II, 3.ª edic., Cedam, Padova, 1999.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español», en *ADC*, 1963, T. XVI, fasc. I, págs. 33 a 57.
- GARCÍA GIL, F. J. y GARCÍA NICOLÁS, L. A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, 2006.
- GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J.: *La Mediación Inmobiliaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1988.
- GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, vol. 1.º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963.
- GÁZQUEZ SERRANO, L.: «Notas para el estudio del contrato de mediación», en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, T. I, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 861 a 894.
- *El contrato de mediación o corretaje*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Arrendamientos urbanos y contrato de corretaje», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1584, 15 de diciembre de 1990, págs. 113 a 125.
- GIRÓN TENA, J.: *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, 1.ª edic., Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- HEYMANN, E.: «Der Handelsmakler», en *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, T. V, vol. 1, herausgegeben von Dr. Victor Ehrenberg, O. R. Reisland, Leipzig, 1926.
- IANNELLI, D.: *Il contratto di agenzia. La mediazione*, 2.ª edic., T. II, obra colectiva con G. GIORDANO y G. SANTORO, coleccion «Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale» (fondada da W. Bigiavi), UTET, Torino, 1993.
- JORDANO BAREA, J. B.: «Los contratos atípicos», en *RGLJ*, segunda época, T. XXVII, 1953, págs. 51 a 95.
- JÖRS, P.: *Derecho Privado Romano*, edición totalmente refundida por W. KUNKEL, trad. esp. de la 2.ª edic. alemana por L. PRIETO CASTRO, Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1937.
- LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, T. II, trad. esp. y notas por J. SANTOS BRIZ, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- LETE DEL RÍO, J. M. y LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 1.ª edic., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- LUMINOSO, A.: «La mediazione», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. XXXI, T. 3, Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- MARINI, A.: «La mediazione», comentario a los artículos 1.754-1.765, en *Il Codice Civile. Commentario*, dir. por P. SCHLESINGER, Giuffrè Editore, Milano, 1992.
- MARTÍNEZ VAL, J. M.ª: *El contrato de corretaje*, colección «Economía y Comercio», 1, Publicaciones de la Escuela de Comercio, Ciudad Real, 1955.
- MESSINEO, F.: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (codici e norme complementarie)*, vol. 5.º, 9.ª edic., Giuffrè Editore, Milano, 1958.
- NAVARRO VILARROCHA, P.: «El corretaje de los bienes inmuebles», en *Revista General de Derecho, Sección práctica*, julio-agosto de 1981, págs. 877 a 883.

- ORTEGA PARDO, G.: «Cuasi-contratos atípicos», Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en *ADC*, Madrid, 1948; o bien en *ADC*, T. I, fasc. II, págs. 493 a 517.
- PERFETTI, U.: *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- POZZI, M.: voz «mediazione», en *Nuovo Dig. It.*, T. VIII, Torino, 1940, págs. 391 a 402.
- PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. I, 2.^a edic. ampliada y puesta al día, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978.
- QUINTANA CARLO, I.: «La protección del consumidor como turista», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 2, septiembre de 1984, págs. 65 a 86.
- REZZARA, J.: *Dei mediatori e del contratto di mediazione. Studio di Diritto Commerciale*, Ed. Fratelli Bocca, Torino, 1903.
- RIERA AÍSA, L.: voz *Corretaje*, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. V, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1953, págs. 812 a 817.
- RODRÍGUEZ VALCÁRCE, F.: «Proceso de cognición-reclamación de cantidad en concepto de prima pactada en contrato de corretaje», en *Revista de Derecho Procesal*, 1958, núm. 1, págs. 949 a 958.
- RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, 2.^a edic., Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: «El Código de Comercio y los contratos mercantiles», en *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, págs. 213 a 260.
- SANPONS SALGADO, M.: *El contrato de corretaje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.
- STOLFI, M.: «Della mediazione», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, libro IV, Delle obbligazioni, arts. 1.754-1.860, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del «Foro Italiano», Bologna-Roma, 1954.
- TROISI, B.: *La mediazione*, Giuffrè, Milano, 1995.
- TUMEDEI, C.: «Del contratto di mediazione», en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXI, 1923, Parte Prima, págs. 113 a 142.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y ALONSO SOTO, R.: *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Estudio colectivo coord. por R. URÍA y A. MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- VARELLI, C.: *La mediazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953.
- VIVANTE, C.: *Comentario a App. Milano, 28 giugno 1894*, *Giurispr. Ital.*, 1894, Parte I, Sez. 2, págs. 567 y 568.
- VV.AA.: *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungs-gesetz*, T. II, vol. 2, 4.^a edic., herausgegeben von Dr. E. STROHAL, Ed. Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1928.

RESUMEN

MEDIACIÓN

En el seno del actual tráfico jurídico y, de manera destacada, en el ámbito de la actividad mercantil, puede apreciarse un auge de las figuras contractuales de «colaboración». Dentro de ellas, goza de una gran relevancia el denominado «contrato de mediación o corretaje», donde el mediador facilita la celebración del contrato entre el oferente y un tercero, mas no contrata él mismo con dicho tercero en interés del oferente. En la práctica se plantean muchas cuestiones interesantes en torno a este tipo contractual, que se halla escasamente regulado y, por lo tanto, ha sido configurado jurisprudencialmente. Nuestros Tribunales, de manera constante, lo han descrito como «un contrato innominado facio ut des, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (la comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución». En el presente trabajo se analizan estas y otras notas características del contrato de mediación, así como sus repercusiones prácticas.

ABSTRACT

MEDIATION

An upsurge in contracts concerning «collaboration» in various formats may be observed today in legal business and particularly in commercial business. One of the foremost of such contracts is termed the «mediation or brokerage contract», where the mediator facilitates the forging of a contract between an offerer and a third party yet does not himself contract with said third party on the offerer's behalf. In practice many interesting questions are raised concerning this type of contract, which is only sketchily regulated and therefore has been configured through case law. Our courts have steadily described it as «an innominate, facio ut des, principal, consensual, bilateral contract whereby one of the parties (the broker) undertakes to indicate to the other (the principal) the opportunity to conclude a legal act with a third party or to serve the principal as an intermediary for that purpose in exchange for a consideration». This article analyses this and other features characteristic of the mediation contract, as well as their practical repercussions.

(Trabajo recibido el 02-10-07 y aceptado para su publicación el 10-10-07)

La empresa familiar creada por los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales en el Derecho español. Perplejidades y necesidad de armonización del Derecho Civil y Laboral

ALFREDO FERRANTE

*Becario predoctoral de la Consejería de Educación y Ciencia
Principado de Asturias. Universidad de Oviedo*

SUMARIO:

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. ÁMBITO Y REQUISITOS DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA.
- III. ORIGEN DE LA NORMA.
- IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA.
- V. INTERACCIÓN CON LA NORMATIVA LABORAL: PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS.
- VI. SUPUESTO DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1347.5 A LAS SOCIEDADES MERCANTILES.
- VII. SUPUESTO DE EMPRESA INDIVIDUAL:
 - a) DEROGACIÓN MEDIANTE CAPITULACIÓN MATRIMONIAL.
 - b) DEROGACIÓN MEDIANTE CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE MANDATO ENTRE CÓNYUGES.
- VIII. UNA NECESIDAD DE REFORMA.
- IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO

A la hora de discernir entre bienes privativos y gananciales, el artículo 1347.5 del Código Civil español establece la ganancialidad de las empresas o establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno o ambos cónyuges a expensas de bienes comunes. Dicha norma, tratada poco tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, asume una relevancia considerable bajo múltiples perfiles, planteando algunas cuestiones que muestran un desajuste del legislador a la hora de coordinar la normativa civil con la de otros sectores como, por ejemplo, la laboral.

A la hora de interpretar este precepto, ante todo, se tendrá que definir la naturaleza jurídica de la «empresa conyugal» y su ámbito material de aplicación: esto crea algunos inconvenientes, dado que en el Código Civil español no se define el término «empresa» objetivamente considerado, y no existe sobre todo en el ordenamiento jurídico, una definición jurídica de «empresa familiar». De hecho, si la empresa constituida *ex* artículo 1347.5 es una empresa familiar, esto conlleva el análisis de esta norma frente a la normativa laboral del artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 7.2 y de la Disposición Adicional 27.^a de la Ley General de la Seguridad Social, que establecen una presunción de no laboralidad por cuenta ajena del trabajador, requiriéndose el correspondiente alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de un determinado abanico de familiares. Si la misma Ley presume que no solamente el cónyuge, sino también los descendientes y ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, sean trabajadores por cuenta propia de una empresa familiar, ¿cómo puede esto conciliarse con la exclusiva ganancialidad de la empresa? ¿Qué relación existe entre estas presunciones y la libertad de estipulación de contratos entre cónyuges del artículo 1.323 del Código Civil (1), en particular la estipulación de un contrato de trabajo subordinado? ¿Qué relación hay entre estas presunciones y la gestión conjunta de los bienes gananciales establecida por el artículo 1.375 del Código Civil? Como puede verse, la empresa conyugal, fundada por uno o ambos cónyuges con dinero ganancial, podría mostrar algunas incoherencias normativas sobre las que se intentará dar alguna luz en este estudio. Resultará fundamental valorar si el artículo 1347.5 permite configurar la empresa conyugal tanto en forma individual como en forma societaria.

(1) ABREVIATURAS: art.: artículo; CC: Código Civil; cit.: citado; DA: Disposición Adicional; EF: Empresa familiar; ET: Estatuto de los Trabajadores; LGSS: Ley General de la Seguridad Social; RETA: Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos; RD: Real Decreto; SAP: Sentencia Audiencia Provincial; SA: Sociedad Anónima; SL: Sociedad Limitada; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; AS: Aranzadi Social; RJ: Repertorio Jurisprudencia Aranzadi; JUR: Resolución publicada en la base de datos Aranzadi y no en revistas.

A tal fin, además de un necesario análisis multisectorial del Derecho español, considero muy útil un análisis comparado del Derecho italiano y en particular del artículo 1.347 a la luz de los artículos 177.1.d) y 230 bis del *Codice Civile* italiano; dado que creo que en parte han influido en la génesis de aquel precepto.

Finalmente, pero no menos importante, creo de interés valorar si el conjunto de normas españolas vigentes y aplicables a la empresa familiar, ha vaciado o no la *ratio* y el sentido de considerar ganancial una empresa fundada según los requisitos del artículo 1347.5 o si este precepto resulta en parte inadecuado.

II. ÁMBITO Y REQUISITOS DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA

El artículo 1347.5 del Código Civil afirma que:

«Son bienes gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354».

El precepto se refiere a la empresa familiar que venga fundada por uno o ambos cónyuges en régimen de sociedad de gananciales en el supuesto de que se constituya con dinero ganancial. A tal fin se requieren como supuestos necesarios: 1) la existencia de un régimen económico de sociedad de gananciales entre los cónyuges (2), 2) la ganancialidad de la aportación con la que se funda la empresa o el establecimiento. Siempre que se den estos requisitos, la empresa familiar será un bien ganancial. Características eventuales de la norma son: a) la empresa no necesariamente tiene que estar fundada por los dos cónyuges, siendo suficiente que lo haga uno solamente (3); b) la norma no requiere tampoco la gestión conjunta de la empresa por parte de la pareja. Estos dos últimos requisitos no están previstos explícitamente por el artículo 1347.5 y por lo tanto no parecen ser condiciones para que se excluya la ganancialidad de la empresa familiar fundada con dinero común.

(2) Sobre la exclusión de una empresa del art. 1347.5 por ser constituida antes de celebrar el matrimonio: SAP de Madrid, núm. 173/2005, de 28 de febrero (*JUR* 2005/109027).

(3) La doctrina es unánime sobre el hecho que dicha empresa puede ser fundada por uno o ambos cónyuges: *ex plurima* Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, VIII ed., Tecnos, Madrid, 2002, pág. 166; TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1609.

El artículo 1347.5 no es el único supuesto en el que una empresa puede considerarse ganancial (4). Sin embargo en este estudio me limitaré a analizar dicha norma, y a restringir el campo de análisis al primer inciso del artículo. Ante todo tiene que aclararse que el párrafo quinto del artículo 1.347 del Código Civil contiene dos normas relacionadas entre sí, pero distintas. En concreto, la segunda parte del artículo 1347.5 se refiere a la hipótesis en la que la empresa se constituya con dinero en parte privativo y en parte ganancial; aquí la empresa es una sociedad en régimen de comunidad ordinaria.

III. ORIGEN DE LA NORMA

La introducción del vigente artículo 1347.5 del Código Civil se debió a la reforma operada por la Ley 11/81, de 13 de mayo (5). Antes de la reforma no había un precepto similar en el Código Civil español. Se sostiene (6) —tesis que comparto— que es el propio Derecho italiano el que ha influido en la introducción de esta norma (7), en concreto el artículo 177.d) del *Codice Civile* (8). Sin embargo, cabe reseñar que tienen profundas diferencias. La introducción del artículo 177.1.d) se hace contextualmente con la introduc-

(4) Como LOPÉZ SANCHEZ resume perfectamente, las demás hipótesis en las que la empresa puede ser ganancial son: a) la empresa adquirida a título oneroso o a costa del caudal común y en que se haya hecho la adquisición para la comunidad o para uno de los dos cónyuges (art. 1347.3); b) la que se adquiere en virtud de un derecho preferente de carácter ganancial, aunque los fondos sean privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora por el valor satisfecho (art. 1347.4); c) cuando adquirida la empresa a plazos por uno de los dos cónyuges constante la sociedad, tenga el primer desembolso carácter ganancial, aunque el resto del precio se satisfaga con bienes privativos (art. 1.356, proposición primera); d) cuando la empresa sea adquirida a título oneroso, constante la sociedad, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, si los cónyuges actúan de común acuerdo en el sentido de atribuir la condición de ganancial a la empresa (art. 1.255): LOPÉZ SANCHEZ, Manuel Ángel, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 591, nota núm. 11.

(5) BOE de 19 de mayo de 1981, núm. 119.

(6) TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1604; LOPÉZ SANCHEZ, Manuel Ángel, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 590.

(7) Otra parte de la doctrina considera que la norma ha de relacionarse con la compilación aragonesa. RAMS ALBESA, Joaquín, «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 715 y 718.

(8) El artículo 177.d) del *Codice Civile*:

«Costituiscono oggetto della comunione:

d) le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio».

ción del artículo 230 bis, relativo a la empresa familiar en general, que no se ha verificado en España. Además, a diferencia de la norma italiana, la norma española no requiere la necesaria gestión conjunta de la empresa familiar conyugal; sin embargo, el artículo 1347.5 del Código Civil tiene que ser analizado conjuntamente con el artículo 1.375 del Código Civil (9).

IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

Importante es valorar si el artículo 1347.5 tiene que aplicarse solamente a las empresas individuales o también a las constituidas bajo forma societaria. Establecer dicha cuestión no es baladí; de hecho, en fase de liquidación de un régimen económico-matrimonial significaría incluir o excluir la empresa en el activo ganancial.

La doctrina (10) es favorable a una interpretación limitativa del precepto concluyendo en favor de la aplicabilidad del artículo 1347.5 a las empresas mercantiles y no a las sociedades (11). En cambio, la jurisprudencia aceptando sin duda la aplicación a las empresas individuales (12), a la hora de referirla a

(9) Sobre la aplicación del artículo 1.375 en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil: STSJ de Galicia, recurso de suplicación núm. 5120/94, de 7 de abril (*RJ* 1997/1508); STSJ de Cataluña, de 5 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/774). A favor de la aplicación del artículo 1.375 independientemente de que la titularidad formal sea de uno sólo de los cónyuges se postula también la doctrina: RAMS ALBESA, Joaquín, «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 719. Del mismo aviso es TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1610.

(10) *Ex plurima*: RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Artículo 1.347», en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, dirigido por Miguel PASQUAU LIAÑO, Comares, Granada, 2000, pág. 2423; MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis, «Artículo 1.347», en *Comentario al Código Civil*, coord.: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, 2000, pág. 87; TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1608.

(11) Sobre un análisis doctrinal de la empresa social colectiva (comanditaria o limitada), vid. GIMÉNEZ DUART, que advierte cómo en el caso de una empresa social colectiva, comanditaria o limitada, el sujeto, para poder disponer de su participación, necesitará el consentimiento de su consorte, salvo en el caso de una comanditaria por acciones. GIMÉNEZ DUART, Tomás, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 132.

(12) SAP de Valencia, núm. 311/2005, de 18 de mayo (*JUR* 2005/162946): tienda; SAP de Salamanca, núm. 161/2003, de 10 de abril (*JUR* 2003/131772): hostelería; SAP de Valencia, núm. 568/2003, de 4 de noviembre (*JUR* 2004/49919): establecimiento comercial dedicado a la actividad de café-bar). La SAP de Valencia, núm. 266/2002, de 14 de mayo (*JUR* 2002/188536) considera empresa ex artículo 1347.5 un complejo recreativo construido sobre un terreno privativo del esposo, en concreto un camping. Sobre la aplicación a un negocio de taller de reparación de vehículos que regenta exclusivamente el esposo, pero en el que no trabaja la mujer: SAP de Castellón, núm. 296/2004, de 24 de septiembre (*JUR* 2004/314843).

las sociedades, se divide; a una postura más limitativa (13), se opone otra que considera que el precepto puede aplicarse también a las SL (14) y SA (15).

Parecería, por lo tanto, que no hay seguridad sobre la aplicación a las sociedades porque, sin duda, el artículo 1347.5 se aplica a las empresas individuales.

V. INTERACCIÓN CON LA NORMATIVA LABORAL: PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS

Un empresario, en el desarrollo de su actividad laboral, puede recibir la ayuda y colaboración de sus parientes. Es decir, cabe la posibilidad de que el «grupo familiar» se relacione con la actividad laboral ejercitada por uno de sus miembros y se haga así cargo de la actividad productiva. El problema tiene una trascendencia considerable, dado que tendrá que valorarse hasta qué punto dichos familiares son trabajadores por cuenta propia o trabajadores por cuenta ajena, lo cual tiene relevancia, sobre todo para la Seguridad Social; piénsese, por ejemplo, en la concesión de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), como la de desempleo.

En el Derecho Laboral español, a propósito del trabajo familiar, existen una serie de presunciones *iuris tantum* según las que algunos familiares, debido a su vínculo de parentesco, se consideran trabajadores por cuenta propia y no por cuenta ajena. Estas presunciones pueden verse reflejadas en tres normas: el artículo 1.3.e) ET, el artículo 7.2 LGSS y la Disposición Adicional Vigésimo Séptima de la LGSS.

Las dos primeras normas toman como punto de referencia de la presunción al «empresario y su núcleo de familiares». En concreto, los ascendientes y descendientes y los demás parientes hasta el segundo grado, además del cónyuge, no se considerarán trabajadores por cuenta ajena salvo prueba en

(13) Sobre la aplicación exclusiva a las empresas individuales y no a las sociedades con personalidad jurídica: STS 731/99, de 18 de septiembre (*RJ* 1999/6603); STS de 18 de noviembre de 1999; SAP de Valencia, núm. 793/2000, de 28 de octubre (*JUR* 2001/12185); SAP de Pontevedra, núm. 231/2004, de 8 de julio (*JUR* 2006/23640).

(14) SAP de Granada, núm. 211/2004, de 21 de marzo (*JUR* 2005/138786); SAP de Castellón, núm. 721/2000, de 27 de diciembre (*JUR* 2001/168555); STSJ de Andalucía, Granada, núm. 689/2002, de 26 de febrero (*JUR* 2002/126407); SAP de Toledo, núm. 215/1996, de 27 de junio (*AC* 1996/1249); STSJ de Galicia, de 30 de octubre de 2001 (*AS* 2001/4242). Aquí, por lo tanto, no se concede la prestación por desempleo a la mujer que había estado formalmente contratada como trabajadora subordinada. Esta sentencia, sin embargo, no hace una referencia expresa al artículo 1347.5, aunque se deduce del supuesto fáctico (SL constituida en constancia de sociedad de gananciales con el 50 por 100 de acciones cada esposo).

(15) STSJ de Cataluña, de 5 de febrero 1992 (*RJ* 1992/774). Sobre la aplicación del artículo 1347.5 a una sociedad agraria entre cónyuges: STSJ de Galicia, recurso de suplicación núm. 5120/94, de 7 de abril (*RJ* 1997/1508).

contra. Por lo tanto, su actividad, ejercitada en el contexto de la empresa familiar carecerá de los requisitos propios del trabajo subordinado y dichos sujetos no quedarán adscritos al Régimen General de la Seguridad Social.

La tercera, por su parte, es una norma de carácter más general, aplicándose a cualquier tipo de sociedad y por lo tanto también a la empresa familiar creada en forma societaria (16).

Normalmente cada sector tiende a regular sus relaciones jurídicas específicas, no existiendo una estrecha correlación entre diferentes ramas del Derecho. Afirmado esto se podría concluir que la ganancialidad de la empresa familiar conyugal no afecta en ningún modo a la normativa laboral y a las presunciones del artículo 1.3.e) ET, y del artículo 7.2 y DA 27.^a LGSS. Si la primera se preocupa de regular el aspecto patrimonial entre cónyuges y las eventuales relaciones con terceros acreedores de la sociedad de gananciales, la segunda quiere referirse exclusivamente a las formas de cotización aplicables y a la eventual concesión de la prestación por desempleo o de otras tutelas jurídicas propias del trabajo por cuenta ajena. Hay más: la misma jurisprudencia podría resultar útil para despejar las eventuales dudas todavía existentes referentes a la relación de ganancialidad y al ámbito laboral. La STS de 30 de marzo de 2001 (17) afirma que el régimen de gananciales existente en el matrimonio «no afecta a la dependencia en el marco de la relación laboral». La sentencia sigue afirmando que, si se entendiera de otra forma, «no sería posible en ningún caso la existencia de un contrato de trabajo entre cónyuges con régimen de gananciales frente al principio general del artículo 1.323 del Código Civil, a tenor del cual el marido y la mujer (18) pueden celebrar entre sí toda clase de contratos».

El hecho de que la normativa civil y laboral tengan finalidades distintas y que por todo ello no puedan relacionarse, viene consolidado también por la doctrina judicial posterior a dicha sentencia, que corrobora y fortalece tal postura (19). Así, tendría que concluirse que el régimen de gananciales —y por lo tanto la disposición contenida en el art. 1347.5 CC— no afecta al ámbito laboral y viceversa, es decir, que el ámbito laboral no afecta al civil. Como se habrá percibido, en las últimas frases se ha utilizado el condicional, y esto no se ha hecho de forma casual sino intencionadamente. De hecho, el objetivo de este trabajo es demostrar como, por lo menos en el supuesto que se está analizando,

(16) Sería interesante analizar la relación entre estas tres normas laborales, análisis que no puede efectuarse en este estudio.

(17) Recurso núm. 4525/99. Ponente: Don Aurelio DESDENTADO BONETE (*RJ* 2001/4614).

(18) *Rectius* «entre cónyuges», en virtud de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio (*BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005), por la que se han sustituido las palabras «marido» y «mujer» por «cónyuge/s».

(19) STSJ núm. 624/03, de 28 de noviembre. Ponente: Don José Luis GILOMO LÓPEZ, inédita.

la normativa laboral y civil chocan entre sí y la falta de coordinación entre estos dos sectores conlleva inconvenientes prácticos considerables que producen disparidad en el tratamiento jurídico de situaciones parecidas, no permitiendo además tutelar y otorgar la suficiente libertad contractual a los cónyuges.

Se demostrará que el conjunto de la normativa civil y laboral, en el estado actual, prohíbe contratar a un cónyuge como trabajador por cuenta ajena en la particular hipótesis del artículo 1347.5 del Código Civil (o sea, cuando la empresa familiar conyugal resulte fundada por dinero ganancial) o se verá que —si lo permite— esto conduce a una disparidad de tratamiento respecto a situaciones similares. Y ello será así independientemente de que se acepte la aplicabilidad del artículo 1347.5 del Código Civil exclusivamente a las sociedades individuales o también a las empresas bajo forma societaria: en ambos casos el sistema jurídico quiebra. Se analizarán seguidamente y de forma separada los dos supuestos.

VI. SUPUESTO DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1347.5 A LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La STS de 30 de abril de 2001 afirma que no se puede aplicar el artículo 1347.5 del Código Civil a una sociedad limitada o anónima. Esta postura jurisprudencial no puede aceptarse, sobre todo después de la entrada en vigor de la DA 27.^a LGSS. Repárense en que, efectivamente, el pronunciamiento del Tribunal Supremo no ha tomado en consideración la existencia de este precepto.

Por todo ello hay que hacer algunas aclaraciones.

En primer lugar debe admitirse que la DA 27.^a LGSS se aplica a cualquier tipo de sociedad, incluyendo también a las empresas familiares bajo forma societaria, debido al hecho de que no existe en el ordenamiento español ninguna norma que defina legalmente la empresa familiar. La aplicación a las sociedades familiares se constata también por la existencia de la presunción establecida por la norma DA 27.^a 2 n.1 (20).

Además, en este estudio es importante considerar el primer párrafo de esta norma laboral y analizar sus características. Aquí se afirma que:

«Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mer-

(20) *«Se presumirá salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste servicio esté distribuido entre socios, con los que conviva y con quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguineidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado».*

cantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla. Se entenderá en todo caso que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos la mitad del capital social».

El segundo párrafo de la DA 27.^a establece una presunción *iuris tantum* de toda una ulterior serie de hipótesis de control efectivo. En cambio, este primer párrafo establece una presunción *iuris et iure*. Es decir, mientras se podrán destruir mediante prueba en contrario las presunciones establecidas en el segundo párrafo; ello no será posible en el supuesto del primer párrafo, dado que la presunción *iuris et de iure* no admite prueba en contra. Reitera esto el inciso: «Estarán obligatoriamente incluidos en el RETA...» que tiene que confrontarse con el inciso del segundo párrafo según el cual: «Se presumirá, salvo prueba en contrario...».

Por lo tanto, el ordenamiento español no ofrece posibilidad de elección al socio que se encuentre en la hipótesis del primer párrafo de la DA 27.^a LGSS. Éste tiene que inscribirse en el RETA y nunca podrá considerarse como trabajador por cuenta ajena.

Se ha visto que la DA 27.^a LGSS es una disposición de carácter amplio y que abarca una casuística muy elevada. Sin embargo hay que analizarla en relación con la empresa familiar conyugal del artículo 1347.5 del Código Civil.

El último inciso del primer párrafo de la DA 27.^a LGSS dispone que tiene que inscribirse en el RETA el socio trabajador que posea por lo menos la mitad del capital social. Este sujeto —en virtud de la presunción *iuris et iure* establecida por el ordenamiento— nunca podrá trabajar por cuenta ajena en la empresa. ¡Éste es el específico caso del artículo 1347.5 del Código Civil! La ganancialidad establecida por esta norma opera de forma que cualquier cónyuge posea por lo menos el 50 por 100 del capital social, aunque el titular formal del negocio sea solamente uno de los dos cónyuges. La constitución de la sociedad mediante la utilización del dinero ganancial, procura *ex lege* (art. 1347.5) que el 100 por 100 de la sociedad sea de propiedad de los dos cónyuges y que, por lo tanto, el cónyuge «poseyendo al menos la mitad del capital social» quede sometido a la presunción *iuris et iure* de la DA 27.^a 1 LGSS. Si se acepta que los cónyuges (en virtud del art. 1.323 CC) pueden estipular entre sí toda clase de contratos, del análisis conjunto de estas dos normas se puede concluir afirmando que efectivamente existe una falta de coordinación entre la normativa laboral y la civil. Esto lleva a la paradoja de que en ningún caso de empresa familiar fundada por los cónyuges con dinero ganancial, uno de los dos pueda trabajar por cuenta ajena en la misma empresa. Lo dicho se verifica independientemente del tamaño de la misma (21),

(21) Se recuerda que la falta de una definición legal de empresa familiar permite que empresas como el Corte Inglés o Chupa Chups sean empresas «de carácter familiar»,

y aunque el artículo 1347.5 CC no obligue expresamente a que los cónyuges gestionen la empresa como en cambio requiere el correspondiente artículo 177 del *Codice* italiano (22). La DA 27.^a 1 LGSS «obliga» a este preciso requerimiento en caso de que se funde una empresa familiar societaria; esto se verá en el epígrafe siguiente y deriva también en el artículo 1.375 CC y su interpretación.

Antes de analizar el supuesto de empresa individual fundada en base al artículo 1347.5 del Código Civil, queda por analizar un último aspecto. Se ha basado la teoría anterior en la existencia de la presunción *iuris et iure* del primer párrafo de la DA 27.^a LGSS. Alguien podría objetar que —en la hipótesis de empresa familiar conyugal— debería aplicarse la presunción *iuris tantum* del segundo párrafo y no la del primer párrafo. De tal forma cabría siempre la posibilidad de que un cónyuge trabaje por cuenta ajena en la empresa familiar, siempre que pruebe la efectiva subordinación de su actividad laboral. Dicha crítica no podría aceptarse dado que —en la específica hipótesis del art. 1347.5 CC— el supuesto del segundo párrafo queda englobado en la misma presunción *iuris et iure* del primer párrafo. El dictado del segundo párrafo está más bien pensado para empresas familiares en la que más de dos familiares tengan cuotas, o resulta aplicable a una misma empresa familiar constituida solamente por los dos cónyuges pero donde éstos no tengan un régimen de sociedad de gananciales (por ejemplo, el régimen de separación de bienes o el supuesto del art. 1.354 CC). Por lo tanto, la presencia conjunta de la DA 27.^a 1 LGSS y del artículo 1347.5 del Código Civil impide la contratación de un cónyuge como trabajador por cuenta ajena, no encontrando plena actuación el artículo 1.323 del Código Civil.

VII. SUPUESTO DE EMPRESA INDIVIDUAL

En el caso de que la empresa conyugal familiar sea de carácter individual, o se excluya la aplicación del artículo 1347.5 a las sociedades, entran en juego las presunciones de los artículos 1.3.e) ET (23) y 7.2 LGSS (24).

aunque éstas no entren en el específico supuesto del artículo 1347.5, dado que no están constituidas solamente por los cónyuges.

(22) Esto habla de «le aziende gestite da entrambi i coniugi e fondate dopo il matrimonio».

(23) Artículo 1.3 ET. «Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley (omissis): e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción».

(24) Artículo 7 LGSS. *Extensión del campo de aplicación.* «1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad

La cuestión es la misma: ¿podría el cónyuge trabajar por cuenta ajena en una empresa individual fundada bajo el artículo 1347.5? Se demostrará que también en este caso el ordenamiento jurídico español, debido a la existencia de normativas incongruentes, no lo permite, o lo permite de una forma incorrecta.

Interpretando *a contrario* los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS, se deduce que el ordenamiento plantea la posibilidad de que el cónyuge quede contratado por cuenta ajena por el propio cónyuge en la empresa familiar. Esto se deduce del hecho de que estas presunciones son *iuris tantum* y admiten la prueba en contrario. Siempre que el sujeto demuestre que su actividad laboral posee efectivamente los requisitos de ajenidad y dependencia, será a todos los efectos un trabajador por cuenta ajena, pudiendo darse de alta en el RGSS y beneficiarse, por ejemplo, de la prestación por desempleo. Todo lo afirmado resulta congruente y concuerda perfectamente con el artículo 1.323 del Código Civil, porque los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos, pudiendo estipular, por lo tanto, también un contrato de trabajo subordinado.

Sin embargo, un análisis más profundo conduce a las conclusiones opuestas. También en este caso, sobre todo la normativa civil, tiene incongruencias a la hora de aplicar las normas de carácter general relativas a la sociedad de gananciales al supuesto específico del artículo 1347.5 del Código Civil, y se verá cómo estos deslices jurídicos de carácter civil afectan a la normativa laboral.

Hemos de analizar el conjunto de los artículos 1347.5, 1323 y 1.375 del Código Civil en conjunto.

El artículo 1347.5 del Código Civil declara la ganancialidad de la empresa familiar creada con exclusivo dinero ganancial, afirmando que dicha empresa es un «bien ganancial».

Ahora bien, el artículo 1.375 del Código Civil, disposición de carácter general que se aplica a cualquier bien ganancial, afirma que los cónyuges —en régimen de sociedad de gananciales— están obligados a gestionar y a disponer conjuntamente los bienes gananciales. Siendo la empresa familiar del artículo 1347.5 un bien ganancial, por todo ello, tiene que concluirse que ambos cónyuges tienen que gestionarla, no pudiéndose limitar a desarrollar un mero trabajo por cuenta ajena.

contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes (omissis).

2. *A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo».*

La cogestión es una obligación de los cónyuges, sin embargo hay que matizar que esta situación podrá siempre derogarse mediante un acuerdo: los cónyuges podrán decidir que la gestión y disposición del bien se efectúe por un solo cónyuge.

Esto podrá hacerse mediante la estipulación de una capitulación matrimonial, como dispone el mismo artículo 1.375 del Código Civil, o más bien —en régimen de sociedad de gananciales— estipulando un mandato entre ellos por el cual uno de los dos cónyuges ceda la gestión del bien al otro. La primera es una posibilidad que ofrece la propia ley y se establece con el inciso inicial del artículo 1.375, afirmando *en defecto de pacto en capitulaciones*, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges. La segunda es una posibilidad que puede deducirse de las generales normas de contratación entre partes y en virtud del artículo 1.323 del Código Civil.

La estipulación de un acuerdo que permitiese a uno de los cónyuges la gestión de la empresa, otorgaría coherencia a todo el sistema y en particular daría forma a la interpretación conjunta de los artículos 1.375, 1.323 y 1347.5 del Código Civil, pudiendo el cónyuge no gestor ser libre de trabajar por cuenta ajena en la misma empresa.

Antes de examinar las dos hipótesis de acuerdo entre cónyuges que se acaban de formular en este trabajo es menester una aclaración. Podría sostenerse que también el cónyuge gestor de la empresa podría resultar adscrito al RGSS, dado que las operaciones de gestión no necesariamente coinciden con la de socio o propietario de la empresa. Es verdad que también un trabajador por cuenta ajena puede efectuar una actividad de mera gestión, no coincidiendo la cualidad de socio con la de gestor. Sin embargo, en el supuesto particular del artículo 1347.5 del Código Civil, la cualidad de socio y de gestor coinciden necesariamente, dado que el bien es ganancial (ex art. 1347.5) y además porque el artículo 1.375 habla de «gestión y disposición». Por lo tanto, en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil, al hablar de gestor, éste se identifica necesariamente con propietario, al ser el trabajador uno de los dos cónyuges. Por todo ello el cónyuge gestor necesariamente tendrá que resultar inscrito en el RETA.

a) DEROGACIÓN MEDIANTE CAPITULACIÓN MATRIMONIAL

Es importante entender que la posible derogación prevista por el mismo artículo 1.375 del Código Civil sirve para cualquier tipo de bien ganancial, estando la norma pensada para la sociedad de gananciales en general. En cambio, hay que relacionar estas hipótesis con el caso específico del artículo 1347.5 del Código Civil.

Las partes podrán estipular una cláusula mediante capitulaciones matrimoniales para regular la gestión exclusiva de un cónyuge, permitiendo así que el otro quede exento de las operaciones de gestión. Efectivamente, en virtud de la interpretación conjunta de los artículos 1.325 y 1.326 del Código Civil, los cónyuges pueden estipular una cláusula mediante capitulación matrimonial en una fase posterior al matrimonio, refiriéndola a un aspecto determinado de su relación matrimonial (25), manteniendo así intacto el régimen de sociedad de gananciales existente entre ellos (26).

No obstante la estipulación de una capitulación en el supuesto de la empresa familiar conyugal conlleva unos problemas jurídicos que, al ser similares a la hipótesis de la celebración del contrato de mandato, se tratarán conjuntamente en el epígrafe sucesivo.

b) DEROGACIÓN MEDIANTE CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE MANDATO ENTRE CÓNYUGES

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.323 del Código Civil —por el cual los cónyuges pueden celebrar todo tipo de contrato— éstos pueden celebrar un contrato de mandato entre ellos. Por la misma disposición legal pueden también fundar una sociedad entre ellos (27). Este mandato excluiría la gestión de uno de los cónyuges y permitiría que el otro cónyuge trabajara eventualmente como trabajador subordinado, ya que la estipulación de dicho contrato de mandato es compatible con la vigencia de la sociedad de gananciales. El contrato de mandato podría referirse a cualquier actividad o bien privativo ganancial. Sin embargo, también aquí hay que relacionar la estipulación de un contrato de mandato con la específica hipótesis del artículo 1347.5 del Código Civil, observándose cómo el sistema jurídico quiebra.

Para una parte de la doctrina (28) no se puede admitir la estipulación de un mandato *ad vitam*, siendo posible sólo la celebración de un mandato a

(25) Esto se deduce del inciso del artículo 1.325: «cualquier otra disposición del mismo».

(26) Si no fuese así, y no lo mantuvieran, no estaríamos en el supuesto fáctico del artículo 1347.5 del Código Civil, porque el régimen de los cónyuges sería el pactado en capitulaciones. En cambio uno de los requisitos necesarios de aplicación del artículo 1347.5 del Código Civil es la propia existencia de la sociedad de gananciales. Aquí, por lo tanto, esta hipótesis quedaría desmontada, no siendo posible derogar el régimen de co-gestión de los cónyuges mediante capitulaciones en la hipótesis de una empresa familiar conyugal: el cambio de régimen patrimonial excluiría la aplicación del artículo 1347.5.

(27) HERRERO GARCÍA, María José, «Artículo 1.323», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 598.

(28) HERRERO GARCÍA, María José, «Artículo 1.323», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 598, esta autora más bien se refiere a una hipótesis en la que exista una sociedad entre cónyuges.

tiempo determinado. Si así fuese existiría el siguiente desajuste jurídico: el trabajo por cuenta ajena realizado —debido a la necesaria temporalidad limitada del contrato de mandato— tendría que ser necesariamente de carácter temporal y no indefinido. Además, la contratación por cuenta ajena tendría que tener como duración máxima la del mandato. Se llegaría a la inquietante posibilidad de que el cónyuge podría trabajar por cuenta ajena en la empresa solamente por tiempo definido y nunca indefinido, no siendo permisible un contrato de mandato de exención de un bien ganancial *ad vitam*. Naturalmente estos razonamientos son aplicables también en la hipótesis de que la empresa tenga forma societaria, reforzándose la postura del epígrafe anterior.

No obstante se quiere llegar más allá; supóngase que, efectivamente, puede admitirse la estipulación de un contrato de mandato *ad vitam* entre los cónyuges por el cual uno quede exento de la gestión del bien, permitiéndose, así, la eventual estipulación de un contrato de trabajo por cuenta ajena del sujeto. De hecho, piénsese que en virtud del artículo 1.710 del Código Civil el mandato puede ser tanto expreso como tácito, y en la mayoría de los casos, en un matrimonio es sólo un cónyuge quien gestiona *de facto* los bienes. Esto resulta aún más fácil en un sistema como el español en el que, al contrario del italiano, se establece una presunción de gratuidad del mandato (29). Pero la admisión de dicha posibilidad crea una incongruencia en el sistema jurídico. Esa incongruencia es la misma que se verificaría si los dos cónyuges eximiesen de la gestión a un cónyuge mediante la estipulación de una cláusula mediante capitulaciones matrimoniales y por lo tanto se examina conjuntamente.

La presencia de estas incongruencias (de)mostrará cómo el sistema civil, y en particular el régimen de gananciales, afecta al sistema laboral. En concreto, en la hipótesis de empresa individual, juegan las presunciones de no laboralidad por cuenta ajena de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS. Según éstas, el cónyuge que trabaje en la empresa familiar tiene que inscribirse en el RETA salvo que demuestre que esté efectivamente desarrollando un trabajo por cuenta ajena. La jurisprudencia, tratándose de una presunción *iuris tantum*, admite cualquier medio de prueba. Aquí quiero destacar cómo estas presunciones operan perfectamente y no afectan a las hipótesis de los familiares del abanico de la norma; sin embargo, no se puede decir lo mismo en la hipótesis de empresa conyugal individual creada con dinero ganancial del supuesto del artículo 1347.5. Aquí hay que concluir que el mecanismo de la aportación de la prueba será diferente. La incoherencia del sistema legislativo, actualmente vigente, limita y agrava la prueba testifical del sujeto. Esto viene provocado por la compenetración de los artículos 1347.5, 1.323 y 1.375 del Código Civil con las presunciones de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS.

(29) Cfr. artículo 1711.1 del Código Civil y artículo 1.709 del *Codice Civile*.

En concreto, en este caso, la ajenidad del trabajo no se podrá demostrar solamente por prueba testifical, por la nómina, ni por ningún «otro normal medio» como se ha hecho hasta el día de hoy.

Además de estas pruebas, se requerirá previamente otra que tendría que considerarse como *conditio sine qua non* para la admisión de las demás. La presunción de no laboralidad por cuenta ajena tendrá que resultar derrumbada ante todo mostrando la existencia de una capitulación matrimonial en la que pacte la gestión por un solo cónyuge de la sociedad (exonerándose así de la obligación de cogestión del art. 1.375 CC), o mediante la prueba de un mandato de gestión exclusiva estipulado por los cónyuges.

Hay más. Esta prueba tiene que realizarse mediante la aportación en juicio de un documento fehaciente. El mandato normalmente tiene una eficacia *inter partes* y, para poderse elevar a prueba con eficacia *erga omnes*, deberá tener carácter de documento público, por ejemplo, debiéndose estipular ante notario por escritura pública. A efectos de destruir la presunción de no laboralidad, daría igual por lo tanto la estipulación de un mandato oral o tácito entre los cónyuges en virtud del artículo 1.710. Un mandato estipulado en forma oral, aunque posible, no garantizaría el interés del Estado y/o eventualmente de terceros. Así se llega a la paradoja de la existencia de un *onus* adjunto en la prueba del cónyuge respecto a los demás familiares: el cónyuge además de probar el efectivo carácter ajeno de su prestación laboral, tendrá que demostrar que previamente, con eficacia *erga omnes* (30), ha excluido su obligación de cogestión del bien ganancial aportando en juicio el contrato de mandato o la capitulación. Obsérvese como la normativa civil llega a afectar a la normativa laboral, levantando también dudas de inconstitucionalidad del precepto, dada la diferente carga de la prueba entre parientes en una situación idéntica. Además tendría que concluirse que todas las sentencias que admitieron la prestación por desempleo en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil tendrían que rechazarse por no estar suficientemente probadas.

El problema estriba en el hecho de que la experiencia laboral enseña que muchas veces el trabajo de los familiares se define como trabajo subordinado por parte del mismo titular de la empresa, porque la calificación de trabajador subordinado permite beneficiarse de prestaciones adicionales de la Seguridad Social como, por ejemplo, la prestación por desempleo. Así, muchas veces, cualificar al pariente como trabajador subordinado, en lugar de trabajador por cuenta autónoma, deja abierta la posibilidad a los sujetos de intentar «defraudar» la Ley. Por esta razón han nacido las presunciones de no laboralidad por cuenta ajena establecidas en los artículos 1.3.e) ET, artículo 7.2 y DA 27.^a

(30) En caso de que se estipulen capitulaciones, el problema no existiría porque éstas tienen eficacia *erga omnes*, debiendo estipularse por escritura pública según lo dispuesto en el artículo 1.327 del Código Civil.

LGSS. Estas presunciones tienen la función de invertir la carga de la prueba sobre el sujeto (pariente) que se considera trabajador subordinado, y tutelar el Estado de injustificadas prestaciones por desempleos que se piden por situaciones laborales simuladas.

Uno de los aspectos fundamentales que abre la vía al contencioso, por lo que respecta al trabajo familiar, es el artículo 40 del Real Decreto núm. 84 de 26 de mayo 1996 (31), que deja a la libre interpretación de la persona la inscripción en el régimen general o especial de la Seguridad Social por lo que respecta a los familiares del empresario socio en sociedades colectivas. De hecho, se encuadra a esas personas mediante una simple declaración del empresario, en uno o en otro régimen, sin comprobar si efectivamente estas personas tienen los «requisitos exigidos para su inclusión como trabajador por cuenta ajena».

El problema es que dicha valoración queda a la libre interpretación del «empresario familiar» en un ámbito específico, el del trabajo familiar, que resulta complicado y debatido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Naturalmente el sujeto, por «ignorancia legislativa», o con la intención de dar una más amplia «tutela jurídica» al pariente (en fraude o no a la Ley), procederá a inscribir a su familiar en el régimen por cuenta ajena, despreocupándose, o no teniendo conocimiento, de todas las diferentes cuestiones jurídicas que quedan abiertas sobre la presunción de no laboralidad y sobre su aplicación al empresario no individual (recuérdese que el art. 40 se dictó específicamente para las sociedades). Sucesivamente, cuando la Seguridad Social controla la declaración efectuada por el «empresario familiar» y tenga que calificar el carácter laboral o no de la actividad prestada por un familiar [incluido en el abanico establecido por los arts. 1.3.e) ET y 7.2 LGSS], procederá de manera casi «instintiva» a sostener la tesis contraria y a revocar dicha inscripción o sus efectos jurídicos como, por ejemplo, la prestación por desempleo.

Por lo tanto la posibilidad de estipular un mandato por acto público, como autoriza y prevé el artículo 1.710, permitiría dar oficialidad a la decisión de los cónyuges y evitar el posible fraude que éstos podrían operar frente al Estado, por ejemplo, estipulando un mandato por escrito con fecha anterior. La celebración de un mandato escrito formalizado con documento público en esta hipótesis, es decir, en la hipótesis en la que uno de los dos cónyuges quiera trabajar por cuenta ajena en la «empresa cónyugal», tutelaría el correcto desarrollo de las presunciones establecidas por los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS.

(31) Decreto por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Alta, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social. Modificado por Real Decreto 250/1997, Real Decreto 1278/2000, Real Decreto 125/2001, Real Decreto 459/2002 y Real Decreto 1273/2003.

El problema es más importante, como se ha visto, es la hipótesis de sociedad mercantil donde la empresa tenga una forma de SL o SA. De hecho, en este caso se ha visto que la presunción que se aplica no es *iuris tantum* sino *iuris et de iure*. Aquí las incongruencias entre el sistema civil y laboral son aún más relevantes, no permitiéndose en el estado actual que un cónyuge trabaje por cuenta ajena en la empresa ex artículo 1347.5 (limitadamente al inciso del artículo considerado en este estudio, o sea, de la empresa fundada con dinero común).

Por lo que respecta a la empresa individual es obligatoria una última aclaración. El mecanismo de las presunciones de no laboralidad de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS funciona y opera perfectamente —y sin incongruencias— en las hipótesis de los demás familiares incluidos en las normas. También la normativa opera sin incongruencia y resulta perfectamente aplicable al cónyuge en cualquier otro supuesto de empresa familiar que sea constituida con dinero en parte ganancial y privativo o en régimen de separación de bienes, dado que aquí sí puede aplicarse el artículo 1.323 del Código Civil, pero no resulta aplicable la gestión conjunta del artículo 1.375 del Código Civil.

Sistematizando y resumiendo lo afirmado hasta ahora, la DA 27.^a 1 impide siempre que los cónyuges puedan estipular un contrato por cuenta ajena entre sí en el supuesto de empresa familiar conyugal que tenga una forma societaria. En cambio, en caso de empresa conyugal constituida en forma individual, para poder contratar por cuenta ajena al cónyuge: 1) se debería, en todo caso, estipular previamente una cláusula mediante capitulaciones matrimoniales o (si se aceptase esta posibilidad) un mandato *ad vitam* entre los cónyuges, en los que se estableciese la gestión exclusiva de un cónyuge; 2) existiría un correspondiente gravamen suplementario en sede de prueba testifical en el caso de que el cónyuge quiera destruir las presunciones de no laboralidad de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS. Además en caso de mandato, éste no podría ser tácito, sino que debería redactarse en documento público para que tuviera eficacia *erga omnes*, no pudiéndose por lo tanto probar su existencia por prueba testifical, lo que impediría un eventual fraude de los cónyuges frente al Estado a la hora de pedir la prestación por desempleo. La celebración por documento público otorgaría oficialidad y fecha fehaciente a la voluntad de los cónyuges de ceder la administración exclusiva a uno de los dos.

Otras dos importantes aclaraciones. Actualmente por la normativa vigente se podrá siempre estipular un contrato por cuenta ajena entre los cónyuges en la hipótesis de que la empresa familiar conyugal no esté constituida con dinero común, sino con dinero exclusivamente privativo o mixto. Aquí no operaría el artículo 1347.5 y su necesaria correlación con el artículo 1.375 y —en caso de sociedad— tampoco se produciría con la DA 27.^a 1. Quizá pueda hablarse de disparidad de tratamiento jurídico.

Además es menester una segunda puntualización; se ha dicho que el mandato se presume gratuito; sin embargo la estipulación de un mandato de tal género podría provocar el inconveniente de cómo se debe conciliar la norma del artículo 1711.2 del Código Civil con la empresa familiar conyugal. En base a esta norma se afirma que «*si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo*». En el caso del artículo 1347.5, el cónyuge es socio y propietario y por lo tanto podría darse la aplicación del artículo 1711.2 del Código Civil, pero ¿qué sentido tendría una retribución suplementaria en un contexto de perfecta ganancialidad del bien establecida por el artículo 1347.5 (32)? ¿Cómo se calificaría jurídicamente esta retribución? Como puede notarse el sistema vigente crea inconvenientes tanto prácticos como jurídicos.

VIII. UNA NECESIDAD DE REFORMA

Se ha visto como en la particular hipótesis de una empresa familiar conyugal, fundada con dinero exclusivamente ganancial, la falta de interconexión entre la normativa civil y laboral provoca que el régimen de la sociedad de gananciales afecte a la normativa laboral (piénsese en la diferente carga de la prueba), como el sistema laboral afecta a la normativa civil (la anterior existencia de la presunción de no laboralidad impide que el cónyuge trabaje por cuenta ajena en esta empresa). Para eliminar esta incoherencia se requiere una necesaria reforma normativa; reforma que será diferente según quiera admitirse y sostenerse que los cónyuges pueden estipular entre sí un contrato de trabajo subordinado en el supuesto de empresa familiar conyugal creada con dinero común, o se rechace por el contrario dicha postura.

Ambas posturas tienen sus *pro* y *contra*.

La posibilidad de permitir al cónyuge trabajar por cuenta ajena en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil tendría tres ventajas: mantendría intacto el valor y el dictado de la libre contratación entre cónyuges, permitiría el más amplio respaldo de la libre autonomía contractual establecido por el artículo 1.255 del Código Civil y, por último, sería más coherente respecto a la evolución historia del Derecho español, permitiendo así que la normativa laboral mantenga una coherencia adecuada en dicha materia.

Finalmente merece reseñarse otro importante aspecto que produciría la contratación del cónyuge en la hipótesis del artículo 1347.5. Si la contrata-

(32) Además, según lo dispuesto en el artículo 1347.1 del Código Civil, esa misma retribución pertenecería también al cónyuge que la paga, asumiendo carácter ganancial, dado que por este párrafo «*son bienes gananciales los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquier de los cónyuges*».

ción por trabajo subordinado ayudaría al mismo cónyuge a cobrar la prestación por desempleo, lo excluiría automáticamente de un derecho muy importante, establecido en el artículo 1.406, n.2. En base a esta norma, a la hora de disolver o liquidar la sociedad de gananciales (33), cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber la explotación económica que gestione efectivamente. Entiéndase como no convendría al cónyuge estar contratado como trabajador subordinado en la hipótesis de empresa conyugal ganancial fundada con dinero común. Esto favorecería al otro consorte a la hora de la liquidación de la masa ganancial. Así que «estafar al Estado» —pidiendo la prestación por desempleo o simulando un contrato de trabajo subordinado— costaría muy caro a dicho cónyuge dado que, demostrando que está trabajando como trabajador subordinado, no podrá tener —interpretándose *a contrario* el art. 1.406, n.2— este derecho de preferencia. Así que solamente el cónyuge titular formal de la empresa, que ha contratado al consorte, tendría este exclusivo derecho.

En cambio, la postura con la que se niega la facultad de contratar al cónyuge como trabajador por cuenta ajena en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil quizá resultaría coherente interpretando dicho precepto con el artículo 1347.1 del Código Civil. El dinero que el cónyuge cobraría por trabajar por cuenta ajena, por el artículo 1347.1 sería ganancial y, por lo tanto, tendría poco sentido permitir este tipo de contratación, dado que seguiría perteneciendo al «cónyuge contratante». Es verdad que en tal forma el cónyuge no podría beneficiarse de las prestaciones por desempleo o de la tutela del RGSS, pero no se olvide que la empresa en la que trabaja es suya y por tanto, en alguna forma, han de «asumirse unos riesgos», independientemente de que haya sido el otro consorte el que la haya constituido formalmente y exclusivamente.

Analícese separadamente las dos posibilidades de reforma:

A) Si se sostiene la posible contratación por cuenta ajena del cónyuge, se dará total y plena actuación a la libre facultad de celebración de todo tipo de contratos establecida por el artículo 1.323 del Código Civil. En dicho caso se tendría que proceder a una modificación de algunas normas para poder dar vida a esta posibilidad sin problemas jurídicos. Podría, por ejemplo, reformarse el artículo 1.347 y excluirse el carácter ganancial de este tipo de empresa, eliminándola del elenco más general del mismo artículo (supresión del art. 1347.5); de tal forma que el bien no sería ganancial y no se aplicaría el artículo 1.375 del Código Civil.

(33) La empresa en concreto es una explotación mercantil. Además, como sostiene LÓPEZ SÁNCHEZ, ya el término empresa existía en relación a dicho artículo en la originaria Exposición de Motivos de la reforma, y concretamente en el Proyecto de Ley de 14 de diciembre de 1979, núm. 71-I: LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel Angel, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'Avocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 591.

De todas formas, el problema subsistiría en caso de considerarse aplicable el artículo 1347.5 a las sociedades, porque aquí la contratación por cuenta ajena del cónyuge resulta impedida siempre y en cualquier caso por la presunción *iuris et de iure* de la DA 27.^a 1 LGSS. Por lo tanto tendría que reformarse también la DA 27.^a 1, última parte, añadiéndose «*salvo el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil en el que se considerará aplicable la DA 27.^a 2, n.1*», admitiéndose así prueba en contra.

De todos modos, la exclusión del supuesto del quinto párrafo del artículo 1.347 del Código Civil no sería posible. De hecho, siendo constituida con dinero ganancial, dicha empresa conyugal, sin duda, es configurable como ganancial. Excluirla de la lista del artículo 1.347 resolvería el problema respecto a los cónyuges, pero crearía otro respecto a los terceros acreedores de la sociedad de gananciales. Los terceros no se encontrarían tutelados en caso de una deuda producida por la sociedad de gananciales o por la misma empresa conyugal donde ésta no pudiera pagar su deuda con dinero de la sociedad. Excluir la sociedad de los bienes gananciales impediría que los terceros acreedores pudieran embargar otros bienes gananciales u otro dinero ganancial, vulnerándose el artículo 1.367 del Código Civil (34). Piénsese, por ejemplo, que un tercero resulte acreedor de la sociedad de gananciales respecto a una deuda que se ha contraído por realizar una necesidad ordinaria de la familia, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.319 del Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo, el tercero acreedor puede reclamar el dinero, dada la existencia de una responsabilidad solidaria de los bienes comunes: la exclusión de la empresa conyugal del elenco de los bienes gananciales reduciría su tutela, no pudiéndose embargar o pedir dinero de esta empresa (35).

Por todo ello, la conclusión es que no tendría que modificarse el artículo 1347.5, sino que debería modificarse el artículo 1.375 del Código Civil, añadiendo el inciso: «*lo dispuesto es este párrafo no se aplica al artículo 1347.5, donde las partes podrán o no establecer la gestión conjunta de dicho bien*» (36). Así, se eliminaría la necesaria cogestión del bien y se

(34) Para un supuesto fáctico real en que, en caso de deudas de la empresa conyugal, responde la sociedad de gananciales, vid. SAP de Orense, núm. 359/2002, de 18 de noviembre (*JUR* 2003/42721). De hecho, la doctrina está de acuerdo que, en caso de una deuda de la empresa conyugal ganancial, responderá también con los demás bienes comunes, TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1612. Este autor sostiene que en tal caso nos encontraríamos ante una solución análoga a la del artículo 6 y sigs. del Código de Comercio.

(35) De todos modos, recuérdese que por el artículo 1319.2 del Código Civil el tercero podría siempre pedir dinero privativo del cónyuge que contrajo la deuda o subsidiariamente del otro cónyuge.

(36) Por lo tanto, el artículo resultaría así formulado: «*En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes. Lo*

eliminaría el problema probatorio provocado por la estipulación de una cláusula en capitulaciones matrimoniales o de un contrato de mandato. De hecho la estipulación de éstos no sería ya obligatoria para destruir las presunciones laborales, dado que no se necesitaría la cogestión prevista por el artículo 1.375 del Código Civil. Esta reforma tendría igualmente que ser acompañada por la modificación de la DA 27.^a 1 LGSS en los términos anteriormente planteados.

B) Aceptar la postura según la cual se niega la contratación por cuenta ajena del cónyuge permite que la DA 27.^a 1 tenga coherencia y normal actuación y por lo tanto no necesite ninguna modificación. Crea, sin embargo, otros dos problemas jurídicos. La exclusión de esta posibilidad vaciaría en parte lo dispuesto en el artículo 1.323 del Código Civil y por lo tanto los cónyuges quedarían limitados a la hora de contratar «todo tipo de contratos» (contrato de trabajo subordinado) en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil. Por lo tanto, tendría que modificarse el artículo 1.323 añadiendo: «salvo la celebración de un contrato subordinado en el supuesto del artículo 1347.5».

Asimismo, aceptar dicha opinión conlleva que las presunciones de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS estén actualmente mal formuladas. Éstas, siendo *iuris tantum*, dejarían abierta la posibilidad de la contratación por cuenta ajena, siendo destruible por prueba en contrario. Por lo tanto tendría que añadirse un inciso a ambas presunciones: «salvo el supuesto del artículo 1347.5 en el que dicha presunción no admite prueba en contrario».

IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La génesis de todas estas incongruencias deriva de la incorporación de un precepto (37), el artículo 1347.5, de carácter totalmente ajeno al derecho co-

dispuesto es este párrafo no se aplica al artículo 1347.5, donde las partes podrán o no establecer la gestión conjunta de dicho bien».

(37) Cabe notar que el proyecto de Ley del artículo 1347.5 afirmaba que: «Son bienes gananciales: Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas, *en su mayor parte*, de bienes comunes». Para la doctrina dicha redacción es preferible: RAMS ALBESA, Joaquín, «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 715 y 726. El autor prefería el texto del proyecto, que lo define mucho mejor que el actual. Sin embargo su crítica derivaba de otras razones sosteniendo que el texto definitivo poseía «una marcada dirección ganancialista que se puede calificar de maximalista». El autor señala brillantemente como la modificación en sede *de lege ferenda* ha hecho perder la *ratio* del original precepto que era la de preservar la empresa privativa o mantener tal conservación para aquélla que se crease con dinero prevalentemente privativo, respecto de la fuerza atractiva de la masa ganancial a través del artículo 1347.3.

mún español. A la hora de incorporarse cualquier tipo de precepto, éste tiene que integrarse con la realidad jurídica preexistente. Si en Italia la aplicación y la vigencia de dicho precepto resulta posible porque existe una definición de empresa familiar que ayuda a delimitar el ámbito de aplicación de la norma, en España esto no se da. Además es verdad que, tanto en el Derecho español como en el italiano, existe una presunción de no laboralidad. Sin embargo, en Italia opera exclusivamente en el determinado supuesto *legal* de la empresa familiar delineado en el artículo 230 bis del Código Civil [compatible (38) con lo del art. 177 CC] y esta presunción se relaciona con una automática repartición de ganancias y obligación de mantenimiento de la empresa que no existe en España (39). En cambio, en España esta misma presunción queda totalmente desvinculada de cualquier beneficio y por lo tanto, fomenta el fraude de ley mediante el requerimiento de la prestación por desempleo.

El artículo 1347.5 fue introducido en 1981, cuando en el ordenamiento jurídico ya estaban en vigor las presunciones de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS (40). El legislador español tendría que haber valorado si la introducción del precepto creaba incongruencias con la normativa laboral. Lo mismo debiera haber ocurrido cuando se introdujo, en 1997, la DA 27.^a LGSS (41).

En Italia el requisito de la cogestión es requerido expresamente por el artículo 177 del *Codice Civile*; en cambio en España —aunque el art. 1347.5 no lo disponga— se requiere *de facto* en virtud del artículo 1.375 o, en caso de una sociedad, también ex DA 27.^a 1 LGSS.

Sin embargo, en Italia, dicha cogestión es posible por la relación del artículo 177 con el artículo 230 bis del *Codice Civile*. En el Derecho italiano los sujetos pueden, en cualquier momento, decidir aplicar o no la presunción de no laboralidad establecida por el artículo 230 bis en caso de empresa familiar. Esta es una norma de carácter residual y opera exclusivamente si las partes no han pactado otra cosa. En el Derecho italiano el cónyuge no necesariamente tiene que ser un trabajador por cuenta propia en una empresa conyugal familiar que venga gestionada conjuntamente por los cónyuges. En

(38) Esta es nuestra postura. En esta línea, BUSNELLI, *cfr. op. cit.*

(39) FERRANTE, Alfredo, «Aportaciones comparativas para la definición jurídica de un instituto: la empresa familiar en Italia», en *Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 23, 2004, pág. 474.

(40) El artículo 1.3.e) fue introducido (y nunca modificado) por la Ley 8/1980, de 10 de marzo. El artículo 7.2, introducido por el Decreto núm. 2065/1974, de 30 de marzo, ha sido modificado por la Disposición Adicional 11 de la Ley 5/1990, de 29 de junio. Como se sabe, con el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se ha aprobado el texto refundido de la Seguridad Social, derogando al Decreto 2065/1974.

(41) La Ley 66/97, de 30 de diciembre (*BOE* 31 de diciembre de 1997, núm. 313). La disposición se ha vuelto a modificar por el artículo 34.2 de la Ley 50/98, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Y por último ha sido introducido el párrafo 3 por el artículo 22 de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

ausencia de un pacto expreso entre los familiares operará automáticamente la presunción del artículo 230 bis y el familiar colaborador —aquí el cónyuge— no será ni trabajador por cuenta ajena ni por cuenta propia, sino un colaborador familiar que por el simple hecho de aportar un trabajo de forma continuada (42) a la empresa familiar tendrá derecho a una repartición de ganancias proporcionada al trabajo efectuado (43) y un derecho de mantenimiento. La presunción de no laboralidad, en Italia (44), resulta así acompañada de una tutela del sujeto que colabora en la empresa familiar, siempre, de forma automática, en tanto que las partes no hayan pactado ningún tipo de relación laboral entre sí. Los sujetos podrán, en cualquier momento, derogar dicho sistema —no aplicándose, por tanto, esta presunción y lo dispuesto en el art. 230 bis— constituyendo una empresa familiar bajo forma societaria o contratando al cónyuge o al familiar en calidad de trabajador por cuenta ajena. En el primer caso se aplicarán las correspondientes normas de la forma societaria elegida (por ejemplo, las normas que se refieren a una SL o a una SA). En el segundo caso, el cónyuge tendría que darse de alta en el RGSS. Aquí, naturalmente, en caso de un contencioso judicial con la Seguridad Social tendrá que probarse por el trabajador que su actividad laboral posee todas las características de un trabajo por cuenta ajena, al igual que pasa en el Derecho español.

(42) Cass. núm. 1525, de 19 de febrero de 1997; Cass. núm. 5741, de 22 de mayo de 1991; Corte d'Appello Messina, de 16 de febrero; Pretura Forlì, de 21 de diciembre de 1994, en *Diritto Famiglia*, 1995, pág. 678. La jurisprudencia sostiene que es necesario el requisito de la continuidad de la prestación laboral; aunque a veces se ha reforzado esta hipótesis requiriéndose un ulterior requisito esencial: no solamente una actividad laboral continuada, sino que esta aportación laboral produzca un incremento de la productividad de la empresa. Vid FERRANTE, ALFREDO, «Aportaciones comparativas para la definición jurídica de un instituto: la empresa familiar en Italia», en *Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 23, 2004, pág. 474 y sigs.

(43) Obsérvese que solamente ocurre si el presupuesto de la empresa se cierra en positivo. Nunca podrá definirse un trabajador por cuenta ajena en este caso porque, por ejemplo, si el balance de la empresa es negativo y por lo tanto la empresa tiene deudas frente a terceros, el sujeto no responderá nunca frente a la deuda contraída con su dinero privativo.

(44) Por lo que respecta a la normativa y jurisprudencia italiana anterior a la introducción del artículo 230 bis, cabe mencionar que el trabajo familiar, sobre todo por lo que respecta a los aspectos de la Seguridad Social, ya estaba regulado por el artículo 1 de la Ley 370/34, sobre el «riposo domenicale e settimanale», y por el artículo 2, Lett. A) y b) del *Dpr* 797/55, de 30 de mayo, o sea, del «Testo Unico delle norme concernenti gli assegni familiari»; aquí se excluía el carácter subordinado de determinados familiares que convivían y dependían del empresario. Además el *Decreto Presidenziale* 1403/71, de 31 de diciembre, permite una relación de trabajo doméstico entre parientes, y el artículo 5 del *Decreto Presidenziale* 1668/56, de 30 de diciembre, admite el contrato de aprendizaje del hijo del empresario. Por lo que respecta, la gratuidad de la prestación antes de la entrada en vigor del artículo 230 bis, vid. por ejemplo: Cass. de 18 de mayo de 1971, núm. 1475, en «*Giustizia. civile. massimario*», 1971, fasc. 5, pág. 111; Cass. 29, aprile 1974, núm. 1452, in *Giustizia Civile massimario*. 1974, fasc. 4, pág. 67.

La norma italiana, literalmente, requiere solamente la cogestión de los cónyuges y que la empresa sea creada después del matrimonio. El artículo 177.1.d) del *Codice Civile* no pide en cambio como requisito —al contrario del correspondiente art. 1347.5 CC español— que la empresa sea fundada con dinero común. De tal forma se deja abierta a los cónyuges la posibilidad de crear una sociedad entre ellos valorando si establecer o no una cogestión de la misma (45). En cambio en el Derecho español, la cogestión de la empresa familiar conyugal resulta obligatoria por la normativa civil (cfr. arts. 1347.5, 1.375, 1.323 CC) y laboral (DA 27.^a 1 LGSS), aunque el artículo 1347.5 no lo disponga expresamente. Esto choca con la posible destrucción de la presunción *iuris tantum* establecida en los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS. Por lo tanto, a la luz de la normativa actualmente vigente, se restringen los derechos civiles de contratación entre cónyuges de los artículos 1.323 y 1.275 del Código Civil, y se corre el riesgo de gravar al cónyuge con una mayor carga de la prueba a la hora de destruir la presunción de no laboralidad en la hipótesis de una empresa conyugal de forma individual.

Hoy en día, en el supuesto del artículo 1347.5, el cónyuge podría trabajar «libre y tranquilamente» por cuenta ajena —probando que está desarrollando un trabajo que posea los requisitos propios de ajenidad— exclusivamente en una hipótesis: la prevista por el artículo 1.387 del Código Civil, o sea, todas las veces que uno de los dos cónyuges requiera un tutor o un representante legal. En dicha hipótesis no cabría aplicación del artículo 1.375 y ni tan siquiera la correspondiente gestión conjunta de la empresa, procediendo *ex lege* la exclusiva administración de la empresa al otro cónyuge y, permitiéndose así la eventual contratación del consorte en calidad de trabajador subordinado. También el cónyuge podría ser contratado sin ningún tipo de problema en la hipótesis de una empresa familiar conyugal fundada con dinero exclusivamente privativo o mixto (supuesto art. 1.354). Esto sería posible dado que el dinero no sería ganancial y no se aplicaría la cogestión del mismo con los problemas que plantea. En este caso —según la actual redacción de los arts. 1.3.e) ET y 7.2 LGSS— se estaría ante una evidente disparidad de tratamiento en fase de carga de la prueba a la hora de destruir las presunciones de no laboralidad por parte del cónyuge, según que la empresa sea o no sea constituida enteramente con dinero ganancial. Así la ganancialidad o no de la empresa, es decir, la normativa

(45) Una aclaración importante es que el término «azienda» no corresponde al término «empresa»; el término azienda más bien se refiere al conjunto de bienes que se incluyen en la empresa; desde aquí la razón de la ganancialidad. Este importante aspecto no puede tratarse aquí, pero denota una importante diferencia a la hora de la interpretación paralela entre el artículo 1347.5 del Código Civil y el artículo 177.d) del *Codice Civile*. Quizá el conocimiento de este matiz hubiera evitado mucho contencioso en sede de interpretación de las palabras «empresa» y «establecimientos» del artículo 1347.5.

civil, afectaría de forma indirecta a la normativa laboral y a la esfera jurídica del sujeto.

Permítase que concluya con una frase —un poco «gótica»— que, sin embargo, resume todo lo anteriormente expuesto y defendido. En el momento actual puede verse la empresa familiar española como «un híbrido pez que erra en el mar jurídico que yerra», puesto que el sistema jurídico español no permite delinear con claridad el concepto legal de ésta ni tan siquiera la naturaleza autónoma o subordinada del trabajo efectuado en su contexto.

RESUMEN

GANANCIALES

A la hora de discernir entre bienes privativos y gananciales, el artículo 1347.5 del Código Civil español establece la ganancialidad de las empresas o establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno o ambos cónyuges a expensas de bienes comunes. Esta norma asume una relevancia considerable bajo múltiples perfiles y plantea algunas cuestiones que muestran un desajuste del legislador a la hora de coordinar la normativa civil con la de otros sectores como, por ejemplo, la laboral.

Si la empresa constituida ex artículo 1347.5 es una empresa familiar, esto conlleva el análisis de esta norma frente a la normativa laboral del artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 7.2 y de la Disposición Adicional 27.^a de la Ley General de la Seguridad Social, que establecen una presunción de no laboralidad por cuenta ajena del trabajador, requiriéndose el correspondiente alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de un determinado abanico de familiares, además del cónyuge.

¿Qué relación existe entre estas presunciones y la libertad de estipulación de contratos entre cónyuges del artículo 1.323 del Código Civil, en particular la estipulación de un contrato de trabajo

ABSTRACT

COMMUNITY PROPERTY

To discern between individually owned property and community property, article 1347.5 of the Spanish Civil Code states that enterprises and establishments founded during partnership by either or both spouses at the expenses of the spouses' common assets are community property. This rule takes on considerable significance under a great number of profiles and raises some questions that show civil legislation to be poorly coordinated with legislation in other sectors, such as labour law.

If the enterprise created under article 1347.5 is a family business, it invites analysis of the article 1347.5 as compared to labour legislation, particularly article 1.3 of the Workers' Statute and article 7.2 and Additional Provision 27 of the State Social Security Act, which establish the presumption that the worker is not working as an employee and thus require a certain range of family members, in addition to the spouse, to register as self-employed workers.

What relationship is there between these presumptions and the freedom of stipulation of contracts between spouses given in article 1323 of the Civil Code, particularly the stipulation of a contract for subordinate work? What relationship is there between these presumptions and the joint management of community pro-

subordinado? ¿Qué relación hay entre estas presunciones y la gestión conjunta de los bienes gananciales establecida por el artículo 1.375 del Código Civil?

La ausencia en el Código Civil y en el Código de Comercio de una definición del término «empresa» objetivamente considerado, y la circunstancia de que tampoco existe definición jurídica de «empresa familiar» en el ordenamiento jurídico español, complican la cuestión. Esta investigación quiere destacar algunas de las posibles incongruencias existentes y tiene, al mismo tiempo, el propósito de ofrecer una posible solución jurídica en sede de armonización del Derecho español.

perty established by article 1375 of the Civil Code?

The question is complicated by the absence of an objective definition of the term «enterprise» in the Civil Code and the Code of Commerce and by the fact that there is no legal definition of «family business» in Spanish legislation, either. This investigation endeavours to underline some of the possible incongruities and at the same time seeks to offer a possible legal solution for the harmonisation of Spanish law.

(Trabajo recibido el 12-12-06 y aceptado para su publicación el 19-10-07)

De la fiducia gestión

por

ÍÑIGO MATEO Y VILLA
*Registrador de la Propiedad
Abogado*

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.

1. CONCEPTO DE NEGOCIO FIDUCIARIO.
2. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA FIDUCIARIA EN GENERAL.
3. CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.
4. CLASES DE FIDUCIA GESTIÓN.
5. SIMILITUD DE LA FIDUCIA GESTIÓN CON OTRAS FIGURAS DE NUESTRO ORDENAMIENTO.
6. ¿QUÉ ELEMENTOS FORMAN PARTE DEL NEGOCIO DE FIDUCIA GESTIÓN?:
 - i) ELEMENTOS PERSONALES:
 - a) *¿Quién puede ser fiduciante?*
 - b) *¿Quién puede ser fiduciario?*
 - c) *¿Quién es el beneficiario?*
 - ii) ELEMENTOS REALES:
 - a) *Cuestiones teóricas previas:*
 1. La concepción unitaria de la propiedad dentro de los sistemas continentales y del Derecho español en particular. Evolución de la concepción del negocio fiduciario en nuestro país.
 2. La concepción causalista de nuestro Derecho.
 3. El principio de responsabilidad personal universal del deudor.
 4. Consecuencias prácticas del reconocimiento de un patrimonio separado.
 - b) *Obligaciones de las partes:*
 1. Obligación del fiduciante de transmitir el bien al fiduciario.
 2. Obligación del fiduciario de recibir e inventariar los bienes transmitidos fiduciariamente.

3. Obligación del fiduciario de administrar el patrimonio fiduciario. El problema de la autocontratación.
 4. Obligación del fiduciario de entregar al beneficiario las rentas generadas y los bienes fiduciarios resultantes a la terminación de la fiducia. Contenido y forma del contrato de transmisión de los bienes fiduciarios resultantes.
 5. Vigencia de los derechos constituidos por el fiduciario sobre los bienes fiduciarios una vez concluida la fiducia-gestión.
 6. Régimen de responsabilidad.
 7. Concurso del fiduciante, fiduciario y beneficiario.
 8. Retribución del fiduciario.
- iii) ELEMENTOS FORMALES.
 - iv) ELEMENTOS TEMPORALES.
7. REFLEJO REGISTRAL DE LA FIDUCIA GESTIÓN.
 8. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El mercado busca constantemente el desarrollo de nuevas figuras económicas que le permitan encontrar nichos de negocio. Pero este mismo mercado necesita, obviamente, del amparo legal. No sólo en cuanto a la autorización para materializar una determinada operación económica sino también en cuanto al desarrollo de una regulación específica que más allá de autorizar la operación en sí misma, determine las obligaciones de cada una de las partes con carácter supletorio respecto de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Sólo a través de una regulación rigurosa, casuística, pero lo suficientemente general y flexible, puede darse respuesta a los supuestos que se producen en la realidad.

El objeto de este artículo no es otro que repasar someramente la fiducia gestión —*trust* en su denominación anglosajona— y por la que una persona, denominada fiduciante, desea que otra, denominada fiduciario, administre todo o parte de sus bienes y para lo cual la primera transmite a favor de la segunda la titularidad dominical de estos mismos bienes que serán administrados.

El mercado anglosajón ya ha comprobado el carácter idóneo de esta figura para obtener un beneficio económico. Ahora corresponde a los juristas españoles descubrir y perfilar la forma más adecuada para que la fiducia gestión pueda tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico y dotarla de la mayor seguridad jurídica posible. En cuanto al primero de los objetivos —la adaptación de la fiducia gestión a nuestro ordenamiento jurídico—, es necesario determinar qué problemas genera la naturaleza de la fiducia respecto del carácter causal de nuestro ordenamiento jurídico, la forma de protección de los acreedores y la posibilidad de que una persona sea, a la vez, titular de dos patrimonios —el personal y el fiduciario— sin que exista confusión entre ambos. En este punto es preciso deslindar —si aceptamos que una misma persona puede ser titular

de dos patrimonios a la vez—, qué centro de imputación de beneficios y cargas —y más específicamente de responsabilidad— se puede aplicar a cada uno de los patrimonios citados. En cuanto a la segunda de las cuestiones —la necesidad de dotar de la máxima seguridad jurídica a las operaciones realizadas al amparo de la fiducia gestión—, debe vincularse directamente a los Registros con efectos jurídicos existentes en nuestro ordenamiento y, especialmente, al Registro de la Propiedad. La inscripción en los citados Registros provoca varios efectos: determinar qué bienes forman parte del patrimonio fiduciario, declarar a los acreedores del patrimonio fiduciario sobre qué bienes podrán solicitar anotación preventiva de embargo o qué bienes deben formar parte de la masa activa en caso de concurso, declarar a estos mismos acreedores qué bienes forman parte del patrimonio personal del fiduciario y por tanto no responden de las deudas de la administración del mismo patrimonio fiduciario y, por último, y sin perjuicio de otros efectos que veremos, hacer saber a la Agencia Tributaria correspondiente sobre qué bienes debe hacerse la tributación y en qué concepto.

Si bien trabajos anteriores se han centrado en cuestiones previas como la admisibilidad o no de una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario basada en la administración de un bien o en la posibilidad o no de constituir diversos patrimonios plenamente independientes bajo un mismo titular y con diferentes centros de imputación de responsabilidad, este trabajo pretende —sin perjuicio de que también nos refiramos a estos temas— atender a otras cuestiones: aceptando como premisas la posibilidad de transmitir dominicalmente un bien a los efectos de que sea administrado —tomando como base la que denominaremos como *causa fiduciae* y modulada respecto de su concepción jurisprudencial y doctrinal— y que una misma persona pueda ser titular de dos o más patrimonios absolutamente independientes entre sí, perfilaremos cómo, a nuestro entender, debe desarrollarse esta figura y cuáles son los elementos en que debe centrarse la legislación al respecto (1).

1. CONCEPTO DE NEGOCIO FIDUCIARIO

La fiducia es aquel negocio por el que una de las partes —el fiduciante— transmite un bien o derecho a la otra —el fiduciario— para que este último

(1) En cuanto a la necesidad de establecer un régimen jurídico único en materia de fiducia gestión, se pronuncia la Exposición de Motivos del Convenio de La Haya, Convenio de 1 de julio de 1985 (en adelante, el Convenio de La Haya), relativo a la legislación aplicable al *trust* y a su reconocimiento y que señala que «*desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with the most important issues concerning the recognition of trusts, [the States signatory of the present Convention] have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions...*».

lo emplee en la realización de un fin convenido por ambas partes y acordando que, una vez cumplido dicho fin, el fiduciario retransmitirá el bien en favor del beneficiario que podrá ser el mismo fiduciante o un tercero. El negocio fiduciario tiene su origen en el convencimiento —fe, según señala la DOCTRINA históricamente— por parte del fiduciante de que el fiduciario empleará el bien transmitido en la realización del fin acordado (2) y de que se lo devolverá al término de éste. Esta definición irá siendo matizada a lo largo del presente trabajo en tanto que nos refiramos a la fiducia gestión (3), a la fiducia de garantía o a la fiducia sucesoria (4).

(2) JORDANO BAREA define la figura como «transmisión de la propiedad, limitada por la presencia de un vínculo meramente obligatorio —pacto fiduciario— que constrñe al fiduciario a hacer uso de su titularidad para el fin propuesto y a retransmitirla al fiduciante una vez alcanzado dicho fin» («Dictamen sobre la recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en *ADC*, 1966, pág. 625); CÁMARA LAPUENTE señala —citando la SSTS de 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998— que este negocio consiste en «la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza a favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista» («Operaciones fiduciarias o trust en el Derecho español», en *RCDI*, núm. 654, págs. 1757-1865, 1999, pág. 1763).

(3) En el presente trabajo emplearemos preferentemente el término de fiducia gestión con carácter general. Teniendo en cuenta la clasificación de la fiducia gestión, que, como veremos, puede ser de gestión y de inversión, cuando nos refiramos a la primera lo señalaremos expresamente. En caso contrario, por fiducia gestión debe entenderse la figura en sentido general y no referida expresamente a la fiducia gestión de, valga la redundancia en este caso por imprescindible, gestión. Dentro del concepto de fiducia gestión debemos englobar el de *trust* continental previsto en el Convenio de La Haya. Esto no obstante, la noción de *trust* anglo-americano no coincide exactamente con el de *trust* continental y las diferencias teóricas existentes entre el sistema de *Civil Law* y el del *Common Law* hacen inaplicable en España el *trust* anglo-americano. Las diferencias entre ambas figuras pueden resumirse —siguiendo a CÁMARA LAPUENTE— en las siguientes: a) tutela de los intereses de las partes: derivado del desdoblamiento de la propiedad existente en el *Common Law*, se establece una posición fuerte para el fiduciante que no se produce en los sistemas del *Civil Law*; b) forma de constitución: el *Common Law* permite la constitución tanto unilateral como bilateral del *trust*, mientras que en el sistema continental se entiende el *trust* como un acto negocial que impide su constitución unilateral; c) diferente función del *trust*: el sistema del *Common Law* permite una aplicación mucho más amplia del *trust* que en el caso del *Civil Law*; d) distinto tratamiento de los conflictos con terceros: esta consecuencia deriva de la posición sólida del constituyente —el fiduciante— en el caso del *trust* anglosajón frente a los regímenes continentales donde la diferencia entre derechos personales o de crédito y derechos reales hacen que el fiduciante, una vez transmitida la propiedad de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario, no ostente ninguna suerte de derecho real sobre dichos bienes; e) las funciones del tribunal asignadas por cada sistema para el caso de conflicto: el régimen anglosajón, mucho más acostumbrado a la figura del *trust*, permite una mayor flexibilidad en cuanto a las facultades de los jueces para la toma de decisiones respecto de los eventuales conflictos que puedan surgir entre fiduciante, fiduciario y beneficiario (cfr., *op. cit.*, pág. 1763 y sigs.).

(4) Nótese que en esta primera definición no hemos hecho referencia a: i) cuál es la posición jurídica del fiduciario, esto es, si lo que adquiere el fiduciario es la propiedad del

De lo anterior resulta que: un sujeto (A) transmite a otro (B) un bien con el objeto de que este último (B) lo dedique al fin previsto y no a otro distinto. Una vez cumplida la finalidad convenida, el fiduciario (B) procederá a transmitir dicho bien al fiduciante (A) o, en su caso, a un tercero (C) —denominado beneficiario— en los términos convenidos por A y B (5). La razón principal que impulsa la primera transmisión es, generalmente, la gestión o administración de un bien o su empleo como garantía de un préstamo anterior, y la segunda de las transmisiones tiene como razón la conclusión de la finalidad convenida por las partes.

Por tanto, los elementos aceptados generalmente como fundamentales del negocio fiduciario son:

- i) *La fe del transmitente en el adquirente.* En su virtud, el fiduciante confía en que el fiduciario realizará con el bien el fin acordado por las partes procediendo posteriormente a su devolución. Los negocios fiduciarios son esencialmente contratos de fe, en el sentido de que el negocio que las partes llevan a cabo nace de la confianza mutua que los contratantes se tienen o, más concretamente, por la confianza que el adquirente-fiduciario genera en la persona del transmitente-fiduciante. Es, por tanto, un contrato *intuitu personae*, es decir, celebrado con una persona por la confianza que esta misma inspira en el otro contratante dadas las características —profesionales, familiares o de otra índole— del primero de los contratantes (6). Esta fe o confianza consiste en que el fiduciante cree que el fiduciario destinará el bien o derecho transmitido al fin propuesto y que posteriormente se lo entregará a la persona del beneficiario. De ello resulta que la fe caracteriza a la fiducia dándole nombre y diferenciándola frente a otro tipo de contratos. No obstante, enten-

bien transmitido, sólo su posesión o un mero mandato, y ii) la naturaleza específica de la causa del negocio jurídico. Dichos puntos se desarrollarán más abajo y constituyen, en nuestra opinión, las cuestiones teóricas capitales para resolver la posibilidad de existencia de la fiducia gestión en nuestro ordenamiento jurídico.

(5) En cuyo caso nos encontraríamos eventualmente ante una estipulación en favor de tercero del artículo 1.257.2 del Código Civil.

(6) No obstante, debemos señalar que pese a la posibilidad de que cualquier persona se constituya en fiduciaria-gestora de un patrimonio fiduciario, entendemos que, generalmente el fiduciario será una persona física o jurídica dedicada profesionalmente a la gestión de patrimonios ajenos, es decir, que se dará un carácter marcadamente especializado y profesionalizado de esta figura. Esto no obsta para que, sin perjuicio de lo que determine la norma legal que eventualmente regulara esta figura jurídica en nuestro país, cualquier persona que reúna los requisitos generales de capacidad a que se refiere el artículo 322 del Código Civil pueda desempeñar esta tarea, lo que se entiende siempre sin perjuicio de las obligaciones fiscales diferenciadas para personas físicas y jurídicas. En cuanto a las obligaciones fiscales que debe cumplir el fiduciario, fiduciante y beneficiario, nos referiremos a ellas más abajo.

demos que hoy en día debe superarse tal caracterización del negocio fiduciario por el elemento de la fe, ya que esta misma fe no puede separarse del concepto de buena fe que propugna nuestro Código Civil (7). Si bien es cierto que inicialmente se hizo referencia a la buena fe ante la falta de medios legales frente a eventuales abusos del fiduciario, no es menos cierto que la existencia de sistemas de seguridad jurídica actualmente como es el caso del Registro de la Propiedad hacen que ésta, la fe, no sea, en nuestra opinión, un elemento explicativo ni especificativo.

- ii) *El uso de un medio aparentemente desproporcionado al fin jurídico que se desea lograr.* Sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante, los negocios fiduciarios se caracterizan porque las partes emplean un negocio jurídico para una finalidad distinta de aquélla prevista por el ordenamiento. El negocio jurídico empleado supera ampliamente las expectativas o previsiones del mismo sistema legal. Así, en la fiducia de garantía, las partes, en vez de constituir una suerte de derecho personal o real de garantía que asegure el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor y manteniendo a la vez la titularidad dominical de éste sobre el objeto que sirve de garantía —la finca hipotecada, por ejemplo—, optan por transmitir la propiedad a favor del prestamista-fiduciario para que éste se asegure el cumplimiento de la obligación principal (8). Por tanto, emplean el negocio de la compraventa que produce, por ende, la transmisión dominical de un bien, frente a los derechos reales típicos de garantía que mantienen la titularidad dominical del bien o bienes que sirven de garantía en la persona del deudor (9), limitándose el negocio a garantizar la deuda.

(7) Véase, en este sentido, en materia del libro IV del Código Civil, el artículo 1.107 —de los daños y perjuicios de que debe responder el deudor—, artículo 1.164 —del pago al poseedor del crédito—, artículo 1.258 —de las consecuencias del incumplimiento del contrato—, artículo 1.473 —de la compraventa—, artículos 1.529 y 1.530 —de los efectos en venta o cesión de créditos—, artículo 1.540 —de los derechos de un tercero en pérdida por evicción de una cosa permutada—, artículo 1.688 —de las obligaciones contraídas por uno de los socios en el cumplimiento de los fines sociales—, artículo 1.705 —de la renuncia del socio y de la disolución de la sociedad—, artículo 1.738 —del mandato—, artículo 1.778 —de la venta por el heredero del depositario del mismo depósito—, artículos 1.897 y 1.898 —del cobro de lo indebido—, artículo 1.940 —como requisito para la prescripción ordinaria—, artículos 1.950 y 1.951 —de la buena fe en la prescripción— y artículo 1.959 —de la prescripción del dominio y de los derechos reales—.

(8) Como es lógico, y sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante en relación con el artículo 1.859 del Código Civil, no entramos en este trabajo a debatir si en la *fiducia cum creditore* se produce o no una verdadera transmisión del dominio. En todo caso, remitimos a lo dicho en la nota 4.

(9) Respecto del mantenimiento de la titularidad dominical por parte del deudor en el caso de la prenda, hipoteca y anticresis, téngase en cuenta, dentro del Derecho Común,

- iii) *La transmisión de un bien o derecho.* En cuanto a la transmisión del bien o derecho, se plantean serias dudas sobre si efectivamente nos encontramos ante una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario o ante una suerte de transmisión no plena o de carácter condicionado. A lo largo del presente trabajo trataremos de esbozar: *a)* si existe una efectiva transmisión dominical entre fiduciante y fiduciario, *b)* si existiendo efectivamente dicha transmisión dominical ésta es plena o limitada, *c)* cuál es el contenido de las facultades de cada una de las partes contratantes derivado de dicha transmisión, *d)* cómo se produce dicha transmisión y, por último, *e)* cómo se hace contar registralmente la eventual transmisión dominical fiduciaria del bien.
- iv) *El destino del bien o derecho transmitido al fin convenido por las partes.* En cuanto a la realización del fin propuesto por las partes, éstas, como es lógico, deben cumplir lo convenido en el contrato, esto es: transmitir el fiduciante al fiduciario la propiedad de un bien o derecho, destinar el fiduciario el objeto a la finalidad pactada (garantía o administración) y una vez realizado el fin propuesto por las partes, el fiduciario debe transmitir al beneficiario el bien fiduciario y, en su caso, las rentas generadas. Pero ¿cuál es el conjunto de facultades de que dispone el fiduciario para la realización de dicho fin, especialmente en el caso de fiducia gestión? o, lo que es lo mismo y de forma más práctica: ¿administrar implica enajenar dentro del negocio fiduciario? En este artículo nos centraremos en los límites de actuación de cada una de las partes: las facultades de enajenación y administración que eventualmente corresponden al fiduciario y las facultades de control del cumplimiento del contrato por parte del fiduciante y, en su caso, del beneficiario si es que dichas facultades existen.
- v) *La devolución del bien una vez cumplida la finalidad pactada* (10). Una vez cumplida la finalidad de garantía o la administración con-

el artículo 1.859 del Código Civil, sin perjuicio de lo dicho en la nota 8 y de lo que diremos respecto del pacto comisorio como prohibición de la transmisión del dominio, en favor del acreedor de la garantía dentro del mismo Derecho Común.

(10) La mayor parte de la DOCTRINA ha añadido, como característica del negocio fiduciario, la existencia de una titularidad aparente que no corresponde con la real lo que, según algunos autores, no implica *per se* que el negocio sea simulado ni absolutamente —dado que no carece en absoluto de causa— ni relativamente —dado que las partes no expresan una causa falsa—. Se trataría más bien —según esta misma opinión— de un negocio indirecto, ya que las partes utilizan un negocio para una finalidad contractual distinta de aquella prevista por el propio ordenamiento jurídico, y no fraudulento (GÓMEZ GÁLLIGO, «Titularidades fiduciarias», en AC, núm. 33, 14-20 de septiembre de 1992, págs. 533-557, 1992, págs. 534 y 535).

venida, el fiduciario debe transmitir el bien fiduciario —o aquél que lo sustituya por subrogación real— al beneficiario —que puede coincidir en la persona del fiduciante o de un tercero en cuyo caso nos encontraríamos con una estipulación a favor de tercero—. Siguiendo la argumentación que señalábamos más arriba y por la que parte de la DOCTRINA entendía que el fiduciante no transmitía una verdadera titularidad dominical al fiduciario, estos mismos autores entienden que nada debe transmitir el fiduciario al beneficiario —el mismo fiduciante o un tercero como acabamos de ver—, dado que el dominio del bien nunca salió del poder del fiduciante al no haber existido una verdadera transmisión dominical. No obstante, la DOCTRINA que entiende que efectivamente existió una transmisión dominical del bien, señala como elemento fundamental para la conclusión del negocio la salida del bien fiduciario del patrimonio fiduciario y su entrada en el patrimonio del fiduciante o beneficiario. En este ámbito se plantean otros problemas añadidos como: a) *quid* en caso de que el fiduciario transmitiera a un tercero el bien incumpliendo su obligación de restituir en favor del fiduciante, y b) cuándo debe considerarse cumplida la finalidad convenida que determinará la obligación del fiduciario de entregar el bien al beneficiario.

2. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA FIDUCIARIA EN GENERAL

Dentro del Derecho romano, la fiducia tenía una frecuente aplicación en tiempos de CÍCERÓN, constituyéndose como un contrato formal por el que el titular de un bien —denominado fiduciante— transmite la propiedad del mismo a una segunda persona —denominada fiduciario—. Realizada la transmisión, el fiduciario se obliga a restituir dicho bien al fiduciante una vez que se realizó el fin para el cual fue transmitido. Dicha restitución podía hacerse a la misma persona del fiduciante o de un tercero.

De la transmisión —que no del contrato (11)— nace una *actio fiduciae* que es el prototipo de las acciones de buena fe y a las cuales sirve de base. Esta *actio fiduciae* era una de las acciones *in ius* de carácter infamante (12), en cuya fórmula se ordena al Juez que compruebe si el demandado ha observado en la conservación y restitución de la cosa una conducta que «entre

(11) D'ORS PÉREZ-PEIX, *Derecho Privado Romano*, novena edición revisada, Euns, 1997, pág. 527 y sigs.

(12) GAYO, 4.182.

personas honestas conviene justamente observar y sin defraudación» (13). Por el contrato mismo de fiducia se establecía la obligación de restituir pero no se determinaba cómo ni cuando debía realizarse dicha restitución salvo que resultara de pacto especial de las partes al constituir el negocio que a su vez servía para determinar el objeto de la fiducia —que en el caso del derecho romano, y como veremos, era de garantía o de administración—. Mediante el ejercicio de la *actio fiduciae* se producía dicha determinación en defecto de las partes y actuando, por tanto, como norma supletoria.

En el Derecho romano se tiene en cuenta el elemento de la fe como base del mismo contrato, resaltando la misma en los diferentes textos legales como en la *Fórmula Bética* y al que se hace referencia como *fidei fiduciae causa* (14). Sin embargo, esta figura desaparecerá en la época post clásica, siendo incluso olvidada por GAYO y sustituida, a su vez, por otras formas de garantía, como el *pignus*, al cual se refiere JUSTINIANO (15).

En la fiducia romana se transmite la propiedad para garantizar un crédito. Una vez se extingue la obligación garantizada, el acreedor fiduciario debe restituir la cosa, lo que limita la facultad de este último de disponer del bien como verdadero propietario. Era usual pactar que si el día señalado para el pago de la deuda principal el fiduciante no hacía frente a la deuda, éste sólo podía reclamar el excedente —denominado *superfluum*— (16) del precio obtenido por la venta de la cosa denominado.

En la construcción de la fiducia por parte del Derecho romano se plantea uno de los problemas básicos que han llegado a nuestros días: ¿qué consecuencias jurídicas produce respecto del fiduciante y de terceros el uso indebido del bien transmitido por parte del fiduciario? Esto es: si habiendo transmitido el fiduciante al fiduciario un bien o derecho —para, por ejemplo, ser transmitido a un tercero—, sin embargo el fiduciario lo transmitiera a una persona distinta incumpliendo por tanto el fin para el cual recibió dicho bien (17).

(13) GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado romano*. Edición abreviada, Ediciones Académicas, 1993, pág. 386.

(14) D'ORS PÉREZ-PEIX, *op. cit.*, pág. 527.

(15) D'ORS PÉREZ-PEIX, *op. cit.*, pág. 528.

(16) Cfr. GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, pág. 386, y D'ORS PÉREZ-PEIX, *op. cit.*, págs. 528 y 529.

(17) Es precisamente la seguridad jurídica de la operación de fiducia gestión uno de los ejes centrales del presente trabajo. Así como en el Derecho romano el vínculo meramente obligacional entre fiduciante y fiduciario no protegía a aquél de posibles violaciones del pacto fiduciario por parte del mismo fiduciario, en el Derecho germánico se lograba la seguridad concediendo al acuerdo entre fiduciante y fiduciario un carácter real. Esto no obstaba para que, en caso de que el tercero adquiriera el bien fiduciario por enajenación ilícita del fiduciario, aquel tercero adquirente de buena fe pudiera convertirse en titular por prescripción. Nosotros, como se verá a lo largo del presente trabajo, pretendemos que la fiducia gestión se mueva en torno a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio fiduciario. Mediante la con-

En la fiducia germana el fiduciario adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de forma tal que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, produciendo *ipse iure* el retorno de la cosa al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio del tercer adquirente.

A diferencia de la fiducia romana en la que el poder de abuso del fiduciario está limitado imperfectamente por el vínculo obligacional negativo, en la fiducia germánica no existe posibilidad para el fiduciario de consumir el abuso, debido al remedio legal (18). De esta manera, nos encontramos con que el Derecho alemán da una vinculación de carácter real al pacto fiduciario, sujetando directa e inmediatamente el bien al cumplimiento del fin para el cual fue transmitido frente al carácter meramente obligacional del Derecho romano (19).

Hasta aquí hemos hecho referencia constantemente al régimen relativo a la fiducia con finalidad de garantía —también denominada fiducia *cum creditore*—. Ahora nos ocuparemos brevemente de la fiducia *cum amico* o con finalidad de gestión.

¿Cuál era la finalidad de la *fiducia cum amico*? Como señala GARCÍA GARRIDO, la *fiducia cum amico* se dirigía a cuestiones de carácter fiscal y de oscuridad respecto de la verdadera titularidad de los bienes que, sin embargo, se logró posteriormente a través de otro tipo de contratos como el de depósito, comodato o mandato (20).

En España, esta figura era aplicada en situaciones críticas de embargo o confiscación. Numerosas instituciones religiosas la emplearon para evitar las leyes confiscatorias que contra sus bienes se aprobaron durante la Segunda República española. La figura operaba de la siguiente manera: las instituciones religiosas enajenaban el bien a un particular de su plena confianza y que por las características de éste no era potencialmente susceptible de sufrir una confiscación por el gobierno republicano (21). Esta transmisión no era de carácter pleno sino limitado temporalmente hasta que la situación política fuera tal que no existiera ningún peligro por parte del fiduciante para mantener la titularidad

figuración de un sistema de inventario e inscripción en los Registros con eficacia jurídica de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario se logra el conocimiento por parte de los terceros de la naturaleza fiduciaria del bien (y, por tanto, de la existencia de la fiducia), de la existencia e identificación del beneficiario, del plazo de duración de la misma fiducia y de los bienes que en caso de concurso podrán formar el inventario.

(18) Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1770.

(19) Sobre el carácter meramente obligacional de la fiducia romana y del ejercicio de la *actio fiduciae*, téngase en cuenta D'ORS, *op. cit.*, pág. 526.

(20) Cfr. GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, pág. 386. Téngase en cuenta que numerosos autores estudian la similitud de la figura de la fiducia de administración con dichos contratos como, por ejemplo, ARESPOCHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, 2000, pág. 118 y sigs.

(21) En este mismo sentido, aunque referido de forma genérica a la fiducia *cum amico*, Boezio, ad. Cic. Top 10 citado por GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, pág. 386.

de dichos bienes. Una vez finalizada la Guerra Civil española, las instituciones religiosas, es decir, el sujeto fiduciante, reclamaban las propiedades a las personas que aparecían como titulares de dichos bienes amparándose en el argumento jurídico de que dicha transmisión era de naturaleza limitada.

En cuanto al reflejo registral del carácter fiduciario de las transmisiones del fiduciante al fiduciario, es preciso señalar que, por motivos lógicos, no se producía. Por tanto, al no hacerse constar en el Registro de la Propiedad la verdadera naturaleza del negocio realizado —que se escondía bajo la forma de una transmisión dominical sin condiciones—, los fiduciarios pudieron enajenar a terceros, quedando estos últimos amparados por el principio de la fe pública registral, por lo que el fiduciante resultaba perjudicado al perder sus propiedades.

Otra de las situaciones en que se aplicó la fiducia *cum amico* fue aquélla en la que se producía la ausencia de una persona por un periodo prolongado de tiempo y cuya vuelta era dudosa como, por ejemplo, el caso de los soldados que partían a las Cruzadas dejando la totalidad de sus bienes a una persona de su entera confianza (aquí vemos claramente cómo juega el principio de la fe o el carácter esencialmente *intuitu personae* de este contrato) para que, en caso de que aquél no volviera, transmitiera dichos bienes a los hijos u otras personas que deseara el fiduciante (22).

En estas coordenadas se plantea en España el problema de la configuración de la fiducia, especialmente la de garantía. Partiendo de criterios de justicia material se buscó, desde la jurisprudencia, evitar perjudicar al fiduciante en el caso de que el fiduciario enajenara a un tercero el bien fiduciario, incumpliendo de esta manera la finalidad fiduciaria. En esta misma línea, pero quizá con un carácter más teórico que práctico, la DOCTRINA negó la posibilidad de llegar a una suerte de acuerdo en la utilización de la figura para evitar el perjuicio del fiduciante y dotarle de las máximas garantías. La oposición de la DOCTRINA se basó históricamente en negar la existencia de una verdadera transmisión del fiduciante al fiduciario bajo la idea de que la causa de garantía no alcanzaba la transmisión dominical del bien, lo que se argumentaba mediante el artículo 1.859 del Código Civil y del que hablaremos más adelante.

En lo tocante al Derecho español, debemos señalar que el uso de la fiducia con fines de administración ha tenido poco éxito (23) frente al Derecho anglosajón donde su uso es constante (24). No obstante, no podemos

(22) Cfr. ARESPACOHAGA, *op. cit.*, págs. 30 y 31.

(23) Sin perjuicio de la existencia de una serie de figuras jurídicas que, sin constituir transmisiones fiduciarias de la propiedad, se asimilan notablemente a la fiducia de administración por cuanto que obtiene iguales o similares resultados. Cfr. ARESPACOHAGA, *op. cit.*, págs. 118 y sigs.

(24) No podemos olvidar, en este sentido, las sustituciones fideicomisarias en materia de sucesiones de los artículos 781 y sigs. del Código Civil.

olvidar la fiducia con fin de administración (y casi siempre de transmisión) existente en el Derecho Foral español y a la que nos hemos referido anteriormente. Tampoco podemos olvidar que cierto sector de la DOCTRINA ha señalado la posibilidad de configurar sistemas similares a los del *trust*, partiendo de las instituciones ya existentes en nuestro ordenamiento (25). Además, en determinados territorios de España existen instituciones que siguen el mismo espíritu, con reservas, del *trust* anglosajón (26).

Ante la falta de regulación legal específica sobre esta figura ha sido la DOCTRINA, por una parte, y la jurisprudencia, por otra, los que han configurado —con límites poco nítidos pero audaces en muchos casos— la fiducia gestión en nuestro Derecho (27). Esto no obstante, hemos de señalar la notable inseguridad jurídica existente en el caso de que un particular quisiera realizar este tipo de negocio en nuestro país, por lo que el objeto del presente trabajo es proponer una forma, lo más sencilla posible, de configurar —siempre a partir de nuestras instituciones jurídicas— un verdadero *trust*, eliminando las discordancias con el régimen anglosajón, pero que respete su espíritu y manteniendo principalmente: i) la posibilidad de que la administración sí sea causa suficiente para la transmisión dominical de un bien, y ii) la exclusión de responsabilidad del patrimonio fiduciario por deudas personales del fiduciario y del patrimonio personal del fiduciario por deudas del patrimonio fiduciario (28).

(25) Nuestro sistema jurídico dispone de una serie de instituciones propias que podrían ser utilizadas como vehículo de introducción del *trust*, tales como el mandato —arts. 1.709 y sigs. del Código Civil—, el contrato en beneficio de tercero, la donación —arts. 618 y sigs.—, el albacea —arts. 892 y sigs.— y la sustitución fideicomisaria —arts. 781 y sigs.—.

(26) Ley 163 del Fuero Nuevo de Navarra —Ley Foral 5/1987— relativa a la *donación fiduciaria* y que señala que «cuando el donante imponga al donatario una carga que requiera un cumplimiento continuado o periódico, podrá asegurar la ejecución de la donación fiduciaria nombrando sucesivos donatarios de confianza. A estas donaciones se aplicará lo dispuesto en la Ley 292 [relativa la fiducia continuada]».

(27) No podemos olvidar, en todo caso, la propuesta de regulación de los patrimonios fiduciarios hecha en los Trabajos Preparatorios del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales realizados por el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, Sección de Derecho Patrimonial, y en la que bajo el epígrafe de *Patrimonios Fiduciarios* define a esta figura como «...un acto de afectación de bienes y derechos a una finalidad, que puede consistir en el beneficio de personas determinadas o indeterminables. Puede tener carácter negociable o judicial como para garantizar el cumplimiento del pago de la pensión compensatoria y el derecho de alimentos entre parientes» (traducción del autor). (*Treballs Preparatoris del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya*. «Els Drets reals». Observatori de Dret Privat de Catalunya, Secció de Dret Patrimonial, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, 2003, pág. 33 y sigs.).

(28) En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1765.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

La finalidad que debe cumplir el bien transmitido fiduciariamente determinará la clase de fiducia ante las que nos encontremos y, así:

- i) *Fiducia para transmitir a un tercer sujeto.* Nos encontramos ante la denominada sustitución fideicomisaria y que, a su vez, puede ser *inter vivos* o por causa de muerte (en este último caso denominada fiducia sucesoria). Este es el supuesto en que el fiduciante (A) transmite al fiduciario (B) un bien para que éste, pasado un tiempo o cumplida una determinada condición, transmita nuevamente el mismo bien a una tercera persona (C) llamada fideicomisario. Esta institución tiene por objeto mantener determinados bienes —especialmente los denominados raíces— dentro del patrimonio familiar obligando al fiduciario (que es verdadero heredero del causante) a transmitir a una tercera persona (generalmente de la misma familia y heredero del primer heredero) dicho bien. A esta fiducia sucesoria se refieren los diversos ordenamientos jurídicos civiles españoles (29) dándoles, en el caso de los derechos forales, una gran amplitud de acuerdo con la tradición histórica jurídica de dichos territorios.
- ii) *Fiducia para garantizar o fiducia cum creditore.* En este caso debemos entender la fiducia como parte de un negocio más complejo. El primer negocio consiste en un préstamo que un sujeto (A) hace a otro (B). Posteriormente B, para asegurar a A la restitución del dinero del crédito, procede a transmitirle en propiedad un bien —generalmente inmueble— con la condición de que, una vez satisfecho el principal del préstamo con los eventuales intereses, A proceda a la retransmisión del bien a favor de B. En caso de que B no satisficiera el precio del préstamo en el plazo pactado, A se cobraría dicho precio, ora con el precio de la finca mediante su enajenación, ora con la finca misma reteniéndola en comiso. El negocio jurídico tiene, por tanto, una finalidad de aseguramiento: la enajenación del fiduciante al fiduciario sirve para garantizar un crédito de éste contra aquél o contra un tercero —en el caso del art. 1.857 *in fine* del Código Civil— de modo que el fiduciario queda obligado a retrans-

(29) Artículos 744 y sigs. del Código Civil —de la sustitución—, artículos 271 y sigs. de la Ley 40/1991 de Cataluña, y artículos 124 y sigs. de la Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte de Aragón —de la fiducia sucesoria— entre otros. Nótese que en los Derechos Civiles Forales existe una gran amplitud de instituciones fiduciarias, no sólo de aquéllas cuyo objeto es transmitir a un heredero para que a su vez administre y transmita a otro heredero, sino que también se contempla la figura del sujeto que sin ser heredero es nombrado por el causante para que transmita a terceros la herencia.

mitir el bien adquirido fiduciariamente una vez que se haya saldado la deuda (30), sin perjuicio de lo dicho respecto del comiso.

- iii) *Fiducia para administrar, fiducia cum amico o trust*. Sin perjuicio de las diferencias existentes entre la *fiducia cum amico* y el *trust*, ahora los englobaremos bajo un solo concepto. En este caso, nos encontramos ante un negocio jurídico en cuya virtud una persona transmite un patrimonio a otra para que esta última lo administre, entendiendo el término «administrar» en el sentido más amplio posible e incluyendo la posible enajenación de los bienes adquiridos fiduciariamente por el fiduciario, siempre dentro de los términos convenidos por las partes, para hacer aumentar el valor de dicho patrimonio. Concluido el plazo o cumplida la condición, el fiduciario transmitirá los bienes —o los que los sustituyan por subrogación real— a favor del beneficiario (31). Es, en definitiva, aquel supuesto en el que el fiduciante se obliga a transmitir el dominio de un bien o derecho al fiduciario para que éste realice la administración del mismo, ora conservándolo, ora obteniendo del mismo la mayor cantidad de beneficios económicos posibles mediante su administración y/o enajenación pero, en todo caso, actuando como verdadero titular dominical del bien (32).

El Convenio de La Haya, en su artículo 2 párrafo primero, define el *trust* como «*legal relationships created —inter vivos or on death— by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose*». Por tanto, esta definición determina un posible doble objeto de la fiducia gestión: el interés del beneficiario o una finalidad determinada.

(30) Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO ECHEVERRÍA, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, 1998, pág. 105.

(31) Esta definición que acabamos de dar contrasta con la que podríamos predicar del Derecho anglosajón y que sería: «*negocio jurídico en virtud del cual una persona deja de ser el propietario de un bien objeto de administración, transfiriendo la titularidad nominal a otra y la titularidad real a una tercera persona beneficiaria*» (ARESPACOCCHAGA, *op. cit.*, pág. 32); está claro que dentro del Derecho anglosajón, y sin perjuicio de lo que diremos más abajo, puede hacerse referencia al fundamental desdoblamiento de la propiedad o a los derechos que el beneficiario, sea o no el fiduciante, ostenta sobre el patrimonio fiduciario. Estas circunstancias no pueden predicarse de nuestro ordenamiento jurídico donde no existe un concepto de propiedad desdoblada y donde ningún titular ostenta derechos reales sobre una cosa sin que haya existido previa *traditio* (cfr. arts. 609 y 1.095 del Código Civil).

(32) La STS 2/12/1996 lo define como el negocio consistente «*en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa el derecho adquirido mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiese cumplido la finalidad prevista*».

En cuanto a las características de la *fiducia cum amico*, seguimos lo expresado en la misma Convención de La Haya que indica que: «*a trust has the following characteristics: a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ, or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the especial ruties imponed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the Fac. the trustess may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existente of a trust*» (33). Ello implica, en definitiva, que se constituye un patrimonio separado bajo la titularidad del fiduciario, pero que no por ello constituye parte de su patrimonio personal, sino del fiduciario, que los activos están, por tanto, a nombre y bajo el control del fiduciario y que éste es el responsable de la administración y, en su caso, enajenación de los bienes que forman el patrimonio fiduciario al objeto de la realización del fin para el que se constituyó dicho patrimonio fiduciario.

Llegados a este punto debemos estudiar brevemente las diferencias existentes entre la *fiducia cum amico* y *cum creditore*:

- i) *Finalidad*: mientras la *fiducia cum amico* se constituye como una forma de administración de bienes ajenos, en la *fiducia cum creditore* el vínculo se sustancia, no en una administración, sino en la garantía de una obligación preexistente entre las mismas partes o con un tercero.
- ii) *Dependencia*: si bien en la *fiducia cum amico* existe una relación de comitente y comisario por la que el fiduciario se encuentra sujeto a las normas que sobre administración le dé el fiduciante, en la *fiducia cum creditore*, la relación no es de jerarquía sino de garantía, por lo que el fiduciario no se encuentra sometido a las órdenes del fiduciante, sino que simplemente debe conservar el bien con la diligencia propia de un buen padre de familia.

4. CLASES DE FIDUCIA GESTIÓN

- i) De acuerdo con su origen, la fiducia gestión puede ser *convencional*, *legal* (34) o *judicial*. La convencional puede ser, a su vez,

(33) Artículo 2 del Convenio de La Haya.

(34) En cuanto a la aplicabilidad del Convenio de La Haya al *trust* constituido judicialmente, señala el mismo Convenio en su artículo 20 que «*any Contracting State may, at any time, declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts*

unilateral (35) —el fiduciario únicamente puede aceptar o rechazar las condiciones impuestas por el fiduciante pero sin posibilidad de negociarlas— o bilateral. La judicial es la impuesta por el Juez para asegurar el cumplimiento de determinados fines económicos como, por ejemplo, las prestaciones económicas a favor de los hijos o discapacitados, la prestación de alimentos entre parientes, las pensiones compensatorias del artículo 97 del Código Civil, etc. (36). Puede plantearse la posibilidad de que la fiducia judicial sea aceptable únicamente en aquellos casos en que la ley expresamente lo establezca (37), si bien entendemos que, dada la gran flexibilidad de esta figura, debe ser el Juez quien determine en qué casos se realizará la administración de un patrimonio a través de un régimen fiduciario y sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico excluya expresamente ciertos supuestos de administración de patrimonios a través de la fiducia. De esta manera se amplían las facultades judiciales para resolver los conflictos prácticos que se le presentan y que no pueden ser íntegramente previs-

declared by judicial decisions. This declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and will come into effect on the day when this notification is received. Article 31 is applicable to the withdrawal of this declaration in the same way as it applies to a denunciation of the Convention».

(35) Un supuesto de fiducia unilateral sería el de los patrimonios que conforman una donación del fiduciante al beneficiario y en las que el donante-fiduciante establece reglas determinadas sobre la forma de administración de dicho patrimonio hasta que la titularidad dominical de los mismos bienes donados sea entregada al donatario. Otro supuesto sería que el testador estableciera formas determinadas y precisas sobre cómo administrar, a través de la fiducia gestión, el caudal hereditario. En este caso, nos acercaríamos mucho a la figura del albacea, si bien en la fiducia-gestión se convierte el fiduciario en titular dominical de los bienes frente al albacea que en nuestro derecho es un mero ejecutor.

(36) En este sentido, téngase en cuenta lo dicho más arriba respecto del régimen propuesto por el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña para los patrimonios fiduciarios y que señala que la fiducia «*puede tener un carácter negocial o judicial como para garantizar el cumplimiento del pago de la pensión compensatoria y el derecho de alimentos entre parientes*» (traducción del autor). Esta propuesta de regulación no reconoce la posibilidad de constituir patrimonios fiduciarios con carácter legal, si bien esta posibilidad puede resultar de interpretar que la autoridad judicial constituye el patrimonio fiduciario dentro del marco de una norma jurídica y no por silencio de ésta. La propuesta de la Sección de Derecho Patrimonial señala que «*el patrimonio fiduciario se constituye mediante un acto de afectación de bienes y derechos a una finalidad, en beneficio de personas determinadas o determinables. El acto de constitución [de la fiducia] podrá ser negocial o judicial. La finalidad [de la fiducia] podrá ser de inversión, de gestión o de garantía*» (traducción del autor). No se recoge tampoco en esta definición la posibilidad de constituir por ley patrimonios fiduciarios (*Treballs Preparatoris...*, pág. 33).

(37) En cuyo caso podríamos hablar de una situación intermedia entre la fiducia judicial y la legal, entendiendo que nos encontramos ante un supuesto autorizado por la ley pero aplicado al caso concreto por el Juez.

tos por la norma legal (38). La fiducia legal es aquella expresamente establecida en la ley y que establece de forma imperativa o dispositiva la administración de un determinado patrimonio fiduciariamente.

- ii) De acuerdo con la relación entre fiduciante y fiduciario, la fiducia gestión puede ser *gratuita u onerosa*. El carácter gratuito u oneroso de la fiducia gestión dependerá de que el fiduciario obtenga o no obtenga un beneficio económico derivado de su gestión. El ordenamiento jurídico trata de manera desigual los negocios onerosos y los gratuitos: en materia de interpretación del negocio —art. 1289.1.º del Código Civil—, de adquisición de la propiedad —art. 609 del Código Civil— o de extinción del contrato —el art. 1.124 hace referencia a la resolución de las obligaciones recíprocas, mientras que los arts. 644 y siguientes, todos ellos del Código Civil, hacen referencia a la revocación de los actos de liberalidad—. Por último, también en materia de tributación por cuanto que los actos a título gratuito están gravados de diferente forma que los actos a título oneroso.
- iii) De acuerdo con las partes que intervengan en el negocio, la fiducia gestión puede ser *con coincidencia o sin coincidencia de las personas del fiduciante, fiduciario y beneficiario*. Es importante determinar si la persona del fiduciante, fiduciario y/o beneficiario coinciden o no en una misma persona, ya que esta circunstancia podrá determinar una u otra forma de tributación del negocio. Así, si fiduciante y fiduciario coinciden, el bien fiduciario pasará del fiduciante al fiduciario y nuevamente al fiduciante que es el beneficiario. Por tanto, el patrimonio fiduciario no ha pasado a terceras manos, con lo que parece poco recomendable gravar esta transmisión con el ITPAJD. Ahora bien, si el fiduciante y el beneficiario no coinciden, el patrimonio pasará del fiduciante al fiduciario y de éste a un tercero, con lo que sí parece apropiado gravar dicha transmisión con el ITPAJD en cuanto que el patrimonio ha salido del fiduciante y ha llegado a manos de un tercero que es el beneficiario y que adquiere el mismo bien definitivamente. En todo caso, no parece apropiado gravar con el ITPAJD la transmisión dominical del fiduciante al fiduciario por cuanto que la adquisición

(38) En contra, PINTÓ, BADOSA, ROCA, BOSCH, ESPIAU, ARROYO y CORONAS, que entienden que no es aconsejable admitir la fiducia gestión judicial con carácter general y que siguen la regulación establecida por el Código Civil quebequés en el que la constitución judicial de la fiducia gestión se permite únicamente, como señalan los autores, en los casos establecidos en la ley y, en concreto, para asegurar el pago de las pensiones alimenticias en caso de separación o divorcio (*Treballs Preparatori*..., pág. 34).

de éste es temporal y condicionada a la realización de un fin, por lo que la adquisición de este fiduciario no tiene por objeto aumentar su patrimonio personal sino únicamente la administración del patrimonio fiduciario (39).

- iv) De acuerdo con la relación que exista entre fiduciante y beneficiario, la fiducia gestión puede tener una *causa credendi* o *donandi*. ¿Por qué constituye el fiduciante un patrimonio fiduciario para que, después de gestionado, se transmitan los mismos bienes y los beneficios obtenidos a un tercero? La relación fiduciante/fiduciario puede basarse en el cumplimiento de una deuda o por una mera liberalidad del primero para con el segundo.
- v) De acuerdo con la naturaleza de los bienes transmitidos y que forman parte del patrimonio fiduciario, puede ser una fiducia *homogénea* o *heterogénea*. La fiducia es homogénea cuando todos los bienes son de la misma naturaleza como fungibles o no fungibles, muebles o inmuebles, divisibles o indivisibles, etc. La naturaleza de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario determinará la forma de su transmisión o garantía.
- vi) De acuerdo con la razón que motiva el comienzo o terminación de la fiducia gestión, ésta puede ser *condicional* o *a término*. Las partes pueden convenir que el comienzo, terminación o suspensión de la fiducia queda establecido mediante un término o mediante el cumplimiento de una condición. En todo caso, es imprescindible que el término o la condición sean determinados o determinables, ex artículos 1.113 y siguientes del Código Civil.
- vii) De acuerdo con la continuidad de la gestión, la fiducia gestión puede ser *continua* o *discontinua*. Como hemos señalado más arriba, el cumplimiento de la condición o término pactado puede suponer el comienzo o terminación de la fiducia. Pero las partes también pueden pactar que la gestión quede temporalmente suspendida por otro término o condición y que la misma gestión se reanude llegado otro término o cumplida la condición estipulada. En este caso, nos encontramos ante una fiducia gestión discontinua o susceptible de suspensión frente a la continua que —una vez cumplida la condición o el término— no revive, sin perjuicio del posterior acuerdo de las partes.

(39) En cuanto a la distinción que hacemos entre el *patrimonio personal* y el *patrimonio fiduciario*, téngase en cuenta que en el presente trabajo partimos del concepto de patrimonio separado y por el que cada uno de los patrimonios del fiduciario, el denominado personal y el fiduciario, son absolutamente independientes, teniendo como único nexo de unión a su titular, pero sin que por ello exista un centro único de imputación de responsabilidades de ambos patrimonios como veremos más adelante.

- viii) De acuerdo con la actuación del fiduciario, la fiducia gestión puede ser *de mera gestión* o *de inversión*. El concepto *gestión, administración o inversión* en el caso de la fiducia gestión debe ser especialmente matizada, dado que no hay unanimidad en la DOCTRINA en cuanto a su uso (40). Entendemos que la fiducia es de gestión cuando el objeto de la misma no es desprenderse de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario sino conservarlos, retransmitiéndolos al beneficiario y obteniendo, hasta que tenga lugar dicha transmisión, la mayor cantidad de beneficio posible a costa de los mismos bienes. Entendemos que la fiducia es de inversión, cuando la actividad del fiduciario no va encaminada a la conservación de los bienes que individualmente forman parte del patrimonio fiduciario, sino que el mismo fiduciario podrá enajenar todos o parte de los bienes durante su gestión (41) con el objeto de obtener el máximo beneficio. Esto no obstante, es claro que la fiducia puede ser mixta, es decir, el fiduciante obliga al fiduciario a conservar ciertos bienes en el patrimonio fiduciario mientras que le autoriza a enajenar otros.

5. SIMILITUD DE LA FIDUCIA GESTIÓN CON OTRAS FIGURAS DE NUESTRO ORDENAMIENTO

Históricamente la DOCTRINA ha intentado, a través de figuras preexistentes en nuestro ordenamiento jurídico, configurar un sistema por el que logrando los mismos efectos que la fiducia gestión no se viera, sin embargo, sometida dicha construcción a crítica por violar principios que se han considerado fundamentales, como, por ejemplo, el de causalidad.

En este apartado estudiaremos sucintamente las estructuras empleadas para asimilar —de forma imperfecta en nuestra opinión— la fiducia y aquellas otras que, por su naturaleza, pueden asemejarse a la fiducia y de las que podemos partir eventualmente para aceptarla en nuestro ordenamiento jurídico:

1. El *mandato* (42) *con facultad de administrar y enajenar los bienes administrados*. En este caso, el fiduciario-mandatario acepta contractualmente gestionar un patrimonio de acuerdo con las instrucciones

(40) Véase, a modo de ejemplo, PARDO NÚÑEZ, «Confusión de patrimonios y publicidad registral: el caso del *trust*», en *RCDI*, núm. 697, págs. 1909-1971, 2006, págs. 1940 y sigs., que diferencia no entre gestión e inversión, sino entre gestión estática y dinámica.

(41) En cuanto a la diferencia de poder para realizar actos de administración y poder para realizar actos de dominio, léase ÁVILA NAVARRO, *La representación con poder (Estudio de Derecho Notarial y Registral)*, Cuadernos Civitas, 1992, págs. 72-99.

(42) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1810, y RDGRN 14 de junio de 1922.

convenidas con el mandante-fiduciante. Esta construcción se aleja de los rasgos típicos de la fiducia, tanto de los que proponemos en este trabajo como de los principios básicos del Convenio de La Haya, ex artículo 2, ya mencionado más arriba, dado que el fiduciario no se constituye en titular dominical del patrimonio fiduciario sino en un mero servidor del mismo. Dado el carácter esencialmente revocable del mandato —art. 1.733 del Código Civil— esta configuración de la gestión de un patrimonio depende de la voluntad del mandante de mantener las facultades del mandatario. Esta situación no se da en la fiducia gestión, donde el fiduciario debe administrar como verdadero titular dominical el patrimonio durante un plazo determinado o hasta el cumplimiento de la condición, sin que el fiduciante pueda intervenir más allá de las cláusulas del contrato.

2. La *adjudicación para pago de deudas del artículo 45 LH*, por el que se transmiten uno o varios bienes a favor de un sujeto con la obligación de que los emplee para extinguir las deudas existentes: entendemos que, en este caso, nos encontramos ante un verdadero titular dominical del bien y no ante una mera propiedad formal (43) o ante un mero mandatario para enajenar los bienes (44) y satisfacer deudas sin perjuicio de que su propiedad haya sido transmitida para un objeto determinado. De lo anterior resulta, por tanto, que existe un patrimonio afectado a una finalidad que debe cumplirse (45). Para la seguridad de la realización del fin previsto se hace constar en el Registro de la Propiedad dicha finalidad mediante la anotación preventiva a que se refiere el párrafo segundo del mencionado artículo.

(43) Entiende que es una mera propiedad formal CÁMARA LAPUENTE, en *op. cit.*, pág. 1833, citando las RDGRN de 14 de junio de 1922 y 6 de diciembre de 1946, y SSTS de 23 de mayo de 1935 y 30 de octubre de 1965.

(44) Entiende que es un mero mandatario GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1, 1945, págs. 207, y sigs.

(45) La RDGRN de 14 de junio de 1922 hace referencia a que se trata de un *propietario formal* más que de un *propietario material* de los bienes, que puede enajenar los bienes inmuebles. De ello parece resultar el i) reconocimiento de un patrimonio constituido para un fin determinado y la ii) facultad de actuación de este supuesto «propietario formal» para enajenar los bienes y dar cumplimiento al fin. ¿*Quid* si una vez transmitidos los bienes al que a su vez debe enajenarlos para pagar las deudas cae en concurso? En nuestra opinión y partiendo del concepto de patrimonio autónomo, los bienes transmitidos no deberían incluirse en la masa concursal sino que, aunque como patrimonio carecen de personalidad jurídica propia, deberían continuar estando afectos al cumplimiento del fin para el cual se transmitieron quedando fuera, por tanto, del régimen de responsabilidad universal del deudor del artículo 1.911 del Código Civil. Dicho patrimonio separado respondería únicamente de las cargas generadas para el pago de las mismas deudas pero nunca por hechos ajenos al fin para el cual fueron transmitidos.

3. Los *fondos de inversión colectiva*, que son definidos por la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante la LIIC) como «*patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos*» (46). De lo anterior resulta que los partícipes ostentan un derecho sobre el patrimonio global de la institución colectiva a través de una participación en la totalidad del patrimonio y no en bienes concretos, por lo que dichos bienes han tenido que salir del patrimonio del partícipe. En este caso, el problema resulta de la propia ley, dado que expresamente señala que la sociedad gestora «*ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo*», es decir, sin ser propietaria de los bienes transmitidos, por lo que los bienes son transmitidos no a favor de otro sujeto —en este caso la sociedad gestora—, dado que expresamente la LIIC señala que no es la titular del dominio de los bienes, sino que la transmisión se realiza a un patrimonio, aunque éste carece de personalidad jurídica (47). Asimismo, los partícipes no pueden disfrutar ni disponer de los bienes transmitidos directamente y el fondo no responderá de las deudas personales de los partícipes (48). El objeto del negocio es, por tanto, la realización de un fin concreto constituyendo un patrimonio autónomo, concepto al que nos referíamos anteriormente, y que no se confunde con el patrimonio propio de la sociedad gestora, dado que los oportunos sistemas de contabilidad determinan en todo momento la procedencia del bien. En este caso, la ley constituye un patrimonio destinado a un fin que es, por una parte, la gestión del mismo patrimonio —enajenando si fuere necesario alguno de sus activos de dicho patrimonio para la obtención de un mayor beneficio— y, por otra, el reparto de este beneficio entre los partícipes del fondo. El hecho de que la ley determine que la sociedad gestora no

(46) Artículo 1.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

(47) Señala el artículo 5 LIIC que «*la condición de partícipe se adquiere mediante la realización de la aportación al patrimonio común*» y que dicha condición de partícipe «*confiere los derechos reconocidos en esta ley, en su normativa de desarrollo y en el reglamento de gestión del fondo...*».

(48) Artículo 6 LIIC.

es la que ostenta el dominio y que el patrimonio carece de personalidad jurídica ha hecho que la DOCTRINA determine la naturaleza jurídica del fondo en dos sentidos (49): o se trata de una i) copropiedad de los partícipes, supuestos transmitentes, con un mandato que recibe la sociedad gestora para la administración y eventual enajenación de los bienes, es decir, en definitiva un patrimonio destinado a un fin pero con unos copropietarios por cuotas del patrimonio constituido —por lo que en realidad la propiedad nunca salió de los titulares iniciales—, o se trata de una ii) suerte de sociedad en que los partícipes ostentan una especie de acciones sobre el capital. La ley es, en este sentido, equívoca. Quizá debió haber señalado que la sociedad gestora es efectivamente la titular dominical de los bienes transmitidos —lo que implicaría admitir que existe una verdadera enajenación a favor de la fiduciaria-gestora— y que los fiduciantes-partícipes ostentan un derecho a percibir el beneficio derivado de la actuación del fiduciario y no sobre los bienes que, en consecuencia, ya fueron transmitidos dominicalmente. En todo caso, y de acuerdo con la legislación actual, la propiedad no ha salido de los partícipes y el patrimonio es autónomo en cuanto que los partícipes no pueden realizar negocios jurídicos con los bienes aportados. Esto hace que podamos afirmar, con todas las cautelas teóricas, que efectivamente, parte de las facultades del dominio han salido de la esfera de los titulares dominicales y han pasado a la entidad gestora que puede enajenarlos aunque la entidad gestora no sea la titular dominical de estos bienes (50). En cuanto al régimen de responsabilidad por deudas, señala el artículo 3 de la LIIC que *«la parte del patri-*

(49) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1840 y sigs.

(50) La LIIC se centra en materia de gestión en el artículo 31, relativo al contenido de los estatutos sociales y reglamentos respecto de la política de inversión al señalar que *«todas las IIC de carácter financiero deberán incorporar a su reglamento o a sus estatutos sociales al menos los siguientes aspectos relativos a la política de inversión: ...b) reglas de utilización de instrumentos financieros derivados con la finalidad, entre otras, de asegurar una adecuada cobertura de los riesgos asumidos en la totalidad o parte de su cartera, como inversión para gestionar de un modo más eficaz su cartera, o en el marco de una gestión encaminada a la consecución de un objetivo concreto de rentabilidad»*. Esta normativa de gestión del fondo es citada constantemente en la LIIC: artículo 7.4 —respecto de las suscripciones y reembolsos de fondos de inversión—, artículo 8 —relativo a las comisiones de gestión—, artículo 10 —respecto de la autorización y registro de las sociedades y fondos de inversión y la obligación de los fondos de incorporar un reglamento de gestión—, artículo 11 —sobre la obligación de contar con procedimientos de gestión de riesgos para el acceso y ejercicio de la actividad—, artículo 12 —respecto de la modificación del reglamento de gestión—, artículo 15 —sobre la obligación del intermediario facultado de facilitar la traducción jurada al castellano del reglamento de gestión del fondo— y artículo 53 —sobre el efecto del concurso sobre la sociedad gestora—, entre otros.

monio del fondo que le sea atribuido a cada compartimento responderá exclusivamente de los costes, gastos y demás obligaciones expresamente atribuidas a ese compartimento y de los costes, gastos y obligaciones que no hayan sido atribuidas expresamente a un compartimento en la parte proporcional que se establezca en el reglamento del fondo». De esto resulta que el régimen de responsabilidad en el caso de los fondos es limitada. Sólo los bienes del fondo responden de las deudas generadas por el mismo fondo, lo que permite acercarnos a la configuración de la fiducia a partir de la idea de patrimonio separado con un centro independiente de responsabilidad.

4. Los *fondos de pensiones*, que son definidos por la ley como «*patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente ley*» (51). La Exposición de Motivos de la LPFP es la que se centra más en el aspecto de su naturaleza al señalar que los fondos de pensiones adoptan la «*naturaleza de patrimonios separados e independientes*» de las empresas o entidades que promueven los mismos planes de pensiones y «*carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los planes de pensiones adscritos*» (52). Nuevamente nos encontramos con la referencia a un patrimonio autónomo constituido para una finalidad concreta —el pago de las prestaciones— y nuevamente nos encontramos con que el legislador entiende que ese patrimonio carece de personalidad jurídica y que la entidad promotora del plan no adquiere la titularidad de las aportaciones. Por tanto, nos encontramos con el mismo problema que ya señalábamos respecto de los fondos de inversión colectiva: si el partícipe transmitió los bienes, ¿a quién lo hizo?, ¿a un patrimonio que carece de personalidad jurídica? o ¿a una entidad respecto de la que la ley expresamente señala que no es la titular del bien dado que se trata de un *patrimonio separado independiente*? En materia de gestión del patrimonio, establece la LPFP (53) un severo régimen que impida las situaciones de insolvencia y el incumplimiento de la obligación de pago de las prestaciones. En cuanto a la naturaleza jurídica se ha planteado un debate similar al que se planteaba

(51) Artículo 3 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones (en adelante LPFP).

(52) En materia fiscal es interesante señalar cómo la propia Exposición de Motivos de la LIIC declara que «*el régimen fiscal [...] traslada el impuesto [...] al momento [...] en que perciban las prestaciones correspondientes, lo que podría facilitar al legislador, en el caso en que regule expresamente el negocio fiduciario, la determinación del hecho imponible y el devengo del impuesto*».

(53) Artículo 5 y sigs.

respecto de las IIC (54). Entendemos que se podrían articular eventualmente ambas figuras —las IIC y los Fondos de Pensiones—, a través del negocio fiduciario, haciendo que las instituciones promotoras de estos negocios se convirtieran en verdaderos titulares dominicales de los bienes para la realización de un fin concreto.

5. Las *Juntas de Compensación*. Existe similitud con la fiducia en cuanto que se produce la transmisión de un patrimonio —las fincas que entran dentro de la unidad de ejecución—, con el objeto de cumplir con la legislación urbanística. Sin perjuicio de la legislación autonómica, los interesados transmiten a la Junta de Compensación las fincas que forman parte de la unidad de ejecución urbanística para que esta misma Junta realice las actividades necesarias en orden a la ejecución del planeamiento urbanístico. Dichas actividades incluyen la enajenación, retención y/o gravamen de las fincas aportadas. En cuanto que existe un patrimonio afecto a un fin —un patrimonio aportado por los interesados para que sea gestionado, administrado o enajenado, por la Junta—, nos acercamos a la fiducia gestión. Pero la voluntad de la Junta de Compensación está formada, en proporción a sus aportaciones, por los dueños de los terrenos de la unidad de ejecución, por lo que administrado y administrador se terminan confundiendo. En la fiducia gestión existe plena independencia entre ambas figuras porque el fiduciante es aportante y el fiduciario es administrador, sin que se produzca confusión de voluntades (55).

6. ¿QUÉ ELEMENTOS FORMAN PARTE DEL NEGOCIO DE FIDUCIA GESTIÓN?

Como elementos personales de este negocio tenemos al: i) fiduciante-transmitente, que es el titular del bien o patrimonio por cualquier título (56) y que lo transmite al fiduciario; ii) el fiduciario, que es quien adquiere el bien y se encarga —dentro de los términos acordados por las partes o, eventual-

(54) Véase en este sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1842.

(55) Entiéndase esto sin perjuicio de lo dicho más arriba respecto de la fiducia con coincidencia y sin coincidencia de las personas del fiduciante, fiduciario y beneficiario.

(56) Téngase en cuenta, en este sentido, que la transmisión que se produce del fiduciante al fiduciario para administrar no tiene que ser necesariamente de dominio sino que puede serlo también en concepto de usufructuario o como mero poseedor de la cosa. Lo fundamental para que el negocio pueda ser considerado como fiduciario y no como mandato para administrar es que, frente a terceros y respecto de las partes, el fiduciario sustituya al fiduciante en la misma posición jurídica de este último y que no suponga una simple delegación de facultades sin transmisión del mismo bien o derecho que deba ser administrado.

mente, establecidos unilateralmente por el fiduciante— a administrar y, en su caso, enajenar el bien para la realización del citado bien propuesto, transmite los bienes al beneficiario y, finalmente, recibe la contraprestación estipulada; y, por último, iii) el beneficiario, que es el sujeto a cuyo favor se constituye la fiducia y que percibe los beneficios de la gestión realizada por el fiduciario con el bien objeto de la transmisión. Como veremos, este beneficiario podrá, o no, coincidir con la persona del fiduciante o del fiduciario.

En cuanto a los elementos reales, tenemos por una parte la i) transmisión de la posición jurídica del fiduciante al fiduciario respecto de un bien determinado —mueble o inmueble lo que, en su caso, dará lugar a una diferente regulación legal según los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en lo que se refiere a su constancia registral— con el fin de que el fiduciario administre el mismo bien o su valor económico (57), y ii) el convenio entre las partes por el que el fiduciante acuerda con el fiduciario la realización o consecución de un fin —la administración— con el bien o conjunto de bienes transmitidos.

En cuanto a los elementos formales, éstos dependerán de la regulación jurídica y específica de cada estado, por lo que en este artículo nos limitaremos a señalar ciertas formas legales que consideramos necesarias para, fundamentalmente, cumplir con el principio de seguridad jurídica y evitar irregularidades en el empleo de esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto a los elementos temporales del negocio fiduciario, no existen especialidades relevantes. Únicamente podemos hacer mención al supuesto en que las partes decidan suspender, sin extinguir, el negocio fiduciario debido a determinadas circunstancias económicas o de otra índole. Esta suspensión implicará que el fiduciario paralizará la administración del patrimonio fiduciario a la espera de que concurran determinadas circunstancias que le permitan reanudar nuevamente dicha administración.

(57) Nos referimos con esta distinción a la fiducia de gestión y a la de inversión, respectivamente. En la primera, como ya hemos visto más arriba, el fiduciario administrará los bienes que forman parte del patrimonio pero sin poderlos enajenar. Por tanto, sólo realizará aquellos negocios jurídicos que, asegurando la conservación del bien, produzcan un beneficio económico. Una vez concluido el negocio fiduciario, el fiduciario tiene obligación de entregar al beneficiario los mismos bienes que recibió de manos del fiduciante, sin que sea suficiente la entrega de su valor económico. En el segundo supuesto —fiducia de inversión—, el fiduciario debe administrar el valor de los bienes que ha recibido, sin obligación de entregar al beneficiario estos mismos bienes sino sólo su valor, ya que el fiduciante autoriza al fiduciario para que, en el ámbito de la administración, este último pueda, si lo considera oportuno a los efectos de obtener un rendimiento económico, enajenar los bienes fiduciarios o permutarlos por otros.

i) ELEMENTOS PERSONALES

a) *¿Quién puede ser fiduciante?*

Puede ser fiduciante toda aquella persona —física o jurídica— que: i) teniendo capacidad legal para transmitir, ii) sea titular de un derecho susceptible de aprovechamiento económico y que por su propia naturaleza sea transmisible a un tercero.

i) *Capacidad legal para transmitir.* De acuerdo con la ley y con el tipo de naturaleza —física o jurídica— del fiduciante, éste puede actuar de diversas maneras, a saber: (A) por sí mismo, (B) por representante voluntario, o (C) por representante legal. Por último, haremos referencia al caso del (D) emancipado.

Para el estudio de cada uno de estos supuestos —que en algunos casos se hará de forma conjunta para fiduciante y fiduciario— seguiremos este esquema: [1] quién debe determinar la idoneidad de la constitución del patrimonio fiduciario como forma de administrar el bien o derecho o el patrimonio transmitido fiduciariamente, [2] qué requisitos legales deben ser exigidos para la transmisión del patrimonio fiduciario en el caso de que la constitución del mismo fuera posible, y [3] qué plazo de duración deben tener los patrimonios fiduciarios constituidos por estos representantes o asistentes legales en razón de la minoría de edad o incapacidad del fiduciante a quien representan o asisten, según los casos:

- A) *Por sí mismo.* Nos referimos al supuesto en el que el fiduciante es una persona mayor de edad y sin ningún tipo de incapacidad. [1] En este caso, es el mismo fiduciante el único que puede determinar la idoneidad de gestionar su patrimonio de acuerdo con el régimen de la fiducia. Con este negocio, el titular pretende desligarse de la administración de su patrimonio haciendo que otro sujeto —el fiduciario— se dedique a esta labor y limitándose aquél a percibir los beneficios obtenidos. [2] Si aceptamos el esquema dado para la fiducia —y, más particularmente, que se produce una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario—, la constitución del patrimonio fiduciario no exigiría ningún requisito particular a tenor de lo dispuesto en el artículo 322 del Código Civil. [3] Nos remitimos a lo que diremos más adelante con carácter general.
- B) *Por representación voluntaria.* [1] Debemos atender siempre al contenido del poder otorgado para determinar qué persona ha de decidir sobre la idoneidad de administrar un patrimonio de acuerdo con el esquema fiduciario. Es claro que la capacidad originaria deriva del poderdante, como fuente de todas las facultades del apoderado, pero el mismo poderdante puede señalar que sea el apoderado quien ejer-

za esta facultad. Es más, el poder se puede haber otorgado a favor del apoderado y establecerse un plazo durante el cual sólo el mismo apoderado podrá decidir sobre constituir un patrimonio fiduciario sin que el fiduciante pueda revocar dicho poder frente a lo establecido en el artículo 1.733 del Código Civil. El apoderado puede ser persona física o jurídica. En el primer caso, si la representación es mediata, es el apoderado quien deberá reunir los requisitos de capacidad necesarios para constituir el patrimonio fiduciario. Si la representación es inmediata, es el poderdante el que debe reunir los requisitos de capacidad necesarios para constituir el patrimonio fiduciario. En el caso de las personas jurídicas habrá que atender a qué órgano es el que tiene capacidad legal para tomar esta decisión. Así, en las Sociedades Anónimas y Limitadas es el órgano de administración el que precisamente debe gestionar la sociedad. En esta materia las leyes que regulan las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada delimitan claramente la función del órgano de administración ex artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas. A partir de estos artículos puede entenderse que es al órgano de administración a quien corresponde determinar si el patrimonio de la sociedad debe ser gestionado de forma fiduciaria por un tercero y sin límite alguno salvo el que pueda resultar de los mismos estatutos. Sin embargo, debemos plantearnos la posibilidad de que los administradores administren el patrimonio social encargando dicha administración del patrimonio, no de la sociedad —si es que es posible diferenciar ambos conceptos—, a un tercero mediante la figura de la fiducia gestión. Por motivos de brevedad no podemos extendernos más en esta materia, si bien se plantea un conflicto en materia de las competencias delegables por los administradores y en determinar si la administración del patrimonio de la sociedad es equivalente a administrar la sociedad misma. [2] En el caso de fiduciante-persona física, el mandante-fiduciante ya ha expresado en el poder su voluntad de constituir o no un patrimonio fiduciario, por lo que deberá estarse a dicho documento, no siendo, por tanto, necesaria ninguna otra declaración para constituir el patrimonio fiduciario. En el caso de fiduciante-persona jurídica, se plantea el problema de determinar quién debe expresar la voluntad de constituir el patrimonio fiduciario y a qué bienes puede afectar dicho esquema fiduciario. Tenemos que retomar el problema que hemos planteado más arriba, ¿pueden los administradores de una Sociedad Anónima o Limitada optar por administrar todo o parte del patrimonio social a través del esquema del negocio fiduciario? Si es así, no hay ningún problema. Ahora bien, si los administrado-

res no pueden hacerlo, ¿de dónde surge el impedimento? Podemos entender que surge de la ley en cuanto que establece que los administradores ejercerán la administración de la sociedad incluyendo su patrimonio social. Pero no es menos cierto que los administradores delegan en numerosas ocasiones determinadas funciones de la administración de la sociedad, para lo que otorgan poderes, por lo que una delegación de la administración no parece, a primera vista, prohibido. En contra de esto último, se puede argumentar que los poderes otorgados por los administradores se refieren siempre a funciones concretas relativas a la administración, pero no a la administración en sí misma considerada y que es a la que afectaría un negocio fiduciario. Si el consentimiento del administrador no es suficiente por exceder de sus límites, ¿podrían los estatutos sociales prever esta situación autorizando a los administradores a administrar el patrimonio fiduciario nombrando un fiduciario que no sea administrador? Si el administrador no tiene capacidad para nombrar a un fiduciario que administre el patrimonio de la sociedad, ya sea por imprevisión de los estatutos o por imperativo legal, ¿podría realizar dicho nombramiento la Junta General? Si entendemos que sí, resolveríamos el problema. Pero en contra se centra el argumento de que la creación de patrimonios fiduciarios es un acto de administración y, por tanto, reservado a los administradores de acuerdo con los artículos de la Ley de Sociedades Anónimas citados más arriba, lo que implicaría un entrometimiento de la Junta General en las funciones de los administradores de la Sociedad. En el caso de que el mandatario-fiduciario sea una persona física no existen especialidades por lo que remitimos a la legislación general, tanto en el ámbito mercantil como en el civil. En el caso de que el fiduciario sea una persona jurídica será necesaria la inclusión de las actividades fiduciarias en su objeto social. [3] En cuanto a la duración del contrato de fiducia, en el caso del apoderado persona física, habrá que atender siempre a la escritura del poder. Sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba, si se trata de representación de personas jurídicas, habrá que atender a los estatutos y al eventual acuerdo de la Junta. Si este acuerdo no fuera necesario y aceptamos que el órgano de administración *per se* puede constituirse en fiduciante o fiduciario, se suscita la duda de hasta cuándo puede vincular el órgano de administración el patrimonio de la sociedad. Entendemos que si el órgano de administración es capaz de disponer de todo el patrimonio de la sociedad sin necesidad de acudir a la Junta de Accionistas y sin perjuicio de los estatutos, debe afirmarse que el mismo órgano de administración puede constituir un patrimonio

fiduciario durante un plazo más largo que el de seis años que es el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas para la duración del cargo de administrador.

C) *Por representación o asistencia legal*

- a) *Patria potestad.* [1] Debemos determinar si el padre o la madre que ejerza la patria potestad tiene capacidad para decidir que el patrimonio del hijo sometido a esta forma de representación legal puede o no ser administrado de acuerdo con el esquema fiduciario o si este acto excede de sus competencias. De acuerdo con el artículo 164 del Código Civil: *«los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador...»*. Únicamente quedan exceptuados de la administración paterna los bienes previstos en los puntos 1.º, 2.º y 3.º de este mismo artículo. Estos puntos no hacen referencia a formas de administrar el patrimonio sino a bienes concretos de los que no se puede disponer, lo que no constituye un impedimento para la formalización de la fiducia gestión sino para constituirla sobre estos mismos bienes. El verdadero fundamento para permitir o impedir que quien ostente la patria potestad pueda administrar el patrimonio del menor mediante la fiducia gestión, es el artículo 166 del Código Civil al señalar que: *«los padres no podrán... enajenar o gravar sus [los de los menores] bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal...»*. En el párrafo tercero del mismo artículo se señala que *«no será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros»*. Teniendo en cuenta que en el presente trabajo hemos defendido la verdadera naturaleza dominical de la transmisión del fiduciante a favor del fiduciario, debemos negar inicialmente la posibilidad de que el sujeto que ejerce la patria potestad pueda constituir una fiducia gestión con los bienes del sujeto a patria potestad si dicha fiducia incluye bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios.

rios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones del mismo menor sujeto a la patria potestad. Ahora bien, si la fiducia lo es de gestión y no de inversión y si el beneficiario de la fiducia, además de fiduciante, es el mismo menor sujeto a patria potestad, entendemos que se salvaría la previsión del artículo 166, aunque el patrimonio fiduciario estuviera formado por bienes de los citados en este mismo artículo. Esto es así porque la titularidad temporal del fiduciario quedaría extinguida a la terminación del negocio fiduciario y estos bienes —no ya los que le sustituyan por subrogación real al tratarse de una fiducia de gestión y no de inversión— volverían al fiduciante que es el mismo menor. En cuanto a los valores mobiliarios a que se refiere el párrafo tercero del artículo 166, entendemos que la fiducia gestión tampoco podrá tener por objeto dichos valores del menor salvo que el fiduciario sólo pueda invertir el producto de su venta en bienes o valores seguros. De esta manera, entendemos, se salvaría la previsión legal. Se exceptúa el caso del hijo mayor de dieciséis años que consienta en documento público la constitución del patrimonio fiduciario. Pese a lo que acabamos de decir, hay que observar el artículo 167 del mismo texto legal que hace referencia a una irregular administración del patrimonio del hijo por parte de quien ejerce la patria potestad. La ley es muy amplia en este sentido al señalar que el Juez *«podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes... o incluso nombrar un administrador»*. ¿Cabe dentro de este artículo la gestión del patrimonio de una persona sujeta a patria potestad mediante la forma de la fiducia gestión? Entendemos que sí, puesto que es un sistema tan fiable como cualquier otro para la administración del patrimonio del hijo para el caso de que quien ejerza la patria potestad no administre bien el patrimonio de aquél o exista la duda razonable de que no lo hará bien. En este caso, la fiducia deberá ser también de gestión y no de inversión, salvo que entendamos que el artículo 166 vincula a los padres que ejercen la patria potestad y no al Juez. Como reflexión final queremos expresar la necesidad de que en todo caso será necesario adoptar las garantías necesarias para que la forma elegida de administración satisfaga y beneficie al menor, a cuyo favor está constituida la institución de la patria potestad ex artículo 154 del Código Civil. [2] En cuanto a los requisitos legales necesarios para constituir el patrimonio fiduciario, sin perjuicio de lo dicho en el punto anterior, si dicho patrimonio no incluye nin-

gundo de los bienes previstos en el artículo 166, podrá constituirse por los padres instituyendo al menor siempre como beneficiario. Si el menor ha cumplido los dieciséis años y consiente en escritura pública, será posible constituir el patrimonio fiduciario incluso sobre los bienes del artículo 166. ¿Cuándo será necesaria la autorización judicial para constituir el patrimonio fiduciario? En todo caso, en el supuesto del artículo 167 y que deriva de una situación efectiva o potencial de irregular o incorrecta administración. Obtenida la autorización judicial —que debe determinar claramente los bienes a que se refiere— podrá procederse a la constitución del patrimonio fiduciario. El Registrador de la Propiedad deberá identificar debidamente dichos bienes y proceder a la inscripción de la transmisión constituyente del patrimonio fiduciario en la forma que veremos más adelante. Deberá también hacer constar aquellas circunstancias de autorización, precio o tiempo respecto de las que se condicione una enajenación posterior del bien ya que las necesitará para realizar la ulterior calificación. Será mediante el Registro de la Propiedad y mediante la previa autorización judicial como se salvaguarden básicamente los derechos del hijo sujeto a la patria potestad. [3] En cuanto al plazo de duración de la fiducia, entendemos que para el caso de que se constituya por los padres sin intervención del hijo ni de la autoridad judicial en los supuestos mencionados más arriba, ésta deberá limitarse estrictamente al plazo en que el menor alcance la mayoría de edad y la plena capacidad legal en los términos del artículo 322 del Código Civil. Si la fiducia se constituye con intervención del menor en el caso del artículo 166.3.º, dicha fiducia tendrá la duración que el menor consienta. Si se constituye con intervención de la autoridad judicial, la fiducia debe tener como límite la mayoría de edad del menor, ya que a partir de ese momento el menor que en el momento de la constitución de la fiducia gestión está bajo la patria potestad, tendrá plena capacidad para administrar sus bienes a tenor del artículo 322 del Código Civil, por lo que no parece procedente que el Juez administre el patrimonio de una persona que tiene plena capacidad para hacerlo por sí misma.

- b) *Tutela*. [1] En cuánto a quién debe determinar la idoneidad de la constitución del patrimonio fiduciario como forma de administrar el patrimonio del sujeto a tutela, señala el artículo 236 del Código Civil que *«la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo que... convenga separar como cargos distintos el de tutor*

de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia...». Por tanto, cuando hacemos referencia al tutor, nos referimos siempre —para el caso de multiplicidad de tutores— al que ejerza la representación económica del tutelado, y que el Código Civil denomina en el artículo 270 «tutor de los bienes». Este mismo artículo señala que «el tutor... de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia». Dicho tutor necesita autorización judicial para «enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones... para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años... para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él [el tutor], o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado» como señala el artículo 271.2.º, 7.º y 10.º Por tanto, el tutor no podría constituir un patrimonio fiduciario en ningún caso sin autorización judicial si aquélla recae sobre cualquiera de los bienes señalados o produce finalmente alguno de los resultados dichos como el arrendamiento de un bien por plazo superior a seis años. Pero se plantea otro problema: dado que la fiducia implica la transmisión de la administración del patrimonio del tutelado del tutor de los bienes a un tercero, ¿puede dicho tutor de los bienes delegar su función en un tercero? Entendemos que la respuesta debe ser negativa dado que el cargo es personalísimo y el objeto del nombramiento de tutor de los bienes es precisamente la administración de dichos bienes. Si bien quien ejerce la patria potestad lo hace por ser progenitor del sujeto a dicha patria potestad, el tutor de los bienes lo es en cuanto que administra los bienes del tutelado. Si desaparece la causa que motivó el nombramiento del tutor de los bienes —la administración del patrimonio del tutelado— debe también desaparecer la persona del tutor de los bienes. Esta posibilidad no acontece en el caso de la patria potestad en el que ésta es ejercida no por nombramiento judicial sino por derecho propio. En otro orden de cosas, debemos determinar si la función del tutor de los bienes puede ser ejercida por un administrador fiduciario, es decir, que el Juez no nombre un tutor de los bienes sino directamente un

fiduciario que se encargue de la administración del patrimonio fiduciario y formado éste con el patrimonio del sujeto a tutela. Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa dado que, siendo la tutela una institución de constitución judicial ex artículos 216, 218, 219 y 224 y siguientes del Código Civil entre otros, puede esta misma autoridad judicial determinar la mejor forma de administrar el patrimonio del menor o incapacitado, estableciendo que el tutelado quede bajo la salvaguarda del tutor, mientras que los bienes queden al cuidado de un administrador fiduciario. En cuanto a la posibilidad de que sea el mismo tutelado el que *per se* constituya el patrimonio fiduciario, debemos atender al artículo 267 y la Ley 41/2003, por el que eventualmente se comprendería dicha posibilidad. En este caso habrá que prestar atención a las circunstancias concretas del supuesto como, por ejemplo, la madurez personal del sometido a tutela, la naturaleza y cuantía de los bienes, etc. [2] En cuanto a qué requisitos legales serían exigidos para la constitución del patrimonio fiduciario, entendemos que el tutor de los bienes no puede, de acuerdo con la legislación actual, constituir una fiducia en la que el fiduciario supla el cargo *intuitu personae* de dicho tutor. La imposibilidad deviene no de la fiducia por sí misma, sino de la naturaleza del cargo de tutor de los bienes. Diferente supuesto es aquél en el que el Juez constituya un patrimonio fiduciario al entender que ésta es la mejor manera de administrar el patrimonio del incapacitado-fiduciante. En este caso será preciso el correspondiente auto declarando la constitución del patrimonio fiduciario como forma de administración y señalando uno a uno los bienes objeto de la administración fiduciaria. Se trataría de un sistema relativamente parecido al previsto en la Ley 41/2003. Al igual que señalábamos en el caso anterior, la resolución judicial —que revestirá la forma de auto, ex art. 206.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero— unida a la práctica de las pertinentes inscripciones y notas marginales en los Registros de la Propiedad correspondientes a los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario, se constituirá en el eje central de la protección patrimonial del sujeto a tutela. Sin perjuicio de lo que diremos más adelante, entendemos que el requisito de la inscripción de los bienes fiduciarios debe ser exigida por la ley y especialmente —incluso si fuere necesario con carácter constitutivo— para el caso de los patrimonios fiduciarios en los que el fiduciante es una persona sometida a patria potestad, tutela u otra forma de

asistencia o representación legal de esta naturaleza. En el caso de que sea el mismo sujeto a tutela el que, de acuerdo con sus condiciones personales, constituya el patrimonio fiduciario, habrá que atender fundamentalmente a la sentencia de incapacitación para ver la extensión de ésta. Si no existe ninguna prohibición al respecto, regirán las reglas generales. [3] En cuanto al régimen de duración de la fiducia gestión —descartada la constitución de esta figura por el tutor de los bienes—, nos centramos en la constituida por la autoridad judicial y por el mismo sujeto a tutela. En el primer caso, entendemos que la fiducia debe constituirse por el tiempo que previsiblemente vaya a durar la tutela —hasta que el tutelado alcance la mayoría de edad, por ejemplo—. Si este plazo de duración no pudiera determinarse, podrá establecerse como condición resolutoria de la fiducia la cesación de la tutela respecto del menor o incapaz. Si se trata de una fiducia constituida por el propio tutelado, la duración de ésta se regirá por lo convenido por las partes en los términos del artículo 1.255 del Código Civil, sin perjuicio de lo dicho más arriba sobre su capacidad.

- c) *Curatela*. Frente a la patria potestad y la tutela, en la curatela no nos encontramos ante una institución de representación sino de asistencia. Esto implica que frente a las dos primeras figuras en las que el menor o incapacitado no interviene en la toma de decisiones sino que son directamente los padres o el tutor quienes deciden en el marco de actuación de la ley o de la sentencia de incapacitación, en la curatela los actos son realizados por el sometido a dicha institución, siendo asistido, amparado o actuando con el concurso del curador. Esto es importante en cuanto que el curador, por sí mismo, no puede actuar constituyendo el patrimonio fiduciario, sino que es el sometido a curatela quien decide y constituye dicho patrimonio fiduciario. De lo anterior resulta que debemos cambiar el planteamiento respecto de lo que hemos dicho más arriba: [1] en cuanto a quién debe determinar la idoneidad de la constitución del patrimonio fiduciario como forma de administrar el patrimonio del sometido a curatela, es éste y sólo éste quien debe determinar dicha idoneidad. No serán otros quienes decidan por él, si bien será necesario el concurso del curador para la constitución de dicho patrimonio fiduciario. En todo caso, la actuación de éste se regirá escrupulosamente por lo establecido en la sentencia judicial por la que se constituya la curatela que «determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona

que debe asistirle», como reza el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; [2] en cuanto a qué requisitos legales serían exigidos para la transmisión del patrimonio fiduciario, debemos estar a lo que determine la sentencia por la que se constituya la curatela. Si nada se determina, entendemos que será de aplicación el régimen general, si bien no podrá practicarse ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad si no se acompaña la sentencia para comprobar su contenido o las condiciones que pudiera contener y la firma del curador asistiendo la constitución de dicho patrimonio y, por último; [3] en cuanto a qué plazo de duración debe tener el patrimonio fiduciario así constituido, dado que es el mismo titular de los bienes el que lo constituye, deberá regirse por la voluntad de las partes, por lo que nos remitimos al régimen general y del que hablaremos más abajo.

- d) *Defensor judicial*. En este caso nos encontramos ante un representante legal no continuo. El primer rasgo lo diferencia del curador por cuanto que este último no es un representante sino un asistente. El segundo rasgo —su temporalidad— lo diferencia de la patria potestad y de la tutela por cuanto que éstos son continuos. El defensor judicial representa al menor o incapaz para una operación concreta como en el caso de los hijos —art. 163—, del ausente —art. 181—, en los previstos en el artículo 299, o en la partición de la herencia —art. 1060.2.º—. Por tanto, será especialmente importante, a la hora de la calificación registral, la lectura de la sentencia en la que se determine qué operación u operaciones puede desempeñar el defensor judicial y durante cuánto tiempo o en qué condiciones. En todo lo demás, nos remitimos a lo dicho para el tutor.

- D) *Emancipación*. Señala el artículo 323 del Código Civil que *«la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador»*. Este artículo limita, por tanto, los objetos que pueden ser transmitidos por el emancipado para constituir un patrimonio fiduciario. En sentido contrario, será válida la constitución por el emancipado de un patrimonio fiduciario que no contenga ninguno de los bienes enumerados en el artículo

lo 323 párrafo 1.º o que no se trate de una fiducia de inversión sino sólo de gestión y siempre que el beneficiario sea el mismo emancipado-fiduciante —siempre que en este último caso aceptemos que el emancipado puede enajenar al fiduciario dado que dicha transmisión está limitada temporalmente y, por tanto, no es definitiva—. Si el emancipado quiere incluir alguno de estos bienes necesitará el «*consentimiento de sus padres y, a falta de ambos... el de su curador*». La remisión al curador, de acuerdo con lo que hemos dicho más arriba, hace pensar que los padres no intervendrán como representantes del menor ya emancipado sino como meros asistentes legales, asimilándose a las funciones del curador.

Fundaciones. Debemos tener en cuenta los artículos 19 y siguientes correspondientes al capítulo cuarto de la Ley 50/2006, de 26 de diciembre, de Fundaciones. El artículo 19.2 establece que «*la administración y disposición del patrimonio [de la Fundación] corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley*». Por tanto, deberán ser los administradores quienes, en el ámbito de la administración de los bienes, decidan administrar éstos mediante una fiducia gestión. Pero frente a esta posibilidad se opone el artículo 20, por el que «*la fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual*». Dado que entendemos que el fiduciante pierde la titularidad dominical frente al fiduciario por la enajenación del patrimonio fiduciario, dichos bienes ya no constarán como titularidades del patrimonio de la Fundación sino del fiduciario. Por tanto, este artículo impediría la constitución de patrimonios fiduciarios por los administradores de la Fundación para gestionar el patrimonio de ésta. Esto no obstante, podría aplicarse un régimen similar a lo señalado respecto del emancipado en cuanto que consideremos la transmisión de la Fundación al fiduciario con carácter temporal y siempre que la Fundación conste como beneficiaria de la fiducia.

Personas extranjeras. La regla general es que toda persona —física o jurídica— con nacionalidad en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea puede realizar actividades económicas de una manera libre en España. En cuanto a los nacionales de otros Estados, deberá atenderse a los acuerdos específicos al respecto. En cuanto a la legislación en materia de inversiones extranjeras en España, la norma general es la de la libertad en materia de transacciones internacionales y de traslado de capitales. Vamos a hacer un breve repaso a la legislación básica en esta materia.

El Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, de liberalización de actos y operaciones que supongan cobros o pagos entre residentes y no residentes, o transferencias al o del exterior, parte de la premisa señalada más

arriba: libertad de las transmisiones de capital y operaciones económicas «*sin más excepciones que las que se deriven de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 del presente Real Decreto y de lo que dispongan las Leyes específicamente aplicables*» (58).

Se podrán limitar ciertas operaciones cuando éstas: i) afecten gravemente a los intereses de España, o ii) en aplicación de medidas adoptadas por Organismos Internacionales de los que España sea miembro y en caso de que iii) movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios: a) provoquen fuertes tensiones en el mercado de cambios, y b) originen perturbaciones graves en la dirección de la política monetaria y de cambios española.

En cuanto a la salida y entrada de metálico de y en España, ésta es libre, si bien se establecen una serie de limitaciones en cuanto a la cantidad.

Asimismo, es libre la apertura y mantenimiento por residentes de cuentas denominadas en pesetas o en divisas en oficinas operantes en el extranjero tanto de «Entidades registradas» como de Entidades bancarias o de crédito extranjeras, así como los cobros y pagos entre residentes y no residentes mediante abonos o adeudos en dichas cuentas.

Sin embargo, los residentes que abran una de las cuentas están obligados a declararla, así como a facilitar información relativa a los movimientos al crédito y al débito de las mismas (59).

La Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España, adapta la Directiva del Consejo de la CEE (88/361/CEE), de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Esta última liberaliza los movimientos de capitales que tengan lugar entre personas residentes en los Estados miembros, «*siendo esta liberalización obviamente aplicable a las inversiones extranjeras*», como cita la Exposición de Motivos de la Ley.

Partiendo del nuevo clima de libertad de movimientos de capital derivado del Real Decreto 1816/1991 —que ya hemos citado más arriba—, se procede a la adaptación de la normativa española. Por su brevedad, transcribimos el texto de los tres únicos artículos de la ley y que son interesantes en cuanto establecen un régimen de especialidad para determinados sectores económicos: Artículo 1: «*a efectos de las inversiones extranjeras en España constituyen sectores con regulación específica en materia de derecho de establecimiento los siguientes: Juego, Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, Televisión, Radio y Transporte Aéreo*». Artículo 2: «*lo anterior no será de aplicación a los residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, salvo por lo que se refiere a las actividades*

(58) Artículo 1.

(59) Artículo 6.

de producción o comercio de armas o relativa a materias de defensa nacional». Artículo 3: «reglamentariamente se podrá establecer un régimen especial en relación con el desarrollo por extranjeros de actividades que participen, incluso a título personal, en el ejercicio de autoridad pública. Asimismo, se podrá establecer reglamentariamente un régimen especial en relación con el régimen de extranjeros por razones de orden público, seguridad y salud pública». Esta ley deroga la de Inversiones Extranjeras, Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio.

El Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, supone el desarrollo del artículo 73.D del Tratado de Maastricht y reconoce la facultad de los Estados miembros para establecer o mantener requisitos administrativos sobre las operaciones liberalizadas.

Ello tiene dos fines fundamentales: posibilitar, por una parte, el conocimiento administrativo, estadístico o económico de tales operaciones, y, por otra, admitir la adopción de medidas justificadas por razones de orden público y seguridad pública. En esta ley, después de declarar (nuevamente) el principio de libertad en materia de inversiones extranjeras, se señala que «se entenderá [dicha libertad] sin perjuicio de los regímenes especiales que afecten a las inversiones extranjeras en España establecidos en legislaciones sectoriales específicas, y, en particular, en materia de transporte aéreo, radio, minerales y materias primas minerales de interés estratégico y derechos mineros, televisión, juego, telecomunicaciones, seguridad privada, fabricación, comercio o distribución de armas y explosivos de uso civil y actividades relacionadas con la Defensa Nacional. En los supuestos anteriores, las inversiones se ajustarán a los requisitos exigidos por los órganos administrativos competentes fijados en dichas normas. Una vez cumplidos los requisitos dispuestos en la mencionada legislación sectorial, deberá estarse a lo previsto en el presente Real Decreto» (60).

La ley señala cada una de las posibles formas de inversión extranjera en España: participación en sociedades españolas, constitución y ampliación de la dotación de sucursales, suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por residentes, participación en fondos de inversión, inscritos en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, adquisición de bienes inmuebles sitos en España, cuyo importe total supere los 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales, los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, o la constitución, formalización o participación en contratos de cuentas en participación, fundaciones, agrupaciones de interés económico, cooperativas y comunidades de bienes, cuan-

(60) Artículo 1.

do el valor total correspondiente a la participación de los inversores extranjeros sea superior a 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio (61).

Dichas inversiones están sometidas a la preceptiva declaración, si concurren los requisitos legales, como, por ejemplo, el del artículo 2.2.a) señalando la ley los sujetos obligados a declarar dichas operaciones: el titular no residente, el fedatario público español, las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito u otras entidades financieras que, de acuerdo con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tengan como actividades propias el depósito o la administración de valores representados mediante anotaciones en cuenta objeto de la inversión, o cuya intervención sea preceptiva para la suscripción o transmisión de valores, de acuerdo con las normas que les sean de aplicación, la entidad depositaria o administradora de los valores no negociados en mercados secundarios, salvo que hubiera intervenido una sociedad, agencia de valores o una entidad de crédito en la operación, en cuyo caso le corresponderá efectuar la declaración a una de estas, tratándose de acciones nominativas, el sujeto obligado a declarar será la sociedad española objeto de inversión, las operaciones de inversión en fondos de inversión españoles deberán ser declaradas por la sociedad gestora del mismo.

El artículo 1.2 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, establece que dichos movimientos y transacciones económicas son libres «*sin más limitaciones que las dispuestas en esta ley y en la legislación sectorial específica*».

La ley establece la necesidad de información por las personas que realicen operaciones previstas en el artículo 2 de la ley. Dicha información se facilitará «*al Ministerio de Economía y al Banco de España en la forma y plazos que se establezcan*». Quedan obligados a proveer de información relativa a estas operaciones «*las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y otros intermediarios financieros, que intervengan en la realización de las operaciones mencionadas por cuenta de sus clientes...*» (62).

Las operaciones que quedan prohibidas son las realizadas con aquellos países que no ofrezcan límites mínimos de seguridad y respecto de los cuales la Unión Europea haya adoptado medidas de salvaguardia (63). Dichas prohibiciones podrán ser también adoptadas por el Consejo de Ministros a tenor

(61) Cfr. Artículo 3.

(62) Artículo 3.

(63) Cfr. Artículo 4.

del mismo artículo y derivado de acuerdo de órganos internacionales distintos de la Unión Europea de los que España sea miembro.

Se prevé la posibilidad de adoptar medidas excepcionales que prohíban o limiten las transacciones y movimientos de capitales y demás operaciones previstas en el artículo 5.1, así como la suspensión del régimen de liberalización (64).

De lo anterior extraemos como conclusión que, efectivamente, el fiduciante y el fiduciario podrán ser personas extranjeras —entendiendo por tal la definida de esta manera por la Ley— y podrán realizar transmisiones de bienes del extranjero a España y viceversa. Pero en dichas transmisiones tendrán que tenerse en cuenta los límites cuantitativos y cualitativos —en este último caso relativos a la naturaleza de negocio que vaya a desarrollarse— y deberá someterse al régimen de comunicación previsto en la ley.

b) *¿Quién puede ser fiduciario?*

Puede ser fiduciario toda aquella persona —física o jurídica— que: i) teniendo capacidad legal para adquirir un bien o patrimonio, ii) lo adquiere y administra en la forma convenida con el fiduciante, y iii) entrega los réditos obtenidos con su gestión y los mismos bienes fiduciaros o los que los sustituyan por subrogación real a la persona del beneficiario.

En cuanto a la capacidad legal para adquirir un bien o patrimonio, debemos centrarnos precisamente en las incapacidades legales para ser adquirente. Estas incapacidades son la consecuencia de una especial relación jurídica entre el adquirente y el transmitente y pretenden evitar los conflictos de intereses. Así, el artículo 1.459 del Código Civil establece la imposibilidad de los mandatarios de adquirir bienes de sus mandantes, los tutores bienes de los tutelados (65), los albaceas bienes de la herencia confiados a su cargo, etc. Por tanto, quien ostente cualquiera de estos cargos no podrá, entre otros, ostentar la posición de fiduciario si el patrimonio de la misma naturaleza está constituido por bienes del tutelado, del mandante o de la herencia.

Esto no obstante, podemos hacer un planteamiento de carácter más global. Está claro que si partimos —como sostenemos en este trabajo— de que el fiduciario se convierte en verdadero titular dominical, el mandatario, por ejemplo, no puede constituirse en fiduciario de los bienes respecto de los que

(64) Cfr. Artículo 7.

(65) Téngase en cuenta lo dicho más arriba respecto del particular caso de los tutores y, en especial respecto de: i) la posibilidad de que el tutor de los bienes pueda, a su vez, nombrar un fiduciario para que administre los bienes del tutelado, y ii) la posibilidad de que el Juez, prescindiendo del nombramiento de un tutor de los bienes del tutelado ordene la administración de patrimonio del incapacitado mediante la figura de la fiducia gestión.

recae el mandato. Esto no obstante, también hemos sostenido en este trabajo que el fiduciario es un titular dominical de carácter teleológico y temporal. Es decir, que si bien es titular dominical, su titularidad se encuentra delimitada en un doble aspecto: i) por su finalidad (la administración del patrimonio fiduciario), y ii) temporalmente (la duración de la administración del patrimonio fiduciario).

Por tanto, dado que una vez cumplidas estas circunstancias los bienes fiduciarios necesariamente deben pasar a un tercero que es el beneficiario, podemos entender que la transmisión del fiduciante al fiduciario, aunque se trate de bienes de la herencia para el caso del albacea, no viola el citado precepto, por cuanto que los bienes fiduciarios no pasan definitivamente al patrimonio del mandatario, albacea o tutor constituidos en fiduciarios.

Como consecuencia de lo anterior, entendemos que las personas señaladas en el artículo 1.459 del Código Civil —en sus respectivos casos y con las limitaciones inherentes a su posición jurídica— pueden constituirse en administradores fiduciarios de los patrimonios puestos a su disposición por razón de su cargo y ello pese a que el mismo artículo 1.459 les prohíbe adquirir la propiedad de dichos bienes dado que su titularidad, aunque es efectivamente dominical de pleno derecho, lo es temporal y destinada a una finalidad, terminada la cual deberán transmitir los mismos bienes a que se refiere el mentado artículo 1.459 al beneficiario. Únicamente se violaría el precepto del artículo 1.459 en el caso de que los mandatarios, albaceas, tutores, etc., de dicho artículo adoptaran la posición jurídica de beneficiarios, por cuanto que su titularidad ya sería temporalmente definitiva y no destinada a un fin concreto que la limite.

En cuanto a las personas jurídicas, sin perjuicio de lo dicho en otras partes de esta exposición, la incapacidad para situarse como fiduciaria devendrá de la no previsión de sus estatutos para la realización de este negocio jurídico y sin perjuicio de que el legislador establezca para estas sociedades un objeto único u otra suerte de obligaciones accesorias.

En el caso de personas extranjeras, regirá la legislación internacional correspondiente. Si se trata de personas jurídicas con nacionalidad de cualquiera de los estados de la Unión Europea, no se establecerá ningún régimen especial derivado del negocio. Quizá sí se derive del hecho de que la administración se refiera a actividades sensibles para un estado, por lo que habrá de estarse a la legislación europea al respecto. En el caso de terceros estados deberemos estar al principio de reciprocidad. En todo caso, habrá de tenerse en cuenta la legislación sobre inversiones extranjeras en España y viceversa, materia que es objeto de estudio en otra parte de esta exposición.

Además de los supuestos de incapacidad para recibir un bien en propiedad de persona determinada —como es el caso del art. 1.459 del Código Civil—, debemos atender a aquellos casos en los que un sujeto deviene in-

capaz para situarse en la posición de fiduciario por la imposibilidad no ya de adquirir sino de administrar un patrimonio ajeno. Es el caso de todas aquellas sentencias que impidan a una persona ser administrador de una sociedad u otra persona física o jurídica y que deberían, por lógica, prohibir a esta misma persona tomar la posición de fiduciario-gestor. El artículo 172.2.º de la Ley 22/2003, Concursal, establece que *«la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período de tiempo...»*. En un sentido parecido, aunque sin tanta precisión, se manifiesta el artículo 244.4.º del Código Civil, al excluir de la tutela a los *«quebrados y concursados no rehabilitados...»*. El artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que *«no pueden ser administradores... las personas inhabilitadas conforme a la ley Concursal... y los condenados por delitos... contra el orden socioeconómico...»*.

De lo anterior resulta que aquellas personas incapacitadas para administrar un patrimonio ajeno o que hayan cometido delitos económicos deben quedar inhabilitadas para administrar un patrimonio fiduciario, si bien esta prohibición requiere de una norma expresa.

c) *¿Quién es el beneficiario?*

El beneficiario es la persona —física o jurídica— que percibe las rentas generadas por la administración del patrimonio fiduciario y los bienes que conforman este mismo patrimonio fiduciario a la terminación del negocio. El señalamiento del beneficiario podrá hacerse directa o indirectamente pero, en todo caso, el beneficiario —al igual que el resto de las partes del negocio— deberá ser determinado o determinable. En el caso de que se señale directamente, y a los efectos de la pertinente inscripción en los registros públicos con efectos jurídicos, será necesaria la identificación en la forma establecida en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

En caso de que no pueda desprenderse del contrato quién sea el beneficiario pueden plantarse dos alternativas: i) entender que el beneficiario —como regulación supletoria de la voluntad de las partes en defecto de declaración expresa de éstas— es el fiduciante o, ii) declarar el negocio nulo por falta de identificación de una de las partes del negocio (66). Partiendo del principio de conservación del negocio jurídico y de que constituyendo al

(66) Véase artículo 750 del Código Civil.

fiduciante como beneficiario no hay transmisión de bienes a un tercero, optamos por la primera opción.

En cuanto a los tipos de beneficiario existentes, podemos clasificarlos en dos categorías que pueden o no coincidir entre sí y/o con otras partes del negocio: *a)* beneficiario de las rentas que es quien percibirá la plusvalía generada durante la vigencia del contrato de fiducia gestión, y *b)* beneficiario de los bienes fiduciarios resultantes, que es quien percibirá los bienes fiduciarios que queden a la terminación de la fiducia o los que los sustituyan por subrogación real.

En cuanto a las limitaciones para ser beneficiario, nos remitimos fundamentalmente a lo dicho más arriba respecto del fiduciario. Es importante destacar que el beneficiario es el titular definitivo de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario, por lo que toda incapacidad para adquirir bienes determinados o de determinadas personas debe pivotar sobre la persona del beneficiario y no del fiduciario, pese a que éste también es titular dominical por las razones ya expuestas.

ii) ELEMENTOS REALES

a) *Cuestiones teóricas previas*

1. La concepción unitaria de la propiedad dentro de los sistemas continentales y del Derecho español en particular (67). Evolución de la concepción del negocio fiduciario en nuestro país

Inicialmente Jerónimo GONZÁLEZ en un artículo del año 1928, explicó cómo se estaba produciendo una evolución en la concepción de la fiducia que estaba pasando del esquema romanista al esquema germánico. El régimen germánico establecía una división entre la propiedad formal, que correspondería al fiduciario, y la propiedad sustantiva o material, que correspondería al fiduciante (68).

Transcurridos unos años, CASTÁN TOBEÑAS propugnó, de una manera más extensa, una formulación del denominado «doble efecto» o «teoría del doble efecto». Desde esta postura se entendía que el negocio fiduciario producía un doble efecto: el primero de ellos de carácter real, por el que se produce la

(67) Cfr. ARESPACOHAGA, *op. cit.*, pág. 127 y sigs.

(68) Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, núm. 537. Este autor centra sus críticas a la teoría del doble efecto en la: i) injusticia de los efectos que produce, el ii) apriorismo del planteamiento, dado que falsea la voluntad de las partes, entendiendo que, efectivamente, quisieron lograr ese doble efecto y, por último, la iii) contradicción con el sistema traslativo del dominio existente en España y de lo que hablaremos más abajo.

transmisión del bien del fiduciante al fiduciario y, el segundo, de carácter obligacional, y que hace que el fiduciario quede obligado a restituir el bien a favor del fiduciante una vez cumplido el fin para el que se transmitió (69).

¿Cuál es el elemento que une ambos contratos, esto es, el de transmisión de la propiedad y obligación de restituirla? Parte de la DOCTRINA entendió que se trataba simplemente de dos contratos concatenados pero independientes. Otra parte de la DOCTRINA entendió que se trataba de un único contrato pero de carácter complejo en el que la *causa fiduciaria* o *causa fiduciae* producía el nexo de unión entre ambos contratos. Esta *causa fiduciae*, que implicaba la obligación del fiduciante de transmitir, incluía, por contra, la obligación del fiduciario de retransmitir una vez cumplido el fin de la fiducia. De ello resultaba que se transmitía la propiedad plena del bien al fiduciario, es decir, había transmisión dominical, aunque con la obligación posterior de retransmitir dicha propiedad del fiduciario al fiduciante.

DE CASTRO puso de manifiesto las fallas de la teoría del doble efecto, especialmente por las injusticias que creaba para el caso de que el fiduciario, violando el pacto contraído con el fiduciante, enajenara a terceros de buena fe y a título oneroso los bienes objeto de la fiducia. Como tesis superadora de la teoría del doble efecto, DE CASTRO propuso el concepto de *titularidad fiduciaria* por el que se negaba, frente a la teoría anterior, la efectiva transmisión de la propiedad a favor del fiduciario. Por tanto, éste nunca había llegado a ser verdadero titular dominical del bien. ¿Qué ha transmitido entonces el fiduciante al fiduciario? Considerando, entiende este autor, que la fiducia es un negocio simulado, y eliminada la venta simulada, queda por detrás el negocio de garantía o de gestión y que, según DE CASTRO, no puede producir la transmisión de la propiedad.

Como consecuencia de lo anterior, el fiduciario adquiere una mera *titularidad fiduciaria* con el siguiente contenido: el fiduciario puede retener la cosa, no a título de propietario, sino para la realización de una finalidad acordada y como mero poseedor, lo que implica que no puede enajenar el bien a título de dueño.

La DOCTRINA posterior ha hecho referencia, partiendo de la teoría de DE CASTRO, a la existencia de una doble propiedad: propiedad material que es la correspondiente al fiduciante y que mantiene el dominio —por tanto, no se produce verdadera transmisión del dominio en favor del fiduciario— y propiedad formal que es la correspondiente al fiduciario y que deriva de la apariencia que crea *ad extra* el negocio realizado.

(69) Y de lo cual resulta la posibilidad, por parte del fiduciante, de ejercer una acción reivindicatoria —acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario— contra el fiduciario, lo que refuerza la idea de que no ha habido una verdadera transmisión del dominio al fiduciario. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1811, y STS de 2 de diciembre de 1996.

Acercándonos a los autores más modernos, CÁMARA LAPUENTE entiende que es requisito esencial del negocio fiduciario la descomposición entre un plano externo y uno interno (70). El externo vendría dado por la apariencia generada frente a terceros por la transmisión de la propiedad a favor del fiduciario (71), mientras que el aspecto interno vendría dado por el contrato de las partes por el que se da al bien transmitido una finalidad concreta que sólo vincularía a estas mismas partes dado que no se da a conocer (72).

Unido a lo anterior, propone añadir la idea de *patrimonio afectación* o *patrimonio destinado a un fin* lo que, según el mismo autor, permitiría acercarnos al *trust* continental regulado en el Convenio de La Haya de 1985 y que «constituiría una universalidad jurídica, cuya unidad provendría del destino a un fin concreto, en el cual operaría el principio de subrogación real y responsabilidad autónoma que dejaría de existir al desaparecer su base jurídica» (73). Así, el fiduciario ostentaría una mera titularidad formal, de carácter funcional y transitorio, pero que no ingresaría en su propio patrimonio (74).

De la evolución histórica señalada puede desprenderse una tendencia: desde una postura dogmática inicial que niega la existencia de una verdadera transmisión dominical a través del negocio fiduciario a la apertura de una nueva vía de aceptación práctica de la figura de la fiducia gestión en nuestro ordenamiento jurídico, vía que persigue, directa o indirectamente, regular este negocio en términos próximos a los establecidos por el mentado Convenio de La Haya de 1985 y que permitirían una verdadera transmisión dominical del patrimonio fiduciario.

Esta nueva vía de aceptación parte, en líneas generales, de la idea de que: i) se produce una efectiva transmisión de las partes por la que el fiduciario se constituye como verdadero titular dominical con lo que no existe ninguna propiedad desdoblada, sin perjuicio de que podamos distinguir entre un plano real —el de la transmisión dominical— y otro obligacional —el del contrato del fiduciante con el fiduciario—; ii) el fiduciario está obligado a la administración del bien y a entregar al beneficiario los réditos obtenidos y los bienes transmitidos fiduciariamente o los que les sustituyan por subrogación real; iii) el beneficiario carece de cualquier tipo de derecho real sobre el bien transmitido fiduciariamente, si bien se hace necesaria la determinación de medios de defensa de los intereses del mismo beneficiario y, en su caso, del fiduciante

(70) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1772 y sigs.

(71) La STS de 2 de diciembre de 1996 niega la transmisión del dominio en este sentido a favor del fiduciario.

(72) Por tanto, este autor retoma la teoría del doble efecto entendiendo que existe un doble vínculo: respecto de terceros de naturaleza real y entre partes de naturaleza obligacional.

(73) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1780.

(74) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1779.

para asegurar el fin pactado; iv) pese a que el bien fiduciariamente transmitido al fiduciario entra en el patrimonio de éste, debe distinguirse claramente entre el patrimonio propio, personal, del fiduciario y el transmitido fiduciariamente —el denominado como patrimonio fiduciario—, dado que de las deudas personales del fiduciario sólo deberá responder su patrimonio personal, mientras que de las deudas fiduciarias —que son las derivadas de la administración del patrimonio fiduciario— sólo deberán responder los mismos bienes fiduciarios, y, por último, v) la necesidad de establecer medios de control de prevención del fraude y del blanqueo de capitales en el uso de esta figura.

En nuestra opinión se ha propuesto históricamente un desdoblamiento forzado y artificioso de la propiedad que, si bien inicialmente puede basarse en determinados preceptos del Código Civil —vid. arts. 596, 1.605 y 1.628 y sigs.— de un estudio más profundo debemos considerar estos mismos preceptos como una adaptación literal y errónea en cuanto que no atiende a la naturaleza jurídica de propiedad expuesta en nuestra legislación. Por tanto, entendemos que nuestro ordenamiento propugna un concepto unitario de la propiedad que no permite divisiones entre un aspecto material y otro formal de la misma, lo que implica la imposibilidad de crear en nuestro ordenamiento jurídico una nueva suerte de derecho real que parta de la idea del desdoblamiento del derecho de propiedad (75).

Entendemos —como veremos más adelante al hacer referencia al principio de causalidad de nuestro ordenamiento jurídico— que la administración de un bien es causa suficiente para la transmisión dominical del mismo bien. Por tanto, el fiduciario se convierte en verdadero propietario a todos los efectos, aunque con un dominio condicionado temporal y teleológicamente. Por tanto, el recurso al desdoblamiento de la propiedad resulta innecesario además de inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

(75) Diversos autores han centrado uno de los problemas de la fiducia gestión en la imposibilidad de crear nuevos derechos reales debido a la controversia de *numerus apertus/clausus* que existe en torno a nuestro Derecho. Dado que entendemos que lo que se produce es la verdadera transmisión del dominio sin creación de ningún derecho real especial, no desarrollaremos este tema de debate en el presente trabajo. En todo caso, debemos señalar que el Convenio de La Haya ha evitado la referencia al *dual ownership* —propiedad desdoblada entre el *trustee* y el beneficiario— precisamente para no aumentar las reticencias frente a esta figura de los países romanistas. Además, la supuesta existencia de un *numerus clausus* en nuestro sistema legal no ha sido considerado como obstáculo insalvable para la aceptación en nuestro ordenamiento jurídico del *trust* (cfr. MARTÍN SANTISTEBAN, «El instituto del *trust* en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del “civil law”», en *The Global Law Collection*, Legal Studies Series, Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 92-93, y BORRÁS y GONZÁLEZ BEILFUSS, *National report of Spain*, HAYTON, KORTMANN, VERHAGEN (directores), *Principles of European trust Law*, vol. 1, Kluwer Law International, W. E. J. Tjeenek Willink, Deventer/La Haya, 1999, pág. 159); en cuanto a la discusión sobre la posibilidad de crear nuevos derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico, véase CARAMÉS PUENTES, *Algunas garantías inmobiliarias atípicas o indirectas*, págs. 133-148, Estudios Deusto, 1981.

Podemos, por tanto, hacer referencia a una *titularidad fiduciaria*, pero no en el sentido que señalaba DE CASTRO —titularidad que no es de dominio y fruto de un negocio simulado— sino haciendo referencia a la (verdadera) titularidad dominical del fiduciario y a la vinculación del bien durante un tiempo a una finalidad concreta. En consecuencia, podemos definir la titularidad fiduciaria de gestión como *aquella que ostenta el fiduciario respecto de los bienes adquiridos por él dominicalmente para su administración y con la obligación de entregar, en la forma convenida, al beneficiario, los réditos obtenidos de la misma administración del bien y los bienes adquiridos fiduciariamente al mismo beneficiario, una vez que concluya el plazo de la fiducia*.

El amparo de la inscripción de la titularidad fiduciaria se encuentra en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria que permite expresamente la *«inscripción de transmisiones cuyo objeto sea transmitir a otro el mismo bien o invertir [gestionar] su importe en [para] objeto determinado»*. Este artículo está inicialmente pensado para el caso de las herencias de confianza de Cataluña —vid. arts. 150 a 153 del Código de Sucesiones de Cataluña aprobado por Ley 40/1991—, de Navarra —vid. Leyes 289 a 295 de su Compilación— o de derecho común —vid. arts. 781 y sigs. del Código Civil—. En cuanto a la forma de actuación de los patrimonios fiduciarios, es interesante atender al esquema propuesto por el Derecho Común. En este caso, efectivamente, se transmite la propiedad al fiduciario, que es un verdadero heredero. Este nuevo propietario, que es el fiduciario, debe gestionar el patrimonio en la forma ordenada por el causante —vid. arts. 783 *in fine a sensu contrario*— hasta que por cumplimiento del plazo o de la condición deba proceder a transmitir, nuevamente, el dominio en favor del fideicomisario. Por tanto, el fiduciario sí ha sido propietario ostentando una titularidad dominical, es decir, aquella titularidad de dominio que adquiere el fiduciario en virtud del mismo negocio fiduciario y que afecta el bien a la realización del fin para el cual se transmitió y con obligación de retransmitir el mismo bien a favor de un tercero denominado fideicomisario (en la fiducia gestión denominado beneficiario).

Como conclusión entendemos que: i) nuestro ordenamiento no prevé el desdoblamiento de la propiedad en una esfera material y otra formal; sin embargo, ii) nuestro ordenamiento jurídico sí prevé la posibilidad de que la propiedad, siendo única, esté condicionada suspensiva o resolutoriamente o tenga un plazo, término, de duración, así como que la propiedad transmitida deba invertirse en un objeto o de una forma o modo determinado; iii) la titularidad dominical sometida a condición o cláusula temporal no pierde por ello su condición de tal titularidad dominical; iv) los artículos del Código Civil, que hacen referencia a dicho desdoblamiento de la propiedad, parecen ser adaptaciones erróneas de otras legislaciones a nuestro ordenamiento; iv) que el ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad de transmitir a un sujeto la propiedad de un bien con obligación de transmitir el mismo bien,

una vez cumplido el término o la condición, a un tercero; v) que esta posibilidad se refiere a los negocios *mortis causa* y que entendemos aplicable por analogía a los negocios *intervivos* y, por último, vi) que la legislación hipotecaria prevé la posibilidad de las inscripciones fiduciarias en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria sin que del mismo artículo podamos entender que el ordenamiento jurídico prevea la existencia de una propiedad desdoblada.

2. La concepción causalista de nuestro Derecho (76)

Siendo, como hemos sostenido en el punto anterior, única la propiedad en nuestro derecho de suerte que no admite desdoblamientos, es necesario preguntarse si la gestión de un bien puede implicar la transmisión dominical del mismo bien del fiduciante al fiduciario. Como hemos sostenido a lo largo del presente trabajo, configuramos la fiducia gestión como un negocio jurídico por el que se produce la transmisión del dominio del fiduciante al fiduciario sin ninguna suerte de desdoblamiento con la finalidad de que el fiduciario administre.

Frente a esta posibilidad de transmisión dominical, en el caso de la fiducia gestión se ha señalado por parte de la DOCTRINA que en un sistema causalista como el nuestro la administración de un bien no justifica la transmisión del dominio del mismo bien (77) o, dicho de otra manera, que la administración de un bien no es causa para la transmisión dominical del mismo.

Para abordar esta oposición de la DOCTRINA debemos diferenciar entre la: i) *fiducia cum amico*, y la ii) *fiducia cum creditore* (que, recordemos, consiste básicamente en el afianzamiento de un crédito mediante la transmisión dominical de un bien a favor del prestamista ahora convertido en fiduciario).

En el caso de la i) *fiducia cum creditore*, el artículo 1.859 del Código Civil es claro al decir que «*el acreedor no podrá apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas*» (78). Por tanto, existe una norma de derecho imperativo que impide desvirtuar el objeto de los negocios de garantía que no es otro que el de asegurar la deuda principal ex artículo 1.857

(76) Cfr. ARESPOCHAGA, *op. cit.*, pág. 127 y sigs.

(77) En este sentido, JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en ADC, 1983, págs. 1435-1455; en contra, MARTÍN SANTISTEBAN, *op. cit.*, págs. 78 y sigs.

(78) Como acertadamente señala GÓMEZ GÁLLIGO, «*dicha prohibición de pacto comisorio excluye no sólo los pactos expresos de disposición a favor del acreedor en caso de falta de pago de la deuda garantizada, sino todos los negocios indirectos que puedan llevar a la contravención de la misma prohibición...*», lo que incluiría, según el mismo autor, la: i) opción de compra en función de garantía máxime si se pacta un poder irrevocable del deudor a favor del acreedor, la ii) venta a carta de gracia en derecho común cuando es en garantía de una deuda, y el ii) pacto comisorio marciano lo que es, a nuestro parecer, conforme con el espíritu de la norma que trata de evitar cualquier tipo de apropiación por medio de un negocio directo o indirecto (*op. cit.*, núm. 33, págs. 541-544).

del Código Civil y no el de adquirir, por parte del acreedor, el dominio del objeto que sirve de garantía.

¿Por qué existe este artículo 1.859? Puede entenderse que el objeto del mismo es declarar que la garantía no es causa suficiente para la transmisión de la propiedad. Pero también puede entenderse que lo que la norma busca simplemente es evitar que el acreedor hipotecario pueda hacer aparecer ante terceros que es el verdadero dueño del bien que sirve de garantía y enajenarlo a estos mismos terceros, los cuales se verían protegidos frente al deudor hipotecario precisamente por dicha apariencia legal (79).

La primera explicación parte de la idea de que la garantía no es causa suficiente para adquirir un bien. La segunda explicación, sin embargo, parte de que la garantía sí puede ser causa de adquisición del bien, pero que por los motivos de seguridad que hemos señalado se impide puntualmente dicha adquisición. Es decir, se prohíbe que el acreedor hipotecario adquiera la propiedad del bien hipotecado no porque la garantía sea una causa insuficiente para transmitir el dominio sino para evitar que el deudor pierda la cosa dada en garantía adulterándose el objeto el contrato.

A favor de esta última interpretación debemos señalar que otros Derechos de similares raíces que el común, como es el caso del Derecho navarro y catalán, admiten la transmisión dominical de un bien en función de garantía.

En consecuencia, entendemos que el objeto de dicho artículo 1.859 del Código Civil no es hacer una declaración de insuficiencia de causa en relación con los artículos 1.274 y siguientes del mismo texto, sino que tiene por objeto el *orden público* a que se refiere el artículo 1.255 del Código Civil y que impide a las partes desvirtuar unilateralmente el negocio realizado. Este artículo 1.859 es, por tanto, no una declaración teórica de insuficiencia de causa sino de control del negocio, limitando la facultad negocial de las partes para defender a una de ellas.

En cuanto a la ii) *fiducia cum amico*, no existe ningún precepto similar al artículo 1.859 del Código Civil que impida que las partes puedan transmitir el dominio a los efectos de administración. Esto hace que al no existir una norma de derecho público que impida a las partes transmitir el dominio, si las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente derivados de su propia voluntad (80), no se entiende que se declare que la administración de un bien no faculta la transmisión dominical del mismo bien en favor del administrador-fiduciario.

(79) Nos referimos, lógicamente, al supuesto en que el acreedor hipotecario hiciere constar, a través de un pacto comisario en el Registro de la Propiedad, una titularidad dominical sobre el bien que sirva de garantía, por lo que terceros adquirentes del acreedor hipotecario se verían protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(80) Cfr. artículo 1.255 del Código Civil.

Los artículos 1.274 y siguientes del Código Civil son lo suficientemente amplios como para incardinar dentro de ellos una transmisión de la propiedad en la que el fiduciante pierda dicha titularidad a favor del fiduciario y éste se vea obligado a gestionar el patrimonio única y exclusivamente al fin propuesto y de acuerdo con los pactos de las partes.

En nuestra opinión, entendemos que las partes desearon la transmisión del dominio a los efectos de que el bien sirviera para la realización de un fin lícito, querido por las partes con conocimiento del negocio realizado, que no disimula ningún otro acto y que, por tanto, es merecedor de la tutela jurídica. Por ello, entendemos que la propiedad ha salido del fiduciante a favor del fiduciario, por lo que interpretar lo contrario es establecer un aserto apriorístico respecto del negocio expresado y contrario a la voluntad manifestada de las partes (81).

3. El principio de responsabilidad personal universal del deudor

Analizado el concepto unitario de propiedad en nuestro Derecho y el principio de causalidad, pasamos a centrarnos en otro punto discutido por la DOCTRINA, a saber: la posibilidad de que el fiduciante emplee esta figura para defraudar a sus acreedores.

Partiendo del artículo 1.911 del Código Civil que señala que «*del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*», analizamos los motivos relativos a la responsabilidad patrimonial que han llevado a numerosos estudiosos a oponerse a la configuración de la fiducia gestión:

- i) *Posibilidad de que el fiduciante constituya un patrimonio fiduciario con todos sus bienes para evitar que futuros deudores tengan un patrimonio sobre el que ejecutar.* Debemos recordar que respecto de las transmisiones a título gratuito, el artículo 643 del Código Civil señala que «*no mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya*

(81) Véase MARTÍN SANTISTEBAN, *op. cit.*, págs. 80-85. Esta autora señala que los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, al adaptar la figura del *trust* han admitido «*mayoritariamente la validez de la causa fiduciae como causa transmisiva de la propiedad*» lo que, si bien habrá que atender a las normas imperativas de cada país para poder realizar dicho reconocimiento, no es menos cierto que, eventualmente, facilitará que en España se produzca dicho reconocimiento. En este sentido, es interesante el caso de Italia en que la jurisprudencia ha coadyuvado al reconocimiento del *trust* como causa de la transmisión del dominio al reconocer la existencia de un interés digno de tutela y aceptar el esquema causal empleado, esto es, la atribución del dominio a un sujeto para que emplee los bienes en la realización del fin señalado por las partes.

hecho en fraude de los acreedores. Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella». El ordenamiento jurídico declara revocables aquellas donaciones que se hubieren hecho en fraude de acreedores, es decir: las donaciones hechas *después* de haber contraído la deuda pero no *antes* (82). No puede, por tanto, sostenerse la existencia de fraude por parte del fiduciante por el mero hecho de que éste transmita todos sus bienes antes de haber contraído deuda alguna dado que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros pero no con los pasados (83).

- ii) *Posibilidad de que el fiduciario sea el titular de dos patrimonios distintos, el personal y el fiduciario, y que cada uno de éstos tenga un centro distinto de imputación de responsabilidad.* Determinado sector de la DOCTRINA ha planteado que a cada patrimonio le corresponde un titular y a cada titular un solo patrimonio. Esto implica que de todas las deudas contraídas por un sujeto responde la totalidad de los bienes de que es titular. Frente a esta tesis planteamos otra: que una persona sea a la vez titular de diversos patrimonios, cada uno de los cuales sólo deberá responder de un determinado tipo de deudas. En el caso de la fiducia, el planteamiento que acabamos de exponer supondría que una persona sea titular de un conjunto de bienes que pueden ser separados por la causa de adquisición, fiduciaria o no fiduciaria, de acuerdo con la definición expuesta más arriba. Esta separación supondrá necesariamente que el centro de imputación de ingresos y gastos del patrimonio fiduciario y del no fiduciario —que llamaremos patrimonio personal— será distinto sin que puedan perseguirse bienes propios del patrimonio personal por deudas del patrimonio fiduciario ni viceversa.

(82) En este caso sólo podría dejarse sin efecto la donación (revocación, reducción o reversión) por las causas expresamente establecidas en la ley, pero no por el mero hecho de que el donante hubiera contraído deudas con posterioridad a la donación.

(83) Se produce la oposición a una figura por los fraudes que pueden realizarse mediante su empleo. Esto no obstante, y como veremos, la prevención del fraude no debe centrarse, en nuestra opinión, en la eliminación de la figura sino en el reforzamiento de los controles de inspección fiscal y en materia de blanqueo de capitales. Nuestra tesis es que la figura es, por sí misma, positiva, en tanto que facilita la gestión por un tercero del patrimonio del fiduciante lo que atrae capitales. Pero también es cierto que esta figura aparece especialmente sensible para ser empleada con fines ilícitos, especialmente fiscales y de evasión de patrimonios a los efectos de no responder de las deudas. Pero la acción ilícita no deriva de la existencia de la figura, las sociedades anónimas y limitadas también sirven como medio de evasión de impuestos, sino de la voluntad de los sujetos que emplean la figura. Por ello debe ser reforzada la legislación preventiva y la inspección.

Pero, ¿es posible que un sujeto sea titular de dos patrimonios cuyos ingresos y gastos vengán perfectamente determinados sin que unos y otros (ingresos y gastos) puedan afectar indistintamente a cada uno de los patrimonios? ¿No supone esta posibilidad una incongruencia con el mentado artículo 1.911 del Código Civil al limitar a los acreedores los bienes que pueden perseguir para cobrar sus créditos? Debemos tener en cuenta que la separación patrimonial supone que los acreedores personales no podrán perseguir los bienes del deudor-fiduciario adquiridos por causa de fiducia y, viceversa, que los acreedores fiduciarios del fiduciario-deudor no podrán perseguir los bienes correspondientes al patrimonio personal del deudor, dado que no están afectos a responsabilidad por las deudas del patrimonio fiduciario.

Si aceptamos la *separación patrimonial* entendida como la posibilidad de que una persona sea titular de dos patrimonios totalmente independientes entre sí, tanto por los ingresos como por los gastos que le son imputables a cada uno de estos patrimonios, deberemos entender de una manera matizadamente distinta el artículo 1.911 del Código Civil que podríamos reescribir de la siguiente manera: «*del cumplimiento de sus obligaciones personales responderá el deudor (el fiduciario) con todos sus bienes presentes o futuros que tengan origen personal y, del cumplimiento de sus obligaciones fiduciarias responderá el deudor (el fiduciario) con todos sus bienes presentes y futuros que tengan origen fiduciario. El patrimonio personal del deudor (fiduciario) no responderá de las deudas fiduciarias ni viceversa*».

La aceptación de un doble patrimonio con una sola titularidad —la del fiduciario— permite la existencia de dos órdenes distintos para la prelación de los créditos, dependiendo de que éstos sean personales o fiduciarios. ¿Vulnera esta configuración del patrimonio de una persona el principio de la *a) par conditio creditorum*, o el de *b) responsabilidad patrimonial universal del deudor*? En ambos casos la respuesta, entendemos, debe ser negativa.

En cuanto a la *a) par conditio creditorum*, porque el hecho de que haya dos patrimonios —personal y fiduciario— de los que una misma persona sea titular, no afectará a la igualdad de los acreedores respecto de cada uno de los patrimonios. Esto es, la igualdad de los acreedores se defiende respecto de cada masa patrimonial, independientemente una de otra. Por tanto, los acreedores que lo sean en virtud de deudas fiduciarias tendrán que establecer la preferencia para el cobro de sus créditos respecto del patrimonio fiduciario sin incluir bienes pertenecientes al patrimonio personal del fiduciario-deudor.

En cuanto al *b*) principio de responsabilidad patrimonial universal, la respuesta también debe ser negativa, dado que este principio se respetará al concurrir todos los bienes del deudor-fiduciario, personales por una parte y fiduciarios por otra, al pago de sus deudas personales o fiduciarias respectivamente. La única especialidad será la de determinar qué bienes son los que deban responder de las deudas: los fiduciarios o los personales. Una vez determinado el origen de la deuda —personal o fiduciaria— todos (insistimos, todos) los bienes fiduciarios o personales del deudor vendrán obligados a responder de la deuda en los términos establecidos por el ordenamiento jurídico. Esta separación patrimonial implicará, por ejemplo, que los bienes de la fiducia no están afectos al cumplimiento de las obligaciones familiares del fiduciario para el caso de que éste estuviera casado (84) o que la herencia del fiduciario, para el caso de que falleciera constante el negocio fiduciario, estará formada por los bienes, derechos y obligaciones (todos ellos *personales*) de los que fuera titular al tiempo de su fallecimiento. A estos supuestos, entre otros, se refiere expresamente el artículo 11 del Convenio de La Haya y del que hablaremos más abajo.

¿Qué supuestos existen en nuestro ordenamiento jurídico de patrimonios separados y/o afectos a un fin? Tenemos el supuesto de la herencia aceptada a beneficio de inventario en la que el heredero responde de sus deudas personales sólo con su patrimonio y de las deudas de la herencia sólo con los bienes de ésta y hasta donde lleguen los bienes de la misma.

Otro de los supuestos es el del patrimonio del sujeto discapacitado regulado en la Ley 41/2003 (85). Sin embargo, frente al supuesto de

(84) A estas obligaciones se refiere el artículo 1.319 del Código Civil que señala que «cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial».

(85) En cuanto a la inscripción de este patrimonio en el Registro de la Propiedad, ésta viene regulada en el artículo 8 de la Ley 41/2003, que señala que «la representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta ley [relativo al administrador del patrimonio cuando éste no sea el mismo incapacitado] se hará constar en el Registro Civil. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente. La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio

la herencia aceptada a beneficio en que hay una separación nítida entre deudas de la herencia y deudas propias del heredero, en el caso del patrimonio del discapacitado —señala acertadamente SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (86)— «una de las mayores carencias de la Ley es la falta de previsión de la limitación de la responsabilidad del patrimonio protegido únicamente a sus propias deudas». La ley, por tanto, no establece, por desgracia, que el patrimonio del discapacitado responda únicamente de las deudas contraídas para la «satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares» que es, precisamente, el objeto de dicho patrimonio, como señala el artículo 1 de la Ley. La separación de este patrimonio se limita por tanto a la administración y la supervisión, pero no incluye un deseable régimen de separación de responsabilidad. Si quiso crearse un patrimonio que asegure las mentadas necesidades vitales de sus titulares y «regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial», como cita la Exposición de Motivos de la Ley, hubiera sido lógico establecer no sólo una separación de administración y supervisión, sino también de responsabilidad de dicho patrimonio (87). Lo cierto es que el ordenamiento jurídico ha aceptado la constitución de patrimonios autónomos (88) mediante el estableci-

protegido, se notificará por el Notario autorizante o por el Juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior». Véase, en este sentido, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, «La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *RCDI*, núm. 695, págs. 1057-1097, 2006, pág. 1085.

(86) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. cit.*, pág. 1088.

(87) Cfr. SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, octubre-diciembre, 2004, pág. 248, citado por SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. cit.*, pág. 1089.

(88) La misma Ley 41/2003 habla en su Exposición de Motivos de que «el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio...» y, en cuanto al régimen especial por el que se rige, «los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico». Por tanto, lo que la ley regula es un patrimonio separado del discapacitado aunque, bien es cierto, que separado únicamente en cuanto a la administración de dicho patrimonio pero no en cuanto a la titularidad de los bienes que continúan perteneciendo al mismo discapacitado. En este caso entendemos que nos encontramos con una figura intermedia que podría servir de puente para llegar a la transmisión no sólo de facultades de administración sino también

miento de reglas específicas respecto de la: a) forma de administración del patrimonio, y/o b) causas por las que debe responder el patrimonio, es decir, quién puede vincular por sus deudas al patrimonio constituido con un fin concreto.

HERBOSA MARTÍNEZ (89), delimitando el concepto de patrimonio separado, señala que «*el principio de separación es esencial cuando una persona posee varios patrimonios. Pero la separación técnicamente implica un destino especial y diferenciado del resto del patrimonio general o de otros patrimonios separados, y ello supone que sólo los bienes coloreados por esa finalidad formen parte de él y que únicamente corran a cargo de ellos deudas determinadas... la existencia de un patrimonio separado... implica también la no existencia de confusión ni consolidación...*». Posteriormente caracteriza la misma autora el patrimonio creado por la Ley 41/2003 como «*una masa o conjunto de bienes sujetos a un régimen especial de gestión y al que se le otorgan determinados beneficios de orden fiscal...*» pero que, como hemos visto, carece de un centro independiente de imputación de ganancias y pérdidas.

En cuanto al mismo concepto de patrimonio, señala PARDO NÚÑEZ (90) que «*para poder hablar de independencia y autonomía patrimonial de un fondo es necesario que concurren, al menos, dos efectos...: i) que los bienes afectos queden sustraídos a posibles responsabilidades por razón de negocios propios del constituyente del fondo, del gestor o de sus beneficiarios; ii)... que los bienes afectos respondan exclusivamente del cumplimiento de las obligaciones resultantes de las operaciones realizadas en ejecución de los fines perseguidos...*». Nos interesa hacer resaltar aquí qué es lo que no entendemos por un patrimonio separado: la mera adscripción de unos bienes a un fin determinado no producen *per se* la constitución de un patrimonio separado.

Entendemos que para que exista verdadera separación de patrimonios es precisa la determinación, separación y clasificación de las deudas que pueden vincular a dicho patrimonio. La declaración de que sólo un tipo de deudas pueden vincular a un patrimonio obligán-

del dominio, ora constituyendo un patrimonio con personalidad jurídica propia que sólo responda de sus propias deudas, ora entendiendo que el fiduciario adquiere el bien en propiedad, pero para la realización de un fin, por lo que las deudas propias del fiduciario no podrían ser satisfechas por los bienes transmitidos.

(89) HERBOSA MARTÍNEZ, «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en AC, núm. 16, 2005, págs. 1925-1954; págs. 1928-1929.

(90) PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1911-1912.

dole a responder de las mismas deudas es el único verdadero rasgo definitorio que determina la existencia de un patrimonio separado. La mera determinación de la finalidad que debe cumplir un patrimonio —como, por ejemplo, satisfacer las necesidades del menos discapacitado— sin que haya especialidad y exclusividad respecto de las deudas imputables al citado patrimonio implica que no nos encontramos ante un verdadero patrimonio separado.

Por último, es interesante hacer notar los efectos que se derivan de la separación patrimonial de acuerdo con la Convención de La Haya, que en su artículo 11 señala que *«a trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity. In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular- a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets; b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy; c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death; d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets»*.

Se centra este artículo en las consecuencias prácticas del reconocimiento de la separación patrimonial y de la titularidad del fiduciario: i) que el fiduciario podrá, como titular de dicho patrimonio, demandar y ser demandado por razón del mismo; ii) que podrá actuar ante Notario como titular del patrimonio fiduciario o apoderar a alguien para que actúe en nombre del mismo fiduciario y en relación con el patrimonio fiduciario; iii) que los acreedores personales del fiduciario no podrán dirigirse, por razón de estos mismos créditos, contra el patrimonio fiduciario sino sólo contra su patrimonio personal; iv) que los bienes fiduciarios no pertenecen al patrimonio conyugal para el caso de que el fiduciario esté casado ni tampoco formarán parte de la masa hereditaria del fiduciario para el caso de fallecimiento de éste; v) que los bienes fiduciarios podrán ser recuperados para el caso de que el fiduciario los haya confundido con su patrimonio personal.

4. Consecuencias prácticas del reconocimiento de un patrimonio separado

- a) *Separación de contabilidades*. Implica la determinación por separado del activo y pasivo del patrimonio personal y del fiduciario. La claridad de la contabilidad será uno de los medios por los que se evite la confusión de patrimonios a que se refiere el artículo 11 del Convenio de La Haya (91).
- b) *Determinación de obligaciones fiscales*. Es preciso concretar cuáles serán las obligaciones fiscales —de las que hablaremos posteriormente— a las que estará sometido el patrimonio fiduciario y las partes en virtud del negocio. Para determinar la certeza en el cumplimiento de dichas obligaciones se hace imprescindible determinar qué bienes pertenecen al patrimonio personal y cuáles al fiduciario o cuándo ha habido una ganancia patrimonial siendo en este último caso imprescindible —para determinar la obligación o no de tributar— establecer la diferencia entre una adquisición temporal o transitoria —la correspondiente al fiduciario— y una adquisición definitiva —la correspondiente al beneficiario—.
- c) *Señalamiento con efectos frente a terceros en un registro público de los bienes fiduciarios*. Es decir, es imprescindible lograr la seguridad jurídica en las titularidades a los efectos de determinar qué bienes pertenecen al patrimonio personal del fiduciario y cuáles al fiduciario. Por tanto, el Registro de la Propiedad y demás registros con efectos jurídicos se postulan imprescindibles para lograr la configuración de la fiducia de manera tal que se reduzcan al mínimo posible las opciones de fraude en el empleo de esta figura. Todo acreedor debe saber con qué bienes —personales o fiduciarios, según la naturaleza de la deuda— cuenta el deudor para responder del cumplimiento de sus obligaciones y esta determinación sólo puede resultar de la inscripción en los citados registros públicos.
- d) *Centros distintos de imputación de responsabilidad*. Implica que el patrimonio personal y el fiduciario responden cada uno por separado y sin que se puedan (deban) confundir.
- e) *Centros distintos de imputación de ingresos*. Implica que la entrada de bienes de cada patrimonio, aunque el titular sea el mismo, trae diferentes causas. Sólo pertenecerán al patrimonio fiduciario los bienes transmitidos inicial o posteriormente del fiduciante al fiduciario por causa de la misma fiducia y lo que el fiduciario adquiera a costa o en sustitución de los mismos bienes fiduciarios. Por tanto, no en-

(91) Véase artículos 6.2 y 65 del Reglamento del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

trarán en el patrimonio personal del fiduciario ninguno de los bienes mencionados. En la disolución de la sociedad de gananciales del artículo 1.344 deberá decirse que «*mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios provenientes de sus patrimonios personales respectivos y obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*». En el régimen de participación, el artículo 1.411 deberá leerse como sigue: «*en el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte a partir de su patrimonio personal durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente*». Por último, y sin perjuicio de lo dicho más arriba, en materia de herencia, el artículo 659 deberá entenderse de la siguiente manera: «*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que formen parte del patrimonio personal de una persona y que no se extingan con la muerte de ésta*».

- f) *Personalidad jurídica propia del patrimonio fiduciario y la cuestión de la inscripción en un registro público*. Hasta ahora hemos hablado de la necesidad de constituir un patrimonio autónomo con su propia fuente de ingresos, gastos, centro de imputación de responsabilidad y contabilidad, siempre sujeto tal patrimonio a una titularidad, la del fiduciario. Sin embargo, puede plantearse la fiducia como la creación de un patrimonio autónomo con personalidad jurídica propia que mantiene una unidad a través de la adscripción a un fin determinado (92). La creación de un patrimonio autónomo —que nos lleva a la discusión de si un patrimonio puede existir sin titular y por tanto si atribuirle o no personalidad jurídica— tiene la falla de parecerse demasiado a una sociedad mercantil que algún autor ha llegado a calificar de patrimonio con personalidad jurídica (93). Entendemos que la atribución del patrimonio al fiduciario da mayor estabilidad jurídica en este sentido y evita otro tipo de discusiones como las mencionadas si bien habrá de atenderse a las necesidades y soluciones que el mercado dé en este sentido. En el caso de que se configure la fiducia gestión como un patrimonio autónomo, nos encontraríamos con que el fiduciario se asemeja más a un apoderado que sirve un patrimonio que a un titular dominical, si bien genera otra clase de beneficios

(92) Véase la Exposición de Motivos de la propuesta de regulación de los patrimonios fiduciarios en *Treballs Preparatoris...*, págs. 31-32.

(93) Sobre la ausencia de personalidad jurídica, la inscripción en el Registro de la Propiedad y sobre el derecho de un patrimonio —tenga o no personalidad jurídica— a hacer suyas las ganancias obtenidas, véase PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1923 y 1924-1925, respectivamente.

como es la posibilidad de aplicar regímenes extranjeros en materia de *trust*, lo que facilitaría mucho la regulación de la figura. Por tanto, si bien somos más proclives a la primera estructura no descartamos la segunda por los beneficios claros que reporta.

En cuanto a la inscripción de la fiducia gestión en un registro público, sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba, debemos diferenciar según configuremos la fiducia como un patrimonio con personalidad jurídica propia en cuyo caso, entendemos, se hace imprescindible la inscripción como tal patrimonio en un registro público para la adquisición de la personalidad jurídica o si configuramos la fiducia como el conjunto de bienes sujetos a la titularidad del fiduciario, por lo que no es necesaria la inscripción en un registro especial, dado que la inscripción de cada bien fiduciario en los registros públicos será suficiente (94).

(94) Véase, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1919-1920. Este autor señala que en materia de la publicidad necesaria para el reconocimiento de autonomía patrimonial, ésta «no suele condicionarse, en nuestro Derecho, por lo general, a la práctica de asiento registral alguno... no es necesaria la publicidad registral, sino que basta la publicidad de hecho...». En contra, GÓMEZ GÁLLIGO, en una nota al citado trabajo de PARDO NÚÑEZ, señala que su «objeción a la no necesidad de inscripción en el Registro Público alguno para el reconocimiento de autonomía patrimonial o capacidad jurídica a los fondos patrimoniales... la inscripción en un Registro Público de los patrimonios separados no sólo es de lógica jurídica sino también deducible de nuestro Ordenamiento Jurídico». Este último autor cita exhaustivamente numerosos supuestos de patrimonios separados, los fondos de inversión de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, las UTE de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, los fondos de capital riesgo de la Ley 1/1999, de 5 de enero, etc., en que es obligatoria la inscripción. Entendemos que la autonomía patrimonial derivada de la fiducia gestión debe ser objeto de inscripción en un Registro público, pero no exactamente en el sentido señalado por GÓMEZ GÁLLIGO, que parece proponer una suerte de Registro *ad hoc* para los patrimonios fiduciarios estudiados en este artículo, sino que la inscripción en un Registro Público debe referirse, a día de hoy, necesariamente a los Registros de transferencias patrimoniales ya existentes y esto sin perjuicio de que, además, pueda constituirse un Registro con efectos jurídicos específico para este tipo de negocio. Es decir, entendemos que este último autor propone la creación de un registro donde se haga constar la creación de los patrimonios fiduciarios. Nosotros, en cambio, entendemos que lo que debe ser objeto de inscripción no es necesariamente la constitución del patrimonio fiduciario sino el carácter fiduciario de las transmisiones o adquisiciones realizadas. Se trata, en definitiva, de un mismo control registral si bien a través de los negocios realizados por el fiduciario dentro de la fiducia gestión. Por tanto, y como veremos más adelante, toda adquisición de inmuebles, muebles, acciones, participaciones, participaciones en fondos de inversión, adquisición de derechos sobre patentes o cualquier otro tipo de derecho adquirido para el patrimonio fiduciario debe hacerse constar de esta manera en las inscripciones que se practiquen. Por ello debe establecerse la obligación ineludible de inscribir en los Registros Públicos existentes en nuestro ordenamiento estas transacciones sin que pueda darse *a posteriori* el carácter fiduciario de las mismas en los términos que veremos. Es, por tanto, en las inscripciones registrales de la propiedad inmobiliaria y mobiliaria, además de en los Registros de las entidades de crédito, depositarias o de gestión de valores donde debe quedar esta constancia. Cfr. PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1968-1971.

b) *Obligaciones de las partes*

1. Obligación del fiduciante de transmitir el bien al fiduciario

El fiduciante se obliga por el negocio de fiducia gestión a transmitir al fiduciario el bien o conjunto de bienes objeto de la fiducia.

Es importante tener en cuenta: [1] qué es lo que el fiduciante puede transmitir al fiduciario en virtud de la fiducia, [2] identificación de lo que el fiduciante efectivamente transmite al fiduciario, [3] qué formas debe cumplir la transmisión, y [4] cómo se declara la transmisión frente a la Agencia Tributaria a los efectos de que esta misma agencia pueda tomar las precauciones necesarias para evitar o minimizar el riesgo de fraude fiscal y el blanqueo de capitales en la utilización de la fiducia gestión.

[1] *¿Qué bienes o derechos puede transmitir el fiduciante al fiduciario?* Todo bien o derecho apropiable, divisible o indivisible, específico o genérico, fungible o no fungible, mueble o inmueble, presente o futuro, registrable o no registrable que tenga un valor económico y sea susceptible de transmisión por naturaleza, por pacto o por ley.

El objeto de la transmisión podrá ser tanto un bien o derecho individual como un patrimonio, entendiendo patrimonio como el conjunto de bienes que forman una unidad de carácter económico o de titularidad (95).

[2] *Identificación de los bienes o derechos transmitidos fiduciariamente.* En todo caso es imprescindible la perfecta identificación del objeto de la transmisión para que no quede duda alguna de qué es lo que efectivamente se transmite.

En este sentido, si lo que se transmite fiduciariamente es parte de un bien o alguna de sus funciones económicas, será imprescindible declarar qué aspectos físicos o económicos van a constituir el patrimonio fiduciario y, en su caso, qué elementos no van a ser objeto de la transmisión así como su perfecta delimitación para evitar conflictos posteriores entre fiduciante y fiduciario. Piénsese, por ejemplo, el supuesto en el que se transmite fiduciariamente sólo parte de un edificio o sólo la posibilidad de un tipo de explotación concreta de un edificio o parte del mismo.

[3] *¿Cómo transmite el fiduciante al fiduciario cada uno de los bienes y derechos?* Para responder a esta pregunta es preciso detenernos en las reglas que regulan la transmisión de todos y cada uno de los bienes o derechos que pueden ser transmitidos fiduciariamente. Por razones lógicas, en este artículo nos detendremos únicamente en los bienes que por la forma de su transmisión consideramos más relevantes. Es preciso señalar que lo que

(95) Esto debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que sean varios los que aporten el capital a los efectos de formar un solo patrimonio fiduciario.

vamos a estudiar no es cómo se produce una transmisión entre dos sujetos cualesquiera, sino las formas especiales que deben cumplirse a nuestro entender para tener un control sobre los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario.

Con carácter general señalamos —sin perjuicio de lo que diremos más abajo respecto de los bienes inmuebles transmitidos fiduciariamente e inscritos en el Registro de la Propiedad— que en toda inscripción que se haga en libros de acciones, entidades gestoras u otros órganos similares, debería dejarse constancia de: *a)* titularidad del fiduciario, *b)* naturaleza fiduciaria de la titularidad, *c)* plazo de duración de la fiducia, y *d)* identidad del beneficiario:

- a) *Cuentas bancarias, depósitos, futuros, opciones o cualquier otro producto bancario.* En el contrato de constitución del patrimonio fiduciario deberá expresarse la numeración de la cuenta corriente, de ahorro, depósito, futuros, opciones o producto bancario de que se trate a través del código numérico o alfanumérico asignado por la propia entidad financiera. Una vez identificado el producto deberá notificarse a la entidad de crédito que se ha producido un cambio de titularidad de dichas cuentas y señalar en las mismas que se trata de una titularidad fiduciaria. Puede también exigirse que la entidad asigne el carácter de *fiduciario* a todo producto financiero adquirido a cambio de los activos de productos financieros anteriores que tuvieran la calificación de *fiduciario* sin necesidad de declaración expresa por parte del administrador fiduciario. Sin embargo, dado que no se pueden prever todas las posibilidades de actuación del fiduciario en su administración, quizá sería mejor, para declarar un producto financiero como *fiduciario*, la previa declaración expresa del fiduciario. De esta manera, aunque un determinado depósito se hubiera constituido a costa de dinero que previamente constaba en la entidad como *fiduciario*, sería precisa la previa declaración expresa del fiduciario de que, efectivamente, tal depósito forma parte del patrimonio fiduciario. Con ello, la figura ganaría en agilidad eliminando la calificación de un bien como fiduciario por mera presunción (96).

(96) El Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, señala en su artículo 8 respecto del seguimiento de las inversiones que: «1. La Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores velará por el cumplimiento de lo dispuesto en este Real Decreto. 2. A los fines previstos en el apartado anterior, los titulares de inversión, las empresas españolas participadas por no residentes, los fedatarios públicos, las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y otras entidades financieras que hayan intervenido operaciones de inversión podrán ser requeridas por la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores para aportar la información que en cada caso resulte necesaria».

- b) *Acciones y participaciones* (97). En cuanto a las primeras, deberá hacerse contar la numeración de las acciones que se transmitan. En el caso de las acciones nominativas representadas por títulos, será preciso cambiar el nombre del titular a favor del fiduciario. En el caso de que el registro de las acciones se haga por medio de un libro, deberá hacerse constar en éste la nueva titularidad y el carácter fiduciario de las acciones. En cuanto a la aplicación de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas a que se refiere el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, debe atenderse a si el fiduciante y el beneficiario son o no la misma persona o a si el fiduciario ha enajenado, dentro del marco de su actuación, las acciones a un tercero. Si fiduciante y beneficiario son la misma persona entendemos que el citado artículo sólo será de aplicación para el caso de que el fiduciario enajenara las acciones a un tercero, dado que su titularidad es limitada en el tiempo. Si el fiduciario enajena a un tercero las acciones, resultará de aplicación en todo caso el citado artículo, así como las previsiones estatutarias. Ídem del anterior para el caso de que el beneficiario sea un tercero. En el caso de que el patrimonio fiduciario se constituya por el fiduciante con carácter *mortis causa*, resultará de aplicación el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, relativo a los supuestos especiales de restricciones estatutarias a la libre transmisión de las acciones. En cuanto a las participaciones de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, el artículo 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada exige que «...la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho de prenda sobre las mismas, deberá constar en documento público». La enajenación de las participaciones sociales se hará constar en el Libro Registro de Socios a que se refiere el artículo 27 de la misma Ley. En este sentido, en el Libro Registro de Socios deberán hacerse constar las mismas circunstancias expresadas más arriba. ¿*Quid* en caso de que uno de los partícipes de la Sociedad Limitada quisiera hacer uso de su derecho de adquisición preferente sobre las participaciones enajenadas a título fiduciario en los términos del artículo 30.4? Nos remitimos a lo dicho más arriba respecto de las acciones.
- c) Propiedad intelectual e industrial. Con carácter general será precisa la identificación del derecho que se transmite, indicando cuál es la forma de explotación o gestión del mismo que se permite. El artículo 74 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, señala que

(97) En cuanto a la documentación y transmisión de las acciones, véanse artículos 51 y sigs. de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto 1564/1989.

«tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles y pueden ser objeto de licencias y de usufructo... los actos a que se refiere el apartado anterior, cuando se realicen entre vivos, deberán constar por escrito para que sean válidos...». El artículo 79 de la misma Ley establece el régimen de publicidad frente a terceros de la transmisión de las patentes y así: *«en el Registro de Patentes se inscribirán, en la forma que se disponga reglamentariamente, tanto las solicitudes de patente como las patentes ya concedidas. Salvo en el caso previsto en el artículo 13, apartado 1, la transmisión, las licencias y cualesquiera otros actos, tanto voluntarios como necesarios, que afecten a las solicitudes de patentes o a las patentes ya concedidas, sólo surtirán efectos frente a terceros de buena fe desde que hubieren sido inscritos en el Registro de Patentes. No podrán invocarse frente a terceros derechos sobre solicitudes de patente o sobre patentes que no estén debidamente inscritos en el Registro. Tampoco podrá mencionar en sus productos una solicitud de patente o una patente, quien no tenga inscrito un derecho suficiente para hacer esa mención. Los actos realizados en violación de lo dispuesto en este apartado serán sancionados como actos de competencia desleal. No se autorizará ningún pago en divisas en cumplimiento de obligaciones asumidas en contratos que, debiendo inscribirse en el Registro de Patentes, no hubieren sido inscritos. El Registro de la Propiedad Industrial calificará la legalidad, validez y eficacia de los actos que hayan de inscribirse en el Registro de Patentes, los cuales deberán aparecer en documento público. Este Registro será público».* El artículo 3.1 del Reglamento adecuación de los procedimientos relativos a la concesión, mantenimiento y modificación de los derechos de propiedad industrial aprobado por Real Decreto 441/1994, de 11 de marzo, establece que *«para la obtención de un derecho de propiedad industrial será preciso presentar una solicitud, que deberá contener los documentos exigidos por las normas específicas aplicables a cada modalidad de propiedad industrial».* En cuanto a las marcas, señala el artículo 46 punto 2 y siguientes de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que *«con independencia de la transmisión de la totalidad o de parte de la empresa, la marca y su solicitud podrán transmitirse, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos u otras medidas que resulten del procedimiento de ejecución, para todos o parte de los productos o servicios para los cuales estén registradas o solicitadas, e inscribirse en el Registro de Marcas, sin perjuicio de los demás negocios jurídicos de que fuere susceptible el derecho de marca. En el supuesto de que se constituya una hipoteca*

mobiliaria, ésta se registrará por sus disposiciones específicas y se inscribirá en la Sección Cuarta del Registro de Bienes Muebles, con notificación de dicha inscripción a la Oficina Española de Patentes y Marcas para su anotación en el Registro de Marcas. A estos efectos ambos registros estarán coordinados de forma que se comunicarán telemáticamente entre ellos los gravámenes sobre marcas inscritos o anotados en los mismos. Los actos jurídicos contemplados en el apartado anterior sólo podrán oponerse frente a terceros de buena fe, una vez inscritos en el Registro de Marcas. Inscrito en el Registro de Marcas alguno de los derechos o gravámenes contemplados en el apartado 2, no podrá inscribirse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con aquél. Si sólo se hubiera anotado la solicitud de inscripción, tampoco podrá inscribirse hasta la resolución de la misma ningún otro derecho o gravamen de la clase antes expresada. La solicitud de inscripción que acceda primeramente al órgano competente será preferente sobre las que accedan con posterioridad, practicándose las operaciones registrales correspondientes según el orden de presentación». En cuanto a la propiedad intelectual, señala el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia respecto de su transmisión *mortis causa* que «los derechos de explotación de la obra se transmiten mortis causa por cualquiera de los medios admitidos en Derecho». En cuanto a las transmisiones *inter vivos*, señala el artículo 43 de la misma ley que «los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos *inter vivos*, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo. Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro. Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro. La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión». En cuanto a la forma de la cesión, señala el artículo 45 que toda cesión

de estos derechos deberá hacerse de forma escrita. Los artículos 48 y siguientes se refieren al supuesto de cesión (o no) en exclusiva del derecho de propiedad intelectual. Sin entrar en la eventual inscripción de estos derechos en los registros respectivos, queda clara la posibilidad de que cualquiera de estos derechos formen parte de un patrimonio fiduciario.

- d) *Bienes muebles e inmuebles.* Sin perjuicio de lo que diremos más abajo respecto de la inscripción de la transmisión fiduciaria de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, crea en su Disposición Adicional Única el Registro de Bienes Muebles, siendo objeto de inscripción en el mismo, según el punto primero de la citada Disposición Adicional Única, buques y aeronaves, automóviles y otros vehículos de motor, maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo, otras garantías reales, otros bienes muebles registrables y condiciones generales de la contratación. Este Registro lo es de titularidades y gravámenes, tal y como cita el artículo 2 del Real Decreto y se remite, en lo no previsto por esta regulación, a la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (98), al Reglamento del Registro Mercantil y al Reglamento Hipotecario. Por tanto, en lo no previsto por dicha normativa específica de los inmuebles —y en cuanto resulte de aplicación de acuerdo con la especial técnica registral de estos registros—, entendemos que resultará de aplicación lo que diremos más abajo respecto de los bienes inmuebles.

[4] *Declaración —a efectos tributarios— de los bienes transmitidos fiduciariamente.* Esta declaración es importante por cuanto que sirve para computar el valor de los bienes al comenzar la fiducia. Igual valoración se hará a la terminación del negocio fiduciario para realizar la correspondiente tributación. La declaración no sólo comprenderá los bienes inicialmente adquiridos o los que posteriormente transmita el fiduciante al fiduciario para aumentar el patrimonio fiduciario sino también el conjunto de rentas obtenidas y transmitidas al beneficiario de las mismas. Dichas declaraciones no harán sólo referencia a los bienes sino también a su valor a los efectos de la pertinente tributación.

Parece que lo más apropiado es considerar que sea el fiduciario el obligado a realizar todas estas declaraciones en cuanto que es el receptor de los

(98) Orden Ministerial de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

bienes y el que los transmitirá junto con las rentas generadas. Esto se entiende sin perjuicio de que la ley pueda exigir esta misma declaración al fiduciante en cuanto a los bienes entregados y al beneficiario en cuanto a los bienes recibidos.

2. Obligación del fiduciario de recibir e inventariar los bienes transmitidos fiduciariamente (99)

El fiduciario está obligado por el contrato de fiducia a la recepción de los bienes fiduciarios que constituyen el patrimonio que debe ser gestionado.

De la identificación de los bienes fiduciarios ya hemos hablado más arriba, por lo que aquí sólo señalaremos que el fiduciario está obligado a procurar la inscripción de todos los bienes inmuebles que formen parte del patrimonio fiduciario en la forma que señalaremos más abajo (100).

(99) PARDO NÚÑEZ diferencia entre una gestión estática —fiducia de conservación la hemos denominado nosotros— y gestión dinámica —fiducia de inversión la hemos denominado nosotros—. Entiende este autor que en la primera, las obligaciones del gestor deben ser las de: i) inventario de los bienes, ii) valoración de los bienes, y iii) prestar fianza para la restitución de los bienes. Parece acertado establecer estas exigencias para el caso de que la gestión del fiduciario se encuentra notablemente disminuida, si bien entendemos que la fianza tendrá que determinar en qué casos quedará en poder del fiduciante por cuanto que el gestor no puede asumir la pérdida de valor de mercado de los bienes que gestiona (*op. cit.*, pág. 1940 y sigs.).

(100) Esta obligación general de colaborar y suministrar información sobre determinado tipo de operaciones económicas ya existe en otros ámbitos, como es el caso de las inversiones extranjeras en España y de las inversiones españolas en el extranjero. En este sentido, y sin perjuicio de aquellos puntos de este artículo en que se estudia con mayor detenimiento, señala el artículo 4 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores que «*las inversiones extranjeras en España, y su liquidación, serán declaradas al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda, con una finalidad administrativa, estadística o económica*». Posteriormente, esta misma norma hace referencia a un conjunto de sujetos obligados a remitir la información sobre dichas operaciones, como es el caso del propio interesado, empresas de servicios de inversión, entidades depositarias de valores no negociados en mercados secundarios, etc. En cuanto al desarrollo práctico del mencionado Real Decreto, véase Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización (*BOE* de 5 de junio), Resolución de 30 de mayo de 2001, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, por la que se aprueban los modelos impresos de declaración de inversiones exteriores cuando el obligado a declarar es el inversor o la empresa con participación extranjera (*BOE* de 12 de junio) y, por último, Resolución de 21 de febrero de 2002, de la Dirección General de Comercio e Inversiones, por la que se aprueban los modelos impresos de declaración de inversiones exteriores cuando el obligado a declarar es el inversor o la empresa con participación extranjera y que sustituye a la Resolución de 30 de mayo de 2001, de esta Dirección General (*BOE* de 15 de marzo). Téngase en cuenta también la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo

Como es lógico, corresponde al patrimonio fiduciario satisfacer todos los gastos producidos para su constancia registral y sin perjuicio de lo libremente pactado por las partes.

En cuanto al blanqueo de capitales es importante señalar que la ley debería exigir a las personas que intervienen en la formación del patrimonio fiduciario como Notarios, gestoras de fondos, entidades depositarias, Registradores de la Propiedad, etc., que colaboren con la Administración Tributaria declarando qué bienes constan en sus archivos con el carácter de fiduciarios.

3. Obligación del fiduciario de administrar el patrimonio fiduciario. El problema de la autocontratación (101)

a) *Obligación del fiduciario de administrar el patrimonio fiduciario.* En la fiducia gestión, el fiduciante transmite un bien al fiduciario con el objeto de que éste lo administre de la forma más conveniente para obtener un beneficio económico que pueda redundar en el beneficiario.

¿Qué actuaciones comprende la *administración fiduciaria*? La administración fiduciaria puede, en primer lugar, tener por objeto la conservación del bien evitando que se produzca un deterioro del mismo (en cuyo caso más que de administración deberíamos hablar de simple conservación o tenencia del mismo); en segundo lugar, la administración fiduciaria puede tener por objeto el aumento de valor del bien mediante la realización de las oportunas inversiones en el mismo o de su utilización lucrativa —arrendando una vivienda,

de capitales que diferencia entre sujetos obligados que son los obligados a cumplir con las obligaciones expresadas en el artículo 3 de la ley y que son, entre otros, las Entidades de Crédito, las Entidades Aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, las Sociedades y Agencias de Valores, las Instituciones de Inversión Colectiva, las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda, sea o no como actividad principal, las personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades de casinos de juego, actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compra-venta de inmuebles, las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales y los notarios, abogados y procuradores, estos últimos en los casos previstos en la misma ley. Véase Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE de 6 de julio), Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUEL de 25 de noviembre).

(101) En cuanto a los problemas de la administración de un patrimonio cuando, generalmente, el fiduciario es titular de otro patrimonio personal, señala PARDO NÚÑEZ que la persona en quien se ha confiado, el fiduciario, puede prevalerse de esta situación en su propio interés. Además, no es sencillo establecer una regla metódica, clara e invariable de qué operaciones y beneficios son imputables al patrimonio personal y cuáles al gestionado. Por último, la gestión de un patrimonio, además del propio, siempre genera confusión y, por tanto, «riesgo de apropiación de los activos confiados» (*op. cit.*, pág. 1936 y sigs.).

por ejemplo— pero conservando la misma titularidad que recibió el fiduciario —en cuyo caso hablamos de fiducia de gestión—; en último lugar, la administración fiduciaria puede comprender la facultad de enajenación por parte del fiduciario del bien, bienes o elementos del patrimonio que recibió con el objeto de aumentar de valor la masa patrimonial inicial —en cuyo caso hablamos de fiducia de inversión—.

Por tanto, la función del fiduciario será o conservar sin más, o aumentar el valor del bien, pero sin enajenarlo o, en último lugar, aumentar de valor el patrimonio con facultad de enajenación de todos sus activos y su conversión en bienes de la misma o de diferente naturaleza.

De lo anterior resulta que si bien decimos que el fiduciario administra la masa fiduciaria, dicha administración no debe entenderse sólo en los términos de facultad para realizar actos de administración, sino que el fiduciario de una fiducia de inversión, además de administrar el patrimonio puede realizar actos de riguroso dominio, sin necesidad de una facultad expresa, dado que su capacidad nace del mismo título por el que se constituyó la fiducia. Por tanto, cuando hablemos de administrar en el caso de la fiducia de inversión, debe entenderse como administración con los más amplios poderes incluidos los de la enajenación de la titularidad.

Esto mismo no sucederá para el caso de una fiducia de mera conservación o de gestión en las que las partes acuerdan la conservación de los bienes transmitidos en fiducia, por lo que facultar al fiduciario para enajenar las titularidades de estos bienes supondría una contradicción con el objeto buscado por las partes.

b) *El problema de la autocontratación. ¿Quid si el fiduciario transmite bienes del patrimonio fiduciario a su patrimonio personal?*

El supuesto que nos planteamos es el siguiente: el fiduciario transmite bienes del patrimonio fiduciario a su patrimonio personal. El peligro fundamental que esto puede acarrear —además de una posible confusión de los patrimonios— es la salida de bienes del patrimonio fiduciario a un precio muy inferior al del mercado con el consiguiente perjuicio para el beneficiario y la posible violación del contrato fiduciario en perjuicio del fiduciante.

Otro supuesto de autocontratación en el que puede incurrir el fiduciario es aquél en el que enajena bienes a su cónyuge, estando ambos casados bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales, consorcial de Aragón o de comunicación foral de bienes de Bizkaia u otro semejante. En estos casos, el bien fiduciario adquirido por el cónyuge del fiduciario lo es para su sociedad de gananciales que, en caso de disolución de la misma, implicará la distribución de los bienes entre ambos y, por ende, a favor del fiduciario (102).

(102) Vid. artículo 1.344 del Código Civil, artículo 85 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de las Cortes de Aragón, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, rela-

En estos supuestos incluimos aquél en el que el fiduciario apodera a un tercero para que venda al mismo fiduciante un bien perteneciente al patrimonio fiduciario.

Si el fiduciante consiente en que el fiduciario pueda adquirir bienes fiduciarios para su patrimonio personal deberá declararlo expresamente sin que sea necesario hacerlo constar en la inscripción registral si bien el Notario, en el momento del otorgamiento de la enajenación, deberá comprobar que la autocontratación está expresamente salvada. Esto se entiende sin perjuicio de que el fiduciante convalide *a posteriori* el negocio realizado.

Es posible que el fiduciario enajene bienes del patrimonio fiduciario a su patrimonio personal y posteriormente los enajene a un tercero. En este caso, este tercero se verá protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que cumpla los requisitos establecidos en este mismo artículo, salvo que se pruebe su mala fe en la adquisición, si bien, el fiduciario responderá de los perjuicios causados. Sería perseguible la transmisión realizada a favor del tercero si ésta es notablemente inferior al del precio de mercado. De este punto hablaremos más abajo en materia de la rescisión de los negocios realizados en fraude de los acreedores (103).

Entendemos que el conjunto de operaciones que impliquen autocontratación deberán ser inventariadas además de en la lista general de transmisiones, en una lista especial y separada de la anterior a efectos fiscales y de blanqueo de capitales y consideradas una suerte de operaciones vinculadas a que se refiere el artículo 45 de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

4. Obligación del fiduciario de entregar al beneficiario las rentas generadas y los bienes fiduciarios resultantes a la terminación de la fiducia. Contenido y forma del contrato de transmisión de los bienes fiduciarios resultantes.

a) *Entrega de las rentas al beneficiario de las rentas.* Las partes pueden convenir —de acuerdo con la naturaleza de la administración fiduciaria— que el fiduciario deba satisfacer al beneficiario de las rentas, una cantidad periódica y previa a la entrega de los bienes resultantes de la fiducia. Las partes tendrán que determinar qué cantidad, cómo y a quién se deberá abonar para el caso de que el beneficiario de las rentas fiduciarias y el de los bienes fiduciarios no sean la misma persona.

tivo a la división y adjudicación del consorcio conyugal aragonés, y los artículos 93, 95 y 104 del Fuero Civil de Bizkaia, de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

(103) En cuanto a los remedios establecidos por la doctrina italiana, véase MARTÍN SANTISTEBAN, *op. cit.*, pág. 94.

En el caso de que el beneficiario no fuera el mismo fiduciario sino un tercero, nos encontraríamos ante una estipulación a favor de tercero regulada por el artículo 1257.2º del Código Civil.

Para que lo que el fiduciario entregue al beneficiario sea efectivamente considerado como renta, es preciso que lo entregado no corresponda a los bienes entregados fiduciariamente o a su valor, sino al aumento económico obtenido a partir de los mismos. En caso de que afectase a los bienes fiduciarios o a su valor, el fiduciario estaría entregando los mismos bienes fiduciarios disminuyendo por tanto dicho patrimonio.

La importancia de determinar qué es beneficio y qué es patrimonio fiduciario radica fundamentalmente en el caso de que existan dos beneficiarios distintos: el correspondiente a las rentas y el correspondiente a los bienes fiduciarios resultantes. En el caso de que ambos beneficiarios coincidan en una misma persona, la importancia de saber qué es renta y qué patrimonio fiduciario radicará en determinar qué puede exigir el beneficiario y en qué momento de la administración fiduciaria.

b) *Entrega de los bienes fiduciarios resultantes al beneficiario de los bienes.* Una vez que el fiduciario ha concluido el plazo de gestión de los bienes o del patrimonio fiduciario, tiene obligación de transmitirlos dominicalmente a favor del beneficiario. Debemos señalar que la obligación de entrega comprende no necesariamente los mismos bienes fiduciarios transmitidos del fiduciante al fiduciario, sino cualesquiera otros con los que se hubieren sustituido los primeros por subrogación real. Este es el caso en el que el fiduciante no obliga al fiduciario a la conservación del mismo bien fiduciario, facultando el primero al segundo para enajenar —dentro del marco del acuerdo fiduciario— los bienes transmitidos fiduciariamente, por lo que nos encontramos ante una fiducia de inversión.

¿Cómo se produce la transmisión a favor del beneficiario? Se pueden plantear dos hipótesis: i) la adquisición del beneficiario se produce previo otorgamiento de escritura pública, o requisito formal exigido para cada bien, por el fiduciario con o sin intervención del beneficiario en dicho otorgamiento en que éste se limite a prestar su consentimiento a la aceptación y sin perjuicio de que se reserve, para el momento que tenga oportuno, las reclamaciones pertinentes, o ii) la adquisición por parte del beneficiario se realiza por escritura pública otorgada por el mismo beneficiario con o sin intervención del fiduciario en dicho otorgamiento con declaración de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario y la consecuente inscripción registral en los registros respectivos.

En el primer caso es el fiduciario el que conduce el otorgamiento de la escritura pública de transmisión constituyendo su última labor como titular fiduciario. Aunque hubiere transcurrido el plazo de duración de la fiducia, este acto debe considerarse como debido, por lo que podría otorgarse inclu-

so después de expirado el plazo de duración de la fiducia sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad para con el beneficiario. Esta responsabilidad, de la que hablaremos más abajo, podrá ser exigida por el fiduciante ex artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil y por el beneficiario derivado del artículo 1257.2.º del mismo texto legal.

En el segundo caso es el beneficiario quien actúa y dirige el otorgamiento de la escritura pública de transmisión sin intervención alguna del fiduciario. Esto se entiende sin perjuicio de que, el fiduciario previsor hubiere ya otorgado previamente a la terminación del plazo de la fiducia la escritura pública o forma pertinente para enajenar los activos del patrimonio fiduciario.

Si bien cualquiera de las dos formas es defendible, entendemos que por motivos prácticos debe ser el fiduciario —que conoce la situación y titularidades patrimoniales al término de la fiducia— quien otorgue la referida escritura pública.

c) *¿Cuál es el contenido del documento de transmisión del patrimonio fiduciario resultante del fiduciario al beneficiario?* En dicho documento deberá expresarse: i) el inventario con la identificación exacta de cada uno de los bienes que formen el patrimonio fiduciario; ii) el aumento de valor que ha sufrido el patrimonio desde la adquisición fiduciaria hasta la transmisión al beneficiario sin contar los réditos transmitidos al beneficiario y, como forma de control o corrección de declaraciones anteriores; iii) el montante ordenado de rentas que hubieren sido satisfechas al beneficiario de las rentas —coincida o no con el beneficiario del patrimonio resultante— para que este último pueda comprobar dichas cantidades y si eventualmente afectan a su derecho sobre el patrimonio fiduciario resultante y, por último, iv) una memoria histórica de las operaciones realizadas por el fiduciario dentro de la gestión del patrimonio fiduciario como forma de fiscalización de su actividad.

Debemos tener en cuenta que este contenido busca diversas finalidades: en cuanto a los registros con eficacia jurídica, trata de identificar perfectamente los bienes para su inscripción a favor del beneficiario, en cuanto a las obligaciones tributarias, trata de establecer un inventario de operaciones, personas y valores que faciliten el seguimiento de la gestión del fiduciario, impidiendo el fraude o el blanqueo de capitales y la adecuada tributación a los beneficios obtenidos y, por último, en cuanto a los derechos de las partes, éstas podrán seguir la gestión del fiduciario a los efectos de determinar qué acciones pueden ejercitar contra él en los términos que veremos más abajo.

d) *¿Qué forma debe cumplir la transmisión del fiduciario al beneficiario?* Con la escritura pública se cumpliría lo previsto en los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento del Registro Mercantil que exigen esta forma para dar entrada a los títulos que sí tengan derechos en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles. En todo caso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.278 del Código Civil por lo que, salvo

previsión legal expresa, será suficiente con el documento privado en la forma ya expresada. De esta manera, se daría mayor flexibilidad a la figura sin perjuicio de que desde una perspectiva fiscal, se exija el otorgamiento de escritura pública y la posterior e inmediata comunicación al órgano tributario correspondiente por parte del funcionario autorizante.

5. Vigencia de los derechos constituidos por el fiduciario sobre los bienes fiduciarios una vez concluida la fiducia gestión

La existencia de un plazo para la fiducia plantea el problema de qué pasará con los derechos reales que el fiduciario haya constituido sobre los bienes transmitidos fiduciariamente, o los que les sustituyan por subrogación real, una vez que concluya la fiducia, ¿continuarán éstos vigentes o se extinguirán al mismo tiempo que la fiducia?

Son diversos los factores que hay que tener en cuenta a los efectos de dar una respuesta adecuada: i) habrá que atender a la autonomía de las partes en el artículo 1.255 del Código Civil, lo que prevalecerá salvo disposiciones imperativas de la ley, y ii) también habrá que tener en cuenta si la terminación de los derechos constituidos por el fiduciario, una vez concluida la fiducia, se hizo o no constar en los registros con eficacia jurídica.

Nos centraremos en alguno de los derechos de constancia registral para examinar su posible continuidad o extinción una vez concluida la fiducia gestión:

- a) *Derecho de arrendamiento de fincas urbanas*: Los artículos 9 y siguientes de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) establecen el régimen de duración mínima de los contratos de arrendamiento con una regulación básicamente proclive al arrendatario y a su mantenimiento en la vivienda arrendada para el caso de que el arrendamiento lo sea de vivienda en los términos del artículo 2 de la LAU. En cuanto a las causas de resolución del derecho del arrendador, que dan lugar a la terminación del contrato de arrendamiento, señala el artículo 13.2 de la LAU que «*los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley*». Es cierto que, en coherencia con lo que hemos señalado más arriba, al entender que el fiduciario-gestor es verdadero titular dominical, no podemos asumir ahora que el fiduciario es un mero titular de un «*derecho de goce sobre el inmueble*». Por tanto, la aplicación sin más de este precepto no resuelve el problema de si

al concluir la fiducia debe resolverse el arrendamiento o no. El mero pacto de las partes por el que se acuerde la conclusión de los derechos de arrendamiento sobre la vivienda adquirida fiduciariamente no vincula *per se* al arrendatario de la vivienda y cuyo arrendamiento se regirá por lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley, relativo a la enajenación de la vivienda arrendada y que señala que *«el adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir. Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso de cinco años»*. De lo anterior resulta que, una vez concluido el plazo de la fiducia y transmitida la titularidad dominical de la vivienda arrendada a favor del beneficiario, éste viene obligado a soportar el arrendamiento hasta que concluya según las reglas de duración de los contratos de arrendamiento, es decir, el arrendatario podrá exigir la continuación de su derecho de arrendamiento hasta la terminación del plazo consignado en el artículo 9 de la LAU y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 del mismo texto legal. Lo anterior nos obliga a tener en cuenta el segundo elemento al que nos referíamos antes —si el derecho se ha inscrito o no en uno de los registros con eficacia jurídica— para resolver el problema de una eventual terminación del arrendamiento una vez concluida la fiducia gestión. El supuesto que estudiamos es el siguiente: el titular dominical de un bien, que es el fiduciario, ha constituido un arrendamiento sobre un bien que le fue transmitido fiduciariamente. La fiducia tiene una duración «X», mientras que el arrendamiento tiene una duración «X+1». Llegado el plazo «X», en el que concluye la fiducia, y recuperados los bienes por el beneficiario, ¿está éste obligado a mantener el arrendamiento hasta que transcurra el plazo de «1» o puede resolver el contrato de arrendamiento alegando que el fiduciario sólo ostentaba un derecho de titularidad temporal? Entendemos que: i) si

el plazo de la fiducia se hizo constar en el Registro de la Propiedad con efectos jurídicos, el arrendatario no podrá alegar que desconocía dicho plazo de duración del derecho del arrendador y, por tanto, entendemos que el derecho del fiduciario es equiparable al del titular que goza de un derecho temporal de disfrute, lo que lleva a la terminación del contrato de arrendamiento una vez que concluya el plazo de la fiducia. En este sentido, nos encontramos ante una circunstancia de constancia registral que determina los límites temporales de contratación del fiduciario y que el arrendatario no puede desconocer. Por tanto, si bien consideramos al fiduciario como titular dominical y no le despojamos de dicha naturaleza, no es menos cierto que como titular temporal no puede contratar más allá de dicho límite temporal (104); ii) si el plazo de la fiducia no se hizo constar en el Registro de la Propiedad, el arrendatario que contrató fiándose de las manifestaciones del Registro no puede verse perjudicado en su derecho por una circunstancia que no constaba en dicho Registro, por lo que el beneficiario deberá soportar el arrendamiento durante el plazo expresado. Esto se entiende sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer el beneficiario contra el fiduciario por la lesión sufrida.

- b) *Derecho de arrendamiento de fincas rústicas.* En materia de arrendamientos rústicos entendemos que debe regir el mismo esquema señalado para los arrendamientos urbanos, teniendo en cuenta además el paralelismo existente entre los artículos 13.2 y 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Rústicos (105) respectivamente, sin

(104) Piénsese, por ejemplo, en el caso de las sustituciones fideicomisarias a término en las que el fiduciario constituyera derechos por plazo superior al establecido en el término. De esta manera, el fiduciario, violando la voluntad del fiduciante-causante prolongaría dicha fiducia más allá de lo ordenado por éste. No obstante, a este supuesto se refiere el artículo 13.1 de la LAU al señalar que «*si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por... la apertura de una sustitución fideicomisaria... el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1*». En este caso, la solución de la LAU es, sin embargo, la del mantenimiento del arrendamiento «*en todo caso*» por lo que parece que, pese a que constare en el Registro de la Propiedad el plazo de duración de la sustitución fideicomisaria, si ésta fuera a término, el arrendamiento debería continuar. Sin embargo, este artículo debe ser entendido en el sentido de que los arrendamientos, estén o no inscritos en el Registro de la Propiedad, constituidos con anterioridad a los derechos que motivan su resolución (el retracto convencional, la sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa, etc.) subsistirán en todo caso. En este sentido, téngase en cuenta GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tercera Edición, 2001, Civitas, pág. 1439, nota 31.

(105) Ley 49/2003, de 30 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (en adelante la LAR).

perjuicio de lo establecido en el artículo 9.3 de la LAR. Si no constaren las fincas inscritas a nombre del menor o incapacitado sometido a patria potestad o tutela respectivamente, el arrendatario podrá alegar dicha circunstancia para continuar en su arrendamiento. En cuanto a la duración mínima del contrato, además del mencionado artículo 9.3, debe tenerse en cuenta el 12 del mismo texto legal.

- c) *Derecho de usufructo.* Señala el artículo 467 del Código Civil que «*el usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley establezcan otra cosa*». Nuevamente, el mero acuerdo de las partes no es vinculante respecto de terceros de buena fe si este mismo acuerdo no consta inscrito en el Registro de la Propiedad. Sólo la inscripción en el Registro de la Propiedad produce los efectos de publicidad necesarios para vincular a toda la comunidad jurídica en los acuerdos tomados por dos particulares. Entendemos que si el carácter temporal de la titularidad del fiduciario, que es quien constituye el usufructo, no consta inscrito en el Registro de la Propiedad, el beneficiario no podrá exigir, respecto de terceros, la terminación del usufructo una vez concluida la fiducia y sin perjuicio del régimen de responsabilidad exigible al mismo fiduciario. En este sentido, tengamos en cuenta las previsiones sobre el carácter temporal del usufructo previsto en el Código Civil: el artículo 469 del Código Civil prevé la posibilidad de constituir el usufructo «*desde o hasta cierto día*», lo que señala un límite temporal de comienzo o terminación del mismo usufructo, y el artículo 480 respecto del usufructuario y su derecho, «*podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola*». En este caso no se refiere a los contratos celebrados por el mismo fiduciario como propietario del bien, sino como usufructuario del mismo, por lo que en este caso existe una previsión de extinción de los negocios constituidos por el fiduciario para el caso de que éste haya recibido el bien no como titular dominical sino como titular del mismo usufructo y sin perjuicio, siempre, de las manifestaciones del Registro de la Propiedad.
- d) *Derecho de hipoteca.* Desde una perspectiva jurídica, entendemos que no hay inconveniente en que las partes, fiduciante y fiduciario, acuerden la extinción de toda suerte de cargas reales de garantía constituidas sobre los bienes fiduciarios o los que los sustituyan por subrogación una vez concluida la fiducia. Por lo tanto, cuando el

acreedor hipotecario acuerde con el deudor hipotecario, el fiduciario, la constitución de la garantía y acuda previamente al Registro de la Propiedad a los efectos de conocer el estado de la finca (106), descubrirá, mediante la consignación del plazo de duración de la fiducia en la inscripción de forma resaltada, que su derecho de hipoteca deberá extinguirse necesariamente cuando se extinga la fiducia (107), en los mismos términos que señalábamos más arriba para el usufructo. Por tanto, la eficacia del pacto respecto de terceros requerirá inevitablemente la constancia registral. En todo caso, entendemos que los procedimientos de ejecución de hipoteca cuando la Nota de Expedición de la Certificación de Dominio y Cargas del artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, fuere de fecha anterior al plazo de terminación de la fiducia, no quedarán suspendidos por la terminación del plazo de duración de la fiducia, ya que la ejecución se inició con anterioridad a la terminación de la fiducia. Por tanto, el límite temporal hace referencia al plazo de duración de la garantía como tal garantía, pero no implica una limitación en la ejecución de la garantía ya comenzada (108).

6. Régimen de responsabilidad

El régimen aplicable al fiduciario debe ser el general en materia del cumplimiento de los contratos, sin que pueda ser agravado por la consideración de que actúa como una forma de administrador equiparable al de una persona jurídica y ello principalmente por la regla de que las normas sancionadoras o perjudiciales deben ser interpretadas restrictivamente. Por tanto,

(106) Recordemos, en este sentido, el artículo 1.875 del Código Civil, que exige la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad como requisito constitutivo de la misma, lo que facilita el conocimiento del acreedor hipotecario del estado jurídico de la finca y por tanto evitar confusiones posteriores sobre la extensión, en este caso temporal, de la finca.

(107) Téngase en cuenta el artículo 1.857 del Código Civil cuando señala que «*son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: que las personas que constituyan la prenda e hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto*». De lo que resulta que si el deudor hipotecante tiene un derecho limitado sobre el bien podrá hipotecar limitadamente el bien. En este mismo sentido, téngase en cuenta el artículo 108 de la Ley Hipotecaria respecto de la hipoteca de derechos reales sobre cosa ajena.

(108) De acuerdo con DÍAZ FRAILE, el procedimiento de ejecución hipotecaria es eminentemente registral, por lo que habrá de estarse a sus pronunciamientos a los efectos de determinar si efectivamente se comenzó a ejecutar la garantía (*Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, 2000, pág. 296 y sigs., relativas a la nota de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil).

responderá por dolo y culpa en los términos del artículo 1.101 del Código Civil y vendrá obligado a responder, no por la pérdida de valor de los bienes adquiridos fiduciariamente por el fiduciario sino por el incumplimiento del contrato de fiducia.

Si el contrato de fiducia contenía algún acuerdo respecto de cierto tipo de inversiones —prohibiendo, por ejemplo, invertir en el mercado de futuros negociados o en acciones de empresas energéticas—, el fiduciario responderá de las pérdidas que se produzcan por dicha inversión. Pero no responderá por el hecho de que, derivado de invertir en productos acordados por las partes, la evolución de estos mismos productos sea negativa, incluso si dicha inversión lleva a la pérdida total del patrimonio fiduciario.

Las limitaciones en inversiones concretas pueden serlo por su objeto —como hemos visto—, por su proporción —en el caso de que se pretenda diversificar la cartera de inversiones para minimizar el riesgo de pérdida de valor de un tipo determinado de activos—, por término o plazo —no invertir en un determinado tipo de activo hasta transcurrido un tiempo—, o por condición —no invertir en bienes inmuebles hasta que el EURIBOR haya bajado de un determinado porcentaje—.

El fiduciario también responderá por la desviación de bienes fiduciarios del mismo patrimonio fiduciario al patrimonio personal del fiduciario o en beneficio de un tercero no previsto en el contrato. También deberá responder por la constitución de derechos por tiempo superior al de la duración de la fiducia, salvo que este punto hubiera sido expresamente salvado por las partes al tiempo del acuerdo.

También responderá en caso de que el fiduciario no cumpla alguna de las obligaciones fiscales y registrales mencionadas a lo largo de este trabajo y que señalamos en líneas generales (109): declaración de recepción de los bienes mediante su listado en escritura pública o en la forma establecida por la legislación específica relativa a cada bien, inscripción de cada uno de los bienes en los registros de publicidad material o de otra naturaleza con expresa constancia del carácter fiduciario de dichos bienes, declaración listada de cada una de las operaciones realizadas con indicación del resultado económico y destino de la eventual reinversión, declaración censal —para lo que podría aplicarse un modelo similar al actual 036—, declaración trimestral y anual del IVA —modelo 300 y 390—, declaración de operaciones intracomunitarias —modelo 347—, y declaración listada de entrega de rendimientos al beneficiario y de los bienes finales de la fiducia.

Será también obligación del fiduciante la declaración de los bienes transmitidos fiduciariamente para constituir el patrimonio fiduciario y del bene-

(109) A este particular se refiere el Convenio de La Haya en su artículo 19 cuando señala que «*Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters*».

ficiario de las rentas o de los patrimonios resultantes la declaración de los beneficios obtenidos en virtud de la fiducia. Esto último se entiende sin perjuicio de las obligaciones que la ley pudiera eventualmente imponer a Registradores de la Propiedad, Notarios, Auditores, Abogados o cualquier otro sujeto respecto del deber de información de operaciones de esta naturaleza en las que intervenga por razón de su profesión (110).

Los acuerdos del fiduciante y fiduciario respecto de qué tipo de inversión realizar o los límites cuantitativos o cualitativos de dichas inversiones no perjudicarán a terceros de buena fe respecto de los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, dado que los pactos personales de las partes no son inscribibles y por tanto no jugará el principio de la fe pública registral a tenor de los artículos 1 y 34 de la Ley Hipotecaria.

7. Concurso del fiduciante, fiduciario y beneficiario

¿Qué efectos producirá sobre el negocio fiduciario la declaración de concurso de cualquiera de las partes intervinientes? La institución del concurso se encuentra regulada en la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante LC), situación que describe la Exposición de Motivos como la «*concurrency de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común*».

Para entender el alcance del concurso, es preciso determinar cuál es la persona sobre la que recae dicha situación, a saber: el fiduciante, el fiduciario, y, en este caso, separando según recaiga el concurso sobre el patrimonio personal o fiduciario, y el beneficiario:

(110) La propuesta de regulación de los patrimonios fiduciarios hecha en Cataluña ya establece previsiones en materia fiscal. Señalando que «*a los efectos fiscales, el constituyente [fiduciante] no pierde la titularidad, de manera que la reversión del patrimonio fiduciario en el del constituyente, en el caso de extinción de la fiducia, no se considera adquisición patrimonial. Salvo que el bien revierta al constituyente, la extinción de la fiducia será conditio iuris para la exigibilidad del impuesto que corresponda en materia de sucesiones o donaciones. Mientras no tribute por el impuesto de sociedades, así como los impuestos correspondientes a las actividades que desenvuelva*» (traducción del autor). Entendemos que existe una verdadera transmisión dominical del fiduciante al fiduciario pero que al ser una transmisión dominical temporal, no se puede imponer sobre ésta la carga de la tributación como si se tratara de una adquisición definitiva. Habrá que determinar quién es el beneficiario de los bienes objetos de la fiducia: si el mismo fiduciante es el beneficiario, entendemos que la primera transmisión dominical no puede ser objeto de tributación; si el fiduciante y el beneficiario no coinciden, en este caso el beneficiario deberá tributar por los inmuebles percibidos. La regulación catalana hace mención a un punto interesante: la tributación por la adquisición de los inmuebles, la tributación por el impuesto de sociedades y la tributación por las actividades que desenvuelva el mismo patrimonio. Esta regulación establece, por tanto, una similitud con las rentas generadas por las sociedades.

a) *Concurso del fiduciante*. En el caso de que éste caiga en concurso, los acreedores nada podrán reclamar respecto del patrimonio fiduciario en cuanto que los bienes que conforman dicho patrimonio han salido de la esfera de poder del fiduciante.

Si la constitución del patrimonio fiduciario fue anterior a la creación de la deuda, entendemos que el negocio jurídico se verá defendido con mayor facilidad en cuanto que dicha transmisión no perjudicaba derecho alguno de ningún acreedor.

En el caso de que la constitución del patrimonio fiduciario fuera posterior a la existencia de la deuda, podría, por parte de los acreedores, plantearse la posibilidad de fraude de sus derechos. En este caso debemos diferenciar según que el beneficiario sea o no persona distinta del fiduciante. En el primer supuesto, no es necesaria la resolución del negocio en cuanto que los bienes y derechos van a ser recuperados para el patrimonio del fiduciante y los acreedores podrán, por tanto, cobrarse con los mismos bienes. En el segundo caso, se trata de una donación y, por tanto, revocable en los términos establecidos en los artículos 644 y siguientes del Código Civil.

Debemos diferenciar entre la constitución de patrimonios fiduciarios cuando existan pendientes deudas de las que deba responder el fiduciario, y la constitución de patrimonios fiduciarios después de que el fiduciante haya sido declarado en concurso.

En el primer caso, la existencia de deudas sobre el fiduciante no impide que éste constituya cuantos negocios tenga por conveniente. En el caso de que se demuestre el fraude de acreedores podrá procederse a la resolución de dicho negocio de acuerdo con el artículo 1.290 y siguientes del Código Civil.

En el segundo caso, debemos atender al artículo 17 de la LC relativo a las medidas cautelares anteriores al concurso y las del artículo 40 de la misma LC y relativo a las facultades patrimoniales del deudor. En este último caso, el deudor podrá constituir patrimonios fiduciarios aún después de ser declarado en concurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.º por el que «*en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad*». Esta posibilidad de constituir patrimonios fiduciarios en estado de concurso no se da cuando éste es necesario, ya que «*se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales*».

Puede plantearse la duda de si los administradores concursales podrían optar por administrar la masa concursal mediante una fiducia gestión. Esto implicaría que el administrador concursal pasaría a ser el fiduciante, por

representación, de un negocio fiduciario cuyo patrimonio fiduciario estaría formado por el patrimonio concursal. Entendemos que la respuesta debe ser negativa dado que, de acuerdo con los artículos 27 y siguientes de la LC, el cargo es *intuitu personae* y su contenido es el de administración de la masa concursal sin que comprenda la delegación de dicha administración. Esta delegación supondría una situación similar a la que exponíamos más arriba respecto del tutor de los bienes.

Es importante entender que el beneficiario no podrá reclamar los bienes *per se*, en cuanto que carece de acción real hasta que aprehenda los bienes, tal y como se argumenta en otro punto de este artículo. El beneficiario tiene derecho a que no se perjudique su condición de tal —sin perjuicio de lo dicho más arriba respecto de la inscripción de los bienes inmuebles del patrimonio fiduciario en el Registro de la Propiedad y los efectos de esta inscripción respecto de terceros— pero no sujetando directa e inmediatamente los bienes.

b) *Concurso del fiduciario*. Como hemos dicho más arriba, debemos diferenciar según el concurso del fiduciario se refiera a su patrimonio personal o al patrimonio fiduciario. En este caso, el concurso recae sobre la persona del fiduciario en cuanto que tal fiduciario o en cuanto titular de deudas personales. Como veremos, más que hablar de concurso del fiduciario debemos hablar de concurso del patrimonio fiduciario o del patrimonio personal de la persona del fiduciario, lo que supone una modulación —posible, entendemos— de la citada Ley Concursal. Lo que digamos respecto del patrimonio personal resulta aplicable al fiduciario y viceversa.

La regla general es clara: al constituirse dos patrimonios diferenciados, aunque éstos tenga un solo titular, cada uno de ellos tiene un centro especial, determinado y diferenciado de imputación de responsabilidad. Dicho de otra manera: cada patrimonio sólo responde de aquellas deudas que, de acuerdo con la naturaleza de las mismas, le sean imputables.

Esto da lugar a que una persona pueda ser objeto de un procedimiento concursal afectando sólo al patrimonio fiduciario y dejando a salvo el patrimonio personal. La naturaleza de las deudas debe entenderse como el origen de las mismas. Por tanto, y sin perjuicio de otros puntos de este artículo, el patrimonio personal responde de todas aquellas deudas también personales del deudor. En un sentido negativo, el patrimonio fiduciario responde de todo aquello de lo que no debe responder el patrimonio fiduciario.

¿De qué deudas responde el patrimonio fiduciario? De todas las deudas generadas por la administración, en el sentido más amplio posible, como ya señalábamos más arriba, del mismo patrimonio fiduciario. Esto entronca directamente con la necesidad de dar a conocer mediante las inscripciones registrales qué bienes son de carácter fiduciario. Sin esta constancia registral los acreedores desconocerán contra qué bienes podrán dirigir sus acciones.

En caso de concurso del patrimonio personal del fiduciario, los acreedores sólo formarán la masa activa a partir de los bienes que conformen el mismo patrimonio personal. La masa pasiva estará formada por aquellas deudas no imputables al patrimonio fiduciario.

En cuanto a los efectos del auto de declaración de concurso sobre el patrimonio personal del fiduciario, debemos seguir el artículo 21 de la LC. Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y facultades de los administradores, harán, como hemos señalado, referencia únicamente al patrimonio personal.

¿Puede el auto de declaración de concurso del patrimonio personal suspender las facultades de administración del patrimonio fiduciario? Creemos que no, en cuanto dicho patrimonio tiene un centro distinto de imputación y mediante las inscripciones en los Registros de la Propiedad se impedirá la confusión de dichos patrimonios. Otra cuestión es que una vez que recaiga sentencia en el procedimiento concursal se inhabilite al concursado a administrar patrimonios ajenos. En este sentido, la posibilidad de que se impida al deudor la administración de un patrimonio fiduciario procederá del artículo 172.2.2.º de la LC para el caso de que el concurso sea calificado de culpable. Mientras que no recaiga dicha sentencia, entendemos que el deudor concursado podrá continuar con la administración del patrimonio fiduciario sin que se vea afectado por el concurso del patrimonio personal (111).

En el caso de que la sentencia declare el carácter culpable del concurso y determine la *«inhabilitación de las personas afectadas por la calificación [como culpable del concurso] para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio»*, el administrador fiduciario debería cesar en dicha administración.

En cuanto a las *«medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patri-*

(111) Señala el artículo 44 de la LC que *«la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor»*. ¿Cómo casa este precepto con los relativos a las medidas en materia de administración para el caso de concurso? El párrafo segundo del mismo artículo 44 de la LC lo aclara al señalar que *«en caso de intervención [concursal], y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor [fiduciario], la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general»*. Es importante resaltar que este artículo debe interpretarse en relación con el 17 y 40 de la LC. Además, deja la vía libre para que el fiduciario-concursado pueda constituir patrimonios fiduciarios incluso después de caer en concurso, siempre que dicho negocio fiduciario sea una operación *«propio del giro o tráfico de aquella actividad... [autorizada] con carácter general»*.

monio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo», recaerán sólo sobre los bienes que conforman el patrimonio personal sin que, en ningún caso, puedan afectar al patrimonio fiduciario. Podría exceptuarse el caso, dada la riqueza casuística, en que de la administración de ambos patrimonios se desprenda la voluntad de confundir en cuanto al origen de los mismos. En este sentido, y como medida preventiva, se podría hacer necesario tomar medidas de precaución como una suspensión de la administración sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba.

En todo caso volvemos a la tan mencionada seguridad jurídica de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario para evitar su confusión con el patrimonio personal del fiduciario-deudor-concurtido: se hace imprescindible la constancia registral de la totalidad de los bienes fiduciarios como forma de evitar estas confusiones de bienes personales y fiduciarios. Sólo a través de los eficaces sistemas de seguridad jurídica que constituyen los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles se puede asegurar la no confusión y por tanto la claridad y seguridad de qué bienes pertenecen a qué patrimonio.

En este mismo sentido se expresa la LC al remitir en su artículo 24 —precisamente titulado *Publicidad*—, a la inscripción del Registro Civil y Mercantil. Señala este artículo que «*si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta ley [relativo a las ejecuciones y apremios]*». Siguiendo el artículo 21 de la LC, en cuanto al «*llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos...*», serán dichos créditos los personales del deudor y nunca los derivados de la administración fiduciaria que, como hemos visto, se satisfarán con los activos del patrimonio fiduciario.

¿*Quid* si por error se incluyen en la masa activa o pasiva derechos u obligaciones correspondientes al patrimonio fiduciario cuando en realidad eran del patrimonio personal o viceversa? En este caso será necesaria la inmediata rectificación del inventario correspondiente a dichas masas. Dicha rectificación requerirá justificación de la naturaleza del bien o de la deuda, para lo que resulta imprescindible la constancia de que su adquisición se realizó o no para el patrimonio fiduciario o para el personal. Además, será posible que los bienes consten por equivocación inscritos como si hubieran sido adquiridos para el patrimonio fiduciario o para el patrimonio personal.

En este caso, antes de hacerlos constar en el inventario de uno u otro patrimonio, se hace imprescindible rectificar el asiento registral (112).

c) *Concurso del beneficiario.* El hecho de que el beneficiario incurra en concurso no debe afectar a la figura de la fiducia por cuanto que los bienes fiduciarios sólo pasarán al patrimonio del beneficiario una vez que concluya la misma fiducia. Hasta entonces el beneficiario sólo percibirá los rendimientos de la administración en la forma convenida al constituir el negocio jurídico y carecerá de ninguna acción real sobre el patrimonio fiduciario (113).

¿Qué posibilidades de actuación tiene la administración concursal para evitar que parte del patrimonio del beneficiario se desvíe y no se aplique al pago de sus deudas? O más concretamente, ¿cómo evitar que el beneficiario impida la entrada de las rentas o de los bienes fiduciarios resultantes con el fin de perjudicar a sus acreedores? Señala el artículo 43 de la LC que «*en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario*». De lo anterior entendemos que los administradores pueden solicitar el embargo de las cantidades que deba percibir el beneficiario-concurtido. Además, los administradores podrán hacer constar mediante anotación preventiva en los bienes que formen parte del patrimonio fiduciario, que estos mismos bienes o los inmuebles que los sustituyan por subrogación real, quedan sujetos a las obligaciones derivadas del procedimiento, si bien esta anotación preventiva puede hacerse antes de terminar la fiducia, ha de tenerse en cuenta que no tendrá efecto si los bienes se enajenaran dentro del marco de actuación del fiduciario y que tampoco tendrá efecto hasta que el beneficiario no haya adquirido los bienes mediante la escritura pública de transmisión de la que hablábamos más arriba y se haya practicado la oportuna *traditio*.

En el caso de que la relación fiduciante/beneficiario sea a título oneroso, podrá aplicarse en todo caso este sistema de embargo de las rentas y anotación preventiva de los inmuebles que forman parte del patrimonio fiduciario.

(112) Véase, en este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1934-1935, y artículo 314 y sigs. del Reglamento Hipotecario.

(113) Vid. artículos 609 y 1.095 del Código Civil que exigen de la transmisión o *traditio* de la cosa unida a un título suficiente para amparar el dominio como forma de adquisición de éste. La fiducia, como no puede ser de otra manera, no puede alterar el régimen general de nuestro derecho de título y tradición como forma de transmisión dominical. Ello implica que el beneficiario deberá recibir la cosa en cualquiera de las formas de tradición aceptadas en nuestro Derecho para adquirir la propiedad del bien y poder, por ende, ejercer las pertinentes acciones reales. Hasta entonces, únicamente podrá limitarse a defender sus derechos como mero tercero beneficiario y, en ningún caso, como titular dominical. En este punto, como ya hacíamos referencia más arriba, nos apartamos del *trust* anglosajón que concede derechos al beneficiario sobre los bienes que constituyen el *trust*.

Cuestión más compleja será cuando la relación entre fiduciante y beneficiario de las rentas sea a título gratuito por cuanto que el fiduciante podrá usar del derecho del artículo 1.807 del Código Civil por el que «*el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista*». Puede entenderse por analogía que la percepción por el beneficiario de las rentas derivadas del patrimonio fiduciario cuando su vinculación con el fiduciante lo es a título gratuito, puede asemejarse al régimen de la renta vitalicia, por lo que dichas rentas fiduciarias no responderían de las deudas del beneficiario.

Si bien podemos admitir la aplicación por analogía de dicho artículo en cuanto a las rentas, mayores dudas suscita para el caso del beneficiario de los bienes ya que, en este caso, 1) no nos encontramos ante una figura asimilable a una renta, y 2) no existe ningún precepto similar en materia de donaciones.

8. Retribución del fiduciario

La retribución del fiduciario por la labor de gestión realizada puede establecerse de diferentes maneras. Señalaremos únicamente las más representativas sin perjuicio de que pueda manifestarse cualquier otra: i) que la administración sea gratuita; ii) que el fiduciario cobre un tanto alzado anual, mensual o cualesquiera otros de carácter temporal por la administración con independencia de cuál sea el beneficio total obtenido por su administración o, por último, iii) que el fiduciario perciba un porcentaje calculado sobre el beneficio obtenido por la administración.

En todos estos casos, además de la tributación correspondiente, deberá declararse claramente en el negocio de constitución —o dejarlo para un momento posterior—, la forma y tiempo de pago.

En el caso de que se empleen variables matemáticas, porcentajes o cualquier otro sistema que implique remisiones a índices, será precisa una expresión clara y sencilla de las fórmulas y de la identificación de los índices a los efectos de evitar posteriores controversias de las partes a este respecto.

iii) ELEMENTOS FORMALES

En este punto, no hacemos referencia a las formas específicas que deben seguirse para la transmisión de todos y cada uno de los bienes individuales que van a formar el patrimonio fiduciario o para su inscripción en el Registro de la Propiedad, sino a la forma que eventualmente debería adoptar la constitución del negocio fiduciario.

Entendemos que la exigencia de una forma concreta como, por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública, puede suponer reducir la flexibilidad de la figura así como encarecer la operación. Si las partes pueden constituir los negocios en la forma que tengan por conveniente, exigir un requisito de forma que es ajeno al negocio en sí puede implicar un formalismo caro e innecesario a estos efectos.

Esto no obstante, el otorgamiento de escritura pública o la formalización de la fiducia en un documento supervisado por la administración, especialmente la tributaria, puede suponer un mayor control por parte del Estado de los negocios fiduciarios convenidos. En una época en la que el blanqueo de capitales y el fraude fiscal han sido objeto de numerosa regulación —a la que nos referimos en otro punto de este trabajo— no podemos obviar esta misma regulación respecto de la fiducia. Especialmente relevante sería la intervención notarial en la confección del negocio jurídico en cuanto que aseguraría su debido ajustamiento al ordenamiento jurídico además de ser necesaria ex artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento del Registro Mercantil, como ya veíamos más arriba. En defecto de lo anterior, podría optarse por un simple documento administrativo de constitución del negocio jurídico si bien esta forma implica una mayor inseguridad.

Sin perjuicio de lo anterior y como se señala en otros puntos de este trabajo, se hace imprescindible la constancia en el Registro de la Propiedad de la transmisión de los bienes inmuebles que forman parte del patrimonio fiduciario. Téngase en cuenta lo dicho en otro punto sobre el eventual registro de los patrimonios fiduciarios con o sin carácter constitutivo.

Si los eventuales abusos en el uso de la fiducia han sido motivo para que varios estados, como, por ejemplo, el francés, denegaran o retrasaran su regulación, debemos tomar las medidas necesarias para evitar estos mismos abusos. Este fin exige el respeto a ciertas formas que tienen fundamentalmente un carácter de prevención e inspección que un carácter jurídico. El legislador deberá, en definitiva, articular las medidas necesarias para encontrar un punto medio entre la seguridad y la flexibilidad.

iv) ELEMENTOS TEMPORALES

Una de las circunstancias que necesariamente debe constar en el contrato de fiducia gestión es la relativa a la duración del contrato.

Es importante señalar, a modo de ejemplo, las diferentes modalidades temporales que se pueden hacer constar en el negocio: la duración del negocio podía determinarse de forma directa —señalando una fecha concreta— o indirecta, esto es, señalando la fecha de terminación de una operación concreta que no tenga plazo determinado de finalización o que se desconozca al tiempo de la celebración del negocio fiduciario.

Otra forma interesante de terminación del negocio puede ser, para el caso de inversión en sociedades cotizadas, el de establecer un límite de bajada de algún índice bursátil. Dadas las múltiples variables económicas que existen, se pueden tomar otras como la subida del EURIBOR hasta un porcentaje máximo, del Índice de Precios al Consumo (IPC) o cualquier otro que se tenga por conveniente. En todo caso, se requiere que el plazo sea determinado o determinable sin acudir a complejos sistemas de cálculo.

Otra cuestión es la de la posible suspensión —no terminación— de las operaciones de administración en caso del cumplimiento de alguna condición. En este sentido, las partes acuerdan que, dada una determinada variable —cualquiera de las que hemos citado más arriba a modo de ejemplo—, se suspenderán todas las operaciones de compra o venta del fiduciario o que dicha suspensión sólo afecte a la administración fiduciaria en el ámbito de un tipo de operación concreta.

Otra posibilidad es la de actuación del negocio fiduciario, únicamente en determinadas condiciones, estableciendo un plazo más amplio para el negocio fiduciario general. Es decir, las partes acuerdan la administración fiduciaria de un patrimonio en el que el fiduciario administrará los bienes sólo si las variables económicas alcanzan un porcentaje determinado. Existirá un acuerdo subyacente por diez años, por ejemplo, en los que el fiduciario será titular dominical, si bien sólo podrá realizar operaciones de adquisición, enajenación o las que se acuerden en tanto que el IPC, el EURIBOR o el IBEX 35, por ejemplo, alcance un determinado porcentaje o valor acumulado.

Finalmente, ¿cuál debe ser el plazo máximo de duración de la fiducia? En la legislación española existen numerosos ejemplos de límites temporales de la fiducia y así: artículo 781 del Código Civil que establece como límite «...que no pasen [las sustituciones fideicomisarias] del segundo grado o se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»; el artículo 204 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, se señala que «en las sustituciones fideicomisarias familiares... solamente tendrán eficacia los llamamientos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación», estableciéndose en el mismo artículo otros límites temporales; en Aragón, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, regula en su artículo 129 el plazo de la fiducia sucesoria que, sin perjuicio de las especialidades de esta figura, tiene como plazo el expresamente señalado por el fiduciante. En el caso de que el fiduciante no hubiere señalado plazo, éste será de dos años y si el llamamiento debe reiterarse y ha caducado el plazo, éste será de dos años.

Entendemos que debe dejarse a las partes la máxima libertad a los efectos de determinar el plazo de la duración de la fiducia. No deben ser sino las

partes, que conocen en profundidad la naturaleza del negocio y de la gestión sobre este negocio, las que determinen cuál es la duración más idónea para la fiducia gestión.

En este punto entendemos que el legislador únicamente debería limitar la duración de la fiducia gestión por motivos de defensa de derecho de terceros o para el caso de que se refiera a sectores sensibles. En otros supuestos, establecer un límite temporal *a priori* puede suponer un lastre para la celebración del negocio. Esto se entiende sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba respecto de los casos de incapacidad y a los cuales nos remitimos.

En todo caso, es claro que el contrato no puede establecerse *ad perpetuam* lo que exige que, aunque no se haya señalado un plazo de terminación del contrato, se señalen cuando menos los medios necesarios para denunciar el contrato y proceder a su resolución. Estos motivos no tendrán que ser necesariamente el incumplimiento del contrato por alguna de las partes contratantes (114) o la lesión sufrida por la realización del negocio (115), sino el simple transcurso de un plazo determinado que permita a una de las partes denunciar y cancelar dicho contrato y, por tanto, poner fin a la relación jurídica.

7. REFLEJO REGISTRAL DE LA FIDUCIA GESTIÓN

Sin entrar en la discusión de si la inscripción del patrimonio fiduciario en un registro público es condición necesaria, incluso constitutiva, a los efectos de crear y reconocer un patrimonio autónomo (116), es indudable que la constancia del negocio fiduciario en los Registros con eficacia jurídica es la forma más segura —la única, seguramente— de vincular a terceros respecto del mismo negocio.

La seguridad jurídica es inseparable del Registro de la Propiedad y, por tanto, entendemos que todo el negocio fiduciario, en cuanto que afecte a bienes inmuebles, debe pasar necesariamente por el citado Registro de modo similar al sistema establecido para el procedimiento de ejecución hipotecaria. Los pronunciamientos del Registro no se pueden desconocer y quien inscriba un derecho vinculará a terceros (117).

(114) Cfr. artículo 1.124 del Código Civil.

(115) Cfr. artículo 1.290 y sigs. del Código Civil.

(116) Véase, en este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1915 y 1919-1922 y nota de GÓMEZ GÁLLIGO a dicho trabajo, pág. 1968 y sigs.

(117) En este mismo sentido, aunque referido a los patrimonios protegidos creados por la Ley 41/2003, se refiere RECOVER BALBOA, al señalar que «...*de una manera u otra, los caminos del Patrimonio Protegido y los del Registro de la Propiedad o Mercantil acabarán cruzándose. O mejor: el devenir del Patrimonio Protegido precisa de la protección, de la seguridad y la transparencia que, en nuestro ordenamiento, garantiza la constancia registral... un encuentro que necesariamente se ha de producir, no sólo por*

Para concretar el ámbito de actuación del Registro de la Propiedad en relación con el negocio de fiducia gestión debemos determinar: A) qué circunstancias se pueden hacer constar en el Registro de la Propiedad y qué efectos produce dicha constancia registral y, por otra parte, B) cómo se harán constar estas circunstancias en la inscripción registral:

A) El objeto del Registro de la Propiedad es la inscripción y anotación de actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles —vid. art. 1 de la Ley Hipotecaria—, de lo que resulta que: a) la constancia registral lo será sólo respecto del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, salvo las excepciones legalmente establecidas, y b) también podrán ser inscritas aquellas circunstancias que afecten —por condicionar o limitar temporalmente— a estos mismos derechos.

De acuerdo con lo anterior, los elementos del acuerdo fiduciario que, en nuestra opinión, deben acceder al Registro de la Propiedad para que produzcan efecto respecto de tercero son:

- i) el *carácter fiduciario de la adquisición*, de lo que resulta que el fiduciario adquiere a los fines de gestionar. En definitiva, se trata de hacer constar la existencia de un negocio fiduciario que afecta al bien o derecho objeto de la inscripción. Esto permitirá distinguir los patrimonios personal y fiduciario del administrador-fiduciario, para que los acreedores puedan determinar si dicho bien responde de las deudas fiduciarias o personales del fiduciario (118);
- ii) el *plazo de duración de la fiducia*, haciendo constar directamente su terminación con una fecha concreta o de forma indirecta señalando la condición o circunstancia que provoque dicha terminación. En su caso, puede ser necesario el otorgamiento de escritura pública que acceda al Registro de la Propiedad en los términos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, a los efectos de determinar el cumplimiento de la condición que da lugar a la terminación de la fiducia. Deberá señalarse los efectos que la terminación de la fiducia produce respecto del fiduciario, especialmente si en este caso sólo puede enajenar los bienes a favor del beneficiario —cuya identidad tam-

la voluntad del legislador, sino, desde el punto de vista teleológico, para garantizar la seguridad, tanto de los intereses para la propia persona con discapacidad beneficiaria del Patrimonio (y, por ende, de quienes han aportado bienes para ésta) respecto de los actos que pueda efectuar un administrador (una actuación a posteriori resulta claramente ineficaz), como para terceros...» (BARCELÓ BLANCO-STEGER, GÓMEZ GÁLLIGO, LÓPEZ-GALIA-CHO PERONA, RECOVER BALBOA, RUIZ-RICO MÁRQUEZ, *Registro de la Propiedad y Protección de las Personas con Discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2006, pág. 119).

(118) Véase, en este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1935-1936 y 1941.

- bién deberá constar en la inscripción registral—, o si se le faculta para realizar algún negocio más (119);
- iii) la *determinación de si los derechos constituidos sobre el bien o derecho a que se refiere la inscripción registral sobrevivirán o no al tiempo de extinguirse la fiducia*. En el caso de que estos derechos deban extinguirse al transmitir los bienes a favor del beneficiario, la misma escritura de transmisión dominical a favor del beneficiario debe bastar, *per se*, para la cancelación de dichos derechos por parte del Registrador de la Propiedad, sin perjuicio de lo dicho más arriba sobre este punto. Esto no obstante, una declaración expresa a este respecto en dicha escritura evitaría confusiones al respecto y, por último;
 - iv) la *identificación del beneficiario o la forma de designación del mismo*. En este último supuesto, se requerirá el otorgamiento de una nueva escritura pública en la que se acredite el cumplimiento de las circunstancias expresadas en el contrato constitutivo del negocio para dicha determinación (120).

B) ¿Cómo se harán constar en el Registro de la Propiedad estas circunstancias? En cuanto a las circunstancias de las personas, de los derechos o del tiempo, nos remitimos con carácter general a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

En cuanto a la técnica registral para hacer constar en el registro las circunstancias a las que nos referíamos más arriba, se abren dos posibilidades:

- i) mediante su introducción en el cuerpo de la inscripción de cada uno de los bienes inmuebles transmitidos fiduciariamente, de forma resaltada, con negrita, subrayado o con ambos medios a la vez. Sin perjuicio de las inscripciones extensas y concisas —vid. art. 245 de la Ley Hipotecaria—, en las inscripciones de todos los bienes fiduciarios adquiridos originaria o sobrevenidamente, durante la vigencia de la fiducia deberá hacerse constar sin excepción alguna el carácter fiduciario del bien o derecho inmobiliario. En este sentido, es interesante observar la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, por la que se crean patrimonios especialmente protegidos a favor de los discapacitados, o
- ii) mediante una nota al margen de la inscripción de cada uno de estos mismos bienes fiduciarios, lo que puede resultar interesante si admitimos que fiduciante y fiduciario sean la misma persona (121).

(119) Véase, en este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 1935.

(120) En este sentido, PARDO NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 1930-1931.

(121) GÓMEZ GÁLLIGO entiende, en el caso de la Ley 41/2003, que la inscripción registral de los bienes del discapacitado que formen parte de dicho patrimonio especial-

La constancia registral debe seguir, entendemos, las siguientes reglas:

- i) Si la persona del fiduciante no coincide con la persona del fiduciario. En este caso, se produce la transmisión dominical del primero al segundo, lo que exige que en el cuerpo de la inscripción se hagan constar, junto con los demás datos vistos, el carácter fiduciario de la transmisión;
- ii) Si la persona del fiduciante coincide con la persona del fiduciario. El carácter fiduciario de los bienes que formen parte del patrimonio fiduciario se podrá hacer constar mediante una nota marginal, ya que no hay traspaso dominical a una persona distinta sino únicamente el cambio de bien personal a bien fiduciario, por lo que una inscripción se torna innecesaria y sobrecargaría los libros registrales;
- iii) Si el fiduciario enajena un bien a un tercero. El tercero adquirirá un bien cuyo carácter fiduciario se extinguirá en el momento de la transmisión, por lo que el carácter fiduciario del bien debe desaparecer en el momento de la inscripción de la titularidad dominical del tercero.
- iv) Si el fiduciario coincide con la persona del beneficiario. En este caso, sería innecesario extender una nueva inscripción, ya que quien es fiduciario va a ostentar ahora una titularidad dominical derivada de su condición de beneficiario. Por ello, entendemos que lo más apropiado sería practicar una nota marginal que indique que el bien ha perdido su naturaleza fiduciaria y que ha pasado a formar parte del patrimonio personal del fiduciario, ahora como beneficiario.

Como ejemplo de inscripción de una transmisión fiduciaria damos el siguiente:

URBANA.—Vivienda descrita en la inscripción anterior. Referencia catastral: XXXXXXXX. Cargas: No consta. Don AAA *ADQUIRIÓ* la finca del presente número por compraventa, como consta en la inscripción anterior y, ahora, la

mente protegido podrá hacerse: i) mediante inscripción de los bienes adquiridos por el discapacitado —se refiere no a los bienes ya adquiridos al tiempo de la constitución del patrimonio protegido sino a los que, ya constituido el patrimonio protegido, son adquiridos posteriormente por el discapacitado—, y ii) mediante nota al margen de la inscripción de dominio de los bienes ya adquiridos e inscritos a favor de los discapacitados antes de la constitución del patrimonio. De lo anterior resulta un doble régimen: el de los bienes que ya existían en el patrimonio del discapacitado y que pasan a formar parte del patrimonio especial y cuya constancia registral se hará mediante nota al margen de los mismos bienes y, el de los bienes que entran con posterioridad a la constitución del patrimonio especial en dicho patrimonio y cuya constancia registral se realizará mediante una inscripción (*Registro de la Propiedad y Protección de las Personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección...*, págs. 55 y 56).

TRANSMITE en pleno dominio y *fiduciariamente* a Don *BBB*, que ostenta la facultad de enajenación, y siendo *beneficiario* Don *CCC* por el *plazo* de X años. Los derechos reales constituidos por Don *BBB* sobre la finca de este número *quedarán extinguidos* una vez transcurrido el plazo de vigencia de la fiducia. En su virtud, *INSCRIBO* el pleno dominio de la finca del presente número a favor de Don *BBB* por *título de fiducia gestión* y el título de *beneficiario* de Don *CCC*.

8. CONCLUSIONES

En cuanto a las conclusiones finales señalamos:

- a) Que la causa, dentro del Derecho español, es un concepto lo suficientemente amplio como para enmarcar dentro de la misma negocios hasta ahora no desarrollados en el Código Civil.
- b) Que la causa fiduciaria tiene un carácter no tipificado y se entiende por tal aquella por la que un sujeto adquiere la titularidad dominical de un bien con carácter temporal y afectado dicho bien a la finalidad de administración, con obligación de transmitir al beneficiario las rentas producidas y los bienes resultantes.
- c) Que a esta figura le resulta de aplicación por analogía determinados preceptos del Código Civil respecto de la administración de la herencia y más particularmente de las sustituciones fideicomisarias.
- d) Que la regulación de la fiducia gestión requiere en todo caso la existencia de un verdadero patrimonio separado, lo que implica una fuente independiente de entrada y salida de los bienes y derechos y un centro independiente de imputación de responsabilidad. Esto implicará, entre otros, la existencia de un patrimonio personal y de otro fiduciario, ambos bajo la titularidad de la misma persona, y que el concurso de uno de los patrimonios no afecte al otro y viceversa.
- e) Que, como el resto del ordenamiento jurídico, la seguridad es piedra angular a los efectos de evitar perjuicios de terceros interesados en el negocio —fundamentalmente el beneficiario y los acreedores— por lo que el Registro de la Propiedad se establece como institución fundamental a los efectos de dar a conocer a terceros la existencia y la extensión, respecto de bienes inmuebles, del negocio fiduciario lo que es fundamental para su articulación; y, por último,
- f) Que la declaración de entrada y salida de los bienes del patrimonio fiduciario, la adjudicación de bienes y de rentas al beneficiario o cualquier otra medida de control, puede hacerse a partir de instituciones ya existentes pero que, en todo caso y dentro de lo posible, no deben perjudicar a la flexibilidad de esta figura que por su naturaleza puede ser especialmente sensible a trabas de cualquier tipo.

Por último, queremos hacer una breve reflexión respecto de la posibilidad de regular esta figura y su relación con el fraude. Sin perjuicio de lo que hemos dicho más arriba, en cuanto a los medios por los que evitar la utilización fraudulenta de la fiducia gestión, deseamos señalar que esta utilización fraudulenta, entendemos, no es un argumento que *per se* pueda impedir su regulación. Debemos permitir y favorecer la realización de nuevas actividades económicas y sistemas de lucro. No corresponde al ordenamiento jurídico impedir sino precisamente permitir y hacerlo con garantías respecto de terceros. Dentro de estas garantías que deben buscar los juristas pueden encontrarse medidas tales como impedir la constitución de fiducia liberalidad, ya prohibida por el estado francés, o impedir que fiduciante, fiduciario y beneficiario coincidan en una misma persona (122), establecer un listado de los bienes incorporados al patrimonio fiduciario originaria o sobrevenida, tributar por la transmisión de los bienes a favor del beneficiario cuando éste no sea el fiduciante para evitar la evasión en el pago del ITPAJD. En conclusión, si bien implica un beneficio indudable limitar a bienes concretos la responsabilidad por la realización de una determinada empresa económica, no es menos cierto que dicha separación patrimonial no puede implicar una limitación de responsabilidad para el caso de que un sujeto actúe de mala fe (123).

(122) ARROYO I AMAYUELAS postula frente al régimen previsto en el anteproyecto de patrimonios fiduciarios para Cataluña que permite, a estilo quebequés, que la titularidad de fiduciante, fiduciario y beneficiario recaigan en una misma persona. La autora propone una forma menos amplia, que sería aquélla en la que permitiéndose la coincidencia citada, sin embargo quede prohibida para el caso de que no sean fiduciario y beneficiario únicos («Los patrimonios fiduciarios y el *trust*», en *Revisa Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 693, págs. 11- 61, 2006, pág. 49).

(123) Téngase en cuenta el artículo 2645.1 *in fine* del Código Civil quebequés y ARROYO I AMAYUELAS, *Los patrimonios fiduciarios...*, págs. 52 y 53. Dicha autora sostiene que la realización de un negocio de fiducia gestión no puede considerarse *per se* defraudatorio, aunque por el mismo se disminuya el patrimonio del deudor-constituyente del patrimonio fiduciario. Precisamente, la aceptación general por parte de la DOCTRINA de este presupuesto posibilitará —como hemos defendido a lo largo del presente trabajo— la regularización de la figura de la fiducia gestión.

RESUMEN

TRUST

El autor defiende la posibilidad de regular en el ordenamiento jurídico español la figura del trust en su versión continental. Amparado por el Convenio de La Haya de 1985, postula la posibilidad de transmisión del dominio del propietario al fiduciario por causa de administración. Asimismo, acepta la posibilidad de que el fiduciario sea titular de dos patrimonios, el fiduciario y el personal, de manera tal que cada uno de estos patrimonios tenga un centro distinto de imputación de créditos y deudas. Expone la necesidad de que toda regulación relativa al trust cuente con las garantías jurídicas apropiadas. En primer lugar, mediante la inscripción de los bienes inmobiliarios que formen parte del patrimonio fiduciario en los registros de seguridad jurídica existentes en nuestro país. En este sentido, el Registro de la Propiedad cobra una vital importancia como medio para asegurar la publicidad de la naturaleza fiduciaria o personal de los bienes que ostente el fiduciario. También defiende la necesidad del cumplimiento de ciertas obligaciones fiscales como modo de asegurar la pertinente tributación y evitar el blanqueo y la evasión de capitales.

ABSTRACT

TRUST

The author defends the possibility of regulating the continental version of the trust in Spanish legislation. Based upon the 1985 Hague Convention, the author postulates the possibility of transferring domain from the owner to the trustee by cause of administration. The author also accepts the possibility of the trustee's being the holder of two bodies of property, the property in trust and the trustee's own property, such that each of these bodies of property has a different centre for the charging of credits and debits. The author states the need for all regulations concerning trusts to be equipped with the appropriate legal guarantees. First, through the registration of the immovable property belonging to the estate in trust, at our country's existing registers of legal security. Here the Property Registry becomes vitally important as a means of ensuring the publicity of the entrusted or personal nature of the assets the trustee holds. The author also defends the need for compliance with certain tax obligations as a way of ensuring the pertinent taxation and avoiding money laundering and capital flight.

(Trabajo recibido el 02-10-07 y aceptado para su publicación el 19-10-07)

DERECHO COMPARADO

Alcances del control difuso de constitucionalidad en el ámbito registral peruano (A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional)

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA (*)
GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO (**)

«Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the constitution of the United States, if that constitution forms no rule for his government? if it is closed upon him, and cannot be inspected by him?»

(Extracto de la sentencia del Juez John Marshall en el caso Marbury vs. Madison)

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.

1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.
2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA LEGALIDAD:

(*) Presidente del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Lima. Magister en Derecho Empresarial. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Mercantil.

(**) Adjunto de docencia de los cursos de Acto Jurídico y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado.

- 2.1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA.
- 2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
3. CONTROL NORMATIVO: EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO.
4. CONTROL DIFUSO APLICADO POR LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
 - 4.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DIFUSO.
 - 4.2. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
 - 4.2.1. *Sentencia que establece como precedente que los Tribunales Administrativos están obligados a aplicar el control difuso y su aclaratoria.*
5. ASPECTOS REGISTRALES:
 - 5.1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.
 - 5.2. APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO POR EL TRIBUNAL REGISTRAL.

INTRODUCCIÓN

Imaginemos que se publica en el diario o gaceta oficial la «Ley de Garantías Inmobiliarias» en virtud de la cual se deroga la «hipoteca legal» —regulada en el art. 1.118 del Código Civil (1)—, con carácter retroactivo, pese al mandato expreso del artículo 103 de nuestra Carta Magna (2).

¿Cómo debería procederse en sede registral si, a pesar del nuevo dispositivo legal, un usuario solicitara se inscriba la hipoteca legal derivada de su contrato de compraventa de inmueble con saldo de precio celebrado con anterioridad a la dación de la ley?

(1) Artículo 1.118. Hipotecas legales:

«Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:

1. La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.

2. La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.

3. La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios».

(2) Artículo 103. Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho:

«Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho».

Si nos guiáramos por el principio de legalidad, debería denegarse tal solicitud, dado que la fuerza que tiene la ley en sede administrativa es vinculante, por lo que el usuario sólo tendría la vía jurisdiccional para hacer valer su derecho. Entonces, ¿una norma que es, a todas luces, inconstitucional será aplicada por los entes administrativos basado en el principio de legalidad?

Cuando en el año 1803 el Juez John Marshall emitió el fallo del caso *Marbury contra Madison*, estableció (entre otras cosas) el principio de revisión judicial y el poder del Tribunal de resolver sobre la constitucionalidad de las medidas legislativas y ejecutivas (3).

La supremacía constitucional sobre cualquier otra norma fue uno de los argumentos que se sustentó en dicho fallo: «*If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply*» (4), el cual ha llegado hasta nosotros como una garantía de control normativo de las leyes.

La inaplicación de una norma realizada por los tribunales frente a la vulneración de la constitución ha llegado a nosotros con el nombre de control difuso, el cual tiene su sustento en la supremacía que tiene dicho texto constitucional sobre cualquier norma.

A raíz de la sentencia dictada del Tribunal Constitucional peruano publicada el 12-6-2005 (5) y la del 24 de octubre del presente año (6) —aclarada mediante Resolución del 13-10-2006—, se habilitó a los órganos administrativos (para ser más precisos a los Tribunales y órganos colegiados que imparten justicia administrativa a nivel nacional) la aplicación del control difuso.

(3) Para una mayor referencia recomendamos la lectura de LANDA ARROYO, César, *El Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra, 2.^a ed., págs. 48-56.

(4) «Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables» (traducción libre).

(5) Sentencia que declaró infundadas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley número 28389 y fundada en parte demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28449, que modificaron régimen pensionario regulado por el D.L. número 20530.

(6) Sentencia que declara FUNDADA la demanda de amparo, por lo cual se ordena a la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación. EXP. N.º 3741-2004-AA/TC.

1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

De la revisión de los artículos 3 (7) y 43 (8) de nuestra Constitución Política se desprende que nuestro país es un Estado Social y Democrático de Derecho, dejando de lado aquella concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo —tal como lo señala el Tribunal Constitucional—, no es sólo una cuestión terminológica, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

Y antes de dicho redimensionamiento, hubo un cambio fundamental que dio origen al Estado Liberal, el cual mediante dos revoluciones: la francesa y norteamericana, cambiaron la concepción de la época, haciendo el reconocimiento de la libertad de las personas en contraposición a lo sucedido durante el régimen absolutista-monárquico.

Dicho Estado Liberal de Derecho, si bien fue reconocido en sus inicios por la carga ideológica que tenía, luego de algún tiempo fue cuestionado por las exigencias de un panorama más complejo en las relaciones intersubjetivas, producto de la industrialización. Dicho tipo de estado no satisfacía plenamente la exigencia de la sociedad, toda vez que sólo aseguraba una mera igualdad formal que no trascendía al nivel social.

Por esto, en busca de la igualdad en sentido «material» en la sociedad junto con los mecanismos que coadyuven a ésta, se propone otro tipo de Estado. En ese sentido, se señala que si bien los valores básicos del Estado liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que «(...) *el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro*» (9).

(7) Artículo 3. Derechos Constitucionales. *Númerus Apertus*:

«La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

(8) Artículo 43. Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno:

«La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

(9) Fundamento § 1 de la sentencia del expediente 0048-2004-PI/TC del Tribunal Constitucional.

En ese sentido el Tribunal Constitucional (10) señaló que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, dado que: «*la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social (...)*».

Por lo que, si juntamos la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder (11), y el respeto y tutela de los derechos fundamentales (12), estamos frente al denominado Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, HÄBERLE señala que: «*El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizar elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta*» (13).

(10) STC 0008-2003-AI, Fundamento núm. 12.

(11) Una forma de limitación es la ya clásica división de poderes, la cual según LOEWENSTEIN: «Lo que en realidad significa la así llamada “separación de poderes”, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones —el problema técnico de la división del trabajo— y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa». LOEWENSTEIN, Karl, «Una antigua teoría: la separación de poderes», en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César, y RUBIO CORREA, Marcial, *Derecho Constitucional General*. Selección de Lecturas de Derecho Constitucional. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1995, pág. 18.

(12) Adoptamos dicha denominación, toda vez que nos parece más amplia y más flexible que utilizar la expresión derechos humanos, derechos naturales o derechos morales. Ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1999, págs. 36-38. Asimismo, para un mejor acercamiento al tema en sede nacional, sugerimos la lectura de BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, Lima, Ara Editores, 2001, pág. 73.

(13) HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2001, pág. 3.

Tal como lo señalamos, este modelo de Estado tiene como característica la supremacía constitucional, dado que todas las normas no pueden estar al mismo nivel, son parte de una norma fundamental que da validez a las demás y que prevalece sobre las otras, esta norma es la constitucional.

Asimismo, la característica del control y la limitación del poder se refiere al respeto que impone la Ley, entendida como norma que acoge la voluntad general y no los requerimientos individuales. Esto conlleva al sometimiento del ejercicio del poder a reglas preestablecidas para la actuación estatal, lo cual quiere decir que toda conducta del Estado debe ampararse en la ley, lo que se ha denominado, principio de legalidad.

Es importante enfatizar que este tipo de estado busca garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales (14), consagrándolos en una norma jurídica, previniendo su perturbación o privación, y creando mecanismos de tutela que protejan los mismos.

En conclusión, si bien por siglos se padeció la impronta de un legalismo formal, hace ya varios años ha salido a la luz un nuevo modelo, que no es producto de cambio meramente nominal, sino que adoptando el precedente lo humaniza, llenándolo de valores y principios de los cuales cualquier interprete debe partir.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA LEGALIDAD

2.1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Cuando se habla de jerarquía, se refiere a que existen niveles en el ordenamiento jurídico, por el cual van a ver normas que prevalezcan sobre otras en caso de conflictos.

Esto ha sido recogido en nuestra Carta Magna en su artículo 138, al señalarse que: «*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior*».

La discusión si la Constitución contiene normas jurídicas en sentido estricto de alguna manera ha sido superada por la doctrina comparada en función del tipo de Estado en el que nos encontramos, por el cual se afirma que «*la constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior*» (15).

(14) Artículo 1. Defensa de la persona humana:

«La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 3.^a ed., 1988, pág. 50. En ese sentido también se manifiesta

Al ser ley superior, la cual está positivizada, la Constitución gobierna las fuentes formales del derecho, así como hace depender el sistema entero como una norma fundacional, así como las funciones establecidas en un ordenamiento no positivizado tenía el Derecho Natural (16).

Por eso, se ha señalado que existen conceptos que por lo menos a nivel de discurso ya son consensualmente aceptados por todos en el Perú, siendo uno de ellos el de que ninguna normativa o quehacer estatal, e incluso privada entre particulares, puede ser contraria a lo constitucionalmente dispuesto, en línea de lo que actualmente se denomina «constitucionalización» del Derecho (17).

Siendo todo esto así podemos llegar a la conclusión que el principio de jerarquía normativa es uno de los sustentos para el equilibrio del modelo de Estado Constitucional adoptado, toda vez que al prevalecer el texto constitucional —con la valoración que contiene—, frente a cualquier norma de rango inferior, se protege la integridad del ordenamiento en su conjunto de manera inmediata y los derechos fundamentales del hombre de manera mediata.

2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por todos es conocida la importancia que tiene la Administración pública en nuestros tiempos, siendo que al estar siempre dependiente del «Estado», va de la mano con su evolución. Asimismo, su estructura por lo demás compleja, con diversas funciones y con reglas especiales, hacen que su estudio requiera cada vez más de mayor profundidad.

En ese sentido, históricamente se señala que el Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Éste partía de un principio básico: la fuente de todo Derecho es la persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que pudiese actuar tanto por normas

MONROY CABRA al señalar que: «La constitución es una norma suprema; los poderes públicos están sometidos a ella y la infracción es antijurídica y es declarada inconstitucional por los tribunales constitucionales. La norma constitucional tiene superioridad sobre la legislación, es fuente de toda creación normativa y de todos los actos de su aplicación» «La constitución es la norma jurídica fundamental y fundamento de todo el ordenamiento jurídico». MONROY CABRA, Marco Gerardo, «Concepto de constitución», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, Tomo I, Montevideo, Honrad-Adenauer-Stiftung, pág. 40.

(16) DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 7.ª reimp., 1999, pág. 22.

(17) ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy, «El control difuso: su ámbito de acción en el Derecho Comparado y sus alcances en el Perú», en *Revista Jurídica del Perú*, año LV, núm. 62, mayo-junio de 2005, pág. 32.

legales generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquéllas (18).

Por ello el Derecho no era visto en el Antiguo Régimen como legalidad, sino como un conjunto de derechos subjetivos («cosmos de privilegios»: Max Weber) (19). El Derecho Público se articulaba sobre la clave de bóveda de la posición subjetiva del monarca, pero, dada la posición trascendental de éste, ni él ni sus agentes (en cuanto puros mandatarios suyos), tanto los administrativos como los judiciales estaban sometidos a las leyes generales (*legibus solutus*) (20).

Todo esto cambia, tal como lo señalamos antes, con la nueva concepción de Estado, la cual debe ir de la mano con una nueva concepción de la Administración pública.

En el Derecho Privado se establece el principio *permissum videtur in omne quod not prohibitum*, es decir, toda vez que se rige por el principio de la libertad, se entiende permitido todo lo que no esté prohibido. Esto ha sido recogido en nuestra Carta Magna en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 como derecho fundamental, toda vez que se señala que «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

En cambio, cuando nos referimos a la Administración pública, tenemos que referirnos a otro principio que señala que *quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*, lo que no está permitido hay que entenderse que está prohibido (21).

Siendo este el principio que rige para la Administración pública, sólo una norma que habilite la actuación de ésta permite que despliegue todas sus facultades, evitando así posibles actos de arbitrariedad.

La Ley número 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tomando en consideración lo antes mencionado, ha recogido el denominado «principio de legalidad», el cual señala que, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I. Madrid, Civitas, 19.^a ed., pág. 440.

(19) Esto se entiende con la concepción de constitución que se tenía, la cual no era tomada como un cuerpo sistemático con valores preeminentes. Ver: ZAGREBELSKI, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1977 págs. 14-15.

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pág. 442.

(21) «Este principio, cuyos orígenes se remontan a la doctrina de la división de poderes, tal como se entendió en la Revolución francesa, no se aplica, obviamente, a la actividad de los particulares, para los que rige el principio opuesto de vinculación negativa, ya formulado por el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “todo lo que no está prohibido por la ley está permitido”». PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, I. Parte General, Barcelona, Marcial Pons, 15.^a ed., 2004, pág. 373.

Este principio tiene vinculación con la situación jurídica denominada potestad, la cual se entiende como aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes (22). Y dado esto, por su origen legal, éstas son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

En el ámbito administrativo se señala que estas potestades no se resuelven en ninguna pretensión concreta, sino en la simple posibilidad de producir efectos jurídicos: dictar Reglamentos, con el carácter vinculante de las normas jurídicas, entre otros (23).

Es decir, frente a ésta no existe un deber jurídico, sino una abstracta sujeción que vincula a soportar los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de las potestades y su eventual incidencia sobre la propia esfera jurídica. Para ser más precisos, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que «*sometidos o vinculados a esa sujeción no están personas determinadas, sino el conjunto de los ciudadanos (y aun de los extranjeros residentes sobre el territorio): todos tendrán que admitir que un Reglamento les afecte, o que una expropiación recaiga eventualmente sobre sus bienes, o que los mandatos y acuerdos de la policía del orden hagan de ellos sus destinatarios; pero a la vez esa incidencia podrá ser desventajosa, si de la misma resultan cargas o gravámenes para alguno de los sujetos sometidos a tales potestades, pero también ventajosa, puesto que el Reglamento puede ampliar o mejorar su esfera de derechos, o cabe que sea declarado “beneficiario de una expropiación” (...)*» (24).

Se señala que las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Explica GARCÍA DE ENTERRÍA que «*concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad, a la cual, como precisa el artículo 103.1 de la Constitución, “la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales...”*. Lo cual comporta dos consecuencias que vienen a subrayar un nuevo apartamiento de la figura técnica de la potestad respecto del derecho subjetivo; negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese in-

(22) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, Madrid, Iustel, 2004, pág. 423.

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pág. 450.

(24) *Ibid.*, pág. 451. Asimismo, SANTI ROMANO señala que nos encontramos frente a una especie de poder. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè editore, 1983, pág. 194.

terés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias» (25).

Es importante indicar que, desde un punto de vista formal, esas potestades administrativas, donde se expresa una inequívoca supremacía política, no son diferentes técnicamente de las potestades que el ordenamiento atribuye a los particulares, aunque, naturalmente, varíen en su contenido material concreto. Así la potestad paterno-filial, o la potestad de ocupar *res nullius*, o la potestad de acción, o de poner en marcha los Tribunales o la potestad de autonomía privada, etc. (26).

Explicado todo lo anterior, se entiende mejor el principio de legalidad y su relación con todos los administrados. La administración, al gozar de dicha posición de ventaja, puede realizar ciertos actos dentro de los límites que le han sido otorgados por ley.

Pero, ¿qué debemos entender por Ley? ¿Ley en sentido material o formal? ¿Sólo la Ley de segundo rango? ¿Y la constitución?

Entender sólo la Ley de segundo rango sería dejar de lado aquella norma que le da validez: la Constitución. Esto podría entenderse en un estado de derecho en el cual la constitución no sea considerada norma jurídica (27); sin embargo, en un Estado Social de Derecho esto no puede concebirse de esta manera. Así lo señala COMADIRA cuando dice que por este principio debe entenderse que las entidades están sujetas «(...) a todo el sistema normativo, desde los principios generales del Derecho y la Constitución nacional hasta a los simples precedentes normativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos» (28), lo cual es también acogido por el artículo IV.I del Título Preliminar de la Ley 27444 antes mencionada.

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pág. 453.

(26) *Ibid.*, pág. 452.

(27) En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado: «El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto» (Exp. 4854-2005-AA/TC, fj. 3).

(28) COMADIRA, Julio, «Derecho Administrativo», citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima, Gaceta Jurídica, 4.^a ed., 2005, pág. 64.

Siendo la Constitución como norma suprema (29), la cual protege los derechos fundamentales, debe protegerse su integridad, por lo que las normas inferiores deben estar conforme a aquélla (30).

Es importante, para efectos del presente trabajo, destacar lo señalado por GARCÍA PELAYO cuando se refiere a la evolución del constitucionalismo en el Perú y su incidencia en el denominado principio de legalidad: «*Pero, cabe advertir que no es un simple cambio de la tradicional prevalencia, en la práctica, de la ley sobre la Constitución. Más bien se trata de una profunda transformación del principio de legalidad que incluso afecta a la propia noción de derecho y de política*» (31).

3. CONTROL NORMATIVO: EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO

Cuando se menciona el control normativo de las normas, a fin de garantizar la supremacía constitucional, entre las soluciones propuestas en el Derecho Comparado encontramos generalmente tres:

La primera, de origen norteamericano, que se denomina el control difuso, la cual consiste —en términos latos—, en la revisión por parte de los jueces ordinarios, bajo el control último del Tribunal Supremo, de la constitucionalidad de las leyes a efectos de su aplicación en casos concretos.

La segunda, de origen austriaco, denominada control concentrado, consiste en otorgar a una entidad específica «Tribunal Constitucional» la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes. A diferencia de la primera, se caracteriza por otorgar a un organismo jurisdiccional especializado, llámese Tribunal Constitucional, el monopolio de las competencias para conocer de la constitucionalidad de las leyes.

(29) Esto no siempre fue así. GARCÍA DE ENTERRÍA señala con sorpresa que para la tradición constitucionalista de su país durante mucho tiempo «La Constitución no era una norma jurídica invocable ante los Tribunales. (...) La Constitución, simplemente, se repitió por todas las Salas del Tribunal Supremo, no era una norma jurídica que vinculase directamente ni a los sujetos públicos ni a los privados y que, por lo tanto, los Tribunales no debían siquiera consultarla para dictar sus sentencias». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pág. 101.

(30) «El ordenamiento jurídico es una unidad y opera como tal, como ya hemos intentado precisar; sin perjuicio de que su constitución interna obedezca a un cuidadoso sistema de relaciones y de límites entre las diversas fuentes que lo nutren», *ibid.*, pág. 443.

(31) GARCÍA PELAYO, Manuel, «Estado legal y Estado Constitucional de derecho», citado por LANDA ARROYO, César, *El Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra, 2.^a ed., pág. 91.

CALAMANDREI sistematizó con nitidez las diferencias entre estos dos modelos, señalando que el difuso era incidental, especial y declarativo; en cambio el concentrado era principal, general y constitutivo (32).

Finalmente, tal como señala PARADA la denominada francesa o de control previo, mediante sometimiento de la norma antes de su publicación y vigencia a un análisis sobre su constitucionalidad por un Consejo Constitucional. Este sistema, según opinión del autor, «ofrece indudables ventajas para la seguridad jurídica, pues los operadores jurídicos no se ven en el trance de dudar de la validez de las normas que han sido objeto de publicación oficial» (33).

Nuestra Constitución ha recogido los dos primeros modelos, toda vez que en el artículo 201 se establece al Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de la Constitución (control concentrado); y en el artículo 138 se faculta a los jueces a inaplicar una ley cuando va en contra de la Constitución (control difuso). Para el presente trabajo sólo nos enfocaremos en el primer modelo, toda vez que a partir de éste se analiza la posibilidad que puedan inaplicarse normas en casos concretos con el fin de proteger lo dispuesto por el texto constitucional.

4. CONTROL DIFUSO APLICADO POR LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DIFUSO

El primer punto de partida al analizar este tema es saber si toda la Administración pública está facultada para realizar el control difuso, o si sólo alguno de sus órganos o funcionarios lo están. Esto se puede ver, según lo señala TARAZONA ALVARADO: «en el caso del poder ejecutivo, donde al lado del típico funcionario y servidor público, desde el Ministro hasta el empleado que atiende en ventanilla de mesa de partes, que ejercen su función en base a normas previamente establecidas (leyes, reglamentos, directivas), y por tanto rigen su actuación de acuerdo al principio de legalidad, han ido apareciendo órganos que ejercen su función de manera independiente, es decir, sin estar sujetos a mandato imperativo, encargados de resolver determinadas materias sometidas a su consideración aplicando el Derecho. Ejemplo de estos órganos tenemos al Tribunal Fiscal, al Tribunal Administrativo

(32) CALAMADREI, Piero, «La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile», en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: Crónica de un fracaso anunciado», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 1999, Honrad-Adenauer-Stiftun: Montevideo, 1999, pág. 378.

(33) PARADA, Ramón, *op. cit.*, pág. 42.

del Indecopi, a los tribunales administrativos de los organismos reguladores, entre otros» (34).

No cabe duda que entre estos distintos tipos de funcionarios hay diferencias en el tipo de funciones, lo que queda por determinar —que se realizará más adelante—, es si estos últimos —en especial el Tribunal Registral—, están facultados a realizar el control difuso.

Tal como lo plantea BULLARD: «*Si bien no se trata de poner a Kelsen de cabeza (35), tampoco se trata de poner a la organización del Estado y el esquema de separación de poderes de cabeza (36). Se trata de entender cómo lograr un equilibrio que permita un mejor funcionamiento del sistema legal y sobre todo una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos» (37).*

4.2. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Haciendo un pequeño recorrido histórico por lo dispuesto por nuestro Tribunal Constitucional (38) debe señalarse que antes de la Resolución, materia de análisis y su aclaratoria, salvo la Resolución del 12-6-2005 (39), este colegiado había resuelto en forma contraria a otorgar la facultad a la Administración pública de realizar el control difuso (40).

Sin embargo, en la Resolución del 12-6-2005 en el considerando § 156 se dispuso que: «*156. La Constitución como norma vinculante para la Administración pública. (...) En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar*

(34) TARAZONA ALVARADO, Fernando, «La calificación registral y el control difuso», en *Actualidad Jurídica*, núm. 155, Lima, Gaceta Jurídica, pág. 61.

(35) En clara alusión a que no se puede invertir la jerarquía normativa haciendo prevalecer una norma legal sobre una constitucional.

(36) Se refiere a los peligros que pueden existir por una utilización no racional de este mecanismo.

(37) BULLARD GONZALES, Alfredo, «Kelsen de Cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas», en *Themis*, diciembre de 2005, pág. 84.

(38) Debemos tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, tal como lo señala el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Ley núm. 28301. Esta norma dispone, en su Primera Disposición Final, que los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos bajo responsabilidad.

(39) Sentencia que declaró infundadas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley núm. 28389 y fundada en parte demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28449, que modificaron régimen pensionario regulado por el DL núm. 20530.

(40) Así se estableció en las sentencias de 9-3-2003 y 16-10-2002, por ejemplo.

su constitucionalidad. El artículo 38.º de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución».

De dicho párrafo, aunque con cargo a un mayor desarrollo, el Tribunal Constitucional habilitó a las entidades de la Administración pública a realizar el denominado control difuso (41).

No obstante lo antes mencionado, surgía el problema de uno de los requisitos, para evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, que no se determinó en qué casos estamos frente a una «manifiesta inconstitucionalidad» (42).

A partir de dicha Resolución, diversas críticas, como la manifestada por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, para la cual resulta evidente que el ejercicio del control difuso por parte de la Administración pública podría afectar la seguridad jurídica, afectar el principio de legalidad administrativa, generar caos y afectar al Estado de Derecho (43).

Por ello, el control difuso que el Tribunal Constitucional ha planteado debe realizarse sólo cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta. Nosotros, en inicio, nos aventuramos a señalar que alguno de los supuestos en los cuales estamos frente a una norma manifiestamente inconstitucional se puede dar cuando se vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando se habla de derecho a la pensión se señala que el núcleo duro de este derecho fundamental se configura por: derecho de acceso a una pensión, derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y derecho a una pensión mínima (44). Por lo que habrá que revisar lo desarrollado respecto a los contenidos

(41) Es importante tomar en cuenta que la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone lo siguiente: SEGUNDA.—Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional. En ese sentido Marcial RUBIO CORREA señala que para la aplicación del control difuso debe tenerse en cuenta que incompatibilidad no es lo mismo que diversidad, pues siempre la regla inferior será diferente a la superior. En la diversidad se colocan matices o precisiones. En la incompatibilidad la norma de un rango y la del otro son excluyentes entre sí. Sólo en la incompatibilidad puede funcionar el control difuso. RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 5, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1999, pág. 26.

(42) Es necesario señalar que la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone lo siguiente: SEGUNDA.—Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.

(43) <http://www.derechoadministrativoperu.com> visitada el 10-12-2006.

(44) Párrafo 107 de la sentencia publicada el 12-6-2005.

esenciales de los derechos fundamentales desarrollados por el Tribunal Constitucional a fin de tener una primera idea en lo concerniente a lo que puede ser manifiestamente inconstitucional.

4.2.1. *Sentencia que establece como precedente que los Tribunales Administrativos están obligados a aplicar el control difuso y su aclaratoria*

Según la sentencia del 24 de octubre del presente año, se establece como precedente que los Tribunales Administrativos (45) deben aplicar el control difuso, lo cual ha sido ratificado y precisado por la Resolución del 13-10-2006, por lo que a partir de lo desarrollado, es importante analizar lo considerado en dichas Resoluciones.

Si bien la materia sobre la cual versa la Resolución principal se trata de un amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos, el Tribunal Constitucional desarrolló en los considerandos algunos temas puntuales.

En primer lugar, se señala que no sólo es una facultad de los órganos colegiados el aplicar control difuso, sino que es un *deber* (46), toda vez que a partir del principio de jerarquía normativa y en referencia al artículo 138 los jueces, y *no sólo ellos*, deben inaplicar normas cuando contravengan la Constitución.

Pero dicha sentencia va más allá, toda vez que señala: *«el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir, de realizar el control difuso —dimensión objetiva—, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante*

(45) Debemos tomar en cuenta que los funcionarios que resuelven estas materias se les dota de garantías similares a las que gozan los jueces, tales como la independencia en el ejercicio de su función, la estabilidad en el cargo, y asimismo lo resuelto por dichos órganos no va a poder ser declarado nulo de oficio por la Administración; pudiendo ser cuestionado sólo en sede judicial, si se agotó la instancia administrativa mediante el ejercicio de la acción contencioso-administrativa, según se señala en el artículo 202.5 de la Ley núm. 27444.

(46) «(...) De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la Administración Pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución —dada su fuerza normativa—, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)».

los tribunales administrativos —dimensión subjetiva—», lo cual es relevante toda vez que su inobservancia estaría violando el derecho al debido proceso (procedimiento).

Dicho esto, vemos que el Tribunal ha extendido la interpretación del artículo 138 de la Constitución, dado que es claro el deber de los jueces para realizar dicho control normativo, sin embargo, no así para los Tribunales Administrativos. El Tribunal ha interpretado dicha norma facultando a los Tribunales Administrativos, según la concepción actual de Estado, el poder gozar de dichas facultades y tener el deber de aplicarla.

De otro lado, la sentencia también aborda el redimensionamiento del principio de legalidad a partir del tipo de estado en el que nos encontramos, toda vez que señala: «*En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa, simple y llanamente, la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales*» y asimismo señala: «*De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la Administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38, 51 y 201 de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático*».

Siendo esto así, redimensionado el principio de legalidad y habiéndose interpretado el artículo 138 de la Constitución a favor que los Tribunales Administrativos y Órganos Colegiados apliquen el control difuso, añadimos que dicha interpretación debería entenderse para el control de legalidad sobre normas de rango inferior al constitucional, dado que dicho artículo señala: «*Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior*», es decir, tanto los jueces como los órganos colegiados y los tribunales administrativos.

En el precedente se señalan dos presupuestos para la aplicación del control difuso: 1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; 2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

5. ASPECTOS REGISTRALES DEL CONTROL DIFUSO

5.1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

La palabra calificación proviene de las palabras latinas *qualis* y *facere* (47), la cual en el sistema registral puede definirse como el enjuiciamiento que el registrador realiza sobre la legalidad de los documentos y sobre la validez y la eficacia de los negocios jurídicos contenidos en ellos (48).

En doctrina se señala que, «*calificar es decidir si el hecho, del cual se solicita el asiento, llega al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable; es decir, es determinar si, conforme a ley, procede o no practicar el asiento solicitado*» (49). GARCÍA GARCÍA señala que «*la calificación consiste en el juicio de valor que hace el Registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos, para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico, y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma*» (50).

En sede nacional, DELGADO SCHEELJE ha definido a la calificación como «*el control que realiza el Registrador a efectos de determinar si el título presentado al Registro es inscribible sobre la base de los diversos principios que, como requisitos y presupuestos técnicos para la inscripción, cada sistema contempla*» (51).

Resulta interesante esta definición dado que se suele limitar a la calificación registral al trámite de inscripción de una lectura restrictiva del artícu-

(47) DE MENA Y SAN MILLÁN, José María, *Calificación registral de los documentos judiciales*, Barcelona, Bosch, 1985, pág. 7.

(48) Díez PICAZO, Luis, *Sistemas de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, Vol. III, 1997, pág. 312. Asimismo, se indica que la calificación del Registrador «(...) ha de referirse al contenido del acto o negocio jurídico objeto de la correspondiente escritura pública presentada a inscripción. (...) El Registrador ha de comprobar si el acto jurídico en sí, o sea, el contenido de la escritura pública, es válido o nulo, tanto como tal como en sus condiciones. También ha de calificar la trascendencia real del contenido de este título». ROCA SASTRE, Ramón M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Bosch Casa Editorial, Barcelona, pág. 30.

(49) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Madrid, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1986, pág. 543.

(50) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, J. San José, S. A., 1993, pág. 264.

(51) DELGADO SCHEELJE, Álvaro, «Aplicación de los principios registrales en la calificación registral», en *Ius et Veritas*, núm. 18, junio de 1999, pág. 254.

lo 2.011 (52) del Código Civil. Sin embargo, el Registrador al calificar el título, además del principio de legalidad, califica los principios de tracto sucesivo, de relevancia, de prioridad excluyente, entre otros. Es decir, en el momento de la calificación se hará examen de todos los requisitos registrales exigibles (53) de una manera rigurosa.

En este sentido el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos define a la calificación como la evaluación integral de los títulos presentados, por lo que debe ser completa, no permitiéndose las observaciones sucesivas.

Por integral se refiere a que la evaluación no debe ser por partes sino completa, es decir, que el Registrador, al momento de la evaluación del título, deberá revisar todos los documentos pertinentes que se adjuntan a la solicitud de inscripción, para inscribir el (los) acto(s) que se solicita(n).

Además, dicha norma se refiere al tipo de actuación que deben tener los Registradores: actuar con independencia, de forma personal e indelegable. Lo primero se refiere al hecho que tiene libertad de criterio, por lo que no debe ser influenciado por factor alguno extraño a la actividad (54). Con personal e indelegable se refiere al hecho que es personalísimo, por ley le es atribuida la competencia, por lo que no puede desprenderse de ella por su sola voluntad. Así como tiene las facultades de calificación, el Registrador también es responsable personal por los errores que pueda cometer, esta responsabilidad puede ser penal, civil o administrativa.

5.2. APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO POR EL TRIBUNAL REGISTRAL

Tomando en consideración lo anteriormente desarrollado y a partir del caso hipotético planteado en la introducción, si existe una norma que plantea efectos retroactivos, pasándolo por el tamiz de los presupuestos señalados en la Resolución del Tribunal Constitucional, podemos decir:

(52) Artículo 2011. Los Registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los Registros Públicos.

(53) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1996, pág. 36.

(54) En ese sentido, DÍEZ-PICAZO señala que: «El Registrador es un funcionario independiente, sólo subordinado a otros órganos o autoridades en la vía administrativa o jurisdiccional y por el cauce de los oportunos recursos. Su actividad es pues, libre, sin tener que seguir directrices ni obedecer indicaciones de ningún tipo». DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 384.

Toda vez que el control difuso, en términos de CALAMANDREI, tiene naturaleza incidental, es decir, sólo importa para el caso en concreto, y el primer presupuesto para la aplicación del control difuso señala que el examen de constitucionalidad debe ser relevante para la resolución del caso en concreto; en el caso antes reseñado, la inaplicación de la norma, antes mencionada, es importante para la emisión de la Resolución administrativa, por lo que sería procedente la inaplicación. Asimismo, esto se confirma, dado que no existe interpretación que sea conforme a la Constitución (55).

De otro lado, el Tribunal Registral aún no ha realizado el control difuso, sin embargo ya hay atisbos de la conciencia que ha tomado dicho órgano colegiado sobre el tema.

Recientemente la Cuarta Sala del Tribunal Registral expidió la Resolución número 064-2006-SUNARP-TR-T del 28-4-2006, mediante la cual inaplicó el artículo 13 (56) del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos número 540-2003-SUNARP-SN, por juzgar que infringe lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 311 (57) del Código Civil, al introducir un requisito —intervención del cónyuge ausente— que, a su criterio, desnaturaliza dicha disposición legal, ya que conforme a esta norma basta la presentación de la partida de matrimonio para acreditar la calidad de social de un bien, y por consiguiente proceder a la rectificación.

Dicha Sala, tal como lo indicamos, no ha efectuado propiamente control difuso, sino un control de legalidad, al advertir que el sentido de dicha disposición reglamentaria es contraria al sentido de normas de mayor jerarquía como los artículos 269 y 311.1 del Código Civil.

Reiteramos que para realizar dicho control en sede administrativa, en especial en el ámbito registral, deben establecerse ciertos parámetros, toda

(55) Es importante indicar que la interpretación conforme a la Constitución en el Derecho americano se denomina «in harmony with the Constitution» y en alemania «Verfassungskonforme Auslegung der Gesetze».

En este sentido sugerimos la lectura de DA SILVA, Virgilio Alfonso, «La interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial», en *Cuestiones Judiciales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio de 2005.

(56) Artículo 13.º Rectificación de la calidad del bien:

«Cuando uno de los cónyuges, manifestando un estado civil distinto al que le corresponde, hubiere inscrito a su favor un inmueble al que la Ley le atribuye la calidad de bien social, procede la rectificación del asiento donde consta la adquisición, en mérito a la presentación de título otorgado por el cónyuge que no intervino, insertando o adjuntando la copia certificada de la respectiva partida de matrimonio expedida con posterioridad al documento de fecha cierta en el que consta la adquisición».

(57) Artículo 311. *Reglas para calificación de los bienes:*

«Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:

1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario (...).

vez que una aplicación inadecuada de dicho control puede hacer, por ejemplo, que un título se inscriba perjudicando el derecho de un tercero.

En ese sentido, en el punto tercero de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Constitucional *submateria* se dispuso remitir copia de la misma a la Presidencia del Consejo de Ministros: «*a efectos de que se adopten las medidas necesarias para su fiel cumplimiento en el ámbito de toda la administración del Estado (...)*», lo cual resulta importante, pues a través de las normas correspondientes se reglamentará esta potestad reconocida a los tribunales administrativos u órganos colegiados administrativos que imparten justicia administrativa con carácter nacional, unificando así los criterios y procedimientos aplicables en ese ámbito.

RESUMEN

CALIFICACIÓN. CONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional del Perú (TC) mediante Resolución del 12-6-2005 —lo cual fue desarrollado luego por la Resolución del 24-10-2006 y precisada por la Resolución del 13-10-2006— abrió la posibilidad que los Tribunales Administrativos puedan realizar el Control Difuso.

Si bien en un inicio el TC señaló que era facultativo la aplicación de dicho control normativo, luego lo señaló como deber: «el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso —dimensión objetiva—, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos —dimensión subjetiva—» lo cual es relevante, toda vez que su inobservancia estaría violando el derecho al debido proceso (procedimiento).

Dicho esto, el Tribunal extendió lo señalado por el artículo 138 de la Constitución peruana (lo cual es de por sí cuestionable), el cual sólo facultaba a

ABSTRACT

SCRUTINY. CONSTITUTIONALITY

The Constitutional Tribunal (CT) of Peru, by means of its Ruling of 12/06/05 (which was developed later by the Ruling of 24/10/06 and further focused by the Ruling of 13/10/06), opened the possibility of administrative courts' performing diffuse control.

Although at first the CT indicated that the application of said control over legislation was optional, later it indicated that diffuse control was a duty: «The right and the duty of administrative courts and judicial panels to prefer the Constitution over the law, i.e., to perform diffuse control (objective dimension), forms part of the protected constitutional content of the citizen's fundamental right to due process and procedural protection in administrative courts (subjective dimension)». This is significant, whereas non-observance would violate the right to due process (procedure).

Having said this, the Court extended the terms of article 138 of the Peruvian Constitution (a course that is in itself questionable), which empowered judges only. This has the natural consequence of adjusting the dimension of the principle of legality to suit the type of state we

los jueces. Esto tiene como consecuencia natural el redimensionamiento del principio de legalidad a partir del tipo de estado que hemos adoptado: «En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa, simple y llanamente, la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales» y asimismo señala: «De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la Administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38, 51 y 201 de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático».

A partir de dichas Resoluciones se han generado diversas críticas en el ambiente jurídico peruano, las cuales señalan, entre otras cosas, que el ejercicio del control difuso por parte de la Administración pública podría afectar la seguridad jurídica, afectar el principio de legalidad administrativa, generar caos y afectar al Estado de Derecho.

El presente texto describe el estado de cuestión de estas resoluciones y su implicancia en el ámbito registral.

have adopted: «In this sense, the principle of legality in the constitutional State does not merely mean enforcement of and compliance with what a law establishes, but also, principally, the law's compatibility with the objective order of constitutional principles and values», and the Court moreover indicated, «Otherwise, the application of an unconstitutional law by the public administration implies a denial of the principle of the supremacy of the Constitution, and that of its legislative force, because we would be giving priority to the principle of legality, to the detriment of the juridical supremacy of the Constitution established in articles 38, 51 and 201 of the Constitution; which subverts the very fundamentals of the constitutional and democratic State».

These rulings have aroused a variety of critiques in the Peruvian legal sphere, arguing, amongst other things, that the exercise of diffuse control by the public administration may affect legal certainty, affect the principle of administrative legality, generate chaos and affect the rule of law.

This text describes the state of the question of these rulings and their involvement in the registration sphere.

(Trabajo recibido el 23-05-07 y aceptado para su publicación el 19-10-07)

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 17-9-2007
(BOE 9-10-2007)
Registro de la Propiedad de Villena

SUSPENSIÓN DE PAGOS: EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL CONVENIO.

Una vez aprobado el convenio en el expediente de suspensión de pagos, el deudor recupera la plena capacidad, salvo las limitaciones que de forma expresa se establecieron en dicho convenio. Tales limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente.

Resolución de 18-9-2007
(BOE 9-10-2007)
Registro de la Propiedad de Villena

SUSPENSIÓN DE PAGOS: INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO POR DÉBITOS A LA SEGURIDAD SOCIAL: EFECTOS.

La anotación de embargo por débitos a la Seguridad Social presupone una diligencia de embargo comprensiva de una o varias providencias de apremio. Pero en todo caso sólo da trascendencia registral a esos créditos, no a otros posteriores. Así, para cancelar asientos posteriores a dicha anotación, habrá que depositar a disposición de sus respectivos titulares el exceso que resulte del precio de remate en relación con la cantidad garantizada con la anotación. Si el convenio de suspensión de pagos se practicó estando vigente la anotación de la misma situación, se producirá el trasvase de prioridad a favor de la citada inscripción, con independencia de que la anotación caduque con posterioridad.

Resolución de 19-9-2007

(BOE 11-10-2007)

Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 2

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: INSCRIPCIÓN.

Para que el derecho de uso constituido por una sentencia de divorcio pueda reflejarse en el Registro, se requiere: 1. Que como tal lo reconozca el fallo judicial recaído en proceso matrimonial; 2. Que se atribuya al cónyuge no propietario de la vivienda; y 3. Que la vivienda esté inscrita a nombre del otro cónyuge.

Resolución de 21-9-2007

(BOE 20-10-2007)

Registro de la Propiedad de Orquera

EXCESOS DE CABIDA: FORMAS DE REGISTRACIÓN. OBRA NUEVA: ACREDITACIÓN DE ANTIGÜEDAD.

La registración de un exceso de cabida puede llevarse a cabo por distintos procedimientos. A este respecto debe diferenciarse entre el acta de notoriedad sustitutiva del título público a que alude el primer inciso del artículo 298.3 del RH, del acta señalada en el artículo 53.10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Según se opte por una u otra, así habrán de cumplimentarse los requisitos específicos para cada caso. El título y la certificación técnica por los que se pretende la inscripción de una obra nueva por antigüedad habrán de recoger al menos los extremos señalados en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 22-9-2007

(BOE 15-10-2007)

Registro de la Propiedad de Reus, número 1

INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO.

Para poder practicar la inmatriculación por certificación del artículo 206 de la LH es preciso que la finca no se halle inscrita en todo o en parte con anterioridad.

Resolución de 24-9-2007

(BOE 22-10-2007)

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1

DACIÓN EN PAGO. PACTO DE RETRO. PACTO COMISORIO.

La dación de una finca en pago de una deuda ajena, estableciendo pacto de retro por cierto plazo y para determinado supuesto no puede, en sí mismo,

ser considerado un caso de pacto comisorio encubierto, sobre todo considerando que cuando se solicita la inscripción ya ha vencido el plazo para el ejercicio del pacto de retro.

Resolución de 25-9-2007
(BOE 15-10-2007)

Registro de la Propiedad de Frechilla

ENTIDADES RELIGIOSAS: IGLESIA CATÓLICA. DONACIÓN: PACTO DE REVERSIÓN.

La exigencia de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas está referida a las entidades religiosas en sí, no a los bienes inmuebles que les pertenezcan. Las circunscripciones territoriales de la Iglesia Católica (parroquias, obispados...) no necesitan de la citada inscripción, sino que tienen personalidad jurídico-civil desde que son erigidas canónicamente. La enajenación de sus bienes se somete a las normas del Derecho Canónico, y si se ha concedido una licencia o autorización no sujeta a plazo de vigencia, será susceptible de ser utilizada aún después del cese de la autoridad eclesial concedente. De acuerdo con lo previsto en el artículo 641 del Código Civil es posible pactar la reversión de parte de la cosa donada.

Resolución de 26-9-2007
(BOE 23-10-2007)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 6

HIPOTECA: PRESCRIPCIÓN. CANCELACIÓN ARTÍCULO 82.5 DE LA LH.

El cómputo del plazo para la prescripción, a los efectos de practicar la cancelación de una hipoteca en los términos establecidos en el artículo 82.5 de la LH, debe comenzar cuando haya finalizado el plazo en el que la obligación asegurada había de ser satisfecha.

Resolución de 27-9-2007
(BOE 23-10-2007)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Cuando la última inscripción de dominio tiene una antigüedad inferior a treinta años, es necesario que su titular comparezca en el expediente sin manifestar oposición, o que haya sido citado tres veces, una de ellas al menos personalmente. El Registrador puede y debe calificar este extremo, en tanto determina la relación del procedimiento con el titular registral. Sin embargo, si el Juez considera que una determinada notificación ha sido hecha correctamente, no puede el Registrador revisar tal juicio.

Resolución de 28 y 29-9-2007
(BOE 23-10-2007)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 7

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

La calificación del Registrador ha de estar debidamente fundamentada, sin que sea bastante a estos efectos, la mera enunciación de preceptos legales sin mayores aclaraciones. Es igualmente preciso que se especifiquen los medios de impugnación de la calificación denegatoria. En el procedimiento de presentación telemática, la Ley ha atribuido al Notario el carácter de presentante *ex lege*. La calificación ha de ser además íntegra, es decir, ha de contener la totalidad de los eventuales defectos apreciados en el documento. En este sentido, considerando los principios del procedimiento administrativo y las últimas reformas introducidas en la legislación hipotecaria, los artículos 254 y 255 de la LH han de ser interpretados en términos que impliquen que el Registrador haga una nota de calificación, incluyendo no sólo el defecto de falta de acreditación de la presentación y pago del impuesto, sino también cualesquiera otros de que pudiera adolecer el documento.

Resolución de 1-10-2007
(BOE 23-10-2007)

Registro de la Propiedad de Badalona, número 2

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: ACREDITACIÓN.

Es posible rectificar una inscripción de una finca, practicada en su día a favor de una señora con carácter ganancial, con el consentimiento de la titular y de los herederos de su esposo, en el sentido de aclarar que en realidad la finca es privativa de ella por hallarse en su momento los cónyuges casados en régimen foral catalán, circunstancia esta que no exige de mayores demostraciones. Además en este caso se acompaña acta en la que el Notario considera notorio que ése era el régimen económico-matrimonial de los esposos.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 6-7-2007
(BOE 8-10-2007)

Registro Mercantil de Bilbao

CUENTAS ANUALES. AUDITOR VOLUNTARIO.

A pesar de lo resuelto en la Resolución de 25-8-2005 en que atendiendo al principio de publicidad formal y a un eventual perjuicio para otros socios (especialmente los minoritarios) exigió el informe de auditoría a una sociedad no

obligada a verificación contable por tener auditor designado e inscrito con carácter voluntario, en este caso entiende la DG que no es aplicable el mismo criterio al tratarse de una sociedad unipersonal. Alega también como fundamento que en el otro caso resuelto existían además otros defectos como que no se había presentado informe de gestión y la certificación del artículo 366.1-2.º y 7.º

No menciona la reciente Resolución de 16-5-2007 que seguía el criterio de la de 25-8-2005.

Resolución de 9-7-2007

(BOE 5-10-2007)

Registro Mercantil de Barcelona, número IX

JUNTA GENERAL CONVOCATORIA. PLAZO.

El plazo de un mes que fija el artículo 97 de la LSA se cumple en igual fecha del mes correspondiente, luego si el último anuncio se publicó el 30 de mayo, el plazo se cumple a las 24 horas del 29 de junio y la junta puede celebrarse desde las cero horas del 30 de junio. Al haberse celebrado el 29 de junio no se respeta el plazo legal mínimo.

Resolución de 10-7-2007

(BOE 5-10-2007)

Registro Mercantil de Albacete

CUENTAS ANUALES. AUDITOR VOLUNTARIO.

A pesar de lo resuelto en la Resolución de 25-8-2005 en que atendiendo al principio de publicidad formal y a un eventual perjuicio para otros socios (especialmente los minoritarios) exigió el informe de auditoría a una sociedad no obligada a verificación contable por tener auditor designado e inscrito con carácter voluntario, en este caso entiende la DG que no es aplicable el mismo criterio, alegando como fundamento que en el otro caso resuelto existían además otros defectos como que no se había presentado informe de gestión y la certificación del artículo 366.1-2.º y 7.º

No menciona la reciente Resolución de 16-5-2007 que seguía el criterio de la de 25-8-2005.

Resolución de 11-7-2007

(BOE 8-10-2007)

Registro Mercantil de Ourense

JUNTA GENERAL. ACTA NOTARIAL DE JUNTA.

Constando en el Registro nota marginal de solicitud por un socio de levantamiento de acta notarial de junta y no habiendo sido ésta levantada, devienen ineficaces los acuerdos en ella adoptados. El hecho de que el solicitante concurriese a la junta y participase en las decisiones, no la convierte en universal, dado que se opuso expresamente a su celebración sin la presencia de Notario.

Resolución de 12-7-2007

(BOE 2-10-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número XVII

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL.

La existencia de cierre de la hoja registral por falta de depósito de cuentas de un ejercicio impide el depósito de las de cualquier otro.

Resolución de 27-8-2007

(BOE 5-10-2007)

Registro Mercantil de Cádiz

CUENTAS. SOCIEDAD DE CAPITAL PÚBLICO.

Las sociedades mercantiles con capital exclusivamente público se constituyen y actúan con sujeción a las normas legales que regulan las compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, entre las que no está la modalización del sistema propio de las sociedades anónimas, por lo que la sociedad recurrente está obligada a presentar informe de auditoría.

Resolución de 28-8-2007 (corregida por Resolución de 15-10-2007)

(BOE 6-10-2007, 29-10-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número VIII

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

Reitera la doctrina de las últimas resoluciones sobre este tema en el sentido de que el plazo de un mes que fija el artículo 97 de la LSA se cumple en igual fecha del mes correspondiente, luego si el último anuncio se publicó el 30 de mayo, el plazo se cumple a las 24 horas del 29 de junio y la junta puede celebrarse desde las cero horas del día 30 de junio.

Resolución de 29-8-2007

(BOE 6-10-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número XV

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

El plazo de un mes que fija el artículo 97 de la LSA se cumple en igual fecha del mes correspondiente, luego si el último anuncio se publicó el 27 de septiembre, el plazo se cumple a las 24 horas del 26 de octubre y la junta puede celebrarse desde las cero horas del 27 de octubre. Al haberse celebrado el 28 de octubre en segunda convocatoria, se respeta el plazo legal mínimo.

Resolución de 30-8-2007
(BOE 6-10-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número XVI

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

El plazo de un mes que fija el artículo 97 de la LSA se cumple en igual fecha del mes correspondiente, luego si el último anuncio se publicó el 27 de septiembre, el plazo se cumple a las 24 horas del 26 de octubre y la junta puede celebrarse desde las cero horas del 27 de octubre. Al haberse celebrado el 27 de octubre, se respeta el plazo legal mínimo.

Resolución de 31-8-2007
(BOE 6-10-2007)

Registro Mercantil de Alicante, número I

CUENTAS ANUALES. AUDITOR.

No puede efectuarse el depósito de cuentas anuales de una sociedad no obligada a verificación sin el correspondiente informe del auditor cuando por los socios minoritarios ha sido solicitado su nombramiento por el Registrador, siendo indiferente la causa por la que no se haya efectuado la auditoría.

Resolución de 1-9-2007
(BOE 6-10-2007)

Registro Mercantil de Alicante, número II

CUENTAS ANUALES. AUDITOR.

No puede efectuarse el depósito de cuentas anuales de una sociedad no obligada a verificación sin el correspondiente informe del auditor cuando por los socios minoritarios ha sido solicitado su nombramiento por el Registrador, siendo indiferente la causa por la que no se haya efectuado la auditoría.

Resolución de 4-9-2007
(BOE 2-10-2007)

Registro Mercantil de Toledo

CONSTITUCIÓN. SOCIOS. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES. NIF.

Los menores de catorce años que no hayan obtenido su DNI utilizan para su identificación como NIF el mismo del representante legal que actúa en su nombre, no es necesario que obtengan uno propio.

Resolución de 17-9-2007
(BOE 11-10-2007)

Registro Mercantil de Jaén

PODER. EMPRESARIO INDIVIDUAL.

Un poder conferido por un empresario individual para que el apoderado ejerza las facultades conferidas mancomunadamente con el poderdante es inútil. Un solo apoderado no puede actuar mancomunadamente si no se designa al mismo tiempo un apoderado más o una pluralidad de ellos. Para que pueda hablarse de apoderados mancomunados debe conferirse el poder a más de una persona.

Resolución de 20-9-2007

(BOE 11-10-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número I

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

El plazo de un mes que fija el artículo 97 de la LSA se cumple en igual fecha del mes correspondiente, luego si el último anuncio se publicó el 27 de septiembre, el plazo se cumple a las 24 horas del 26 de octubre y la junta puede celebrarse desde las cero horas del 27 de octubre. Al haberse celebrado el 27 de octubre, se respeta el plazo legal mínimo.

Resolución de 21-9-2007

(BOE 12-10-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número I

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

El plazo de un mes que fija el artículo 97 de la LSA se cumple en igual fecha del mes correspondiente, luego si el último anuncio se publicó el 27 de septiembre, el plazo se cumple a las 24 horas del 26 de octubre y la junta puede celebrarse desde las cero horas del 27 de octubre en primera convocatoria y en segunda convocatoria veinticuatro horas más tarde. Al haberse celebrado el 27 de octubre, se respeta el plazo legal mínimo.

Registro de Bienes Muebles

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 3-9-2007

(BOE 2-10-2007)

Registro de Bienes Muebles de Huesca

HIPOTECA MOBILIARIA.

La Dirección General estima que, en contra de lo que se dice en la calificación, sí consta en el título el plazo para la devolución del capital, pues así figura en un anexo al documento, y que del asiento de la hipoteca inmobiliaria que afecta a la finca en la que radica la maquinaria, objeto de la hipoteca mobiliaria constituida, resulta claramente que aquélla no se extiende a ésta.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

INAPLICABILIDAD DE LAS DOCTRINAS DEL REPORTAJE NEUTRAL Y DE LA ACCESORIEDAD DE LA IMAGEN (STS DE 18 DE MAYO DE 2007)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

El supuesto de hecho de la sentencia se centra en si cabe aplicar las doctrinas del reportaje neutral e información accesoria respecto de la reproducción en un periódico diario de la fotografía de una chica joven tomando el sol en *top less* en una playa, la cual no había autorizado la captación ni la publicación y a la que se confundió en un reportaje difundido en una revista semanal con la novia de un conocido deportista, lo que dio lugar a la indignación del interesado y motivó la información del diario con la reproducción fotográfica expresada.

II. PROPIA IMAGEN E INAPLICABILIDAD DEL REPORTAJE NEUTRAL

En otros comentarios ya hemos señalado cómo el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (1).

Derecho que impide no sólo la obtención, sino también la publicación o reproducción por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos

(1) Vid. SSTC 231/88 (*LA LEY JURIS.* 1166-TC/1989); 99/1994 (*LA LEY JURIS.* 13125/1994); 81/20001 (*LA LEY JURIS.* 3383/2001); y 83/2002 (*LA LEY JURIS.* 4151/2002).

que permitan reconocer su identidad (2). La protección del derecho a la imagen, ex artículo 7.5 de la LO 1/1982, se extiende a los supuestos en que se capte la fotografía en una playa o en otro lugar público, sin consentimiento de la persona fotografiada (3).

La aplicabilidad de la doctrina del derecho a la imagen al caso enjuiciado resulta incuestionable, sin que quepa aceptar la invocación de la doctrina denominada del *reportaje neutral* o *información neutral*.

La razón principal se centra en que la información de «La Voz» de Baleares no reproduce, con más o menos matices, la de otro medio de comunicación, sino que se trata de una noticia sobre la reacción de una de las personas relacionada con la información equivocada de Interviú.

Nos hallamos ante una información nueva y distinta, por lo que *no concurren las condiciones del reportaje neutral*, pues, «ha de ser mero transmisor de las declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, y, por lo tanto, si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral» (4).

En segundo lugar, si bien es cierto que en la denominada información neutral sólo se exige constatar la verdad del hecho de la declaración sin extenderse a la veracidad de ésta, cuya constatación sólo es exigible al autor de la declaración (5), sin embargo esta doctrina no es aplicable cuando se conoce que la información no es veraz, pues «el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias» (6).

El Tribunal Supremo entiende que resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un «reportaje neutral», se pudiera difundir —reproduciéndola— una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental; en el caso, el derecho a la imagen de la actora.

III. PROPIA IMAGEN E INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA ACSESORIEDAD

Los recurrentes entienden que la fotografía publicada forma parte accesoria de la información que se difundía, pero el juzgador desestima esa teoría.

El artículo 8.2.c) de la LO 1/1982 excluye de la intromisión ilegítima del derecho a la imagen «la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria».

(2) Vid. SSTC 156/2001 (*LA LEY JURIS.* 4591/2001); 83/2002 (*LA LEY JURIS.* 4151/2002); 14/2003 (*LA LEY JURIS.* 1115/2003).

(3) Vid. SSTC 83/2002 (*LA LEY JURIS.* 4151/2002) y 300/2006, 23 de octubre (*LA LEY JURIS.* 1947/2006) y TS de 6 de mayo (*LA LEY JURIS.* 4802/2002) y de 14 de noviembre de 2002 (*LA LEY JURIS.* 695/2003); STS de 25 de octubre de 2004 (*LA LEY JURIS.* 1797661/2004) y STS de 11 de noviembre de 2004 (*LA LEY JURIS.* 10078/2005) y STS de 6 de mayo de 2005.

(4) STC 136/2004, de 13 de septiembre (*LA LEY JURIS.* 13895/2004).

(5) Vid. STS de 6 de junio de 2003 (*LA LEY JURIS.* 2592/2003).

(6) Vid. STS de 22 de diciembre de 2003 (*LA LEY JURIS.* 823/2004).

En el caso ocurre que la imagen de la actora no es meramente accidental, sino que es la razón de la fotografía, y ésta forma parte del objeto principal de la información.

En el caso de autos es incuestionable la innecesariedad de publicar la fotografía, pues se podía dar la noticia sin la misma.

La utilización de la fotografía agrava más la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la actora, la cual no sólo es ajena a la captación y difusión de la fotografía.

Pero es que además el hecho se agrava por la confusión de su imagen con la de otra persona que abre una polémica en diversas informaciones y que a consecuencia de ello, se ve de nuevo, y con más extensión incluso, ofendida en su derecho, sin que la noticia del error anterior pueda justificar la publicación posterior.

Sin olvidar que el derecho a la imagen se vulnera con independencia de cual sea la finalidad de la difusión (7).

RESUMEN

ABSTRACT

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

RIGHT TO ONE'S OWN IMAGE

Inexistencia del reportaje neutral por no reproducir la noticia de la de otro medio de comunicación, sino que se trata de una noticia sobre la reacción de una de las personas relacionada con la información equivocada de la revista, conociendo la existencia de intromisión ilegítima. E inexistencia del carácter accesorio de la imagen, pues es la razón de la fotografía, y ésta forma parte del objeto principal de la información.

Non-existence of a neutral report, because the news is not a reproduction of the news of another media outlet; rather, the news concerns the reaction of one of the people related with the mistaken information from the magazine, with knowledge of the existence of illegal intrusion. And non-existence of the accessory nature of the image, because the image is the reason for the photograph, and the photograph forms part of the principal object of the information.

(7) Vid. STS de 7 de octubre de 1996 (*LA LEY JURIS. 9263/1996*) y STS de 12 de julio de 2002 (*LA LEY JURIS. 7159/2002*).

1.2. Familia

*INSUFICIENCIA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DE PATERNIDAD PARA
DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL EN SEDE
GUBERNATIVA A LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN
(Comentario de la DGRN de 23 de mayo de 2007)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

La paternidad se discute en los casos de existencia de matrimonio de la madre si el padre del nacido no resulta ser el marido de la madre sino un tercero.

El problema concreto que vamos a tratar en las siguientes líneas se centra en que de la prueba de investigación biológica de paternidad se alcanza la certeza y seguridad de que no es el marido el padre del nacido. Pero, ¿es suficiente su aportación al expediente gubernativo para desvirtuar la presunción legal de filiación matrimonial?

El trámite previo tras el alumbramiento es la inscripción del nacido. Y en el caso de que la madre esté casada y el alumbramiento haya tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación como matrimonial, dada la fuerza probatoria de la presunción de paternidad del marido de la madre y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (arts. 113 y 116 del Código Civil).

II. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

El artículo 116 del Código Civil regula el supuesto de presunción de paternidad matrimonial, determinando que: «*se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*».

Pero, ¿cuál es el fundamento de la presunción de paternidad? Para LASARTE ÁLVAREZ (1): «constante el matrimonio, la presunción de paternidad del marido ha sido una regla clásica del Derecho de Familia, asentada en obvias consideraciones de orden estadístico y en la pauta práctica de que, generalmente y salvo prueba en contrario, la estadística es conforme con la realidad de las cosas; desde el viejo Derecho romano, en relación con lo que hoy denominamos filiación matrimonial, se formuló el brocardo de que se considera padre a quien resulta de las nupcias o del matrimonio» (2).

(1) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, Derecho de Familia, Trivium, Madrid.

(2) Vid. también la STS de 14 de octubre de 1985, que señala que: «La presunción de paternidad en la filiación matrimonial con arreglo al principio *pater is est*, de muy

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (3) mantienen que «la defensa de la paz familiar, que comporta una potenciación del automatismo y una reducción en la medida de lo posible del número de los eventuales litigios, lo que aconseja introducir en el ordenamiento una distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, o filiación matrimonial y no matrimonial, para hacer arrancar de ella un diferente régimen jurídico sobre establecimiento de la filiación».

RIVERO HERNÁNDEZ sustenta la presunción de paternidad del artículo 116 sobre dos puntos: *a*) la presunción de convivencia de los cónyuges (art. 69 del Código Civil) y la cohabitación o relación sexual de los mismos, que es a la vez derecho y deber en el matrimonio (art. 68 del Código Civil); y *b*) la llama-

rancio abolengo, pues arranca de un conocido texto del Derecho Romano (*«pater vero is est quem nuptiae demonstrant»*: D. 2, 4, 5), sancionador del hecho de tal relación consanguínea cuando el nacimiento se ha producido *ex uxore*, principio que pasó al Derecho Canónico medieval (*«qui natus est de uxore alicujus, praesumitur dius iustus»*) y por fin a la Codificación, según es de ver en los artículos 101 del Proyecto de 1851 y 108 del Código Civil de 1889, ciertamente no obsta a la promoción de acciones negando la paternidad marital, tema en el que la reforma de 13 de mayo de 1981 ha significado un cambio profundo de la normativa precedente, que limitaba el supuesto a la evidencia de la imposibilidad física de acceso carnal en el período de la concepción (art. 108.2.º), pues si de un lado prescinde de reafirmar la presunción de paternidad *a marito* como lo hiciera el derogado artículo 109, cuyo primer inciso cuenta también con un ilustrativo antecedente en la legislación alfonsina (*«ensáñame las mujeres a las vegadas tan fuertemente que, por despecho que han de los maridos, dicen que los fijos que tienen en los vientres, o que son nacidos, que no son dellos, más de otros»*, ley 9.a, título 14, Partida Tercera), de otro amplía los plazos de caducidad de la acción (art. 136 y sigs.) y no constriñe las pruebas utilizables, que podrán serlo «de toda clase, incluidas las biológicas» (art. 127), con lo que es manifiesto que la no paternidad del esposo podrá ser demostrada utilizando no sólo los elementos acreditativos de usual empleo bajo la normativa derogada (impotencia *coeundi* o *generandi*, falta de convivencia con la mujer a pesar del matrimonio, ausencia del marido, etc.), sino acudiendo a los mencionados como novedad, entre los que la técnica cita como principales de prueba de los grupos sanguíneos y la heredobiológica o antropomorfológica (...), alegando que la incomparecencia de la demandada recurrida para someterse en el correspondiente centro a la prueba biológica ha de ser valorada «como reconocimiento del hecho y conformidad con el resultado adverso de la prueba, suponiéndola practicada»; y también debe ser desestimado, pues el derecho a investigar la paternidad que aquel precepto constitucional defiere al legislador ordinario como lo hiciera en su párrafo cuarto del artículo 43 de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931, no puede llevar a la consecuencia de que la mujer que se niega sin causa justificada a someterse a pruebas hematológicas y se abstiene de presentar a su hijo menor con el mismo fin, incurre en *facta confessio*, sino que tal resistencia no pasa de constituir un indicio, todo lo valioso que se quiera, para sospechar lo infundado de la oposición mantenida cuando otros elementos de conocimiento avalan la acción del marido, siempre teniendo muy presente que la demostración de inexistencia de su paternidad ha de resultar concluyente para destruir la presunción legal en contrario sentido, de suerte que en la duda y en tanto la paternidad marital sea racionalmente posible, la acción deberá ser rechazada en favor del hijo, prueba sobre la falta de cohabitación o la infecundidad del trato entre los esposos que el contenido de las propias actuaciones desmiente, y como bien apunta la Sala de Instancia al referirse a este extremo, tal es la carencia en los autos de toda prueba positiva que incluso la confesión de la mujer ha sido renunciada y ni siquiera se ha intentado corroborar las manifestaciones atribuidas a las hijas de ambos cónyuges por el abuelo paterno en el acta notarial aportada con la demanda».

(3) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid.

da «presunción de concepción», que permite suponer que la concepción del hijo ha ocurrido en un determinado plazo (llamado «período legal de la concepción»), dentro de los ciento veinte primeros días de los trescientos que preceden al nacimiento, plazo que es precisamente la diferencia entre los plazos de trescientos días y ciento ochenta días que el legislador considera como máximo y mínimo de gestación, respectivamente.

La siguiente cuestión sobre la que hay que detenerse se centra en: ¿cómo funciona la presunción de paternidad en cuanto a los plazos? Existe un plazo mínimo y un plazo máximo de gestación de ciento ochenta y trescientos días, respectivamente, período dentro del cual el Código Civil establece la presunción de paternidad del marido de la madre, la cual alcanza a todo hijo, nacido en matrimonio, siendo indiferente el momento de la concepción, que puede ser anterior o durante la permanencia del mismo.

Presunción que es *iuris tantum*, y admite prueba en contrario, lo que significa que cabe probar que el hijo no es del marido por medio de las *acciones de investigación y de impugnación de la paternidad* y, además, puede demostrarse también que el nacido después de los trescientos días de disuelto o separado el matrimonio es del marido, a pesar del transcurso de este plazo (4).

(4) STS de 16 de diciembre de 1994: «A este respecto, la Sala de Instancia se refiere a “la ausencia de tales pruebas, al menos de las verdaderamente relevantes, debida a la tenaz resistencia opuesta por el codemandado T.”, así como a “la actitud procesal mantenida por el codemandado L.”, aunque también hace referencia a la prueba testifical (declaración de doña I. que, según la Sala de Instancia, reiteró “aunque con menor contundencia”, lo manifestado en el acta notarial de 13 de octubre de 1989) y, en definitiva, “vista la parquedad de la prueba practicada”, valoró la negativa del señor T. a someterse a las pruebas periciales propuestas por la actora, para concluir que ponderando la escasa prueba obrante en autos y “la actitud irrazonadamente negativa del señor T., así como la flagrante contradicción del padre registral” no era “amparable jurídicamente dicha negativa”, pues “si existen posibilidades o presunciones de que alguna persona haya participado en la generación, lógico es que se someta a las pruebas encaminadas a acreditarla, y si no lo hubiera sido, no menos lógico será que contribuya a eliminar su participación en dicha cuestión, sin ampararse en una actitud negativa, de obstrucción, sin razonamiento o justificación alguna que no sea, presumiblemente, el propio interés egoísta”, todo lo cual se atiende, en líneas generales, a la doctrina jurisprudencial expresiva de que “la negativa a someterse a la prueba biológica, aun no constituyendo *ficta confessio*, ha de relacionarse con los restantes elementos probatorios y que es un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa” (STS de 28 de abril de 1993, con cita de otras anteriores), dado que, ciertamente, los hechos consignados en la sentencia recurrida sí permiten afirmar aquella posibilidad que, relacionada con la negativa a la práctica de la prueba biológica es suficiente para afirmar la paternidad del señor T., a lo que debe añadirse que, en lo relativo al derecho constitucional a la intimidad e integridad física, que invoca el recurrente, bastará recordar que «se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación (STS de 15 de marzo de 1989), lo que afecta a su dignidad y al desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en la CE (STS de 26 de enero de 1993) y la doctrina antes expuesta sobre las consecuencias de la negativa a someterse las pruebas biológicas...».

III. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL EN EL CASO DE AUTOS

En el supuesto de que la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación como matrimonial, dada la fuerza probatoria (art. 113 del Código Civil) (5).

La consideración del hijo como matrimonial cuando la mujer es casada y nace dentro del plazo arriba señalado (6) es una *consecuencia automática de la Ley* (del art. 116 del Código Civil), y así lo han reiterado las Resoluciones de la DGRN, y así debe inscribirse mientras no quede acreditada otra filiación contradictoria (art. 113.2.º del Código Civil) (7).

(5) Artículo 113. La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

(6) «Para que pueda inscribirse la filiación no matrimonial del hijo de madre casada es necesario que llegue a probarse en las actuaciones que no entra en juego la presunción legal de paternidad del marido, es decir, que el nacimiento del hijo ha acaecido pasados los trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges» (RDGRN de 28 de abril de 2000).

(7) «Ahora bien, en el recurso se ha alegado que la madre estaba casada cuando nació la hija y esta circunstancia ha quedado comprobada como resultado de las diligencias para mejor proveer, ordenadas por este Centro, cuyo valor probatorio debe apreciarse ahora por ser de interés público su admisión (art. 358 RRC). Consiguientemente debe hacerse constar la filiación matrimonial de la nacida, con la obligada repercusión en cuanto a la determinación de sus apellidos —arts. 109 del Código Civil; 53 y 55 LRC; y 194 y 213 RRC—. En efecto, acreditado el matrimonio de la madre, entra en juego la presunción de paternidad del marido, tal y como ha quedado establecida por el artículo 116 del Código Civil, ya que no hay prueba ninguna de que el nacimiento haya acaecido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Tal presunción, corroborada por la de convivencia entre los cónyuges del artículo 69 del Código, es un medio de prueba de la filiación presumida que ha de desplegar su eficacia mientras no se desvirtúe por prueba en contrario (arts. 113, 1.250 y 1.251 del Código Civil). Desde el momento en que se solicita la inscripción de la filiación materna se cumple con el requisito exigido, para la admisión de pruebas distintas a la inscripción, por los artículos 113.1 del Código Civil y 2 LRC, porque, acreditada la filiación materna respecto de madre casada, la filiación matrimonial en las condiciones del artículo 116 del Código es una consecuencia que se deriva automáticamente de la Ley, y que debe inscribirse, mientras no quede acreditada otra filiación contradictoria (art. 113.2.º del Código Civil). Debe tenerse presente que para la inscripción de la filiación matrimonial no es necesario, como vienen señalando las últimas Resoluciones del Centro Directivo a partir de la de 13 de mayo de 1987, que se compruebe, además, en el expediente, la posesión de estado de la filiación matrimonial *a matre y a patre*, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, cuya doctrina debe estimarse superada en este punto, como ha reconocido implícitamente la nueva redacción del artículo 314 RRC por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón se apoya en la fuerza probatoria de la presunción de paternidad del marido, conforme a los indicados artículos 113 y 116 del Código Civil, y en la determinación legal de la filiación matrimonial conforme al artículo 115.1 del propio Código» (RDGRN de 8 de enero de 1990).

Se parte de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil, mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (art. 386 LEC).

En el supuesto objeto de comentario (RDGRN de 23 de mayo de 2007), la madre había declarado que desde hacía sólo dos meses desconocía el paradero de su marido y no se ha demostrado la falta de convivencia durante los trescientos días anteriores a dicho momento, es forzoso presumir la convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del Código Civil (8).

De ahí que se considere como matrimonial la filiación de la nacida, sin que la declaración de la madre, el reconocimiento efectuado por quien dice ser su padre biológico ni la prueba de investigación de paternidad aportada, sean suficientes para considerar destruida la referida presunción (9).

La presunción de paternidad matrimonial no queda destruida con la aportación de una prueba de investigación biológica de paternidad de la que resulta que no es el marido el padre del nacido.

IV. INEFICACIA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN SEDE GUBERNATIVA

¿Cuál es la eficacia de la prueba biológica? La prueba de paternidad biológica, que sirve de base al Ministerio Fiscal para dar por destruida la presunción de paternidad matrimonial, podría ser suficiente en el ámbito de un procedimiento judicial por las garantías procesales que dicha vía proporciona, entre ellas las relacionadas con el derecho de defensa del marido, pero no en ésta del expediente gubernativo.

(8) «Ésta, teniendo en cuenta que la madre declaró en comparecencia ante la Juez encargada que desde hacía dos meses no convivía con su marido y que desconocía su paradero, dictó providencia de fecha 20 de octubre de 2006, acordando la suspensión de la inscripción a fin de practicar las comprobaciones complementarias previas a la calificación a que se refiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil, y, una vez realizadas tales comprobaciones, por otra providencia posterior, de 26 del mismo mes, estimó acreditada la filiación materna y la situación de casada de la madre y, aunque los interesados habían presentado informe de investigación biológica de paternidad de la que resultaba que no era el marido, sino el co-promotor de este expediente el padre de la nacida, acordó que procedía inscribir a la menor con filiación matrimonial por no estar destruida la presunción del artículo 116 del Código Civil. A tal efecto requería previamente a la madre para que facilitase los datos del matrimonio o de identidad de su esposo, previniéndole que de no facilitarlos se inscribiría como hija matrimonial. Esta providencia, de 26 de octubre de 2006, es la que constituye el objeto del presente recurso».

(9) «Si bien el hecho de que el nacimiento del menor hubiere acaecido transcurrido un plazo superior al de los ciento ochenta días iniciales siguientes a la celebración del matrimonio, determina la imposibilidad de utilizar como solo instrumento para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil, la declaración auténtica en contrario realizada unilateralmente por el marido, conforme a la previsión del artículo 117 del mismo Código, no por ello se debe anudar a aquel hecho la conclusión de que dicha presunción pasa a ser inalterable, sino exclusivamente la imposibilidad de utilizar el citado medio simplificado para su destrucción, pero ello sin perjuicio de los demás medios probatorios en contrario que autoriza el artículo 1.271 del Código Civil» (RDGRN de 17 de junio de 2000).

No obstante, los interesados en vía judicial puedan ejercitar las acciones pertinentes para impugnar la filiación matrimonial acordada (10).

En el caso que nos ocupa, la madre había declarado que desde hacía sólo dos meses desconocía el paradero de su marido, pero no se ha demostrado la falta de convivencia durante los trescientos días anteriores a dicho momento, por eso es forzoso presumir la convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del Código Civil y, por tanto, la filiación matrimonial de la nacida, sin que la declaración de la madre, el reconocimiento efectuado por quien dice ser su padre biológico ni la prueba de investigación de paternidad aportada, sean suficientes para considerar destruida la referida presunción.

Esta prueba de paternidad biológica podría ser suficiente en el ámbito de un procedimiento judicial por las garantías procesales que dicha vía proporciona, entre ellas las relacionadas con el derecho de defensa del marido, *pero no en la del expediente gubernativo* (11).

V. SITUACIÓN DEL ENCARGADO ANTE LA INSCRIPCIÓN DE HIJO NO MATRIMONIAL EN EL SUPUESTO DE MUJER CASADA

Cuando se pretende inscribir por declaración dentro de plazo el nacimiento de un hijo no matrimonial de madre casada, el encargado, por las razones apuntadas en la *Circular de 2 de junio de 1981 (apartado I, letra B)*, debe hacer uso de las facultades que en la calificación le confiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil y realizar, en el plazo de diez días, las comprobaciones oportunas, con audiencia, si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a

(10) «El artículo 113 del Código Civil consagra, entre los medios de acreditación de la filiación y consiguientemente de la correspondiente paternidad, el de la presunción a través del matrimonio de los progenitores —requiere para ello de la maternidad de la esposa, que aquí no se ha cuestionado, y de la acreditación de vigencia del matrimonio, que se reconoce expresamente— que era el marido y padre, desarrollan los artículos 116 y 117 del mismo Código al establecer la presunción por el nacimiento después de los ciento ochenta días de contraído el matrimonio de los que se tienen por progenitores y antes de los trescientos siguientes a la disolución del vínculo o a la separación legal o de hecho de dichos cónyuges. Esta presunción legal nada tiene que ver con el reconocimiento que el demandante, desde su comparecencia en el Registro Civil para el acto de inscribir el nacimiento de la niña de la que ahora pretende desvincularse, invoca como viciado para demandar ya que aquella consecuencia de filiación se produciría sin más que aquel estado de hecho complejo de matrimonio permanente y nacimiento en su tiempo, por lo que no cabe llevar a dicha consecuencia el vicio de error que sólo para el acto de reconocimiento determinante de una filiación matrimonial permiten, para impugnarla, los artículos 138 y 141 del Código Civil» (STS de 21 de julio de 2000).

(11) RR de 19 de enero (*LA LEY JURIS.* 12116/1995), 28-2.ª de septiembre (*LA LEY JURIS.* 1270277/1995), 23 de octubre (*LA LEY JURIS.* 2791/1996) y 30 de noviembre de 1995 (*LA LEY JURIS.* 5838/1996), 10 de febrero (*LA LEY JURIS.* 6637/1996) y 26 de septiembre de 1996 (*LA LEY JURIS.* 4065/1997), 27-2.ª de mayo y 18 de noviembre de 1997, 27-1.ª de marzo de 1998 (*LA LEY JURIS.* 11459/1998); 22-3.ª de abril (*LA LEY JURIS.* 1244066/2002) y 20-4.ª de septiembre de 2002 (*LA LEY JURIS.* 1079/2003); 17 de abril (*LA LEY JURIS.* 12946/2003) y 25-3.ª de junio de 2003 (*LA LEY JURIS.* 10309/2004); 31-1.ª de enero de 2004 (*LA LEY JURIS.* 13893/2004); 25-1.ª de noviembre (*LA LEY JURIS.* 2355227/2005) y 9-1.ª de diciembre de 2005 (*LA LEY JURIS.* 2355433/2005).

fin de cerciorarse de que el nacimiento ha ocurrido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges.

Estas *comprobaciones* son necesarias a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido de la madre (art. 116 del Código Civil).

El criterio de esa Circular se ha visto confirmado por el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil, el cual en su última redacción recoge literalmente la declaración final 3.^a de la repetida Circular. Así, para impedir la inscripción de la filiación matrimonial presumida legalmente (arts. 69, 113 y 116 del Código Civil) no basta con que la esposa se oponga y acredite con un informe médico la no paternidad de su marido, sino que ha de demostrar que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges.

RESUMEN

PRUEBA DE PATERNIDAD

La presunción de paternidad matrimonial cuando la mujer es casada y el hijo nace desde el momento de la celebración del matrimonio hasta transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho es una consecuencia automática de la Ley. Presunción que no queda destruida con la aportación de una prueba de investigación biológica de paternidad de la que resulta que no es el marido el padre del nacido. Sí podría ser suficiente en el ámbito de un procedimiento judicial por las garantías procesales que dicha vía proporciona, entre ellas las relacionadas con el derecho de defensa del marido, pero no en la vía del expediente gubernativo.

ABSTRACT

PATERNITY TESTING

Presumption of matrimonial paternity when the woman is married and the child is born between the time of the marriage and 300 days after legal or de facto separation is an automatic consequence of the law. This presumption is not destroyed when evidence is furnished of a biological investigation of paternity showing that the husband is not the father of the child. Such evidence could be sufficient in a judicial procedure for the procedural guarantees that said channel provides, inter alia, the guarantees related with the husband's right of defence, but it would not be sufficient in the channel of the government proceeding.

1.3. Derechos reales

«LA CONDICIÓN MOBILIARIA DE LAS CASAS DE MADERA»

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. CONCEPTO DE CASAS PREFABRICADAS DE MADERA

Las casas prefabricadas de madera son construcciones completamente desmontables, en piezas separadas, que suelen armarse sobre un suelo o inmueble, consiguiendo formar una caseta compuesta de uno o varios habitáculos, de apariencia estable y sólida, destinada a vivienda, almacén, oficina o cualquier otra finalidad típica de un inmueble o edificio.

Las casas de madera, así entendidas, se caracterizan por su fácil montaje y desmontaje, y su transportabilidad, son en esencia «casas móviles», lo que hace que puedan ser trasladadas sin dificultad, en camiones, a distintos lugares. Asimismo, puede variarse su amplitud, transformarse y adaptarse a distintas situaciones, sin que ello suponga destruir, demoler o deformar la propia casa o el inmueble en el que se asientan, pues todas sus partes son piezas separadas e independientes, que pueden intercambiarse y rearmarse, sin necesidad de cimentar o asentar en el terreno en el que se establecen.

Hay que diferenciar estas casas de madera móviles de aquéllas que, aún siendo también de madera, necesitan unas instalaciones iguales que una casa normal y que por tanto van necesariamente acopladas al suelo a través de los cimientos, necesitan conexión al alcantarillado público, al alumbrado público, al abastecimiento de agua, etc. Por el contrario, las casas móviles suelen tener su propia autonomía, con fosa séptica independiente, generador de luz y depósitos de agua; en consecuencia, son las auténticas «casas móviles» porque se pueden desplazar con facilidad. Las otras casas de madera, cimentadas en el suelo, creemos que son verdaderos bienes inmuebles del artículo 334.3.º del Código Civil, y no plantean problemas, por lo que quedan fuera de este análisis.

No obstante, algunas de estas casas móviles de madera se destinan a vivienda por parte de sus propietarios, que les dotan de esta finalidad, y así han sido admitidas por la jurisprudencia como domicilio legal de la persona que allí vive. De esta forma, su destino como vivienda y su incorporación, siempre necesaria, a un inmueble, hace que se hayan planteado dudas acerca de su consideración como bienes inmuebles por incorporación o destino; o, si por el contrario, se trata de bienes muebles al poderse separar del suelo y ser transportables.

Corresponde, entonces, que analicemos cuáles son las características propias de cada uno de estos tipos de bienes, para poder concluir con posterioridad, a cuál de ellos se adapta mejor las casetas prefabricadas de madera.

II. DISTINCIÓN ENTRE LOS BIENES MUEBLES E INMUEBLES EN EL CÓDIGO CIVIL

A) BIENES INMUEBLES

El Código Civil en su artículo 333 clasifica todos los bienes apropiables entre muebles e inmuebles, y a continuación en el artículo 334 del Código Civil enumera la relación de los que se considera bienes inmuebles, para terminar por definir, a través de sus características principales, a los bienes muebles en el artículo 335 del Código Civil.

Los bienes inmuebles se caracterizan por su inmovilidad y su adscripción o vinculación al suelo, pero, dentro del artículo 334 del Código Civil, podemos distinguir distintos tipos de inmuebles:

- a) Los inmuebles por naturaleza —indubitadamente inmuebles—: las tierras, que son los que antiguamente denominábamos «bienes raíces» y que cumplen escrupulosamente las características propias de los inmuebles.
- b) Junto a estos, nos encontramos con los inmuebles por destino: aquellos bienes que, siendo muebles, sirven o están destinados a cumplir una finalidad del inmueble en el que se asientan. Por ejemplo, serían los apartados 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 9.º (por ejemplo, las máquinas destinadas a la explotación de la finca o edificio) (SSTS de 28 de marzo de 1954; 13 de diciembre de 1982; 4 de noviembre de 1985; 23 de diciembre de 1995); o viveros o estanques; las estatuas u objetos de ornamentación colocados en los fundos con vocación de permanencia, abonos y diques y construcciones fluviales o marítimas).
- c) Además existen los bienes inmuebles por incorporación, que serían los del artículo 334. 2.º y 3.º del Código Civil. Se trataría de bienes unidos al suelo de forma fija, de manera que no pueden separarse del suelo sobre el que se asientan sin deterioro del propio suelo o del objeto adherido. En este sentido, podemos hablar de los árboles o plantas o, según el apartado 3.º, de «todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto». Entrarían en esta categoría una pluralidad de bienes —objetos— que cumpliendo el requisito de su inseparabilidad del suelo, serían considerados inmuebles.

En este sentido, la STS de 24 de marzo de 1992, repite casi literalmente el artículo 334.3 del Código Civil, añadiendo que esos bienes inmuebles, por incorporación, formarán parte integrante del inmueble, y en consecuencia se destruirán o deteriorarán con la separación. De este modo, se considera inmueble al parquet instalado en las casas al haber quedado adherido al suelo (STS de 27 de noviembre de 1978); a los lavabos, inodoros, bañeras, etc., «desde el momento en que de manera se fija y se inmovilizan por unión o agregación a un inmueble» (STS de 18 de marzo de 1961); los frutos, mientras no se separen del inmueble y los pendientes (SSTS de 30 de abril de 1904; 11 de junio de 1912); o el chalet construido sobre el terreno troncal, que forme un todo que no puede separarse (STS de 4 de junio de 1925), y por último «los muebles y semovientes adscritos y existentes en la finca que fueron comprendidos en la escritura (STS de 25 de febrero de 1918).

Es interesante señalar que otro de los rasgos de estos inmuebles por incorporación es que «al ser parte integrante de aquél al que se unieron, no pueden ser objeto de negocio jurídico de clase alguna de forma separada» (STS de 30 de marzo de 2000).

Ante esta clasificación, ¿podría ser una casa prefabricada un bien inmueble por incorporación o por destino? No olvidemos que se asienta sobre un inmueble con vocación de permanencia y estabilidad, y que viene a cumplir en muchas ocasiones la finalidad de vivienda propia de los inmuebles, tal como incluso ha recogido la jurisprudencia, al considerar la casa prefabricada de madera como domicilio o morada a efectos penales (STS de 13 de octubre de 1993 y 21 de abril de 1994 y 7 de abril de 1995) (1). ¿Sería un inmueble por destino o por incorporación?

B) BIENES MUEBLES

El Código Civil en el artículo 335 (2) nos dice qué se entiende por bien mueble. Y sus características necesarias son:

- Portabilidad o transportabilidad: movilidad, puede moverse o trasladarse de un lugar a otro.
- Separación sin menoscabo del suelo o inmueble en el que se sitúa. Por tanto una unión no permanente entre ambos.
- Además, y como bien recuerda BADENAS CARPIO (3), hay que añadir un tercer criterio en la distinción entre los bienes muebles e inmuebles, y es el del carácter residual; es decir, que serán muebles todos aquellos que no sean inmuebles del artículo 334 del Código Civil.

El Tribunal Supremo ha insistido en estos caracteres de los bienes muebles entre otras en la STS de 14 de octubre de 1961, en la que señalaba como rasgos del bien mueble el ser una «cosa portátil, provisional o cambiable».

(1) La STS de 21 de abril de 1994, aun refiriéndose a una caravana y no exactamente a una casa de madera, señala que aquélla puede ser considerada como domicilio o morada, pues, al igual que ocurre con una casa de madera, «la caravana, adosada a un vehículo de motor o formando parte íntegra de él, que tiene su parte habitable todo lo necesario, más o menos, para hacer eficaz la morada de los pasajeros, es apta para constituir el domicilio de una persona...».

Y en el mismo sentido, la STS de 7 de abril de 1995 afirma que ha de entenderse por morada a efectos de la agravante del artículo 10.16 CP, «cualquier espacio cerrado que sirve para que alguien realice sus actividades domésticas (comer, dormir, descansar, etc.), bien sea de modo permanente o accidental, entendiéndose que constituye morada no sólo el domicilio habitual, sino también los sitios de residencia accidental, la habitación de un hotel o pensión en cuanto al cliente que la ocupa, incluso una tienda de campaña o la caravana o vehículo que durante un viaje o permanentemente es utilizado para albergar a personas o modestia del lugar pueda servir de excusa para negar tal condición, como ocurre con las chabolas del extrarradio de las ciudades».

(2) Artículo 335 del Código Civil: «Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos».

(3) Véase BADENAS CARPIO, J. M., «Comentarios a los artículos 333 a 347 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, AA.VV., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 472-473.

¿Es la casa de madera un bien mueble?

Para dar respuesta a esta pregunta hay que ver si se cumplen sus caracteres.

III. CONDICIÓN MOBILIARIA DE LAS CASAS DE MADERA: SUS CONSECUENCIAS

Tal y como hemos definido en el apartado I, las casas de madera móviles parece que cumplen perfectamente el carácter de la portabilidad, pues son totalmente desmontables y transportables por un vehículo.

Asimismo, al ser autónomas y no estar cimentadas al suelo, parece que pueden separarse del mismo sin detrimento alguno para ellas o el propio suelo sobre el que se asientan, cumpliendo de este modo el segundo de los requisitos del artículo 335 del Código Civil.

Faltaría por ver si cumplen el tercer criterio que establece el Código Civil: que no puedan considerarse inmuebles según el artículo 334 del Código Civil. Si fueran inmuebles podrían ser por incorporación o por destino.

El inmueble por destino debe quedar eliminado porque, como dice el propio Código Civil, esos bienes muebles que adquieren tal condición deben contribuir a «satisfacer las necesidades de la explotación misma»; eso mismo resalta la jurisprudencia cuando afirma que para saber si un determinado bien es inmueble será necesario «conocer previamente si en la finca o edificio hay negocio o explotación, si la presencia de las máquinas es accidental o permanente, si éstas satisfacen las necesidades de explotación, y si éste es el destino dado por el propietario» (STS de 10 de mayo de 1989). Está claro que la casa de madera no se sitúa en una explotación agrícola o ganadera ni con dicha dedicación, ni tampoco entra en los supuestos de los apartados 4.º, 6.º, 7.º o 9.º, por lo que su asimilación a un inmueble por destino es muy difícil.

¿Es entonces un bien inmueble por incorporación? No olvidemos que sólo serán inmuebles por incorporación aquellos que se unan al suelo y no puedan separarse del mismo, sin deterioro o menoscabo. Por lo tanto, por las propias características de estas casas, que no están cimentadas al suelo, ni arraigadas al mismo de otra forma, se entiende que pueden separarse perfectamente de aquél sin causar ningún perjuicio; a diferencia de esas otras casas que sí hunden sus cimientos en el terreno sobre el que se asientan, cuya separación entonces se hace costosa, lo que lleva a considerarlas como verdaderos inmuebles. No es posible asimilarlos tampoco a un inmueble por incorporación.

Por lo tanto, puede decirse que no tiene consideración de bien inmueble, sino que al contrario, se trata de un bien mueble que cumple todos sus requisitos, ya que como reitera la STS de 14 de octubre de 1961, aunque analiza el caso de una obra realizada en una finca, «si la obra puede calificarse de portátil, provisional, cambiante, no hay modificación de mueble a tenor del artículo 335 del Código Civil». Características que, precisamente parecen estar describiendo a las casas móviles de madera. Lo mismo podemos deducir de la STS de 24 de abril de 1992, en la que rechaza una primera calificación como bien inmueble de una estructura metálica que integraba una planta para la fabricación de piensos, asentada sobre una finca, considerándola como bien mueble y dando una correcta interpretación del artículo 334.3.º del Código Civil, «ya que no todo lo que se une a un bien inmueble adquiere esa misma cualidad. La unión ha de ser fija, calificativo que aquí significa por disposición legal que no puede separarse de aquél sin quebrantamiento de la materia

o deterioro del objeto, lo que implica que forma parte integrante del mismo y por éste se destruye o deteriora con la separación».

Por último, y por si quedaba alguna duda sobre su naturaleza mobiliaria, la carta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 14 de febrero de 2002, en contestación a una consulta realizada, viene a poner fin a esta discusión. La DGRN afirma con claridad que las casas móviles de madera son bienes muebles. Su argumentación es la siguiente: «Sabido es que los bienes muebles por destino, esto es, los unidos al inmueble de manera que no pueda separarse de él sin detrimento, así como los colocados por el propietario en el fundo con el propósito de unirlos permanentemente al fundo, son bienes inmuebles (arts. 334.3 y 4 del Código Civil); sin embargo, nada impide que las casas prefabricadas puedan tener la consideración de bienes muebles, cuando —como ocurre en la práctica— son susceptibles de separación del fundo sin detrimento y cuando el propietario manifiesta su propósito de no incorporarlo definitivamente al inmueble».

La condición de bien mueble de las casas prefabricadas móviles es un impedimento para establecer una hipoteca inmobiliaria sobre las mismas, con el problema que supone muchas veces para su propia financiación, pues al no ser considerado como inmuebles, las compañías de seguro se negaban a otorgar el seguro decenal obligatorio para la inscripción de obras nuevas en el Registro, y por tanto se impedía la inscripción de dichas hipotecas. Sin embargo, al ser un bien mueble, y ya sin lugar a dudas sobre esta condición, se puede establecer sobre la misma una hipoteca mobiliaria que se inscribirá en el Registro de Bienes Muebles, con la facilidad añadida de que no es necesaria entonces la constitución del seguro decenal obligatorio que establece la Ley de Ordenación de la Edificación, pero sí se obtendrá la garantía suficiente y necesaria para su financiación (4).

Hay que concluir por tanto, que estas casas son verdaderos bienes muebles y que se someten y se regulan por la legislación específica y propia de este tipo de bienes, para todo aquello que pueda influirles.

RESUMEN

BIENES MUEBLES. CASAS DE MADERA

En este artículo se ha abordado el estudio sobre naturaleza jurídica de las casas de madera transportables; en concreto sobre su condición mobiliaria o inmobiliaria. Su inicial y dudosa asimilación física y de finalidad (vivienda) con los bienes inmuebles ha ocasionado problemas a la hora de

ABSTRACT

PERSONAL PROPERTY. WOODEN HOUSES

This article takes on the topic of the legal nature of transportable wooden houses, particularly their status as personal or real property. Their initial and doubtful consideration as real property for reasons of their physical makeup and purpose (housing) has led to trouble determining whether they are

(4) Véase, en este sentido, sobre la inscripción en el Registro de Bienes Muebles: TABARES CUADRADO, J. M., *El Registro de Bienes Muebles de España*, disponible en www.cinder.info, 2003; y GÓMEZ GALLIGO, F. J., «El Registro de Bienes Muebles», en *RCDI*, núm. 657, febrero de 2000.

determinar si se trata de un bien mueble o inmueble, y las consecuencias que ello implica, a la hora de su inscripción en el Registro y de poder establecer sobre las mismas una hipoteca. Hay que concluir, sin embargo, defendiendo claramente su naturaleza mobiliaria.

personal or real property. Difficult consequences ensue in registration and mortgaging. The paper concludes, however, in a clear defence of the stance that transportable wooden houses are personal property.

1.4. Sucesiones

SUCESIÓN HEREDITARIA. EL ALBACEAZGO. PRÓRROGA DEL PLAZO PARA REALIZAR SU COMETIDO. ¿CABE LA PRÓRROGA TÁCITA DEL PLAZO?

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

En el número anterior de la *Revista Crítica* estudiábamos la figura del albacea, según la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y la regulación que de la misma ofrece el Código Civil en los artículos 892 a 911 y, de forma especial, el plazo dentro del cual ha de cumplir su encargo y la posibilidad de prórroga del mismo.

El albacea es una persona de confianza del testador y que éste nombra para que vigile la ejecución de lo dispuesto en el testamento, procure la conservación y custodia de sus bienes y vele porque se cumpla su voluntad. El albacea ha de cumplir su encargo dentro del plazo fijado por el testador, si el testador no lo hubiese fijado se le aplicará el plazo legal de un año con posibilidad de prorrogarlo.

Dado que el anterior comentario se centró en el estudio de la fijación del plazo y cómputo del mismo, nos remitimos a lo dicho en él sobre estos temas. Aquí vamos a analizar la posición del Supremo sobre la prórroga del plazo en el albaceazgo, quién está capacitado para autorizar la prórroga y la forma que la misma ha de revestir, ¿ha de ser expresa o cabe la prórroga tácita?

II. LA PRÓRROGA DEL PLAZO

La prórroga implica la ampliación del plazo inicial. Debe hacerse antes de que termine dicho plazo.

1. PRECEPTOS APLICABLES: ARTÍCULOS 904, 905 Y 906 DEL CÓDIGO CIVIL

De los anteriores preceptos se deduce que el plazo será, en primer lugar, el fijado por el testador. Si el testador no hubiere fijado plazo se aplica el

plazo legal de un año. El testador ha de establecer de forma clara la duración de la ampliación del plazo y si no señalase su duración se prorrogará por un año. Transcurrido este plazo, el Juez puede conceder otra prórroga por el tiempo que estime conveniente para que pueda quedar cumplida la voluntad del testador.

También los herederos y legatarios pueden, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario.

En resumen, la prórroga del plazo la puede fijar el testador, el Juez o los propios herederos y legatarios.

2. FUNDAMENTO DE LA PRÓRROGA

La prórroga tiene como finalidad que el albacea disponga del plazo que sea suficiente y necesario para poder cumplir debidamente el encargo asumido. No es necesario agotarla, ni tan siquiera utilizarla, la función del albacea concluye con el cumplimiento del encargo encomendado.

3. PRÓRROGA CONCEDIDA POR EL TESTADOR

El testador debe señalar la duración de la prórroga, a falta de precisión por su parte, tendrá el plazo de un año. No cabe establecer, ni siquiera puede hacerlo el propio testador, una prórroga que tenga carácter indefinido, según tiene declarado el Tribunal Supremo (1) y, si así se hiciera, se entenderá fijada por el plazo de un año.

Distingue ALBALADEJO (2), dentro de la prórroga concedida por el testador, dos supuestos: uno, aquel en el que el albacea tiene derecho a la prórroga automática sin necesidad de solicitarla previamente, y otro en el que es precisa la petición de prórroga por parte del albacea, ya sea a los herederos, a los legatarios o al Juez, una vez que llegue el momento.

a) *Automática*

En realidad en este caso no estamos ante una auténtica prórroga sino ante un plazo más largo.

b) *Previa solicitud*

Si así lo ha previsto el testador, aunque, en realidad, la prórroga la conceden los herederos y/o legatarios o el Juez. El testador se limita a contemplar la posibilidad de que la prórroga exista, posibilidad que, aunque no la hubiera contemplado siempre cabría, a menos que el testador la hubiera prohibido expresamente.

(1) STS de 24 de noviembre de 1906 y 28 de mayo de 1907.

(2) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XII, vol. 2, artículos 892 a 911, Madrid, Edersa, 1979, pág. 230.

4. PRÓRROGA CONCEDIDA POR EL JUEZ O POR LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS

La valoración de la pretensión de prórroga la harán el Juez o los herederos, en su caso, así lo entiende el Supremo en la sentencia de 3 de febrero de 1966 al decir que es, en principio, de la incumbencia judicial la apreciación de las razones y circunstancias en las que el albacea funda su pretensión de prórroga, «entra en las facultades del órgano jurisdiccional el estimar su procedencia o improcedencia, consecuentemente, el otorgarla o denegarla por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias» pues, como dice esta sentencia, la ley usa el término «podrá», que es potestativo y no imperativo.

El Juez debe conceder la prórroga solicitada cuando se dan las condiciones del artículo 905, máxime cuando esté próximo a finalizar el plazo concedido por el testador y no haya podido cumplir el encargo (3).

5. PRÓRROGA CONCEDIDA POR LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS

En cuanto a la prórroga otorgada por los herederos, según reza el artículo 906 del Código Civil, pueden concederla los herederos y legatarios de común acuerdo. En el caso de que no sean conocidos todos los legatarios, es válida la prórroga que otorgan sólo los herederos (STS de 4 de febrero de 1902). Será de aplicación a este supuesto la limitación establecida en el citado artículo 906: cuando el acuerdo se hubiese adoptado sólo por mayoría, la prórroga no puede exceder del plazo anual.

6. TIEMPO

En principio parece que la prórroga habrá de solicitarla el albacea antes de que expire el plazo de duración del cargo. Su duración será la que establezcan y, en su defecto, será de un año.

La sentencia del Supremo, de 29 de marzo de 2001, con referencia a la prórroga judicial, dice que debe solicitarse antes de que se haya extinguido dicho albaceazgo por cumplimiento del período inicial o de la primera o siguientes prórrogas. Si ha transcurrido «con mucho exceso el término del albaceazgo sin solicitar nueva prórroga», considera el Supremo que se ha extinguido (4).

El momento de inicio del cómputo del plazo es el de la petición de prórroga por parte del albacea, esa es por tanto la data inicial para saber si ha caducado o no el plazo para ejercer el albaceazgo (5).

La duración de las prórrogas debe ser la que precise el albacea para realizar su encargo, de suerte que sumada al período inicial resulte suficiente. La prórroga puede irse ampliando uno o más períodos, «sólo de esta manera se llenará el requisito de conceder la prórroga por el tiempo necesario, según las circunstancias, conforme prescribe la ley» (6).

(3) STS de 23 de enero de 1935.

(4) STS de 24 de noviembre de 1906.

(5) STS de 29 de marzo de 2001.

(6) STS de 7 de diciembre de 1903.

7. FORMA

En cuanto a la forma, nada dice el Código Civil al respecto, por lo que habrá que entender que hay libertad de forma. Esto nos lleva a plantearnos la posibilidad de la forma tácita.

7.1. La forma tácita

¿Cabría hacer la solicitud de prórroga de forma tácita?

¿Puede concederse la prórroga de forma tácita, tanto si la solicitud se ha hecho en forma expresa como tácita?

Como vemos, la forma tácita puede afectar a la solicitud de la prórroga, a la concesión de la misma o a ambas.

En principio parece que se admiten ambos tipos, claro ejemplo es la antigua sentencia de 4 de febrero de 1902, en la que se presupone que tanto la solicitud como la concesión de la prórroga se han realizado de forma tácita por los actos llevados a cabo tanto por los herederos como por los albaceas.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 2006, estudia una supuesta prórroga tácita y su validez, lo que le lleva a pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de los actos llevados a cabo por el albacea. Según las alegaciones de una de las partes, son nulos o ineficaces por haber sido realizados una vez extinguido el término o plazo del albaceazgo, ya que había transcurrido el plazo legal de un año para llevar a cabo el encargo y su prórroga que había de ser de otro año al no figurar expresamente señalada su duración. Según las alegaciones de la otra parte, los herederos habían concedido una prórroga tácita de un año al albacea que se habría sumado al año legal y al de la prórroga concedida por el testador, de modo que la protocolización de las operaciones particionales de la herencia discutidas estarían realizadas, según esta interpretación, dentro de plazo amparándose en el artículo 906 del Código.

El Alto Tribunal dice que el citado artículo «dispone que *los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario; pero si el acuerdo fuese sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año*. El propio tenor de la norma lleva a considerar la necesidad de que se trate de un acuerdo expreso al referirse a común acuerdo y prever las consecuencias de su adopción sólo por mayoría; y así ha de entenderse fuera de supuestos en que concurran actos verdaderamente concluyentes de los herederos y legatarios que lleven a obtener un juicio de certeza sobre la existencia de tal voluntad. No se ha apreciado así en el caso presente cuando la Audiencia simplemente alude a la conducta posterior de las demandadas, una vez fenecido el plazo, y a la del propio actor al permanecer pasivo, aunque el plazo se hubiera extinguido; elementos que de por sí son insuficientes para generar una presunción al amparo del artículo 1.253 del Código Civil en el sentido de que inequívocamente existía una intención de prorrogar, la cual habría de fundarse en cualquier caso en datos de mayor consistencia, inexistentes en el caso». Todo lo anteriormente expuesto lleva al Supremo a la conclusión de que los actos realizados por el albacea están viciados de nulidad al haber sido realizados por quien ya no tenía reconocidas las facultades necesarias para ello por haber terminado su función.

Pone de manifiesto ALBALADEJO (7) que aunque en algunos fallos el Supremo habla de prórroga tácita, no pueden considerarse casos de tal prórroga, más bien se trata de «hipótesis en que transcurrido el plazo sin haber cumplido su misión, el albacea y sin que durante tal transcurso mediase tampoco ningún hecho del que deducir ni la petición ni la pretensión de prórroga, después de acabado aquél, y por tanto, extinguido ya el albaceazgo, el albacea cumplió entonces su encargo, y ese cumplimiento fue aceptado por los interesados», lo que lleva a este autor a concluir que estamos ante la ratificación de algo hecho sin atribuciones para ello o sin poder bastante y que lo que lo convalida es la posterior ratificación y no una supuesta prórroga que se revela por actos posteriores que implican su otorgamiento.

III. CONCLUSIÓN

El albacea ha de solicitar la prórroga antes de que finalice el plazo fijado, ya sea el plazo inicial o el de una prórroga. La forma que ha de revestir la solicitud de prórroga y la concesión de la misma es libre, cabe, por tanto, la forma tácita, si bien en este caso es necesario que quede patente y clara la voluntad de otorgar una prórroga al albacea.

RESUMEN

ALBACEA. PRÓRROGA DEL PLAZO

Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prórroga del plazo que tiene el albacea para realizar su cometido y si ésta puede ser tácita.

ABSTRAT

EXECUTOR. DEADLINE EXTENSION

Critical analysis of Supreme Court case law on the extension of the term the executor has for performing his or her task and whether such an extension can be tacit.

(7) *Ob. cit.*, pág. 238, nota 43.

1.5. Obligaciones y Contratos

LOS ACTOS DE VOLUNTAD, PARA QUE SEAN CONOCIDOS, TIENEN QUE EXPRESARSE MEDIANTE LA NECESARIA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD QUE DEBE EMITIR CADA CONTRATANTE PARA FORMAR LA VOLUNTAD CONCORDE QUE EXIGE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO

por

ISABEL MORATILLA GALÁN

Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento se manifiesta como concordancia o coincidencia de voluntades en dos elementos esenciales del contrato que son el objeto y la causa de las obligaciones, y este desenvolvimiento del contenido del consentimiento explica el carácter de presupuesto del consentimientom formal del nacimiento del contrato y de su existencia como tal. El consentimiento —como acto de voluntad de las partes contratantes— deviene acuerdo común de las partes, es decir, voluntad o intención coincidente de todas ellas, intervención de dos voluntades conscientes y libres, por lo que no es confundible con el consentimiento o espontaneidad del declarante en los negocios jurídicos unilaterales. Nos referimos, insistimos, a lo que nuestro Código Civil denomina consentimiento de los contratantes, al decir del artículo 1261.1.º, pues, sin él, como dice el mismo precepto legal, «no hay contrato» y un concepto de este consentimiento lo da el artículo 1.262, párrafo 1.º, cuando dice: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». El consentimiento supone una voluntad concorde de los intervinientes en el contrato, que tiene, como dice la STS de 7 de diciembre de 1966, un proceso de elaboración interna propio del acto humano, que para ser tal requiere que se lleve a efecto con inteligencia y libertad, esta fase íntima se desarrolla en la propia conciencia del sujeto a través de los momentos psicológicos denominados «motivación», «deliberación» y «decisión», que no pueden tener trascendencia jurídica hasta que la voluntad formada «se manifiesta» produciéndose, al aunarse con otra voluntad, el concurso de la oferta y de la aceptación en que radica el consentimiento (1).

(1) Es importante acudir a la fuerza vinculante de la oferta antes de referirnos a los dos momentos previos a la perfección del contrato y al consentimiento contractual, y distinguimos, a este respecto, entre la *doctrina civilista tradicional*, que considera que si la oferta no contiene fijación de un plazo para la aceptación corresponde al proponente en todo momento el derecho absoluto de retirar su oferta, y la *doctrina moderna*, según la cual cada oferta lleva consigo la aceptación, que cuando es implícito hay que entender como tal el lógico y adecuado a la naturaleza de la oferta hecha por su complejidad o sencillez, por su valor económico, por una serie de circunstancias que, dado el caso práctico, se pueden determinar. El Código Civil español aparece inspirado en la doctrina tradicional, tal y como disponen las SSTS de 20 de abril de 1904 y 22 de diciembre de 1956, ya que no hay contrato sin el concurso de voluntades, el cual no existe cuando sólo media la manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser

II. FORMACIÓN DEL CONTRATO

En primer lugar hemos de aludir a los tratos previos: La celebración de determinados contratos exigen conversaciones o correspondencia previa, denominadas tratos, pero estos tratos carecen de significación jurídica y, desde luego, no forman parte del contrato. La ruptura de los mismos no produce obligación alguna de indemnizar, pero la conducta de las partes durante las negociaciones previas debe ajustarse al principio general de la «buena fe», de manera que, cuando la buena fe se quiebra por alguno de los negociadores, actuando con voluntad torcida de dañar al otro, con supuestos tratos que persiguen finalidades determinadas, cabe que se produzca responsabilidad exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil. La responsabilidad por ruptura de los tratos debe admitirse sólo en casos excepcionales y de comprobado o indebido perjuicio, ya que, de otro modo, se generarían cautelas y dudas que cercenarían la negociación. En nuestro tiempo se prodigan los llamados acuerdos de intenciones que son auténticos contratos sobre el modo de llevar una negociación en los que se incluyen pactos sobre posibles responsabilidades o exención de las mismas si no se observan las reglas que se establecen para llevar a buen término el contrato en cuestión. Los tratos sirven para indagar la voluntad de los contratantes en relación con la hermenéutica del contrato.

En segundo lugar hemos de citar el concurso de la oferta y la aceptación, al que nos referimos en el apartado I —*in fine*— de nuestro estudio, de forma tal que cuando concurren la oferta y la aceptación comprendiendo la cosa, la causa que han de constituir el contrato, en realidad, es que ambas partes consienten sobre el contenido del mismo, el consentimiento se manifiesta, el contrato se perfecciona. La *oferta* es una declaración de voluntad unilateral y receptiva, es la que propone la celebración de un determinado contrato con otra u otras personas. La oferta ha de ser:

- Completa, o sea, tiene que contener los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado, de manera que la simple aceptación de la otra parte sirva para considerar celebrado el contrato.

aceptado por la otra parte. No obstante, las doctrinas modernas pueden tener acogida en nuestra práctica porque a ellas no se opone ningún precepto del Código Civil ni de otras leyes y porque, evidentemente, pueden deducirse de una aplicación analógica. La oferta se caracteriza por manifestar una voluntad de obligarse a celebrar un contrato con persona determinada o indeterminada en supuesto de ofertas al público y no es confundible con el mero deseo de contratar, por eso, según la STS de 12 de mayo de 1970, la declaración receptiva ha de hacerse en respuesta a una oferta suficiente, la que no puede confundirse con la simple manifestación de un deseo de hacer gestiones previas para documentarse de las circunstancias concurrentes en el presunto contratante. La «coincidencia» de voluntades es lo que perfecciona el contrato, lo cual puede no ser concurso de oferta y aceptación, lo esencial es la dicha coincidencia de voluntades, aunque a ella se llegue a través de sucesivas modificaciones de ofertas y contraofertas. El texto del artículo 1.262 no se opone a ello, ya que lo que afirma esta norma se refiere al caso normal, pero no excluye otros modos de manifestarse el concurso de voluntades. La coincidencia de oferta y aceptación ha de contar de modo inequívoco y claro sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente, tal y como mantienen las SSTS de 19 de junio de 1950 y de 6 de marzo de 1969. No es posible apreciar la existencia de aceptación cuando se formula modificando o alternando la propuesta o someténdola a condición, tal y como señalan las SSTS de 10 de octubre de 1962 y 14 de marzo de 1973.

- Expresa, lo que no significa que tenga que ser escrita, pues cabe formalizarlo de palabra o con actos concluyentes.
- Inequívoca, es decir, realizada de manera que revele el propósito de vincularse contractualmente, con los requisitos de consentimiento, objeto y causa, en forma que quede perfecto el contrato por la adhesión de la otra parte.
- No necesita dirigirse a persona determinada, puede hacerse asimismo a persona indeterminada o al público en general.

Las ofertas, como declaraciones de voluntad unilateral, están sujetas a extinción por revocación y caducidad.

La *aceptación* es una declaración de voluntad, receptiva, que emite el destinatario de la oferta, manifestando su conformidad con la misma. La aceptación exige una correspondencia sustancial con la oferta y su realización en tiempo, es decir, antes de que la oferta haya caducado. La aceptación no requiere forma determinada, que, sin embargo, puede exigir la naturaleza del contrato, la Ley, o la voluntad de las partes. Cabe, al igual que sucede con la oferta, que la aceptación sea revocada, pero el acto de revocación debe llegar a conocimiento del oferente antes que el de la aceptación ya que, en otro caso, el contrato se perfeccionaría vinculando a las partes.

En tercer lugar, hemos de decir que la perfección del contrato es el momento álgido de la formación del contrato, pues éste no existe hasta el instante en que se produce el concurso ya examinado entre la oferta y la aceptación. Las declaraciones de voluntad coincidentes para la perfección del contrato tienen que ser, obviamente, conocidas por las respectivas partes contratantes, lo que exige una forma de comunicación. En este sentido son declaraciones expresas las que se manifiestan por medio del lenguaje oral o escrito o signos asimilados, por ejemplo, unos determinados gestos. La ley no priva de valor a las declaraciones tácitas de voluntad, es decir, aquéllas que resultan de actos concluyentes o inequívocos. La fijación del momento de la perfección del contrato no encuentra dificultad alguna si las partes que consienten están presentes, pues la coincidencia de voluntades acontece sin solución de continuidad, ya que en el mismo acto intercambian sus consentimientos y esta práctica —simultaneidad en la prestación de los consentimientos— es la que permite a la doctrina y a la jurisprudencia que determinados medios de comunicación utilizados con aquel fin se entiendan como equivalentes al consentimiento prestado de presencia, citando en este sentido, el teléfono, el telefax y el télex. Las peculiaridades del comercio electrónico en pleno desarrollo obliga a la consideración en cada caso del momento en que el contrato se perfecciona, y a tener en cuenta dentro de la Unión Europea las Directivas sobre la materia y la legislación comunitaria en general. Ya se ha regulado la «firma electrónica» (Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre) y su eficacia jurídica, distinguiendo, en este caso, entre *firma electrónica simple* (2) y *firma electrónica avanzada* (3). También en desarrollo del artículo 5-3 de la Ley 7/1998, de

(2) La firma electrónica simple es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge.

(3) La firma electrónica avanzada es la que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos.

13 de abril, de condiciones generales de contratación, se ha promulgado el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, aplicable, por tanto, a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación que establece el deber de información previa, la confirmación documental de la contratación efectuada, derecho de resolución y la atribución de la carga de la prueba.

Por otra parte y por lo que respecta a la contratación entre ausentes, el Código Civil español no contenía más que el párrafo 2.º del artículo 1.262, a tenor del cual la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Para el Código de Comercio, sin embargo, los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada —art. 54 de dicho texto legal—. La doctrina había observado que ambos Códigos seguían distinta posición, pues mientras el Civil seguía la teoría del conocimiento según la cual, el contrato se perfecciona cuando el oferente conoce la aceptación, el de Comercio sigue la teoría de la emisión o manifestación, según la cual el contrato se perfecciona cuando el aceptante declara su aceptación, pero se estimaba que el Código Civil podía entenderse acogida la teoría de la recepción, es decir, la que estima suficiente para la perfección del contrato que el oferente haya podido proporcionarse conocimiento de la aceptación en circunstancias normales, fijando este momento como el de la perfección del contrato, aunque de hecho, no haya tenido conocimiento de la aceptación hasta después. Por lo tanto, sostener que nuestro Código Civil seguía la teoría del conocimiento de la aceptación como hecho dependiente de la voluntad del oferente, sería contrario a la buena fe que debe aplicarse no sólo al cumplimiento del contrato, sino también en la fase previa a su perfección, por clara aplicación analógica del artículo 1.258 y por impedirlo el espíritu de la norma del artículo 1.256. La redacción del artículo 1.262 obedece a lo establecido por el número 1 de la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (*BOE* de 12 de julio). Actualmente el Código Civil y el Código de Comercio siguen la misma teoría y regulan la contratación electrónica. Así, las declaraciones de voluntad, como es doctrina general aplicable a los contratos, pueden hacerse de forma expresa (4) o tácita (5).

III. LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

El problema de la perfección del contrato se presenta cuando oferente y aceptante no están presentes, sino en lugares distintos. El interrogante que nos planteamos es doble: en qué momento se ha perfeccionado el contrato y en qué lugar. En cuanto al tiempo, son cuatro las teorías acerca del momen-

(4) Puede ser hablada o escrita y también por medio de gestos o ademanes que inequívocamente y de forma directa la expresan.

(5) Es la que deriva de hechos que sin estar directamente dirigidos a expresar cierta voluntad, la dan a entender de manera inequívoca o unívoca y son incompatibles con una voluntad contraria o meramente distinta.

to en que se produce la perfección del contrato: según la teoría de la emisión, en el momento en que el aceptante emite su declaración de voluntad de aceptar; según la teoría de la cognición, en el momento en que ésta es recibida y conocida por el oferente; según la teoría de la expedición el momento es aquel en que el aceptante expide su declaración de aceptar, es decir, se desprende de la misma; según la teoría de la recepción, es el momento en que la declaración de aceptación se recibe, llega al ámbito o círculo de interés del oferente, sin importar que la conozca efectivamente, pero pudo y debió conocerla desde que, actuando con diligencia normal, la recibió. Esta última teoría es la que acepta el Código Civil en su artículo 1.262, y se sigue disponiendo que la perfección del contrato se produce en el momento en que el oferente recibe la aceptación, tanto si en aquel instante la conoce como si no la quiere conocer —no abre la carta o el correo electrónico, o no coge el papel del fax— faltando a la buena fe. Y en cuanto al lugar, si la oferta y la aceptación se dan en el mismo lugar no hay problema, sí lo hay si se emiten en distintos lugares. La solución que adopta este artículo en el último inciso del segundo párrafo es que se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta: no lo impone con carácter imperativo, sino como presunción, siendo prevalente la voluntad de las partes.

Por su parte, el último párrafo de este artículo dispone que en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación. Es el caso del contrato que se celebra entre una persona y una máquina programada para ejecutar la prestación, por ejemplo, el cajero automático, o compras a través de Internet, la norma asimila el supuesto al caso de contratación simultánea coincidiendo oferta y aceptación y el contrato se perfecciona en el momento en que se produce la aceptación a través de la máquina.

IV. MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

El contrato exige concurso de voluntades y este concurso no existe cuando sólo media la manifestación de un propósito reiterado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte, tal y como disponen las SSTS de 20 de abril de 1904 y 27 de junio de 1969. Es doctrina científica comúnmente admitida que la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado, habiendo de constar de modo inequívoco y claro la coincidencia de oferta y aceptación, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente, en este sentido hemos de citar las SSTS de 19 de junio de 1950 y de 6 de marzo de 1969, y sin que sea posible apreciar la existencia de aceptación cuando se formulan modificaciones o alterando la propuesta o sometiénola a condición, tal y como mantienen las SSTS de 10 de octubre de 1962, 14 de marzo de 1973 y 7 de junio de 1986.

Es elemento esencial para la existencia del contrato la concurrencia del consentimiento de los contratantes, esto es, su firme y definitiva voluntad sobre su objeto, causa y perfección, artículos 1261.1 y 1.262 del Código Civil, lo que excluye que pueda dejarse la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes contratantes y determina la nulidad de las obligaciones condicionales cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del obligado, así lo dispone la STS de 25 de septiembre de 1995. La ausencia del consentimiento en el contrato provocaría que se

le pudiera aplicar el régimen de ineficacia propio de una declaración de nulidad, tal y como manifiesta la STS de 27 de febrero de 1997. El consentimiento tácito ha de resultar de acto inequívoco que demuestre de manera segura el pensamiento de conformidad del agente, a este respecto hemos de citar las SSTS de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964, sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido citando, a este respecto, las SSTS de 30 de noviembre de 1957 y de 30 de mayo de 1963, exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones —STS de 10 de junio de 1966—, insistiendo la de 29 de enero de 1965 en ese carácter meramente negativo del silencio que no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la ley o la voluntad de las partes se le reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado sólo cuando se ajuste a hechos positivos precedentes, tal y como señalan las SSTS de 24 de enero de 1957 y de 19 de diciembre de 1990 (6).

(6) El silencio significa pues, en numerosos casos, manifestación de una voluntad. El problema consiste en determinar cuándo esa manifestación puede considerarse que exterioriza un consentimiento contractual. Los supuestos son muy variados y complejos, y por ello apenas si pueden darse criterios generales, de ahí que interese, en primer lugar, saber si, según las concepciones vigentes en el tráfico contractual, el silencio ha de valorarse como expresión de determinada voluntad, lo cual ocurrirá cuando en consideración a la buena fe y a los usos y según las costumbres vigentes en el comercio, el que calla hubo de haber hablado para demostrar su voluntad disidente. En caso de duda, el silencio ha de interpretarse como negativa a contratar. Además, ha de darse no sólo un supuesto de hecho externo de consentimiento contractual sino otro supuesto de hecho interno de declaración de voluntad, es decir, el que calla ha de tener en cuenta y ser consciente de que su silencio es considerado por la otra parte como expresión concluyente de una cierta voluntad como negativa o aceptación de contratar, de tal forma que si falta ese supuesto de hecho interno no estaremos ante una declaración de voluntad propiamente dicha. La abstención de un contratante ha de entenderse frente al oferente, y no impide que el propio contratante, en su esfera interna o particular, realice actos que ayuden a interpretar su abstención frente a la contraparte como aceptación.

En las leyes no se suele declarar la existencia de contrato ante el silencio del destinatario de una oferta, pero el silencio o la abstención del titular de un derecho que no lo ejercita en el plazo señalado en la ley determina, en numerosos casos, su caducidad. Ésta no es más que un efecto del silencio que, naturalmente, extingue ciertos efectos del contrato o éste mismo totalmente.

Celebrado el contrato en forma expresa o tácita, su desarrollo y efectos pueden verse modificados a virtud del silencio de una parte a proposiciones accidentales de la otra, por ejemplo, sobre el lugar o plazo de entrega de la cosa consignada en la factura. Si bien, el silencio sobre notas consignadas en la factura por regla general no puede interpretarse como consentimiento a las alteraciones del contrato, porque a la factura no compete una propuesta de modificación, pues sólo sirve para liquidar el contrato mediante envío de la cosa y reclamación del precio conforme al contrato. Si no existen negociaciones contractuales previas, el mero silencio al recibir una factura no puede interpretarse como aceptación de la oferta contractual en ella consentida, salvo que el comprador las acepte exprese o tácitamente. Y a falta de textos legislativos directamente reguladores de las abstenciones y sus efectos jurídicos, el TS ha resuelto reiteradamente casos en que se trató de los efectos del silencio en la contratación, citando a este respecto la STS de 14 de junio de 1963. La doctrina expuesta puede ser sintetizada de la manera que a continuación exponemos:

La doctrina científica y la jurisprudencia, al sentir de la STS de 30 de mayo de 1996, vienen exigiendo sin fisuras que el concurso de la oferta y la aceptación, como requisitos indispensables para la perfección del contrato, han de contener todos los elementos necesarios para la existencia del mismo, y coincidir exactamente en sus términos, debiendo constar la voluntad de quedar obligados los contratantes, tanto por la oferta propuesta, como por la aceptación correlativa a la misma, no pudiendo entenderse esta perfecta concordancia cuando tanto una como otra se hacen de un modo impreciso, reservando, condicionado o incompleto, o cuando lo que se formula es una contraoferta.

Los tratos preliminares, por su parte, se pueden definir como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes realizan con el fin de discutir y preparar un contrato, y, desde luego, dichas operaciones se desenvuelven, pues las mismas hay que enfocarla desde un punto de vista muy amplio, especulaciones y planteamientos, pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurales, —STS de 16 de diciembre de 1999—.

En cuanto a los negocios precontractuales, es una figura muy discutida en la doctrina y no puede dejar de desconocerse que, al responder a un concierto

-
- Regla general es que el silencio, por su propia naturaleza de hecho negativo, no puede ser estimado como expresivo de una voluntad, pero en ciertos casos puede servir de prueba o presunción de voluntad.
 - Como excepción, cuando dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe, pero se exige en todo caso: 1.º que el que calla pueda contradecir, lo cual presupone ante todo que haya tenido conocimiento de los hechos que motiven la posibilidad de la protesta, y 2.º que el que calla tuviere obligación de contestar, o, cuando menos, que fuera natural y normal que manifestase su disentimiento si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte.
 - Pueden ayudar a interpretar la situación de silencio de una de las partes, hechos positivos procedentes o particulares situaciones subjetivas u objetivas.

Hemos de citar la STS de 29 de enero de 1965, que distingue el simple silencio, el consentimiento tácito y el silencio cualificado, en orden a si expresan o no un consentimiento contractual: 1.º el silencio, declara, es acto negativo que surge de la falta de expresión, oral o escrita, de todo asentimiento o disconformidad o de la ausencia de cualquier acto del que sea lícito derivar una tácita expresión con aquellos relacionada, de aquí que el simple silencio sólo adquiera relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la ley para asignarle un determinado efecto, bien sea procesal o cuando de la simple voluntad privada surgen relaciones en cuyo curso acaecen los hechos que hacer precisa, para puntualizar los hechos derivados de los mismos, una manifestación de voluntad que se omite siempre que se den los requisitos o elementos subjetivo y objetivo; 2.º el consentimiento tácito, si bien supone, al igual que el expreso, la ausencia de toda manifestación oral o escrita del asentimiento o repulsa, surge de actos con clara significación jurídica, afirmativa o negativa, en orden al nacimiento, modificación o extinción de una determinada relación jurídica o actos que vinculan a quien los realiza y contra los cuales no puede ir válidamente el propio sujeto que libremente los ejecutó; y 3.º si el silencio absoluto no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la ley o la voluntad de las partes previamente se los reconozcan o concedan, si cabe hablar de la eficacia de un silencio cualificado cuando se junte a hechos positivos precedentes o a otras situaciones que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad.

de voluntades, crea deberes recíprocos de contratar en el futuro, conforme a lo que se hubiera convenido, generando situación de vinculación obligacional en aquellos que constituye el contenido especial y propio de la relación acordada, tal y como dispone la STS de 27 de mayo de 1993 y es antecedente del contrato definitivo, que exige la necesaria colaboración de las partes interesadas y obligadas, tal y como señala la STS de 26 de noviembre de 1997.

La oferta, por su parte, puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado, habiendo de constar de modo inequívoco y claro que la coincidencia de oferta y aceptación, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente, tal y como manifiestan las SSTS de 19 de junio de 1950 y 6 de marzo de 1969, y sin que sea posible apreciar la existencia de aceptación cuando se formulan modificaciones o alterando la propuesta o sometiéndola a condiciones, tal y como dispone la STS de 6 de junio de 1986. La oferta, no siempre se manifiesta de modo simple, sino con condiciones elevadas por el oferente a la cualidad de esenciales, de manera tal que si no se cumplen de modo estricto no se produce el concurso de la oferta y la aceptación, al sentir de la STS de 17 de noviembre de 1986. Además, el problema relativo a la retirada o desistimiento de la oferta adquiere mayor relevancia en casos como el de falta de concreción del plazo de venta en el que permanece viva aquélla, pues, junto al sector doctrinal que sostiene que el proponente pueda retirar su oferta en cualquier momento antes de la aceptación, otro sector mantiene que es exigible en atención a la seguridad del tráfico, una cierta duración que cuando no está fijada de manera taxativa, dependerá de factores referentes a las circunstancias subjetivas y objetivas del negocio concreto que, en definitiva, hagan posible su seriedad y viabilidad, tal y como mantiene la STS de 3 de noviembre de 1993.

V. CAPACIDAD DE LOS CONTRATANTES

No puede existir consentimiento de los contratantes como requisito esencial para que exista el contrato si los que lo prestan no tienen capacidad para contratar. Esta capacidad es uno de los aspectos más importantes de la llamada teoría de la capacidad de obrar que está necesariamente basada en la capacidad jurídica, es decir, en la personalidad como base de todos los derechos atribuidos al ser humano.

El artículo 1.263 del Código Civil presupone la necesidad de la capacidad de los contratantes para la validez del contrato. La capacidad exigible es la «capacidad de obrar», es decir, aquélla que establece la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos o capacidad para ejercer derechos y asumir obligaciones, la capacidad jurídica es un concepto más amplio vinculado a la persona humana, tal y como hemos comenzado diciendo, y por el mero hecho de serlo determinante de su idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de obrar, contemplada por el Código Civil, es la capacidad genérica prevista, en principio, para toda clase de actos y negocios jurídicos que puede realizar una persona. Pero la ley establece requisitos de edad o señala algunos impedimentos con referencia a la eficacia de actos o negocios jurídicos concretos que se erigen en circunstancias determinativas de las llamadas «capacidades especiales».

No son aptos para prestar válidamente consentimiento los «menores no emancipados». El artículo que se comenta carece de suficiente precisión, pues

dispone que «no pueden prestar consentimiento», y ello parece aludir a una imposibilidad jurídica absoluta, lo que no es cierto, pues los contratos celebrados por menores no emancipados, en principio, son anulables (art. 1.300 del Código Civil) o, dicho con otras palabras, que los contratos celebrados por menores de edad son contratos existentes, con plena eficacia, una vez que transcurren los plazos de prescripción. La personalidad del menor como sujeto activo, capaz de asumir derechos en su beneficio, aunque supongan para él alguna contraprestación, tiene a expandirse. Así, el artículo 162 del Código Civil, al referirse a los contratos que celebre el padre que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, exige el previo consentimiento de éste. Asimismo, el artículo 625 del mismo texto positivo, respecto a la donación, establece una regla de gran permisividad no sujeta a la mayoría de edad la validez de la aceptación. En línea coincidente, la emancipación de hecho está equiparada con la emancipación concedida y formalizada. El artículo 319 del Código Civil reputa, en este sentido, como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independiente de éstos (7).

En cuanto a los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de las máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria, así lo dispone la STS de 10 de junio de 1991.

No se puede olvidar, por otra parte, los juicios del Notario sobre la realidad de hechos no sensibles, como es el juicio de capacidad mental de otorgante, pues la prueba de contrario para destruir tal presunción *iuris tantum* no deberá dejar margen racional de duda, puesto que la adveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre, tal y como señala la STS de 7 de octubre de 1982. Todo lo cual lleva ineludiblemente a determinar la nulidad del contrato, no precisamente por el parámetro de la simulación contractual, sino por la falta de voluntad correctamente formada de una de las partes del contrato de compraventa en cuestión, que fatalmente ha de llevar a la declaración de nulidad y por ende a la ineficacia del contrato en cuestión —arts. 1.261 y 1.263 del Código Civil y STS de 4 de mayo de 1998—.

El artículo 1.264 del Código Civil complementa la regla general sobre capacidad que, de manera negativa, establece el precepto anterior (art. 1.263), al determinar la capacidad genérica para contratar, de la que quedan excluidos los menores y los incapacitados. La dicción del precepto expresa dos situaciones diferenciadas: 1) Las modificaciones establecidas por Ley que

(7) Reconocimiento similar comporta el establecido por el artículo 44 de la Ley de Propiedad Intelectual al establecer que los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación.

inciden sobre el alcance genérico de las incapacidades a que se refiere el precepto anterior, y 2) las que llama «incapacidades especiales» establecidas por la Ley junto con aquellas incapacidades genéricas. En cuanto a las primeras la norma exige indagar si la incapacidad de los menores no emancipados o de los «incapacitados» resulta modificada por reglas particulares. La norma obliga a matizar en qué casos los contratos celebrados por menores no emancipados son, pese a ello, válidos e igualmente en qué supuestos los contratos celebrados por incapacitados, no obstante, tal circunstancia, lo son. En cuanto a las «incapacidades especiales» son aquellas circunstancias que fuera de las incapacidades genéricas impiden, sea por razones intrínsecas al sujeto, sea por razones extrínsecas al mismo, que lo colocan en una posición diferenciada frente al negocio jurídico de que se trate, la celebración válida de un contrato. En casi todos los casos son razones extrínsecas las tomadas en consideración por la ley para prohibir un determinado negocio a ciertas personas. La prodigalidad, que no aparece recogida como causa de incapacidad en el artículo 1.263, es disculpable porque el declarado pródigo no está sometido a una incapacidad general para contratar, debe calificarse como incapacidad especial. En efecto, el artículo 298 del Código Civil establece que «la sentencia determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin consentimiento del curador». Entre las prohibiciones destacamos: 1) la prohibición general que recrea sobre los concursados y los quebrados para la administración sus bienes, y 2) la compraventa fija en relación con tutores, mandatarios, albaceas, empleados públicos, magistrados y jueces, ministerio fiscal, personal al servicio de la administración de Justicia, abogados y procuradores; 3) los cargos tutelares cuando existe conflicto de intereses, y 4) las del artículo 1.671 del Código Civil, que prohíbe contraigan entre sí sociedad universal las personas a quienes ésta prohíba otorgar alguna donación o ventaja.

Especial atención merece la alusión a la figura de la autocontratación o contrato consigo mismo, respecto de la cual hemos de decir que, ordinariamente el consentimiento contractual implica el concurso de la oferta y de la aceptación procedentes de dos sujetos distintos como personas físicas o jurídicas. Pero, por excepción, en la práctica se dan supuestos en que una sola persona física o jurídica por sí y actuando además en representación de terceros concierta un contrato, o actuando en representación únicamente de dos personas distintas, sin que quien obra sea parte por sí en el contrato que concierta. Los supuestos más frecuentes, dentro de lo excepcional de esta forma de contratar, con aquéllos en que una persona que ostenta la representación de otra cierra consigo misma una relación convencional, o bien cuando asumiendo una doble representación, concierta un contrato entre dos de sus representados, o bien, por último, cuando siendo titular de dos patrimonios representados los pone a ambos en relación a través de un contrato entre las dos titularidades que concentra una sola persona. Se dice que en los contratos concertados por el representante hay una doble voluntad, aunque emanada de una sola persona, dando lugar a verdaderos contratos cuya particularidad consiste en tratarse de negocios representativos que concluye el representante consigo mismo. Pero la raíz del problema radica en su validez ante el Derecho, y a este respecto hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en que tal forma de contratación sería jurídicamente ineficaz cuando a través de ella se realicen actos abusivos del representante por existir un conflicto de intereses más o menos encubierto que haga incompatible la actuación de una sola persona actuando, por sí misma y a la vez en representación de otra u otras que tienen intereses contrapuestos.

Nuestro ordenamiento viene a admitir tácitamente el autocontrato, y únicamente lo prohíbe entre representante y representado, pudiendo ser admitido aunque se dé ese conflicto cuando el contenido del contrato esté determinado y autorizada su conclusión por el representado, o bien, cuando no haya posibilidad de ese conflicto, como cuando se trate de ventas o de contratos cuyas condiciones esenciales —precio, plazos, etc.— se hallen oficialmente fijadas sin posibilidad de perjuicios para el representado. Como en estos casos de autocontratación la perfección del contrato queda al arbitrio de la única persona que directamente interviene, es una lógica cautela exigir una adecuada exteriorización de esa perfección o celebración del contrato, para evitar que después de concluido quede al exclusivo arbitrio del autocontratante, con posibilidad de revocarlo arbitrariamente. La doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros han atendido para dar la validez al autocontrato fundamentalmente al posible conflicto de intereses, para invalidarlo en caso de probarse el conflicto. Las SSTS de 6 de marzo de 1909 y de 24 de marzo de 1930, que parecían negar la posibilidad de autocontratación, con posterioridad se ha consolidado la posición de admisibilidad, a partir de la STS de 5 de noviembre de 1956, previniendo siempre toda colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante; para admitirla, cuando no se dé esa colisión, como una forma lícita y simplificadora del comercio jurídico. La misma tesis siguen las SSTS de 22 de febrero de 1958, 11 de junio de 1966, 21 de febrero y 30 de septiembre de 1968. La Dirección General de los Registros, en Resolución de 29 de diciembre de 1922, inició una actitud de admisibilidad del autocontrato en base a la doctrina jurídica moderna, que la admite cuando el representado dé para ello autorización expresa o la ley la presuponga para cumplir una obligación ya contraída, y en todo caso en que se aleje la sospecha de lesión de una de las partes. Otras Resoluciones que podemos citar al respecto y que siguen la misma postura son —entre otras— las de 1 de febrero de 1980, 29 de abril y 21 de mayo de 1993 y 11 de diciembre de 1997.

VI. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

En el artículo 1.265 del Código Civil se declara la nulidad del consentimiento prestado por error, violencia o intimidación o dolo. El primero y el último —error y dolo— coinciden en dar al contratante por ellos afectado un conocimiento equivocado de la realidad o contenido del negocio, pero en el dolo —art. 1.269— ese conocimiento equivocado se debe a la insidia del otro contratante, mientras que en el error, propiamente dicho, la desviación de la realidad que sufre uno de los contratantes no es debida al otro, sino a causas distintas. El error, como vicio del consentimiento, influye en la formación de la voluntad; pero, además, el error presupuesta el falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, tal y como disponen las SSTS de 25 de mayo de 1963 y la de 27 de octubre de 1993. Se distinguen en la doctrina ambos aspectos denominando al primero error de la voluntad o error vicio y al segundo error obstativo o error en la declaración. Tanto en uno como en otro, el perjudicado puede impugnar el negocio y, en ciertos supuestos, los efectos de la impugnación pueden coincidir en declarar la nulidad del mismo. La doctrina se ha preocupado especialmente de determinar en los supuestos de error obstativo si ha de prevalecer la voluntad interna o la declarada, y nuestro TS ha decla-

rado que la regla general será la prevalencia de la voluntad real sobre la declarada, por inferirse así del citado artículo 1.265 y del 1.281, aunque establece una serie de restricciones o excepciones a ese principio a favor de la teoría de la declaración, se exige, para que sea decisiva la voluntad declarada: 1. Que la divergencia sea probada por quien la afirma, ya que, si no se prueba, el Derecho considera la voluntad declarada como coincidente con la real. 2. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o haber podido ser evitable con el empleo de una mayor diligencia, existiendo, a la vez, buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la buena fe y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la voluntad real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido. En cambio, en caso de discordancia consciente entre la voluntad declarada y la real, ha de prevalecer ésta, así lo declara expresamente la STS de 24 de junio de 1969. Y es que el error obstativo puede afectar a la esencia del negocio o simplemente a sus motivos, así, serán casos de error obstativo que afecten a la esencia del negocio: 1. Cuando el que lo sufrió quiso celebrar un contrato distinto del que resultó celebrado a virtud del error. 2. Cuando la voluntad del equivocado fue dirigida a cosa distinta de la que quería o a persona distinta, si en este último caso el contrato se celebró en consideración a determinada persona. 3. Cuando, a virtud del error, el que lo sufrió haya prometido una prestación desproporcionadamente más grande de la que pretendía. 4. Cuando el error afectó a determinada situación de hecho que fue considerada por el que sufrió el error como base necesaria del negocio jurídico y según la buena fe. 5. Cuando el error obstativo recaiga sobre una norma jurídica y la aplicación de ésta haya sido la razón única o la principal del contrato.

En realidad, tanto el error vicio como el error obstativo no producen efectos en cuando a la validez o ineficacia del negocio, si pudieron ser evitados con una regular diligencia, o cuando los que contratan son personas conocedoras del respectivo negocio (8).

Por tanto, el error ha de ser inexcusable, es decir, no puede invocarse un error evitable con una regular diligencia para, a través del mismo, obtener la anulación del negocio, así lo manifiesta la STS de 4 de diciembre de 1990; además, la parte que lo invoque ha de probar el nexo que en cada caso tenga aquél con los fines y objeto que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar, citando a este respecto la STS de 8 de mayo de 1963; por otro lado, los jueces de instancia, a quienes está reservada la apreciación de la cuestión de hechos que el error integra en la determinación de la sustancia del objeto contractual han de investigar los elementos que maten cada caso particular, y sobre todo, el fin perseguido por las partes, como disponen las SSTs de 8 de mayo de 1962 y de 30 de septiembre de 1963. Y, por último, el Código Civil ha destacado el elemento subjetivo en la apreciación del error, pues el artículo 1.266 deriva que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto.

(8) Así lo ha reconocido nuestro TS en las sentencias de 8 de mayo de 1963 y 20 de septiembre de 1999, entre otras.

En cuanto al dolo, dice el artículo 1.269 del Código Civil que lo hay cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. La conducta dolosa de una de las partes provoca en la otra una representación errónea, la refuerza o la mantiene y sólo puede hallarse una conducta dolosa en el callar consciente o en otra conducta concluyente cuando preexista un deber u obligación a verificar una comunicación o declaración veraz o cuando haya de producirse esa declaración según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico; además, no es necesario que el error del que es víctima de dolo sea disculpable. El dolo presupone que uno de los contratantes, conscientemente trata de determinar la voluntad de su contraparte en un sentido por él previsto y querido. No se exige expresamente en el precepto citado que el contratante doloso tenga conciencia de que con sus maquinaciones causa daño a la otra parte o que puede causarlo. El dolo, pues, para que produzca el efecto de anular la obligación ha de ser grave, es decir, determinante por sí solo de voluntad del contratante a quien va dirigido para celebrar el contrato, así lo exige el artículo 1.270, párrafo 1.º del Código Civil (9). El TS ha distinguido perfectamente los distintos aspectos del dolo en nuestro ordenamiento jurídico. El dolo, como causa de incumplimiento de las obligaciones, es definido en el artículo 1.102 del Código Civil, este dolo es de naturaleza distinta que el definido en el reiterado artículo 1.269. Este último concurre en el origen, génesis y celebración de los contratos, tal y como dispone la STS de 28 de febrero de 1969, lo cual no sucede con el dolo concurrente en el cumplimiento; aunque ambos tienen de común no presumirse por el Derecho y que su prueba corresponde al que lo alega. Por otra parte, el TS ha distinguido el dolo civil del dolo penal. El primero no se basa exclusivamente en la intención de dañar, sino que equivale a mala fe, para cuya existencia no hace falta esa intención, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico, a sabiendas, es decir, con la conciencia de que se realiza un acto antijurídico. No es actuación dolosa la basada en la incuria del deudor, sino que ha de ser maliciosa. Por tanto, el dolo civil se configura con la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, con la producción de un daño y con la relación causal necesaria y prevista por aquél y éste. Se refiere el TS al dolo civil como causa de incumplimiento de las obligaciones —sentencia de 9 de marzo de 1962—. La misma jurisprudencia, dentro ya del dolo como vicio del consentimiento, ha declarado que éste puede consistir en la sugestión, en el artificio empleado para sorprender, engañar o inducir a otro a error. El acto doloso está caracterizado por ser producto de la astucia, maquinación o artificio empleados para engañar a una persona por otra a ver en qué pueda beneficiar el fin propuesto y con tan injusto procedimiento concluido; es, por tanto, producto de un engaño o resultado de la falta de verdad, y así entendido el dolo es como, para los contratos aparece definido en el artículo 1.269 del Código Civil, sustancialmente conforme con la definición que del mismo contienen las leyes penales.

(9) El TS en sentencias de 21 de junio de 1978 y 26 de octubre de 1981, ha deslindado el dolo causante, que es el que sirve de ocasión para el contrato, que no a mediar la astucia que lo caracteriza, no se habría celebrado y el dolo incidental, que es el que sólo facilitó la celebración o consistió el dolo en incumplir el pacto. Del causante se deriva acción para pedir la nulidad de lo convenido, y el incidental, según previene el párrafo 2.º del reseñado artículo 1.270, sólo permite y concede a la víctima el derecho de reclamar indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 1.265 del Código Civil decreta la nulidad del consentimiento contractual prestado por violencia o intimidación, y el 1.267 da una definición de cada uno de esos vicios. 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 o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. En concreto, sobre la intimidación, la jurisprudencia del TS ha perfilado sus requisitos y efectos con la insistencia suficiente para poder sentar conclusiones fijas, entre las sentencias pueden verse las de 15 de diciembre de 1966, 21 de marzo de 1970 y 6 de diciembre de 1985. Así, de las diversas declaraciones del mismo, se deduce que para que concurra este vicio del consentimiento han de acreditarse los siguientes requisitos: 1. Empleo de la amenaza de un daño inminente y grave, capaz de disminuir la libertad de uno de los contratantes. 2. Que la amenaza revista carácter anti-jurídico, es decir, que el mal que amenaza sea injusto, y de ninguna manera el que pueda producir el ejercicio de un derecho legítimo, como el de iniciar un procedimiento criminal cuando esté justificado; pero es inaceptable no ser causa de intimidación legal la amenaza de un procedimiento judicial, pues no puede estimarse legítima la amenaza de denunciar a los Tribunales si se utiliza con el fin ilícito de obtener ventajas o mejorar convenios ya concertados (10). 3. Que entre la intimidación y el consentimiento otorgado medie un nexo eficiente de causalidad. La doctrina moderna, por su parte, exige para la intimidación: 1. El anuncio de un mal futuro dependiente en algún modo del amenazante. 2. Dirigido a obtener una declaración de voluntad. 3. Que sea decisiva como determinante de la declaración pretendida. No exige una gravedad especial del mal que amenaza. 4. Que actúe antijurídicamente sobre el amenazado.

Después de tratar los vicios de formación de la voluntad, no sin observar que por afinidad de materia se ha incluido en ellos el supuesto de «error obstativo», que es más que vicio de formación uno de los casos de discordancia entre la voluntad interna y la declarada, discordancia causada de forma inconsciente, ya que se quiere una cosa y por error se declara otra; después de todo ello, decimos, consideramos ahora de entre los supuestos de discordancia consciente entre voluntad interna y voluntad declarada el de la simulación que existe cuando los contratantes dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un fin —disimulado— divergente de su causa típica, caracterizando un tipo de negocio diferente al simulado —simulación relativa, que implica un acto o contrato enmascarado en el que se manifiesta una apariencia contraria a la verdadera realidad del acto que se quiere realizar y en el que, si bien existen los requisitos del contrato, éstos están desfigurados al disimularse o fingirse, ora el contenido, ora los sujetos, o ya la naturaleza o la causa del contrato, tal y como dispone la STS de 12 de julio de 1941, y además, dicha simulación relativa requiere: justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato y que se acredite cumplidamente que el negocio se apoya en una causa verdadera y lícita, hallándose revestido de cuantos requisitos se exigen para la contratación en general y para la modalidad del que se trate en particular, habiéndose cumplido las formalidades que la ley prescribe y que quien actúa

(10) Así lo disponen las SSTS de 18 de febrero y de 25 de marzo de 1944.

procesalmente tenga un interés jurídico tutelable: ser titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza. Es decir, que para la validez del negocio disimulador es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de los requisitos que para su eficacia exige la ley, así lo disponen las SSTS de 25 de abril de 1967 y 20 de diciembre de 1968, entre otras—; o no celebrando en realidad negocio alguno —simulación absoluta, que supone un acto o contrato fingido carente de contenido real y en el que faltan los requisitos todos del contrato, tal y como señala la STS de 5 de octubre de 1962—. La simulación es uno de los vicios del consentimiento contractual más frecuentemente utilizados en la práctica, ya para defraudar o ya con otros fines.

VII. CONCLUSIONES

Hemos de concluir diciendo que los actos de voluntad para que sean conocidos por todos tienen que expresarse mediante la necesaria declaración de voluntad que debe emitir cada contratante para formar la voluntad concorde que exige la existencia del contrato, de aquí la importancia que tienen los problemas de concordancia entre lo realmente querido y los que se manifiesta, esto es, la disparidad entre la voluntad interna y la voluntad declarada y la de los vicios que impiden que el consentimiento sea emitido libre y conscientemente. La palabra hablada o la escrita constituye el medio más idóneo para manifestar el consentimiento, pero nunca ha sido el único, y menos lo es en nuestra época en que puede decirse que los contratos concertados en forma expresa, verbal o escrita, constituyen una minoría frente a la gran mayoría de los contratos que el moderno tráfico en masa y de masas ha dado vida. En este tráfico el contrato exige igualmente como esencial un consentimiento de los contratantes que revela en variadas formas, apartadas en general del formalismo clásico, integradas casi siempre por manifestaciones de voluntad tácitas y presuntas.

RESUMEN

CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

A lo largo del presente estudio analizaremos que el consentimiento contractual señala el momento de finalización del iter formativo del contrato y presupone la intervención de dos voluntades conscientes y libres. El consentimiento, como acto de voluntad de las partes contratantes, interesa en tanto en cuanto deviene acuerdo común de las mismas, es decir, voluntad o intención coincidente de todas ellas, con-

ABSTRACT

CONTRACTUAL CONSENT

In this study the authors analyse how contractual consent indicates the point in time when the formative iter of the contract comes to an end, and how contractual consent presupposes the participation of two conscious, free wills. Consent as an act of will by the parties to the contract is an interesting matter, because it becomes a joint agreement by the parties, i.e., a will or intention that is the same for all

sentimiento que se forma y exterioriza por medio de la formación de una voluntad fielmente en forma perceptible para la contraparte e insistiremos en la importancia que tienen los problemas de concordancia entre lo realmente querido y lo que se manifiesta, esto es, la disparidad entre la «voluntad interna» y la «voluntad declarada» y la de los «vicios» que impiden que el consentimiento sea emitido libre y conscientemente.

parties, a consent that is formed and externalised by means of the faithful formation of a will in a form the other party can perceive. The authors underline the importance of problems of concordance between what the parties really want and what they state, i.e., disparity between the «internal will» and the «declared will», and the importance of flaws that prevent consent from being given freely and consciously.

LA CONSERVACIÓN DE LA VIVIENDA EN LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

La conservación de la vivienda se encuentra regulada en el artículo 21 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, incluida en el capítulo IV bajo la rúbrica «De los derechos y obligaciones de las partes».

Dicho artículo continúa la tradición de las normas precedentes, como son el artículo 1.554 del Código Civil y el 107 de la LAU de 1964, en los tres cuerpos legales se impone al arrendador la obligación de realizar las reparaciones necesarias para conservar la cosa en buen estado, de manera que puedan mantenerse las condiciones de habitabilidad convenidas, aunque aquí sin regular de manera explícita la obligación principal del arrendador de entregar la vivienda al arrendatario, así como el estado en que se entrega la misma, presupuesto del cual surge la obligación del arrendador de reparar y conservar y del arrendatario de restituir en el momento convenido. Destaca la forma imperativa en que se manifiesta la obligación de hacer las reparaciones necesarias que recae sobre el arrendador. Dicha obligación se prolonga durante el tiempo que dura la relación contractual, ya que el arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo.

Del artículo 21 se infiere una especial protección a la vivienda y una finalidad tuitiva de la propiedad, ya que ante la necesidad de cualquier reparación que pudiera surgir, el arrendatario está obligado a comunicar la circunstancia al arrendador y si la reparación es urgente puede realizarla él mismo y exigir de inmediato su importe al arrendador.

Se trata de un tema muy práctico, ya que en la vida diaria son constantes los conflictos entre arrendadores y arrendatarios acerca de las reparaciones que es necesario realizar en la vivienda. Como ha puesto de manifiesto MAR-

TÍNEZ RODRÍGUEZ (1), son continuas las demandas para exigir el cumplimiento de la obligación de reparar. La mayoría de las veces es el arrendatario quien reclama del arrendador la realización de las obras necesarias o la indemnización por los daños causados como consecuencia de no haberlas realizado.

II. ÁMBITO OBJETIVO

El artículo 21.1 de la LAU dice: «El arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar la renta por ello, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.563 y 1.564 del Código Civil».

La obligación impuesta al arrendador en este artículo tiene un carácter fundamentalmente teleológico, ya que tiende a la conservación de la vivienda en condiciones de habitabilidad, permitiendo así el uso y goce de la misma por el arrendatario.

En mi opinión, la vivienda a la que se refiere este artículo hay que entenderla en sentido amplio, incluyendo los elementos accesorios tipificados en el artículo 2.2 de la LAU (mobiliario, trasteros, plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias).

La determinación del concepto de «reparaciones necesarias», ante la ausencia de un concepto legal, su elaboración ha sido jurisprudencial, podemos entender *a priori* que se trata de gastos que no generan mejora, sino que son inversiones imprescindibles para evitar el deterioro, pérdida o destrucción de la vivienda y servir así al uso convenido.

La jurisprudencia en STS de 20 de junio de 1980 considera como reparaciones necesarias «las que por su naturaleza son indispensables para mantener la vivienda en uso y las impuestas por la autoridad competente», entendiéndose que alcanza a cuantas sean precisas para lograr tal finalidad con sujeción al destino pactado en el contrato de arrendamiento. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 28 de febrero de 1975. Dicha obligación se limita a los deterioros sufridos por la cosa, «sin que pueda extenderse a los conceptos de reconstrucción o reedificación».

Se incluyen tanto las obras destinadas a la restauración de los deterioros o menoscabos causados en la vivienda como a la conservación de los mismos, excluyendo las que modifican la configuración de la vivienda o de sus accesorios, las cuales dan lugar a los efectos regulados en el artículo 23 de la LAU.

III. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSERVAR Y REPARAR Y SUS LÍMITES

El artículo 21.1 de la LAU impone al arrendador la obligación de realizar las reparaciones necesarias para conservar la vivienda en condiciones de ha-

(1) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «Reparaciones en la cosa arrendada», en AC, julio de 2005, pág. 1765.

bitabilidad. Se trata de una norma imperativa que no admite pacto en contrario y si lo hubiera se tendría por no puesto ex artículo 6 de la LAU.

Nos podemos preguntar qué ocurriría si la vivienda pertenece a una comunidad de propietarios organizada en régimen de propiedad horizontal y la reparación, que es necesario realizar, se produce en un elemento común.

El TS ha entendido que aquí el obligado no es el arrendador, sino la comunidad de propietarios, a la cual incumbe realizar las reparaciones necesarias en los elementos comunes.

La obligación impuesta al arrendador en este artículo no opera en función de la renta que debe pagar el arrendatario, es decir, no hay proporcionalidad entre la cuantía de la obra realizada y la renta pactada, esta desproporción la sufre el arrendador sin derecho a elevar la renta por ello, como indica el artículo 21 de la LAU. No obstante, la jurisprudencia trata de corregir este desequilibrio introduciendo criterios correctores tendentes a conseguir una cierta proporción entre el gasto de la obra y la renta pactada. En este sentido, la SAP de Valladolid, de 29 de mayo de 1984, tras indicar que las reparaciones que tienen la consideración de obras necesarias son obligación del arrendador, señala «que no constituye obligación específica del arrendador frente al inquilino, los supuestos concretos cuya reconstrucción por entidad y cuantía sobrepasa el concepto de obras de reparación en el sentido de los artículos 107 de la LAU y 1.554 del Código Civil.

LÍMITES a la obligación del arrendador de realizar las obras de conservación:

1. Que el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario o a las personas de su casa en base a lo dispuesto en los artículos 1.563 y 1.564 del Código Civil. En este caso es el arrendatario el que asume dichas reparaciones, a no ser que pruebe que el deterioro ha sido ocasionado sin culpa suya. Opera, por tanto, la presunción *iuris tantum* de culpa del arrendatario tipificada en el artículo 1.563 del Código Civil. La STS de 20 de mayo de 1946 considera que el artículo 1.563 contiene «una presunción de responsabilidad del arrendatario que cede ante la declaración de que el deterioro fue debido a actos del propio arrendador».
2. Que la vivienda se haya destruido por causa no imputable al arrendador, en cuyo caso el arrendamiento se extingue por aplicación del artículo 28 de la LAU. El artículo no distingue entre destrucción total y parcial, entendemos que también opera este límite cuando el coste de la reconstrucción en caso de destrucción parcial sea superior al 50 por 100 del valor real de la vivienda al ocurrir el siniestro.
3. Las pequeñas reparaciones, de poco alcance y coste económico, también denominadas locativas, serían los gastos ordinarios producidos por el desgaste que genera el uso ordinario de la vivienda. Al no afectar a la estructura ni alterar la configuración de la vivienda no necesitan el consentimiento del arrendador. En caso de que surjan conflictos entre arrendadores y arrendatarios acerca de qué se entiende por «pequeñas reparaciones», será el juez el que valore discrecionalmente cuándo nos encontramos ante una reparación incluida en el ámbito del artículo 21.4 de la LAU.

IV. OBRA DE CONSERVACIÓN QUE NO PUEDE DIFERIRSE HASTA LA CONCLUSIÓN DEL ARRENDAMIENTO

Esta materia está regulada en el artículo 21.2 de la LAU: «Cuando la ejecución de una obra de conservación no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a soportarla, aunque le sea muy molesta o durante ella se vea privado de una parte de la vivienda. Si la obra durase más de veinte días, habrá de disminuirse la renta en proporción a la parte de vivienda de la que el arrendatario se vea privado».

Se impone al arrendatario la obligación negativa de soportar la obra en el caso de que la ejecución de la misma no pueda diferirse razonablemente hasta la conclusión del arrendamiento. Si la obra dura más de veinte días, ha de disminuirse la renta en proporción a la parte de la vivienda de que el arrendatario se vea privado.

Se plantea el problema de determinar si transcurridos los veinte días a que se refiere el artículo, es indiferente el tiempo que dure la obra o si hay que tener en cuenta en la disminución de la renta el tiempo que dure la obra junto con la parte de vivienda de que se vea privado el arrendatario. A favor de la primera solución cabe indicar la literalidad del artículo 21.2, párrafo segundo, con lo cual se estaría beneficiando al arrendatario, y a favor de la segunda, la relación con el artículo 1.558 del Código Civil, que dice: «Si la responsabilidad dura más de cuarenta días, debe disminuirse el precio del arriendo a proporción del tiempo y de la parte de la finca de la que el arrendatario se vea privado», solución que atiende mejor al equilibrio de intereses de las partes.

Entre el artículo 21 de la LAU y el 1.558 del Código Civil existen diferencias: se reduce el plazo a veinte días frente a los cuarenta a que se refiere el Código Civil, y el artículo 1.558 se refiere también a obras urgentes mientras que en la LAU tienen un tratamiento específico.

También se discute si el arrendatario tiene derecho a percibir una indemnización. Aunque dicha posibilidad no está expresamente regulada en la LAU, la mayoría de la doctrina la considera admisible por analogía con lo dispuesto en el artículo 22 *in fine* y por la alusión explícita que el artículo 27 de la LAU hace al artículo 1.124 del Código Civil, que posibilita la obtención de una indemnización en los casos no previstos de forma expresa en la LAU, siendo por tanto admisible una indemnización de daños y perjuicios cumulativa a la rebaja proporcional de renta.

V. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO

Esta materia está regulada en el artículo 21.3 de la LAU: «El arrendatario deberá poner en conocimiento del arrendador, en el plazo más breve posible, la necesidad de las reparaciones que contempla el apartado 1 de este artículo, a cuyos solos efectos deberá facilitar al arrendador la verificación directa, por sí mismo o por los técnicos que designe, del estado de la vivienda. En todo momento, y previa comunicación al arrendador, podrá realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador».

El arrendatario debe poner en conocimiento del arrendador las reparaciones necesarias para la conservación de la vivienda en el plazo más breve po-

sible. Esta obligación también se encuentra contemplada en el artículo 1.559 del Código Civil. El incumplimiento de dicha obligación genera responsabilidad por los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionen al arrendador. Si bien, hay que tener en cuenta que la comunicación no es un requisito de nacimiento de la obligación de conservación, sino un deber general de diligencia de quien tiene el uso de la cosa.

En el caso de que la reparación sea urgente, el arrendatario podrá realizarla previa comunicación al arrendador y exigir de inmediato su importe al arrendador. Por reparación urgente entendemos aquella dirigida a evitar un daño inminente o una incomodidad grave. Por tanto, incumbe al arrendatario probar la urgencia de la obra, ya que en caso contrario no podría exigir el importe de la misma al arrendador y su conducta quedaría incluida en el ámbito del artículo 23 de la LAU.

En cuanto a la forma en que debe efectuarse la comunicación, la ley no establece ningún procedimiento específico al efecto por lo que la jurisprudencia señala que se podrá realizar en cualquier forma. Además la falta de comunicación no exime al arrendador de ejecutar las obras y tiene como único efecto la responsabilidad del arrendatario por los daños y perjuicios que por su negligencia se hayan ocasionado.

El artículo 27.1 de la LAU indica que el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiera cumplido las suyas o bien a exigir el cumplimiento de la obligación o bien a promover la resolución del contrato, según lo estipulado en el artículo 1.124 del Código Civil. Además la no realización por el arrendador de las reparaciones, ex artículo 21, es causa de resolución del contrato de arrendamiento a instancia del arrendatario.

RESUMEN

CONSERVACIÓN DE LA VIVIENDA

En este trabajo hemos analizado el artículo 21 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el cual regula la obligación del arrendador de hacer las reparaciones necesarias para conservar la vivienda en condiciones de habitabilidad, de modo que pueda servir al uso convenido, exponiendo su ámbito objetivo, subjetivo, los límites existentes a dicha obligación, así como su tratamiento jurisprudencial.

ABSTRACT

HOUSING UPKEEP

This article analyses article 21 of the Urban Lease Act, which regulates lessors' obligation to make the repairs necessary to keep housing in inhabitable condition so that it can be used for the accorded purpose. The article explores the Act's objective realm, subjective realm, limits on said obligation and handling in case law.

1.6. Responsabilidad Civil

LA RESPONSABILIDAD POR MEDICAMENTOS DEFECTUOSOS

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora titular de derecho Civil UNED

I. SEGURIDAD DE LOS MEDICAMENTOS

Antes de entrar en el análisis detallado de las sentencias, objeto de este comentario, nos parece conveniente hacer una serie de precisiones de carácter general sobre la seguridad de los medicamentos.

Conviene recordar que, en España, la Ley 25/1990 (1), de 20 de diciembre, del Medicamento, según establecía su Exposición de Motivos, tenía como objetivo primordial: «contribuir a la existencia de medicamentos seguros, eficaces y de calidad correctamente identificados y con información apropiada para su correcta administración y uso».

En este sentido, se hace necesario destacar que en nuestro sistema jurídico, desde entonces, para garantizar la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos, existe un proceso de intervención pública que controla el medicamento antes y después de su comercialización.

Así, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) (2), se encarga de la autorización, control, y regulación de los medicamentos, de tal modo que ningún medicamento puede ser comercializado sin la previa autorización de la Agencia, y su inscripción en el Registro de Especialidades Farmacéuticas (3), lo que nos garantiza que el medicamento, desde su investigación hasta su utilización, está controlado.

Además, y posteriormente, los medicamentos siguen siendo controlados por el Sistema de Español de Farmacovigilancia (4) (SEFV), cuya función primordial consiste en recoger y elaborar la información sobre reacciones adversas de los medicamentos, es decir, su papel consiste «en proporcionar de forma continua la mejor información posible sobre la seguridad de los medicamentos, posibilitando así la adopción de las medidas oportunas y, de este modo, asegurar que los medicamentos disponibles en el mercado presenten una relación beneficio-riesgo favorable para la población en las condiciones

(1) *BOE* núm. 306, de 22 de noviembre de 1990. Actualmente, la citada Ley está derogada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. *BOE* núm. 178, de 27 de julio de 2006. Pese a que la Ley del Medicamento está derogada, haremos concretas referencias a ella por estar vigente en el momento en que ocurren los hechos de las sentencias que vamos a comentar.

(2) En Europa se encarga la Agencia Europea de Medicamentos (EMA).

(3) Vid. el Real Decreto 2000/1995, de 7 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 767/1993, de 21 de mayo, que regula la evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. *BOE* núm. 11, de 12 de enero.

(4) Desarrollado por el Real Decreto 711/2002, de 19 de julio, por el que se regula la Farmacovigilancia de medicamentos de uso humano. *BOE* núm. 173, de 20 de julio.

de uso autorizadas». Medidas que abarcan un amplio abanico de posibilidades, y que comprenden cuantos estudios sean necesarios para evaluar la seguridad, pudiendo ir desde la actualización de los prospectos, a la retirada del medicamento, cuando haya sospechas de que el medicamento puede producir un riesgo inminente y grave para la salud pública.

Actualmente, la Ley 29/2006, de 26 de julio (5), de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, ha reforzado el sistema de garantías que gira en relación a la autorización del medicamento y la promoción del uso racional del mismo, otorgando especial protagonismo al sistema español de farmacovigilancia del Sistema Nacional de Salud, con un enfoque más innovador, que incorpora el concepto de farmacoepidemiología y gestión de los riesgos, y la garantía de seguimiento continuado del balance beneficio/riesgo de los medicamentos autorizados (6).

II. LOS MEDICAMENTOS COMO PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Centrándonos ya en los medicamentos, podemos definirlos conforme a la Ley 29/2006, de 26 de julio (7), como: «toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico».

Por tanto, los medicamentos son productos con una regulación especial y como tales productos, Principio del formulario los medicamentos pueden considerarse defectuosos.

(5) La citada Ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, y la Directiva 2004/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/82/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos veterinarios. Y armoniza nuestra normativa con el Reglamento (CE) núm. 726/2004, por el que se establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

(6) Conforme establece el artículo 15.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, bajo el título de Garantías de información: «El Ministerio de Sanidad y Consumo regulará los aspectos relativos a las garantías de información: características, extensión, pormenores y lugares donde deba figurar... Los textos y demás características de la ficha técnica, el prospecto y el etiquetado forman parte de la autorización de los medicamentos y han de ser previamente autorizados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Sus modificaciones requerirán autorización previa».

(7) Hasta el año 2006, se podía definir el medicamento: «toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que pueden ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ellos (art. 8.1) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, Ley del Medicamento.

En este contexto, conviene recordar que el concepto legal de «producto defectuoso» viene recogido en la Ley 22/1994, de 6 de julio (8), de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (9), que entiende por tal: «aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie» (art. 3.1 y 2).

Los perjudicados por los productos defectuosos pueden dirigir sus reclamaciones directamente contra el fabricante, con la especialidad de que tratándose de medicamentos para el consumo humano, el sujeto responsable del medicamento no puede eximirse de su responsabilidad por los daños causados, alegando que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del medicamento no permitía apreciar la existencia del defecto» (art. 6.3).

III. CLASES DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Como afirma el profesor LASARTE: «La doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, especialmente, han desarrollado la siguiente *tipología de defectos*: defecto de fabricación, de diseño y de información, como categorías básicas en la materia que han sido generalmente aceptadas también en Europa:

- El primero, el defecto de fabricación, se daría cuando el producto no se corresponde con los de su misma serie.
- El defecto de diseño, por su parte, exigiría como factor determinante un fallo en la concepción del producto.
- Finalmente, los defectos de información estriban en carencias o informaciones inexactas sobre el consumo, uso o manipulación del producto...

Además, añade que en principio, para calificar el producto como defectuoso, el criterio contenido en la LPD se aproxima al referido a las expectativas del consumidor..., que debe ser remitido al consumidor medio» (10).

Por tanto, puede haber distintos tipos de defectos en los medicamentos. Aquí nos centraremos en el defecto de información y en el defecto de diseño.

De forma breve, empezaremos por el defecto de información, que como destaca la profesora DÍAZ-AMBRONA: «es el defecto que se produce cuando el fabricante o importador no da instrucciones claras y precisas del modo como

(8) BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994.

(9) Sobre el tema de responsabilidad de productos defectuosos, puede verse: LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Instituto Nacional del Consumo, Dykinson, 2.ª ed., Madrid, 2005, págs. 279 a 308. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «La responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Derecho Civil Comunitario*, dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *Colex*, 3.ª ed., Madrid, págs. 403 a 428.

(10) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Instituto Nacional del Consumo, Dykinson, 2.ª ed., Madrid, 2005, pág. 286.

debe utilizarse el producto, y de los peligros que puedan derivarse de su incorrecta manipulación» (11).

En consecuencia, el paciente debe tener una información veraz, clara y comprensible de los medicamentos que le son recetados, tanto para poder hacer una correcta utilización como para conocer sus posibles efectos secundarios. En caso contrario, existirá defecto de información. En este sentido, la Ley 29/2006, de 26 de julio, garantiza la información del paciente, en el ámbito sanitario, a través de la ficha técnica (12), el prospecto y el etiquetado (13).

A este respecto, procede recordar (14) que el prospecto debe proporcionar a los pacientes información suficiente sobre el principio activo del que está

(11) DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «La responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Derecho Civil Comunitario*, dirigida por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., Colex, 3.ª ed., Madrid, pág. 420.

(12) Conforme establece el artículo 15.2 de la citada Ley: «La ficha técnica o resumen de las características del producto reflejará las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y sintetizará la información científica esencial para los profesionales sanitarios. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios aprobará la ficha técnica en la que constarán datos suficientes sobre la identificación del medicamento y su titular, así como las indicaciones terapéuticas para las que el medicamento ha sido autorizado, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización. A la ficha técnica se acompañará, preceptivamente, información actualizada del precio del medicamento y, cuando sea posible, la estimación del coste del tratamiento». El artículo 19.5 de la ya derogada Ley 25/1990, de 20 de diciembre, señalaba que: «la ficha técnica resumirá la información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio y, en su caso, a los veterinarios en ejercicio, por el titular de la autorización, antes de la comercialización de la especialidad farmacéutica. La ficha técnica se ajustará a un modelo uniforme, y en ella constarán datos suficientes sobre identificación de la especialidad y su titular, así como la información que requiera una terapéutica y atención farmacéutica correcta, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización. A la ficha técnica acompañará, preceptivamente, información actualizada del precio de la especialidad, y, cuando sea posible, la estimación del coste del tratamiento», por su parte el artículo 19.6 establecía que: «el prospecto sólo contendrá información concerniente a la especialidad farmacéutica a que se refiera. La ficha podrá contener, además, información de otras dosificaciones o vías de administración del mismo medicamento».

(13) Como prevé el artículo 15.4: «en el etiquetado figurarán los datos del medicamento, como la denominación del principio activo, del titular de la autorización, vía de administración, cantidad contenida número de lote de fabricación, fecha de caducidad, precauciones de conservación, condiciones de dispensación y demás datos que reglamentariamente se determinen...».

(14) En virtud, el artículo 15.3 de la Ley 29/2006, de 26 de julio: «El prospecto, que se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su titular e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, en especial los efectos sobre la conducción de vehículos a motor, y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación. El prospecto deberá ser legible, claro, asegurando su comprensión por el paciente y reduciendo al mínimo los términos de naturaleza técnica».

Conforme al derogado artículo 19.4 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre: «El prospecto proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la identificación de la especialidad y su titular e instrucciones para su administración, empleo y

compuesto (15), identificación del medicamento e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación.

De lo anterior, se deriva que la información que se le dé al paciente debe ser una información, veraz, sencilla y completa sobre el tratamiento farmacológico que se le pretende suministrar: composición del medicamento, uso correcto del mismo, duración del tratamiento, advertencia sobre posibles efectos colaterales, interacción con otros medicamentos, etc. Toda esta información servirá para que, el consumidor, pueda conocer un determinado tratamiento farmacológico, en términos comprensibles, para que tome el medicamento de forma correcta, y para conocer los riesgos que el tratamiento farmacológico comporta.

Además, un aspecto muy importante, a nuestro entender, es la manera en que se debe comunicar esta información al paciente, pues debe darse de forma sencilla y clara para que el paciente comprenda bien la información, ya que estamos en una materia en la que existen términos especializados.

Conviene detenerse ahora en otro tipo de defecto, el defecto de diseño, como afirma RAMOS GONZÁLEZ (16): «el defecto de diseño, a diferencia del de fabricación, afecta, por definición, a todos los productos de la misma serie y, a diferencia del de fabricación, la deficiencia tiene que ver con la manera en que se ideó el producto, con la elección de una composición química particular para el caso de los medicamentos».

En definitiva, no cabe duda de que tanto si estamos ante un defecto de información, como en el caso de que el prospecto del medicamento no dé la información, suficiente y correcta sobre los peligros que entraña y sobre su correcto uso, como si estamos ante un defecto de diseño del medicamento, como en el caso de que los efectos secundarios del medicamento sean desproporcionados respecto de los beneficios que produce, o no tenga la eficacia terapéutica pretendida, estaremos ante un medicamento defectuoso.

conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación», además el apartado 7 del mismo artículo señalaba que: «la información del prospecto y ficha técnica, especialmente la que se refiere a indicaciones, contraindicaciones, efectos adversos y precauciones particulares en su empleo, deberá ser congruente con los resultados de los estudios farmacológicos y clínicos a que se refieren los... y con el estado presente de los conocimientos científicos. También deberán reflejar la experiencia adquirida con la especialidad farmacéutica desde su comercialización», por último, el mismo artículo en su apartado 8 establecía que: «las afirmaciones que contengan estarán, en todo caso, apoyadas por estudios científicos y no serán desorientadoras para los profesionales sanitarios o el público».

(15) También es necesario recordar que el prospecto es: «la información escrita dirigida al consumidor o usuario, que acompaña al medicamento», artículo 1.2.g) del Real Decreto 2236/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y prospecto de los medicamentos de uso humano. *BOE* núm. 42, de 18 de febrero.

(16) En su interesante trabajo: «Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño». *Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los Estados Unidos*, en *www.indret.*, 2/2005, núm. 287.

En ambos casos, si el consumo del medicamento defectuoso produce daños, aparece la responsabilidad del fabricante (17), siendo, en estos casos, normalmente, las sociedades farmacéuticas que diseñan y comercializan el medicamento, las que responderán de los daños causados. Por otro lado, como sabemos, una vez probado que se ha consumido un medicamento defectuoso, el paciente habrá que demostrar el daño o perjuicio sufrido y la relación de causalidad para exigir la responsabilidad civil.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Sentado lo anterior, y entrando ya en las sentencias objeto de este análisis, recordemos que del problema del medicamento Agreal (18), del que se han hecho eco los medios informativos, se trata de un medicamento recetado desde 1983 en España, a mujeres de entre cuarenta y cinco y sesenta y ocho años de edad, para tratar la menopausia.

Varias pacientes tratadas con esta medicación interpusieron demandas para reclamar indemnización por los daños causados por el consumo del medicamento, al que consideraban defectuoso. Consideraban que el contenido del prospecto no era completo, lo que le convertía en defectuoso, por no recoger todos los efectos adversos. Es decir, consideraban que existía un defecto de presentación, como consecuencia del cual sufrían diversos padecimientos. Pero como ya hemos avanzado, para exigir la responsabilidad por daños y perjuicios, una vez demostrado que el medicamento era defectuoso, tendrían que demostrar el daño que se había producido en su salud y la relación de causalidad entre ambos.

Es necesario precisar que, de hecho, el 20 de mayo de 2005, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (19) emitió la nota informativa 2005/11, en la que se comunica la decisión de suspender la comercialización de la «veraliprida» (Agreal), por concluir que el balance beneficio/riesgo resultaba desfavorable en las indicaciones autorizadas, nota que fue confirmada a partir del 15 de septiembre, cuando el medicamento dejó de ser dispensado en las farmacias. La Agencia del Medicamento sometió el produc-

(17) Conforme al artículo 6.1 de la Ley 22/1994: «el fabricante o el importador no serán responsables si prueban: A) Que no habían puesto en circulación el producto. B) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. C) Que el producto, o no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. D) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. E) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. 2. El fabricante o el importador de una parte integrante de un producto terminado no serán responsables si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo».

(18) Cuyo principio activo es la veraliprida.

(19) Ref. 2005/15, de 7 de septiembre de 2005 (Ministerio de Sanidad y Consumo).

to a un procedimiento de arbitraje de la Agencia Europea del Medicamento (EMA). Actualmente se ha suspendido la comercialización en Europa.

Siguiendo un orden cronológico, en la primera sentencia, objeto de este comentario, sentencia de 27 de septiembre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, número 21 (20), se ejercitó por las demandantes, en concreto dieciocho mujeres tratadas con el medicamento Agreal, una reclamación contra el laboratorio farmacéutico fabricante, a fin que se declarase que el consumo del medicamento tenía efectos secundarios, no previstos en la información facilitada a los pacientes, y que como consecuencia del consumo del mismo habían sufrido daños. La cuestión litigiosa se examina a la luz de la Ley de Productos Defectuosos.

Quizá uno de los grandes problemas con los que ha tenido que enfrentarse el Tribunal, a la hora de resolver estos casos, es que algunos de los efectos adversos del medicamento (como la depresión), coincidían con los síntomas de la enfermedad que trata de aliviar.

Es decir, si lo que se pretendía con el tratamiento era aliviar los síntomas de la ansiedad y la depresión, mejorando la calidad de vida de las mujeres, el medicamento no sólo no las aliviaba, sino que persistían los síntomas y además creaba adición, por tanto, parece deducirse que no tenía la utilidad terapéutica pretendida.

El defecto del medicamento se hizo depender de la presentación del prospecto, por no describir los efectos adversos que las pacientes dicen haber sufrido. Se demostró que el prospecto (21) era incompleto por tener una información insuficiente, faltaba la duración del tratamiento («lo que supone que se puede administrar el medicamento más tiempo del deseable»). Se acreditó, además, un efecto adverso no reflejado en el prospecto, y se probó que tenía más efectos secundarios que los reflejados en el mismo, tanto durante el tratamiento (trastornos extrapiramidales, depresión), como después, una vez suspendido el tratamiento (síndrome de retirada), lo que quedó además acreditado de la comparación entre el mismo y la propuesta de prospecto (22) que presentó el laboratorio, adecuado a la Circular 2/2000, sobre legibilidad, en la que se observa que hay más reacciones adversas que las previstas en el prospecto autorizado, se introducen novedades como una serie de contraindicaciones antes de tomar Agreal, como se debe tomar, además se establecen nuevas contraindicaciones e interacciones y se indica expresamente que el tratamiento debe ser de corta duración, y como se debe conservar el medicamento. Por tanto, quedó demostrado que el prospecto era defectuoso por ser insuficiente el contenido del prospecto con el que se comercializaba en España.

Sólo tres pacientes consiguieron demostrar los daños causados por el medicamento, al acreditarse el daño sufrido, y la relación de causalidad entre ese daño y el defecto atribuido al fármaco. Es decir, se consideró que, como con-

(20) AC 2006/1724.

(21) Parece deducirse de la sentencia que también lo era la ficha técnica.

(22) El laboratorio presentó ante la AEMPS, con fecha 19 de abril de 2002, una propuesta de prospecto y una propuesta de ficha técnica para su aprobación, hasta que en fecha 24 de septiembre de 2004, se dirigió comunicación a la demandada por AEMPS en el sentido de reevaluar la relación beneficio-riesgo del medicamento, la AE indicó que la solicitud de la ficha técnica no fue finalmente resulta al haber sido anulada la autorización comercial del medicamento, conforme establece el fundamento noveno de la sentencia.

secuencia de la ingesta del medicamento, habían sufrido daños en la salud física y psíquica (reacciones adversas no previstas en el prospecto).

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios otorgada en los casos citados, el juez, para cuantificar la indemnización a favor de las actoras, considera que lo más adecuado es partir con fines orientativos, y para evitar fijar una valoración totalmente arbitraria, de la valoración que aparece en el baremo introducido por el Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, para lesiones permanentes, que, además, lleva incluida la indemnización por daño moral.

En la segunda sentencia del Juzgado de Primera instancia número 47, de 2 de abril de 2007 (23), presentada, igualmente, por un grupo de mujeres que tomaron el medicamento Agreal, en concreto fueron seis las demandantes, y sólo tres obtuvieron la reparación de los daños causados al probar el daño, el defecto y la relación de causalidad, eso sí, esta vez las indemnizaciones fueron más cuantiosas económicamente que las de la primera sentencia.

Entrando ya a examinar los motivos del recurso, la primera de las cuestiones que se plantea es si el medicamento Agreal es un producto defectuoso, y si existe relación entre la ingesta del medicamento y los daños que dicen producidos las actoras. Se concluye, por el tribunal, que el citado medicamento es un producto defectuoso, porque el prospecto adolece de falta de información, y además, no se contempla el uso razonablemente previsible del mismo, omitiéndose efectos adversos, interacciones y contraindicaciones, frustrándose con ello la finalidad de promover su más correcto uso.

En cuanto a los defectos u omisiones que se observan por el Tribunal, cabe citar:

1. No consta el período máximo de ingesta del medicamento, y sin embargo en otros países como, por ejemplo, en Francia, se especifica que el tratamiento durara entre tres y seis meses.
2. Existe acuerdo entre los médicos en que se producen efectos adversos, como *el síndrome extrapiramidal*, que no se describen en el prospecto, efecto que sí aparecen en los países europeos vecinos. Sin embargo, en el prospecto español sólo se hace referencia a que puede constituir un efecto adverso el tratamiento en caso de intoxicación o sobredosis.
3. Otra importante omisión del prospecto es que tampoco se desaconseja su uso con depresores del sistema nervioso central, lo que también se observa en los prospectos de otros países vecinos.
4. *Otro efecto adverso*, al que se refieren los médicos, cuyo término descriptivo es *disforia*, tampoco se refiere en el prospecto.
5. Además, del prospecto tampoco se deduce cuál es la naturaleza del medicamento, por lo que el paciente ignora la naturaleza de la sustancia que consume.

Por todo lo anterior, se considera que es un producto defectuoso, con omisiones esenciales en el prospecto, que frustran la consecución del fin de promover su más correcto uso.

Además, se considera como *otro efecto adverso*, *el síndrome de retirada*, que aunque reversible, tampoco aparece en el prospecto y que no cabe asimilar al síndrome de abstinencia.

(23) Publicada en el Diario *La Ley*, número 6745, de 28 de junio de 2007.

Sentado lo anterior, que el medicamento era defectuoso porque puede producir efectos secundarios, no previstos por el laboratorio, en la información facilitada a los pacientes, en el prospecto del fármaco, sólo tres pacientes pudieron demostrar la relación causa efecto, o lo que es lo mismo, que como consecuencia directa de la ingesta de Agreal, se produjeron los efectos adversos descritos anteriormente (una de las pacientes acredita la disforia, otra paciente presenta blefaroespasmos y, por último otra de las demandantes acredita que padece un síndrome de retirada y aflora un episodio depresivo severo).

Para determinar el *quantum indemnizatorio*, el tribunal considera que, aunque no exista baremo propiamente dicho, el criterio empírico de los presos V. y Q., con la referencia de la Ley 30/95, resulta un referente perfectamente aplicable en el supuesto de autos, además de ser el importe solicitado una cantidad ponderada que incluye los daños físicos y morales infligidos a una paciente que antes de la ingesta del producto defectuoso.

V. CONSIDERACIONES PERSONALES

Nos resta por señalar que, en los casos resueltos, podemos observar que el medicamento Agreal no ofrecía la seguridad que cabe legítimamente esperar de un medicamento, en nuestra opinión, existía tanto un defecto de información como un defecto de diseño.

Defecto de información por parte del fabricante, dado que el prospecto del medicamento no tenía las instrucciones correctas ni completas ya que, por un lado, no informa de su uso correcto, al no establecer el tiempo máximo de consumo, ni de los riesgos asociados al consumo del producto, tales como efectos secundarios y reacciones adversas no previstas, ni informaba de la interacción con otros medicamentos, lo que impedía al paciente utilizarlos de forma adecuada y conocer los riesgos que su consumo conllevaba.

Y también existía un defecto de diseño, aunque el Tribunal no se pronunciara sobre este extremo, pues no se plantea, ya que también existía un error en la composición del medicamento, produciendo efectos adversos desproporcionados, o más riesgos que los beneficios que se obtienen del consumo del medicamento, y agravando la enfermedad, por lo que se demuestra que no es eficaz para la enfermedad que trata de curar. No ofrece al paciente la seguridad, que cabría esperar, haciendo un uso razonable del mismo.

Prueba de lo que decimos es la retirada de este medicamento del mercado, tanto nacional como europeo. Por todo lo dicho, la responsabilidad del fabricante por los daños causados a los consumidores está fuera de toda duda, pues el medicamento no ofrecía seguridad, independientemente de que se entienda que existía un defecto de diseño o que existía un efecto de información.

Conviene destacar cuáles son los daños que están dentro del ámbito de protección de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

Comprende tanto los daños personales como los materiales (24). Los daños personales incluyen la muerte y lesiones (físicas y psíquicas). Las mujeres afectadas

(24) «El régimen de responsabilidad previsto en esta Ley comprende los supuestos de muerte y lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados, y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por

tadas relatan, principalmente, problemas neurológicos y psiquiátricos, daños tales como depresión, crisis de ansiedad, pérdida de memoria, temblores, dolores musculares, parálisis facial, incluso intento de suicidio.

La Ley marca un límite indemnizatorio, límite que asciende a la cuantía de 10.500.000.000 de pesetas. En cuanto a los daños materiales, la Ley fija la franquicia de 65.000 pesetas. En la medida que los daños excedan de la cuantía señalada, la vía para reclamarlos son las normas generales de responsabilidad civil.

Por otro lado, debe señalarse que los daños morales quedan excluidos, y deben ser indemnizados conforme a la legislación civil general.

En todo caso, es necesario demostrar el nexo causal entre daño producido y el carácter defectuoso del medicamento, es decir, que como consecuencia del consumo del medicamento Agreal, las pacientes sufrieron daños en la salud física y psíquica, y aquí precisamente en este punto es donde está el mayor escollo, porque los síntomas del medicamento coinciden con los de la enfermedad, y sólo cuando se pudo acreditar que los síntomas aparecieron después de tomar el medicamento, se pudo concluir la responsabilidad del laboratorio farmacéutico.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

No cabe duda de que la salud (25) constituye uno de los más anhelados bienes del hombre. Cuando carecemos de ella y tenemos alguna enfermedad confiamos en que los medicamentos nos puedan curar, aliviar, o ayudar a tratar la enfermedad.

También sabemos que el uso de los medicamentos puede tener efectos secundarios o adversos. Basta sólo con leerse el prospecto de la mayoría de ellos, aunque confiamos en que no (necesariamente) los vamos a experimentar (por ser efectos excepcionales). Un medicamento seguro será aquel que produzca más beneficios que riesgos. Efectivamente, cuando la balanza se inclina en este sentido, debemos considerar que se trata de un medicamento razonablemente seguro y eficaz para la salud.

Cuando el medicamento no ofrece la seguridad que cabe legítimamente esperar, estamos ante un medicamento defectuoso, defecto que puede deberse tanto a un defecto de fabricación, diseño o información. Pues bien, cuando como consecuencia de la ingesta de un medicamento defectuoso se ocasiona daños y reacciones adversas a los pacientes, nace la responsabilidad civil del fabricante.

Se analiza en este comentario, precisamente, dos casos en los que se declaró el carácter defectuoso de un medicamento conocido como Agreal, para el tratamiento de los sofocos y de las manifestaciones psicofuncionales de la menopausia. La importancia del tema es tal, que la propia Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios suspendió su comercialización, y actualmente la Agencia Europea del Medicamento ha dado la razón a

el perjudicado. En este último caso se deducirá una franquicia de 65.000 pesetas (conforme al art. 10.1 de la Ley 22/1994).

(25) La salud: «es definida por la Constitución de 1996 de la Organización Mundial de la Salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

España en su decisión de retirar el medicamento Agreal, porque su balance beneficio-riesgo resultaba desfavorable en las indicaciones autorizadas.

RESUMEN

MEDICAMENTOS DEFECTUOSOS

Cuando, como consecuencia del uso normal y razonable de un medicamento, se ocasionan daños a los pacientes, tales como reacciones adversas imprevistas, o riesgos desproporcionados, estamos ante un medicamento defectuoso.

Este comentario se centra en examinar dos sentencias que, recientemente, se han dictado y cuyo núcleo central consiste en considerar si un medicamento, indicado para aliviar los síntomas de la menopausia, debe ser calificado defectuoso. Nos hemos propuesto analizar, por tanto, la responsabilidad por los daños causados por medicamentos defectuosos, en particular, cuándo se puede considerar que estamos ante ellos, cuáles son los daños que se pueden reclamar y cómo puede hacerse.

ABSTRACT

DEFECTIVE MEDICINAL PRODUCTS

When patients are harmed by things such as unforeseen adverse reactions or disproportionate risks after making normal, reasonable use of a medicinal product, the product is defective.

This commentary focuses on examining two recently given rulings whose core issue is whether a medicinal product for alleviating the symptoms of menopause should be considered defective. The authors therefore propose to analyse liability for damages caused by defective medicinal products, in particular, when a product can be regarded as defective, what damages can be sought and how that can be done.

2. MERCANTIL

*LA IMPUGNACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO
POR UN TERCERO EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA
DE ACCIONES Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2006*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
*Doctor en Derecho
Abogado*

*«Omnimodo secundum eius aestimationem, premium
persolvatur»*

(Instituta, Justiniano, párrafo 1, título 24, libro 3)

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo consiste en analizar los pronunciamientos más relevantes de la Jurisprudencia española sobre el concepto y función del arbitrador, principalmente desde el punto de vista de la posibilidad de impugnación de las decisiones del mismo y las causas de dicha impugnación, así como ofrecer unas breves consideraciones sobre la doctrina científica citada por dicha Jurisprudencia.

Uno de los ejemplos que nos ofrece la casuística del actual tráfico jurídico y económico en el cual se recurre frecuentemente a la figura del arbitrador es el producido en el ámbito de las adquisiciones de empresas u operaciones de «M&A», mediante la compra de las acciones o participaciones de la misma. En estas operaciones resulta frecuente que las partes estipulen en los contratos fórmulas de ajuste del precio inicialmente acordado al perfeccionarse el correspondiente contrato de compraventa, mediante la revisión de los estados financieros y contables utilizados por las partes para dicha determinación inicial del precio. Esta revisión o «ajuste del precio» suele encargarse a un auditor designado por las partes en el contrato, quien emitirá el correspondiente «informe de ajuste» en función del encargo aceptado y los parámetros de revisión estipulados por las partes contractuales.

Con ánimo de superar las posibles desavenencias que pudieran surgir entre las partes en relación con el resultado del «informe de ajuste» elaborado por el citado auditor, aquéllas suelen pactar que dichas diferencias sean dirimidas definitivamente por otro auditor, con el objeto de que sea éste quien integre con carácter último el precio del contrato de compraventa, siendo la intención de dichas partes contractuales aceptar con carácter decisivo la determinación final realizada por este segundo auditor, sometiéndose de forma firme y vinculante a la decisión del mismo y renunciando incluso expresamen-

te a la posibilidad de impugnar su juicio integrador del precio del contrato de compraventa de acciones (1) (2).

Pues bien, en ciertas ocasiones la parte contractual que se considera desfavorecida por la decisión firme de dicho auditor o arbitrador, intenta revisar la decisión del mismo bien judicial o arbitralmente (dependiendo del sistema de solución para dirimir controversias que se hubiesen pactado en el contrato), ante lo cual la contraparte suele argüir el carácter automático y definitivo de la decisión del arbitrador que ambas pactaron en el clausulado del contrato de compraventa. Esta controversia es la que nos abre el camino para conocer el fallo al respecto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6065) que consideramos paradigmática en este tema.

Cabe señalar que el sistema anteriormente apuntado y frecuentemente utilizado en la práctica citada, es el propio del arbitrador, que es la persona encargada de integrar uno de los elementos de la relación jurídica, y no de arbitraje, donde el árbitro lo que hace es dirimir una controversia entre las partes como consecuencia de dicha relación jurídica.

(1) Un ejemplo de esta cláusula contractual puede ser el siguiente:

«En caso de que cualquiera de las Partes no estuviera conforme con el resultado del Informe de Ajuste, las Partes negociarán, de buena fe, para solventar dicha diferencia durante un plazo de quince días naturales. Durante dicho plazo el comprador y el vendedor podrán revisar la contabilidad, los importes y los cálculos con sus propios expertos contables, para lo cual tendrán derecho a mantener cuantas entrevistas sean necesarias con los representantes de los responsables del departamento contable de las Sociedades y con el Auditor. Transcurrido dicho plazo sin llegar a un acuerdo sobre la diferencia, el asunto controvertido en concreto será sometido a [...] Si esta empresa de auditoría no aceptase, por cualquier motivo, su nombramiento, deberá designar a [...] en un plazo de diez (10) días naturales a contar desde la fecha en que le fue presentada la diferencia. En la carta mandato que las Partes dirigirán a [...] se le informará expresamente del carácter dirimente de su decisión.

[...] escuchará y consultará a las Partes y a sus respectivos asesores y tomará su decisión en un plazo de treinta (30) días naturales a contar desde la fecha en que se le presentó la diferencia. El Árbitro de Contabilidad notificará por escrito su decisión acerca del/de los asunto(s) controvertidos a las Partes en un plazo de cuarenta y cinco (45) días naturales desde la fecha de presentación de la diferencia, siendo dicha decisión firme y vinculante para las Partes».

(2) En relación con esta posibilidad de renuncia expresa a la posible impugnación judicial, hemos de citar el rechazo existente a la misma en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986/1168), sobre compraventa de acciones y arbitrador, al analizar una cláusula similar dispuso que: *«...Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental "derecho al proceso" en el orden jurisdiccional, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo veinticuatro, apartado primero, de la Constitución (RCL 1978/2836) y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex Suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo sexto, párrafo dos, del Código Civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando concurre o contrarie el interés o el orden público...».*

De igual forma, aunque en ámbito diferente, se pronuncia, en relación con dicha renuncia, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/3586), en la que se declara la nulidad de la cláusula contractual plasmada en escritura de protocolización de operaciones particionales en la que se establece un compromiso de no impugnar judicialmente la escritura y se penaliza a quien acuda a los Tribunales, puesto que es irrenunciable preventivamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ni que decir, tiene pues, que ambos sistemas no son pues excluyentes, pudiendo ser perfectamente cumulativos. Así, como ejemplos de recurso al arbitrador se prevén en el Código Civil los regulados en los siguientes preceptos: artículos 1.273, 1.447, 1.598 y 1.690.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2006

Con fecha 30 de noviembre de 1992, se presentó demanda interpuesta por la Mercantil Mallorca Motor, S. A. contra don Ernesto y las Mercantiles Patrimonios del Sol, S. A. y Colomar Automóviles, S. A., solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: «a) *Que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato suscrito entre las partes en fecha 10 de abril de 1991, los balances que se adjuntaron y acompañaron con la firma de dicho contrato, de fecha 31 de diciembre de 1990, sólo en principio se daban por buenos y se aceptaban por la parte compradora, cuya confirmación definitiva quedaba pendiente del resultado de la Auditoría que se estaba practicando, a la que después se añadió la que llegó hasta el día 10 de abril de 1991, y que llevaron a cabo Aguiló & Moyá Auditoría Balear, S. L... d) Que también, como se indica en la cláusula novena del referido contrato, «cualquier cuestión, divergencia, diferencia o distinta interpretación o que pudiera haber sobre cualquiera de las partidas del balance debe ser automáticamente resuelta por la Auditoría, dando por buenos los números que resulten de la misma, sin que ninguna de las partes puedan suscitar ninguna clase de contienda».*

En el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, se transcriben las cláusulas del contrato de compraventa de acciones, las cuales, por su interés para la comprensión del debate propuesto, a continuación reproducimos:

«1.º *Es objeto de la presente operación de compraventa la totalidad de las acciones que don Ernesto y las entidades “Colomar Automóviles, S. A.” y “Patrimonios del Sol, S. A.” poseen en las entidades que se han descrito en los antecedentes de este documento, hasta el punto de que en las mismas no les queda ninguna clase de participación; así como la mitad indivisa del solar sito en el Polígono Industrial de Inca, y que también se ha descrito en los antecedentes de este documento”.*

2.º *La venta se efectúa como si toda ella fuera un solo conjunto y una unidad, estando íntegramente pagados los precios de adquisición, y hallándose los bienes y derechos totalmente libres de cargas y gravámenes, no pesándose sobre los mismos ninguna clase de embargos.*

3.º *El precio de la compraventa se fija en la cantidad de 100.000.000 de pesetas, a percibir en efectivo metálico por el vendedor, quien además recibirá la plena titularidad del local comercial sito en el Paseo Marítimo de esta ciudad y del que es titular la entidad mercantil “Palma Motor, S. A.”, que lo adquirió de la entidad mercantil “Novo Car, S. A.”, local que fue totalmente pagado en su precio, libre de cargas y gravámenes, libre de arrendamientos y al corriente de pago de toda clase de gastos, arbitrios e impuestos.*

4.º *Dicho precio se hará efectivo en la siguiente forma:*

A) *El señor Ernesto recibe en este acto la cantidad de 25.000.000 de ptas., de cuya suma sirve el presente documento de cabal carta de pago, al mismo*

tiempo que recibe en este acto la posesión y las llaves del local del Paseo Marítimo de esta ciudad, del cual tendrá la posesión y la administración, pero no la disponibilidad ni a venta ni a alquiler, tal como se estipula más adelante.

B) Mientras que el resto de la cantidad que debe pagarse en efectivo, o sea, la cantidad de 75.000.000 de ptas., se pagará en tres plazos de 25.000.000 de ptas., cada uno de ellos, con vencimiento a los próximos días 30 de septiembre de 1991, 30 de marzo y 30 de septiembre de 1992, pagos que quedarán sujetos a las garantías que también más adelante se expondrán.

C) Las cantidades aplazadas no devengarán intereses de ninguna clase durante el primer año, por lo que sólo devengará intereses la cantidad de 25.000.000 de ptas., por el semestre que va desde el día 31 de marzo hasta el día 29 de septiembre de 1992, a razón del interés básico del Banco de España en aquel momento.

D) A pesar de haberse establecido los plazos que acaban de indicarse para pagar la cantidad que debe abonarse en efectivo, dichos plazos se otorgan en beneficio del comprador, el cual, en cualquier momento, podrá adelantar dichos pagos, en cuyo caso los pagos que se efectúan por anticipado tendrán una bonificación o una deducción, consistente en el mismo interés básico del Banco de España por la cantidad y por el período adelantado, igualmente vigente en el momento del anticipo.

5.º Con la cesión de las acciones, títulos y derechos que hace el señor Ernesto, la sociedad adquirente asume y se subroga en todos los derechos y obligaciones de aquellas entidades, tal y como quedan reflejados en los balances que adjunto acompañan, de fecha 31 de diciembre de 1990, que en principio se dan por buenos y se aceptan por el comprador, si bien que su confirmación definitiva quede pendiente del resultado de la Auditoría que actualmente se está practicando sobre los mismos. A cuya Auditoría habrá que añadir la que comprenderá como período el que va desde el día 1 de enero hasta el 10 de abril del corriente año.

6.º Precisamente teniendo en cuenta las posibles diferencias que puedan surgir entre las Auditorías que se especifican en la cláusula anterior, respecto de los balances contables que también en la misma se indican, es por lo que la cantidad de 75.000.000 de ptas. y el local del Paseo Marítimo quedan sujetos y responden de aquellas posibles diferencias, puesto que aceptándose por ambas partes las Auditorías que se practican o puedan practicarse, automáticamente se descontarán aquellas cantidades que no merezcan el beneplácito de las Auditorías, descuento que se irá efectuando sobre los sucesivos pagos pendientes.

7.º Igualmente deberán descontarse de las cantidades aplazadas e incluso del local del Paseo Marítimo, cualquiera clase de cantidades, conceptos o pagos que pudieran incluirse en estos balances y que correspondan a obligaciones particulares del señor Ernesto o de cualquiera de sus familiares, o correspondan a cualquier tipo de sociedades públicas o privadas que no sean las que son objeto de esta operación de compra-venta.

8.º Ambas partes quieren que quede establecido desde este momento que considerará pasivo oculto cualquier género de obligación o de responsabilidad contraída con las distintas sociedades objeto de este contrato, frente a cualquier organismo público o privado o frente a cualquier persona física o jurídica en relación a cualesquiera hechos, actos, negocios jurídicos, pagos de arbitrio e impuestos, y cualquier clase de obligaciones de tipo fiscal, social y laboral, contrastados a través de las Auditorías que se practicarán sobre el balance y estado

financiero de dichas sociedades. A efectos de Auditoría se establece que las mercaderías se valorarán a precio de mercado.

9.º Tal como se ha dicho en las cláusulas anteriores para cualquier cuestión, divergencia, diferencia o distinta interpretación que pueda haber sobre cualquiera de las partidas del balance, será automáticamente resuelta por la Auditoría, dando por buenos los números que resulten de la misma, sin que ninguna de las partes pueda suscitar ninguna clase de contienda.

10.º No se otorgará escritura pública de compra-venta a favor del señor Ernesto, o de la persona o personas que éste designe, hasta que no haya transcurrido un plazo de cinco años a contar desde el día 31 de diciembre de 1991, al objeto de garantizar cualquier clase de obligaciones o de débitos que pudieran surgir durante dicho período de cinco años, ya sea por concepto de proveedores, pasivos ocultos, obligaciones laborales y de la Seguridad Social, obligaciones fiscales, financieras, avales, etc., nacidas por hechos o actos anteriores a la fecha de este contrato, y que no se hubiesen descontado de los 75.000.000 recitados, al objeto de conseguir la prescripción de dichas posibles obligaciones del local del Paseo Marítimo, quedando bien entendido que todos los gastos derivados de dicho otorgamiento, incluso arbitrio municipal de plusvalía, serán a cargo de la parte compradora, la cual, a partir de esta fecha, se obliga al pago de cualquier clase de gastos, obligaciones e impuestos que pesen sobre el local, cuidando asimismo de su conservación y mantenimiento.

11.º El señor Ernesto se obliga ya desde ahora a firmar los correspondientes vendís de las acciones que han sido objeto de esta operación de compra-venta, firmando cuantos documentos públicos o privados fueren precisos para el buen fin de las mismas, renunciando a los cargos de Administración y de representación que pudiera ostentar en cualquiera de dichas entidades, si bien que comprometiéndose a suscribir los balances de dichas sociedades que deberán presentarse antes del día 30 de junio del corriente año correspondientes al año 1990, firmando asimismo las actas de las Juntas Generales, Ordinarias y Extraordinarias que fueren necesarias y que, a conveniencia del comprador, se le puedan presentar para su firma en cualquier momento.

12.º En el momento en que se haga efectivo al señor Ernesto el último pago de 25.000.000 de ptas., o la cantidad que pudiera quedar resultante a tenor de las liquidaciones pertinentes en fecha 30 de septiembre de 1992, éste se compromete a constituir un Aval Bancario por la cantidad de 25.000.000 de ptas., ante cualquier entidad financiera o de crédito de esta Comunidad Autónoma, por un plazo, en principio de cinco años, a contar desde el día 30 de septiembre de 1992, aval que se renovará, en su caso, hasta tanto no haya recaído resolución firme que declare la regularidad fiscal y además que pudiera haber en relación a las sociedades objeto de este contrato.

13.º El vendedor hace declaración expresa y formal de hallarse al corriente de pago de todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social, no adeudando ninguna cantidad por dicho concepto, y que igualmente se halla al corriente de cualquier tipo de obligaciones de tipo fiscal, se hace totalmente responsable de cualquier clase de derivaciones o incidencias que pudieran surgir por dichos conceptos, devengados hasta el día de la fecha, aunque su obligación surgiera con posterioridad, alcanzando su obligación y responsabilidad hasta la total prescripción. Serán igualmente de cuenta del vendedor el abono de los derechos que a los trabajadores correspondiere por los distintos conceptos de vacaciones, partes proporcionales de pagas extras y demás relaciones laborales correspondientes hasta el día de hoy que se hayan devengado o se devenguen en adelante.

14.º Para la decisión de cualquier cuestión o incidencia derivada del presente contrato, las partes se someten a un arbitraje de equidad, institucional del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, al que encargarán la designación de los Árbitros y la Administración del Arbitraje, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783)».

En el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, se analiza el recurso de la parte vendedora, por infracción de los artículos 1.447 y 1.690 del Código Civil, en relación con la impugnación de la decisión del arbitrador, exponiéndose y juzgándose (*ratio decidendi*) el mismo del siguiente tenor:

«Entrando ya a examinar el recurso de la parte vendedora, su primer motivo se funda en infracción del artículo 1.447 en relación con el 1.690, ambos del Código Civil (LEG 1889, 27), y de la jurisprudencia de esta Sala que los interpreta. Según esta recurrente, aunque la sentencia impugnada transcribe incluso literalmente parte de la sentencia de esta Sala, de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1168), con precedentes en las de 21 de abril de 1956 (RJ 1956, 1941) y 22 de noviembre de 1966 (RJ 1966, 4991), sin embargo se aparta radicalmente de su doctrina al obviar la equidad exigible al arbitrador y el ajuste de su labor al mandato recibido. Para esta misma parte “la Sala de instancia se ha limitado a aplicar directamente el resultado puramente económico y contable de la auditoría, sin molestarse en examinar si tal resultado proviene de una correcta aplicación de las pautas que, según esta Sala, debe seguir la actuación de los arbitradores”; y a continuación el alegato del motivo se dedica a examinar los puntos en que la auditoría habría faltado a la equidad y al mandato recibido, concluyendo que resulta contrario a la equidad fundarse en criterios puramente contable y no reales.

Pues bien, este motivo no puede prosperar debido a las siguientes razones:

1.ª Mientras en el caso examinado por la citada sentencia de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1168), la auditoría pactada en el contrato no tenía carácter vinculante, siendo un paso previo a la decisión de los arbitradores, en éste, en cambio, ambas partes contratantes se sometieron “automáticamente” (cláusulas 7.ª y 9.ª) al resultado de las auditorías previstas en el propio contrato para determinar la parte aplazada del precio a pagar finalmente por la parte compradora.

2.ª La lectura de esa misma sentencia de esta Sala revela que, al margen de la impugnación de la decisión de los arbitradores por vicios del consentimiento, la llamada a la equidad no es autónoma, sino ligada a la desviación de las instrucciones señaladas por las partes a los arbitradores (“cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad...”).

3.ª Cuando las dos partes contratantes sometieron al resultado de las auditorías el importe que finalmente habría de pagar la compradora como parte aplazada del precio, no podían desconocer el alcance de lo convenido, no sólo en orden al “automatismo” de la decisión de los auditores, sino también en orden a los criterios a seguir, que serían los contables propios de su función, ya que ambas partes pertenecían al sector empresarial de la automoción y no cabe imaginar que una de ellas, en este caso la vendedora, se viera sorprendida por una situación de ventaja obtenida por la otra en la redacción del contrato.

4.ª De todo ello se desprende que la interpretación del tribunal sentenciador, al considerar vinculante el resultado de las auditorías, se ajusta plenamente

a lo convenido por las partes, y que su decisión de examinar la prueba practicada únicamente para verificar si los auditores siguieron o no las instrucciones en orden a la valoración de las mercaderías (cláusula 8.ª in fine) responde al contenido contractual querido por las partes.

5.ª En consecuencia, las cuestiones planteadas en el alegato de este motivo sobre el ajuste corrector de las acciones en cartera, el cómputo de los bienes en arrendamiento financiero, el pago no justificado de 1.700.000 ptas., o la aplicación de criterios puramente contables no son más que un intento de suplantar el sistema de fijación establecido en el contrato por una determinación pericial mediante el proceso que, por ende, hace supuesto de la cuestión al no aceptar la interpretación por el tribunal sentenciador de lo pactado al respecto por las partes y, además, da por buena la valoración de las pruebas que ofrece la propia parte recurrente».

De acuerdo con lo anterior y como argumento del fallo, para la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, resulta primordial el carácter vinculante que las partes del contrato de compraventa de acciones habían otorgado a la revisión contable realizada por el auditor que cumplió funciones de arbitrador para decidir que no cabe la revisión o impugnación del precio determinado por el arbitrador. Aparte, acoge los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1986 (en un supuesto de labor realizada por el arbitrador, no vinculante para las partes), cuando admite la revisión de la función del arbitrador cuando su cometido se haya visto afectado por vicios del consentimiento o bien cuando falte a la equidad (*arbitrium boni viri*), esto es, cuando su decisión se haya apartado de las instrucciones de sus mandantes.

Podemos adelantar nuestra coincidencia con la decisión de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, puesto que el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (ex art. 1.255 del Código Civil) en cuanto a la determinación por un tercero de uno de los elementos del contrato de compraventa de acciones, i.e., el precio, ha de ser respetada en cuanto a su pacto y en cuanto a sus consecuencias inherentes al mismo, i.e., el carácter vinculante de dicha decisión (ex art. 1.258 del Código Civil).

Por otro lado, también estamos de acuerdo en el eco que de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1986, realiza el comentado fallo, en cuanto a la admisibilidad de impugnación de la decisión del arbitrador cuando hubiera existido un vicio en su voluntad que hubiera impedido una correcta representación de la realidad, necesaria para ejecutar su cometido, así como cuando el arbitrador, faltando a la equidad, se desvíe de las instrucciones de las partes contractuales que hubiera recibido para realizar su determinación del precio.

III. ANTERIORES PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 16 DE MARZO DE 2005 (RJ 2005/3197)

La presente sentencia del Tribunal Supremo trata sobre la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de septiembre de 1998, que resolvió un recurso de apelación donde se discutía, principalmente, la determinación de un precio de un contrato de compraventa de acciones, donde según la sentencia de instancia: «...c) como precio se pactó “el que re-

sulte del valor neto contable, según balance de treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y dos”; dicho balance debía ser sometido a auditoría, a practicar por un determinado auditor, “a los solos efectos de determinación del valor neto contable de la sociedad al treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo su fijación vinculante para las partes”; convinieron los contratantes en que “a este respecto, el auditor emitirá un certificado en el que se establezca el valor neto contable de la acción y que servirá de base para la determinación del precio de la presente transacción”; d) el veinticinco por ciento del precio, provisionalmente fijado en el cuarenta y siete y medio por ciento del valor nominal de las acciones, se debía pagar al formalizarse la venta ante corredor de comercio y el resto mediante cuatro letras de cambio con vencimientos semestrales, las cuales debían firmarse una vez conocidos los resultados de la auditoría».

El Tribunal Supremo afirma que: «Las pretensiones de condena al pago del resto del precio y de la prima complementaria fueron desestimadas en las dos instancias».

Las razones que llevaron al Tribunal de apelación a desestimar el recurso de las demandantes fueron las siguientes: «a) el informe de auditoría “no contiene una fijación específica del valor neto contable de la empresa ni jamás se emitió por el auditor el certificado expresivo del valor neto contable de la acción”, el cual, por otro lado, no puede deducirse, con la necesaria seguridad, “del contenido de la auditoría”, dado que ésta formula “múltiples salvedades de enorme importancia”, con fundamento bastante (como evidenció una prueba pericial); b) ese defecto de determinación no puede entenderse suplido por el pago de una parte del precio que efectuaron dos de las compradoras demandadas (Gliser y Aplamesa), al formalizar la compra de las ciento dos acciones el veinte de julio de mil novecientos noventa y dos, ya que sólo se trataba de un precio provisional (el cuarenta y siete y medio por ciento del valor nominal de las acciones) y ninguna cláusula del contrato permitía considerarlo definitivo y para todas las acciones.

La Audiencia Provincial llegó, por ello, a la conclusión de que “no hay soporte contractual que permita exigir como cierto y debido un precio que se ha revelado incierto, por no decir inexistente, y que no se ha logrado determinar en la forma vinculante pactada”.

Y aunque no lo expresara claramente, desestimó la demanda en aplicación del artículo 1447.2 del Código Civil (LEG 1889, 27), tras haber negado que la determinación del precio se hubiera dejado “al arbitrio de un tercero”, ya que no estaba “en manos de la firma auditora la determinación unilateral del precio, sino ... en función del valor patrimonial neto de la empresa”.

Esto es, según se interpreta, en la sentencia se afirma que el arbitrador debía integrar la relación contractual con la determinación de la prestación debida por las compradoras, no según su libre voluntad (arbitrium merum), sino según unos criterios objetivos establecidos por los contratantes y controlables mediante un juicio ex post.

Y por entender que el arbitrador no pudo o quiso integrar ese elemento objetivo esencial del contrato de compraventa que es el precio, negó eficacia a aquél y al negocio jurídico accesorio que le sirve de complemento».

El Tribunal Supremo falla en relación con el motivo del recurso de casación relativo a la determinación del precio del contrato, lo siguiente: «En el

primero de los motivos de su recurso, las demandantes, con apoyo en el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEG 1881, 1), denuncian la infracción del artículo 1.445 del Código Civil (LEG 1889, 27). Afirman, en síntesis, que el precio de la venta de las acciones, en cuanto determinable, era cierto y, además, había empezado a ser pagado por las compradoras, conocedoras de la situación económica por la que pasaba Regasa y de cuál era su contraprestación.

Para resolver la cuestión así planteada se hace necesario recordar que la decisión de la casación ha de partir del respeto a los hechos probados y, por tanto, de la prohibición de convertir dicho recurso extraordinario en una tercera instancia (sentencia de 31 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9223]). Se debe insistir en que la fijación de tales hechos corresponde a los Tribunales de instancia, de modo que en la vía casacional sólo es posible modificarlos si se denuncia y demuestra que en la valoración de la prueba practicada se incurrió en infracción de un precepto legal (5 [RJ 1996, 8786] y 31 de diciembre de 1996), lo que no se ha hecho.

El motivo debe ser desestimado, ya que las recurrentes, al fin, parten de un supuesto de hecho (existencia de precio susceptible de ser determinado y, por tanto, cierto y significación al respecto del pago de la parte del mismo provisionalmente fijada) contrario totalmente al declarado en la instancia, sin haber intentado previamente la modificación del mismo (al respecto, sentencia de 24 de mayo [RJ 2004, 4033] y 8 de junio de 2004 [RJ 2004, 3374]).

Pues bien, en relación con el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2005, puede concluirse que:

- i) El fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial enjuiciada no analiza realmente la posibilidad de revisión o no de la decisión del arbitrador, sino que la Audiencia Provincial adopta su fallo como consecuencia de la indeterminación del precio del contrato de compraventa, ya que el arbitrador no fijó el valor neto contable de la empresa ni jamás se emitió por el auditor el certificado expresivo del valor neto contable de la acción.
- ii) El Tribunal Supremo no entra a analizar la determinación o no del precio del contrato de compraventa por la doctrina del respeto a los hechos probados en la instancia.
- iii) En esta sentencia del Tribunal Supremo no se analiza la posibilidad de impugnar las decisiones de los arbitradores ni los motivos de dicha hipotética impugnación, por lo que no nos ofrece un criterio rector para dilucidar la cuestión propuesta con este análisis jurisprudencial.

2) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE JULIO DE 2003 (RJ 2003/4325)

En la presente sentencia se discutía el cumplimiento contractual del encargo de realización de una obra (libros), en la que se había pactado que la obra se hiciera a satisfacción de terceros, argumentándose que estos no aprobaron la realización de la obra, discutiéndose por tanto —entre otros extremos— el artículo 1.598 del Código Civil, que establece que «*si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida*». Sin embargo, el Tribunal Supremo afirma que «*la resolución recurrida declara acreditada que la supervisión de la obra se sometió a las personas designadas por la acto-*

ra, que en esencia cumplieron el encargo, por lo que falta la base fáctica que pudiera determinar la conculcación del precepto».

Así, esta sentencia del Tribunal Supremo pese a afirmar que «...con independencia de que el dictamen del arbitrador, aunque de gran importancia, no tiene carácter decisorio que está sujeto a la valoración del juzgador...», en su *ratio decidendi* en ningún momento se está realizando un juicio acerca de la posibilidad y los casos en que pueda impugnarse la decisión de un arbitrador. Así pues, los fundamentos jurídicos de esta sentencia no ofrecen un criterio sobre el alcance de la presente revisión jurisprudencial, ya que la *ratio decidendi* de la misma no versa sobre la problemática suscitada.

3) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2000 (RJ 2000/9245)

Como dice la propia sentencia del Tribunal Supremo, «...El punto jurídico que constituye la esencia de la litis se concreta en si se produjo la perfección del contrato de compraventa, típicamente consensual, o no se pasó de tratos previos, sin llegar al consentimiento como conjunción de declaraciones de voluntad de vender, por la parte vendedora, y de comprar, por la parte compradora, sobre el objeto y con la causa».

Esto es, en esta sentencia donde el precio había quedado a determinación de un tercero, ya que el artículo correspondiente de los estatutos sociales de la sociedad cuyas acciones se transmitían establecía que «...De no haber acuerdo sobre el precio de las acciones a enajenar, éste será determinado por tres árbitros de equidad de conformidad con lo que dispone la Ley 36/1988, de Arbitraje...», lo máximo que sobre el tema dispone es que el tercero al que hacían referencia los estatutos sociales era un arbitrador y no un árbitro de equidad, puesto que su función era la de integrar una relación jurídica y no dirimir una controversia.

Por ello, la presente sentencia tampoco nos ofrece un criterio acerca del objeto del presente análisis jurisprudencial, ya que sólo se pronuncia sobre la existencia y perfección de un contrato de compraventa de acciones cuya determinación del precio se había encomendado a un arbitrador.

4) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE MARZO DE 1986 (RJ 1986/1168)

La presente sentencia analiza un supuesto donde «...los demandantes titulares del sesenta y tres con veinte por ciento de las acciones del Banco de V., S. A., entidad esta incurso en una grave situación financiera —que provocara varias inspecciones del Banco de España e incluso la imposición de sanciones—, confirieron a la demandada Corporación B., S. A., por carta de uno de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, el derecho de opción respecto a la compraventa de dichos títulos al precio “de una peseta por acción”, oferta aceptada por la compañía beneficiaria, otorgándose por Agente de Cambio y Bolsa tres días más tarde la correspondiente póliza de adquisición, negocio al que siguió un “contrato complementario” en la misma fecha del cuatro de diciembre, del que importa resaltar los siguientes particulares: a) “Se procederá a realizar inmediatamente una auditoría por una firma de prestigio designada por Corporación B., S. A., con la conformidad de don Domingo L. A. de entre la terna propuesta por dicha Sociedad, a los efectos de que por dicha firma se determine la situación patrimonial real al día

de hoy del Banco de V., cuyas acciones se adquieren por Corporación B., S. A.”; b) “Una vez realizada la auditoría, la compradora y el Grupo vendedor la someterán a la valoración que efectuarán los arbitradores”, para cuyo cometido fueron designados tres juristas de relevante prestigio (dos de ellos Catedráticos de Derecho Mercantil y el tercero Magistrado jubilado del Tribunal Supremo) “en el ámbito del artículo mil cuatrocientos cuarenta y siete del Código Civil”, a los cuales les sería entregada “la auditoría antes mencionada, sin que la misma tenga carácter vinculante”; c) La decisión de los arbitradores, que “se emitirá por mayoría”, había de comprender primordialmente la “fijación del valor objetivo de las acciones, materia de compraventa, sin que ello afecte a la certeza del precio de una peseta por acción que en la póliza y en este contrato se pacta”...».

Los demandantes, vendedores de las acciones, pidieron en el proceso que se decretara la nulidad de la decisión de los arbitradores para la determinación del precio del contrato, lo cual fue desestimado en instancia, apelación y casación.

Por lo tanto, la *ratio decidendi* de esta sentencia no trata sobre un supuesto de admisión de la impugnación de la decisión de los arbitradores, sino que como *obiter dicta* afirma lo siguiente: «...habrá de recordarse como fundamentación preliminar a la totalidad del recurso, que la figura del arbitrio de un tercero (“arbitrador”), aludida para diferenciarla del arbitraje en el artículo segundo, párrafo dos, de la Ley de veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres (RCL 1953/1734 y NDL 1462), y contemplada por el artículo mil cuatrocientos cuarenta y siete del Código Civil para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieren los contratantes a modo de negocio per relationem, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor; y a pesar de que ese precepto no regula la posibilidad de impugnación como lo hiciera el derecho histórico (Partida Quinta, título quinto, ley noventa: “...e si éste, en cuya mano lo meten, señalase el precio desaguissadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, entonces deve ser enderecado el precio según alvedrío de omes buenos”), tanto la doctrina científica, que acude por analogía al artículo mil seiscientos noventa del propio Código, como la Jurisprudencial, contenida en las sentencias de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y seis (RJ 1956/1941) y veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (RJ 1966/4991), dan paso a la posibilidad de tal censura, amén de las hipótesis de vicios en el consentimiento, cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad con menoscabo de las prudentes pautas de un arbitrium boni viri, sin duda presupuestas por los interesados al referirse al “valor objetivo” de la cosa cuya fijación se remite al fallo arbitral; a lo que cabe añadir que, según la sentencia de veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y siete (RJ 1977/611), el artículo en cuestión no estatuye arbitraje alguno en el sentido procesal y propio de la institución y por lo tanto en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de persona determinada...»

Es decir, en *obiter dicta* es cuando únicamente la sentencia afirma la posibilidad de impugnación de la decisión de los arbitradores, en base tan sólo a la doctrina científica, así como a los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo citadas en la misma (cuyos razonamientos serán expuestos con posterioridad), siendo los motivos de impugnación de la decisión de los arbitradores referidos en esta sentencia, exclusivamente los siguientes:

- i) Vicios del consentimiento.
- ii) Cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por los interesados para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad.

5) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE FEBRERO DE 1977 (RJ 1977/611)

La presente sentencia lo que establece igualmente como *obiter dicta* es lo siguiente «...el artículo en cuestión no estatuye arbitraje alguno en el sentido procesal y propio de la institución y por lo tanto en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de persona determinada...».

Esto es, que el artículo 1.447 del Código Civil no constituye un arbitraje, propiamente dicho, que no impide a la jurisdicción ordinaria conocer de la controversia, lo que no quiere decir que la decisión del arbitrador sea libremente impugnabile, sino que habrá que estar a los criterios de impugnabilidad establecidos por la Jurisprudencia que, como según hemos podido adelantar, ha establecido como causas de dicha revisión: i) la existencia de vicios del consentimiento (los cuales como presupuestos de invalidez contractual —anulabilidad— de cualquier declaración de voluntad (la del arbitrador, evidentemente lo es ya que integra uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa, el precio) son siempre impugnables por las partes legitimadas; ii) la no sujeción a las instrucciones de las partes que le han conferido el encargo, actitud que en todo caso ha de ponderarse de acuerdo con el principio de conservación del negocio y las reglas de la equidad.

6) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1966 (RJ 1966/4991)

Esta sentencia resuelve un recurso de casación en relación con un contrato de compraventa celebrado por los litigantes el 30 de agosto de 1963: «...en el que se convino que el precio de las acciones vendidas lo fijara un tercero, el que tendría en cuenta el activo y el pasivo conjunto de dos sociedades, con el examen de los antecedentes y documentos que estime necesarios, y la valoración la efectuará partiendo de los balances de ambas sociedades a la fecha que precisa, terminando la estipulación segunda de dicho contrato con el aditamento de que la valoración será efectuada en conciencia y a ella se someterán vendedores y comprador de forma inapelable, y ante las alegaciones del demandado y recurrente de que el laudo dictado es nulo por no ajustarse el árbitro a las instrucciones que se le dieron, las dos sentencias de instancia declaran que el tercero se ajustó estrictamente a dichas instrucciones (...) pero su solo enunciado evidencia que sienta hechos contrarios a los afirmados por el Juzgador a quo, los que no respeta ni combate por la vía adecuada, y al hacer supuesto de la cuestión es obligado el peticionante del recurso...».

Así pues, esta sentencia tampoco resuelve favorablemente la impugnación de la decisión de un arbitrador, puesto que éste se había ajustado a las instrucciones de sus mandantes, aunque vuelve a sentar como *obiter dicta* que «...aunque el Código, a diferencia de las Partidas, no prevé expresamente que su decisión pueda ser impugnada, la doctrina científica, recogida en la sentencia

de 21 de abril de 1956, autoriza tal impugnación, entre otros casos, cuando el árbitro falta a las instrucciones que las partes le señalaron para la fijación del precio...».

Por ello, la presente sentencia, al igual que la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1956, posteriormente citada, lo único que establece doctrinalmente es que el arbitrador no puede separarse de las condiciones y circunstancias fijadas por las partes para la determinación del encargo (precio) conferido. Sin que en ambas sentencias se aprecien en sus razonamientos *obiter dicta* otro motivo de impugnación de la decisión del arbitrador diferente al de apartarse de las instrucciones dadas por sus principales.

7) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE ABRIL DE 1956 (RJ 1956/1941)

La presente sentencia resuelve una controversia sobre la que se siguieron múltiples trámites y diversas instancias y recursos, que pueden resumirse de la siguiente manera.

Por sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1950, se confirma una sentencia de primera instancia por la cual se declaró la realidad de la existencia de un contrato de compraventa celebrado entre los litigantes de fecha 11 de junio de 1944, por el que el hubo un compromiso del vendedor de vender la finca en cuestión si le era adjudicada en la pública subasta que al día siguiente de la firma había de verificarse. En dicho contrato se establecía que la determinación del precio de la finca la realizara un tercero, al amparo del artículo 1.447 del Código Civil.

Pues bien, el recurso de casación resuelto por esta sentencia lo que dirime es la validez del dictado de la providencia del juzgado de primera instancia ejecutando la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1950, por la que se ordenaba al perito que fijara el valor de la finca en relación al día 12 de junio de 1944 (fecha siguiente a la del contrato, en la que el vendedor resultó ser adjudicatario de la finca). Sin embargo, el vendedor recurrió dicha providencia (dando origen al recurso de casación resuelto por esta sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1956), por discrepar de la fecha de referencia fijada al arbitrador para que delimitara el precio de la finca, al alegar en relación con el arbitrador que *«...no se pueden poner limitaciones ni cortapisas a la persona a quien se encomienda la fijación del precio por ser opuestas al concepto lógico de arbitrio...»*.

Analizando, la voluntad de las partes para denegar la pretensión del demandante vendedor, dice la sentencia como *ratio decidendi* lo siguiente: *«...habrá que reconocer que uno y otro contratante no tenían en su voluntad en tal ocasión otro propósito que el de adquirir la finca en el precio más favorable del remate en relación con el valor que en aquellos momentos le atribuían y por ello realizaron un convenio con antelación a la subasta con la intención de que no sirvieran de obstáculo el uno al otro en las vicisitudes de la licitación, con lo cual no habría alteración de valores por su parte, lo cual revela claramente que en todo momento tuvieron como motivo intencional de su contrato, y por ello no se suscitó debate alguno sobre tal cuestión, el valor actual que tuviera la finca...»*.

Continúa afirmando la sentencia: *«...en segundo término...»* y como *obiter dicta* lo siguiente: *«...en segundo término al convenir en que la fijación del precio, así como la delimitación superficial del predio, objeto de la compraventa, se confiase a un tercero, no debe entenderse en el sentido de que la actuación de*

esta persona hubiera de estar en absoluto libre de toda reguladora limitación porque eso sería dar a la palabra "arbitrio" que emplea el aludido artículo 1.447 del Código Civil, tan extraordinaria amplitud que pudiera llegar a la arbitrariedad, exceso que no hay que suponer que lo quisieran los contratantes y menos que lo autorizase la Ley, sino que lo indudablemente lógico en estos casos es que se expongan a la persona a quien tal encargo se confía las condiciones y circunstancias de lo convenido para que, con arreglo a ellas, emita su decisión arbitral como ha ocurrido en el caso presente...».

Es decir, la presente sentencia lo único que establece doctrinalmente es que el arbitrador no puede separarse de las condiciones y circunstancias fijadas por las partes para la determinación del encargo (precio) conferido, al igual que ocurre, por ejemplo, en el contrato de mandato, sin que ello pueda suponer una libre impugnación de lo actuado por el tercero (arbitrador-mandatario), puesto que si el tercero se ha ajustado a lo convenido por las partes en su encargo, su decisión ha de ser vinculante para las mismas.

En suma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1956, no consagra la posibilidad de libre impugnación de la decisión del arbitrador.

8) SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA, DE 19 DE FEBRERO DE 2001 (*JUR* 2001/137354)

Esta sentencia afirma, por otro lado, lo siguiente: «...y tal figura del arbitrador, prevista en los artículos 1.447 del Código Civil para la determinación del precio en la compraventa o en el 1.598, citado por la resolución impugnada, en el arriendo de obra, desemboca en una decisión de obligado acatamiento, sin que la ley regule la posibilidad de impugnación como lo hiciera el derecho histórico (Partida Quinta)».

Esto es, para esta sentencia ni siquiera cabe la impugnación de las decisiones del arbitrador puesto que de *lege data* no se prevé tal revisión.

III. BREVE EXCURSO SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

La tan reiterada alegación que se realiza en la Jurisprudencia analizada para realizar las afirmaciones expuestas, nos obliga a apuntar, aunque someramente, cuál ha sido el parecer de la doctrina científica al respecto (3).

En este sentido, el parecer de la doctrina científica se muestra prácticamente unánime en entender válida la impugnación de la decisión de un arbitrador cuando concurren vicios del consentimiento en su declaración de voluntad, así cuando el arbitrador se separa de las instrucciones emitidas por las partes, coincidiendo, en este sentido, con las manifestaciones de la Jurisprudencia anteriormente revisada.

Así se pronuncia (vid. por todos) GARCÍA CANTERO (4) —con apoyo en la Jurisprudencia aquí revisada— al manifestar que: «...*En primer lugar, parece*

(3) Para un estudio detallado de la figura, vid. la excelente monografía del profesor Luis DIEZ-PICAZO, *El arbitrio del tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957.

(4) Gabriel GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, págs. 51 y 52. Ed. Revista de Derecho Privado.

claro que, constituyendo el acuerdo o dictamen de los árbitros una declaración de voluntad, podrá ser impugnado si concurren alguno de los vicios de error, dolo o violencia. Tampoco suscita dudas el que si los árbitros no se atuvieron a las instrucciones recibidas de los contratantes, puedan éstos invocar el incumplimiento del contrato, acudiéndose por la doctrina al contrato de mandato como el más aproximado a la función desempeñada por los árbitros... Debo manifestar que no veo otros motivos de impugnación que los ya expresados, lo que parece corroborar la jurisprudencia, dado que tanto la sentencia de 21 de abril de 1956 como las de 22 de noviembre de 1966 y 10 de marzo de 1986, sólo contemplan la posibilidad de impugnación por incumplimiento de las instrucciones dadas por los contratantes en el supuesto de hecho a que las mismas se refieren».

Pero existen posiciones doctrinales más restrictivas a la anteriormente citada de GARCÍA CANTERO (vid. por todos), como es la de MUCIUS SCAEVOLA (5), que niega la posibilidad de impugnar la decisión del arbitrador al pronunciarse del siguiente tenor: «...del mismo modo que cuando dicho tercero cumple su misión, su criterio relativo al precio no puede jamás atacarse... cuando el tercero rehúsa proceder a la estimación por consecuencia de dolo, puesto en práctica por uno de los contratantes, éste debe al otro la correspondiente indemnización de daños y perjuicios». Con igual rotundidad se pronuncia GARCÍA-GOYENA (6) en los comentarios al artículo 1.369 del Proyecto de Código Civil de 1851, que niega la posibilidad de dicha impugnación por el ámbito estrictamente restringido otorgado a la rescisión por lesión en la nueva legislación codificada, pronunciándose del siguiente tenor literal: «...Si la persona determinada señalar un precio manifiestamente excesivo o diminuto, ¿podrá la parte agraviada recurrir al juez para que lo reforme? Según la citada Ley 13 del Código y el párrafo 1, título 24, libro 3, Instituciones, no: Omnimodo secundum ejus aestimationem, pretium persolvatur. Sin embargo, los autores concedían este recurso por consideraciones de equidad, aunque la lesión no excediera de la mitad del justo precio. Nosotros, que rechazamos la rescisión por causa de lesión, aunque ésta sea enormísima, tenemos también que rechazar todo recurso en este caso».

En suma, tampoco existe una unanimidad en la doctrina científica sobre este parecer como pudiera desprenderse de una primera lectura de la Jurisprudencia aquí analizada, aunque sí existe cierta tendencia en la más actual a admitir los criterios de impugnación que ha admitido la Jurisprudencia citada, a saber, sólo cuando concurren vicios del consentimiento y cuando el arbitrador se aparte de las instrucciones encomendadas.

Aunque en el Derecho vigente no se prevea expresamente la posibilidad de impugnación de la decisión del arbitrador, tal y como afirma la Jurisprudencia, y aunque sí lo permitieran las Partidas (7) en contra de las *Instituta* de

A idéntica conclusión llegan MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, 1905, págs. 48-54; y CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, pág. 90.

(5) Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo 23, pág. 289, Madrid, 1906.

(6) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852. *Comentario al artículo 1.369*.

(7) La Ley 9 del Título V de la Partida Quinta prevé que: «...E si este, en cuya mano lo meten, señalasse el precio desaguadamente, mucho mayor, o menor, de lo que vale la cosa, estonce deue ser enderacado el precio según aluedrio de omes buenos». Las Siete Partidas, Tomo III, por don IGNACIO SANPONS Y BARBA, don RAMÓN MARTI DE EIXALA, y don JOSÉ FERRER Y SUBIRANA, Barcelona, 1843.

Justiniano (8) (9), no ha de olvidarse que una absoluta permisibilidad no ha sido tampoco la nota generalizada en nuestro Derecho histórico, por lo que el recurso al mismo tampoco ha de servir como principal criterio rector para la solución de la cuestión en nuestro Derecho vigente.

En este sentido, el artículo 836 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 declaró ejecutoria la sentencia de los amigables componedores, de suerte que no se daba contra ella ningún recurso, ni aun el de reducción o arbitrio de buen varón que permitieron las Leyes 23 y 35, título 4.º, Partida 3.ª En relación con dicha restricción se pronuncia MANRESA (10) del siguiente modo: «...Eso era la consecuencia lógica y racional de la índole, naturaleza y objeto de estos juicios, los cuales perderán su carácter e importancia si se permitiere la alzada del fallo de los amigables componedores».

Esta restricción absoluta sólo se ve afectada parcialmente con la ley provisional de 18 de junio de 1870 y después en la de 22 de abril de 1878, sobre reforma de casación civil, por la que se introdujo la posibilidad de conceder este recurso contra las sentencias de los amigables componedores, pero sólo en los casos de haber fallado sobre puntos no sometidos a su decisión, o fuera del plazo señalado en el compromiso; estos criterios pasarían al artículo 836 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en relación con el art. 1.691 de la misma) que permitirían únicamente la casación y sólo por los dos motivos citados. Cabe recordar que el artículo 836 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 estuvo vigente hasta la Ley de Arbitraje de 1953, que si bien en su artículo 3.2 hacía referencia a los arbitradores o amigables componedores, silenciaba la cuestión sobre la impugnabilidad o no de sus decisiones.

IV. CONCLUSIONES

- i) Ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo que conocemos han fallado estimando la absoluta y libre impugnación de la decisión del arbitrador por cualquiera de las partes, por lo que no existe ningún argumento de *ratio decidendi* que pueda constituir Jurisprudencia a tales efectos, en los términos del artículo 1.6 del Código Civil.
- ii) La Jurisprudencia admite la posibilidad de revisar la decisión de un arbitrador únicamente en los supuestos de vicios del consentimiento y por haberse apartado el arbitrador de las instrucciones referidas por las partes, lo cual coincide con la generalidad de la opinión de la doctrina científica, aunque existan argumentos doctrinales al respecto incluso más restrictivos.
- iii) Pese a que nuestro Derecho de Partidas permitiese la impugnación de la decisión del arbitrador —en contra de las Instituta del Derecho

(8) *Instituta*, Justiniano, párrafo 1, título 24, libro 3.

(9) No obstante, en el Digesto 17, 2, 79, y en sede de contrato de sociedad, se admitía lo siguiente: «*De ahí que si la determinación de partes que hizo Nerva es tan perversa que resulta de ella una manifiesta iniquidad, puede ser rectificada mediante la acción de buena fe*». *El Digesto de Justiniano*. Versión castellana por Álvaro D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972.

(10) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo 4, págs. 72-74, Madrid, 1905.

- Romano—, esta posibilidad no ha sido una tónica general en nuestro Derecho histórico, como puede observarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y en la limitadísima impugnabilidad que reconoció la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la cual sólo se posibilitaba si el arbitrador había fallado sobre puntos no sometidos a su decisión, o bien si lo había hecho fuera del plazo señalado al efecto.
- iv) Con la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, se vuelve a reafirmar el criterio jurisprudencial restrictivo en cuanto a la revisión o impugnación de la decisión del arbitrador, en el caso analizado, cuando se ha integrado *per relationem* uno de los elementos del contrato de compraventa de acciones de una sociedad, esto es, el precio, ex artículo 1.447 del Código Civil. Dicha restricción consiste pues en admitir, sólo como supuestos de impugnación, la existencia de un vicio del consentimiento o la desviación de las instrucciones de las partes. Como elemento adicional, acertadamente señala el carácter «vinculante» que habían estipulado las partes en cuanto a dicha intervención del arbitrador, por lo que el Tribunal de apelación, al examinar la prueba practicada, lo hizo sólo para verificar si el arbitrador se había ajustado al contenido contractual querido por las partes.

RESUMEN

AUDITOR COMPRAVENTA DE ACCIONES

La sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, aprecia con carácter restrictivo y como supuestos de impugnación de la decisión del arbitrador, la existencia de vicios del consentimiento, o bien, cuando éste se haya apartado de las instrucciones de sus mandantes faltando a la equidad, valorando la vinculación de las partes a los informes de los auditores, según los criterios propios de su función, por haberlo estipulado así en el correspondiente contrato de compraventa de acciones.

ABSTRACT

SHARE PURCHASE AUDITOR

The Supreme Court's ruling of 1 September 2006 restrictively finds that the arbitrator's decision can be challenged when there are defects of consent, or when the instructions of the principals have not been followed and unfairness has resulted, valuing the tie between the parties and the auditors' reports, according to the criteria inherent in the auditors' function, because the share purchase contract at issue has so stipulated.

3. URBANISMO

EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS Y SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

por

VICENTE LASO BAEZA
Abogado

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una reciente Resolución de 22 de febrero de 2007, sobre la inscripción de los convenios urbanísticos y las últimas novedades legislativas de origen estatal y autonómico sobre este tipo de figuras urbanísticas, permiten apuntar el relevante papel que en adelante ha de jugar el Registro como última barrera para evitar dar plenos efectos jurídico-reales a compromisos tachados a partir de ahora con la sanción de nulidad de pleno derecho.

Para ello entendemos oportuno efectuar una serie de consideraciones sobre el significado que en la práctica urbanística han llegado a cobrar los convenios, su reconsideración reciente por el legislador, así como, finalmente, la trascendencia registral de su contenido en determinadas circunstancias.

Si bien hasta los años noventa los convenios urbanísticos contaron con una escasa regulación legal (1), su utilización práctica se desencadenó con gran intensidad a partir de la década de los ochenta, llegándose a provocar con el tiempo lo que en otra ocasión (2) hemos denominado como un claro cambio de paradigma en el urbanismo español en atención a las consecuencias que de ello derivaron.

Frente al papel central del planeamiento como figura primordial del proceso urbanístico, la aparición de los convenios llegó a devaluar en gran medida su verdadero alcance, básicamente porque la anticipación de su contenido bajo la fórmula del pacto, de alguna manera llegaba a convertir todo su proceso de formulación en una suerte de competición deportiva cuyo resultado final estaba amañado de antemano, participando el administrado con la ingenuidad propia de quien creyéndose con capacidad de influencia no era más que un comparsa frente a quienes, por haber suscrito el pacto, ya sabían dicho resultado.

Justo por eso se ha dicho que la generalización de la política de convenios lo que realmente ha provocado es la sustitución del plan por el pacto para meter después el pacto en el plan, haciendo del trámite de información pública una mera formalidad de alcance irrelevante, siendo así que, como algo pomposamente sostiene el Tribunal Supremo, es el trámite que otorga legitimidad democrática al planeamiento.

Si a ello se añade, además, que el contenido de los convenios sea de carácter mixto por anticipar la ordenación pero, también, por definir un marco

(1) En la Ley del Suelo de 1976 sólo se refería a los convenios el artículo 234 expresando su carácter jurídico-administrativo.

(2) «Uso y abuso de los convenios urbanísticos», en *Directivos Construcción*, núm. 161, noviembre de 2003, Año XXIV, pág. 42 y sigs.

de gestión al margen de la Ley de modo que la Administración se presenta como dispensadora de aprovechamientos sólo si el particular asume obligaciones superiores a las legales —en otro caso el convenio sencillamente no tendría sentido—, fácilmente se entiende la deriva en la que se ha visto incurrir una parte no pequeña de la actividad urbanística.

Cuando resulta que a la, en principio, noble tarea de definir la futura ciudad, se le añade la posibilidad de alcanzar prestaciones no contempladas en la Ley y cuando ello se hace bajo el manto protector de una regulación legal en la que el convenio es recibido con generosidad, se acaba por introducir un factor de distorsión de tal relieve que fácilmente se entiende el estado actual de alarma que, aunque potenciado en los períodos electorales, es sin embargo mantenido, pero ocultado, bajo una especie de consenso tácito cuando, por razón de los tiempos políticos, no puede ser rentabilizado.

La gravedad de la situación no se le oculta a nadie que quiera ver la realidad.

Desde este enfoque y tomando como referencia la Resolución de 22 de febrero de 2007, entendemos oportuno advertir sobre el sentido de las más recientes tendencias legislativas, apuntando alguna de las cuestiones más relevantes en cuanto se refiere a las manifestaciones registrales de los convenios. En particular en lo relativo al alcance de la calificación registral de aquellos convenios a cuyo amparo se pretenda la inscripción de cesiones superiores a las legales, tanto respecto de quienes los suscriben como de terceros ajenos a ellos.

En suma, de lo que se trata es de comprobar cuál ha de ser la posición del Registro a la vista de los nuevos modelos legales en cuyo origen no es difícil entrever como causa última el deseo de atajar los abusos de diverso carácter a los que ha dado lugar la utilización masiva de los convenios urbanísticos.

II. LAS NUEVAS TENDENCIAS LEGALES EN MATERIA DE CONVENIOS

La Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, de la Comunidad de Madrid, fue el primer texto en el que, pese a su nulo éxito en la práctica, se impuso un importante límite al contenido de los convenios al sostener en su artículo 74.5 que *«serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan, infrinjan o defrauden objetivamente en cualquier forma normas imperativas legales o reglamentarias, incluidas las del planeamiento territorial o urbanístico, en especial las reguladoras del régimen urbanístico objetivo del suelo y del subjetivo de los propietarios de éste»*.

Por lo tanto, la Ley sancionaba con la nulidad de pleno derecho, entre otras determinaciones de los convenios, a aquéllas que se pudieran apartar del denominado régimen urbanístico subjetivo de los propietarios de suelo. Es decir, a aquellas determinaciones que, por agravar el régimen de deberes y cesiones, estuvieran alterando el contenido del derecho de propiedad conforme a su configuración legal.

De algún modo, por ello, en el texto transcrito traslucía el intento de poner coto a la mercantilización de las relaciones del proceso urbanístico mantenidas entre la Administración y los particulares, eludiendo incurrir en un *do ut des*, propio de las relaciones sinalagmáticas en las que hay una reciprocidad de contraprestaciones.

La regulación anterior, mantenida prácticamente en sus mismos términos literales en el artículo 243.3 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, se ha visto acompañada, producto de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, por un nuevo texto del artículo 245, titulado «*Nulidad de los convenios urbanísticos de planeamiento*», según el cual «*son nulos de pleno derecho los convenios urbanísticos de planeamiento, así como cualquier convenio o acuerdo, cualquiera que sea su denominación, que tenga por objeto definir los criterios de ordenación del futuro planeamiento urbanístico, o lo condicione de alguna forma mediante estipulaciones que establezcan la obligación de hacer efectivos antes de la aprobación definitiva, los deberes legales de cesión y, en su caso, los convenidos entre las partes que establezcan obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados*».

El nuevo texto extrae expresamente del objeto de los convenios el que recaiga sobre el contenido de la ordenación (3), lo que representa ya de por sí que un convenio sobre planeamiento futuro, cualquiera que sea su contenido, está expulsado del ordenamiento jurídico porque su existencia misma es repudiada, ya sea porque lo defina o porque la condicione, y, a su vez, reitera, aunque en términos mucho más concisos, el rechazo de los convenios, ordinariamente encasillados como convenios de gestión, por los que se impongan obligaciones o prestaciones por encima de las legales. Lo que significa que la interdicción de los excesos queda sancionada por su mera existencia o por su incorporación sin más a los prohibidos convenios de planeamiento futuro.

Es decir, se retoma y refuerza la figura del plan como elemento central del proceso urbanístico al sustraer toda posible negociación de su contenido, y se pretende evitar la mercantilización del urbanismo en la que tanto el particular como la Administración están interesados al presentarse como el método por el que, dentro de una relación privilegiada, se anticipa el plan a favor del propietario y se anuncian mayores cargas o cesiones a favor de la Administración (4).

Por fin, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que ha mantenido en su artículo 18.1 la regulación del artículo 21 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y por lo tanto reitera el principio de subrogación legal en cuanto a las obligaciones asumidas por el transmitente frente a la Administración, siempre que hayan sido objeto de inscripción registral, ha anticipado la anterior reforma autonómica al manifestarse, en su artículo 16.3, en unos términos análogos al artículo 245 de la Ley 9/2001, de

(3) De hecho, el texto del artículo 245, objeto de modificación, precisamente se titulaba *Convenios urbanísticos de planeamiento*.

(4) El juego perverso al que se ha llegado con la política de convenios es que, si bien en muchas ocasiones las mayores cargas o cesiones son el resultado de una pura imposición de la Administración, en otras, y no precisamente pocas, son la llave que abre la puerta de una ordenación no creada tanto en la búsqueda del mejor modelo sino como contraprestación con la que equilibrar dichas mayores cargas o cesiones, que en otros términos no significa más que la constitución de una hipoteca perpetua en la ciudad cuyos ciudadanos son al final los que la padecen. La financiación a través del urbanismo de los servicios públicos, de las deudas de la Administración o de intereses de otra naturaleza poco confesables, es el fin último por el que todos los agentes involucrados están dispuestos a asumir su pequeña parte de aparente sacrificio, si bien con la consecuencia señalada.

17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, al decir lo siguiente: «*los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho*». Regulación que, en todo caso, ha de quedar enmarcada en la solemne declaración recogida en el artículo 3 de la Ley según la cual «*la ordenación territorial y urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción*».

En resumen, las nuevas previsiones legales lo que vienen a suponer es un rechazo frontal de los convenios urbanísticos según han venido siendo utilizados en la práctica en su mayor parte. De los de gestión porque ordinariamente han sido identificados con los que imponían mayores cargas o cesiones, y de los de planeamiento porque, más allá de su supresión expresa en la Comunidad de Madrid, carecen de todo interés cuando la contraprestación que justificaba su mantenimiento ha sido eliminada al dejar de ser moneda de cambio. Es decir, ¿qué razón hay para que la Administración negocie el contenido del plan, devaluando su posición, si resulta que quien antes le podía ofrecer una contrapartida superior a la legal carece en adelante de esa facultad?

Con ello, la utilidad del convenio se sitúa dentro de su finalidad más genuina, que es su engarce dentro exclusivamente de la gestión urbanística con el objeto de encontrar fórmulas alternativas de ejecución del planeamiento (5), aconsejadas o impuestas por la singularidad del caso y sin ir acompañadas de quebranto alguno en el contenido del derecho.

De este modo se hace realidad, y no una mera declaración de intenciones, la definición del contenido del derecho de propiedad desde la Ley y el planeamiento, contenido que queda excluido de toda posible alteración, ni siquiera la resultante de una aparente decisión voluntaria de la propiedad.

Este es, por lo tanto, el nuevo marco legal asumido por la Comunidad de Madrid, pero también impuesto por el Estado al ser expresión de su competencia para, como reconoció la STC 61/1997, regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional. Marco que no puede quedar desvinculado de las causas que lo han motivado y que, por tanto, requiere la cooperación de los diversos poderes jurídicos afectados, a fin de que en su aplicación práctica no quede vulnerado.

III. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ANTE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS QUE IMPONEN OBLIGACIONES O PRESTACIONES SUPERIORES A LAS LEGALES

Si bien el marco legal es el descrito de modo que existe una sanción legal de nulidad de pleno derecho respecto de las estipulaciones de los convenios que fueran contrarias al mismo, lo previsible es que, aunque sólo fuera por inercia, se perpetúe en el tiempo la práctica hasta hoy habitual de suscribir convenios en los que se asuman cargas o cesiones superiores a las legales.

(5) Ver, al respecto, el trabajo *Los convenios urbanísticos*, Civitas, 1998, pág. 155, de HUERGO LORA, Alejandro.

La previsión de la ilicitud exclusivamente en el ámbito del Derecho Administrativo (6), la ejecutividad y presunción de legalidad de los actos administrativos, y, por fin, el mantenimiento de la validez del acto sólo destruible mediante sentencia judicial firme, son razones que permiten augurar la continuación de esta práctica y, con ello, plantearse también la posición del Registro de la Propiedad cuando, con motivo de la inscripción de un convenio urbanístico o de actos derivados del mismo, se constata que incumple la ley, bien por agravar la posición del propietario que lo suscribe, bien porque se pretende imponer una mayor carga o cesión a quien no lo ha suscrito.

Así debe efectuarse si atendemos a la declaración contenida en la Resolución de 22 de febrero de 2007, antes citada que, aunque tratando un tema no coincidente con el aquí expuesto, sin embargo reconoce que la inscripción de las cesiones obligatorias sólo es posible, como expresa el artículo 29 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, cuando sean el resultado del cumplimiento de las leyes.

Por ello, la misma Resolución sigue diciendo que *«no tratándose en este caso de una cesión obligatoria prevista por la Ley, sino consecuencia de un convenio urbanístico, es evidente que no resulta posible la aplicación, como pretende el recurrente, del artículo 31 en relación con el artículo 30.2. del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por cuanto este precepto está referido a la cesión obligatoria delimitada por instrumentos de planeamiento»*.

Todo lo cual lleva a decir, por fin, que *«los convenios urbanísticos son inscribibles en el Registro de la Propiedad, siempre que su objeto sea susceptible de inscripción conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y cumplan además con las exigencias de la legislación local y urbanística que le son propias, así como las impuestas por la legislación sustantiva e hipotecaria»*.

En todo caso, para afrontar el análisis de estas cuestiones, resulta necesario partir, no obstante, de que las recientes reformas legislativas lo que han supuesto es una nueva concepción de fondo sobre la figura de los convenios en virtud de la cual el ordenamiento jurídico repudia sin ambages aquellos en cuyo contenido aparezcan determinadas previsiones consideradas en adelante como indeseables. Repudio, por otra parte, que sólo puede entenderse sobre la base de un escenario en el que el uso abusivo de los convenios ha llegado a provocar una quiebra del sistema legal de efectos fácilmente identificables.

Desde esta perspectiva, probablemente sea en el campo de las cesiones de aprovechamiento o, en términos más correctos, del suelo en que ha de localizarse el aprovechamiento, donde es más fácilmente identificable la repercusión registral de los convenios en cuanto su misma inscripción o la de los procesos reparcelatorios a que dan lugar están llamados a producir una mutación jurídico-real.

En este sentido, el legislador autonómico ha establecido, dentro de la horquilla fijada desde la legislación estatal, el porcentaje de aprovechamiento que, con el cumplimiento de los correspondientes deberes, corresponde a la propiedad, y aquel otro porcentaje que corresponde a la Administración. Ambos porcentajes aparecen fijados en la legislación autonómica de modo cerrado, lo que no es sino la condición necesaria para que, en el marco del planeamiento y de acuerdo con el régimen urbanístico del suelo, el contenido

(6) Otra cosa son las múltiples derivaciones penales que igualmente podrían llegar a darse.

del derecho de propiedad quede perfectamente delimitado. Pretender otra cosa, tal como dejar al arbitrio de la Administración la cuantificación del porcentaje, daría lugar a irritantes desigualdades claramente rechazables desde la perspectiva constitucional.

Pues bien, una de las previsiones más características de los convenios urbanísticos ha sido tradicionalmente la de reconocer a la Administración, a cambio de la aprobación del planeamiento, un porcentaje de aprovechamiento superior al resultante de la ley a costa, justamente, del aprovechamiento de la propiedad.

En estos casos, ¿cuál debe ser la posición del Registro cuando se presenta para su inscripción el convenio urbanístico o la reparcelación que trae causa del convenio y los porcentajes respectivos de aprovechamiento no coinciden con los legales?

¿Son actos inscribibles sin más o, por el contrario, el Registro puede rechazar su inscripción si constata lo que ordinariamente no exige más que una simple verificación matemática, la discrepancia entre los porcentajes legales y los recogidos en el acto objeto de inscripción?; ¿es la supuesta autonomía de la voluntad suficiente para justificar la inscripción o más bien ésta debe ceder ante la contundencia de un nuevo marco legal cuyo objetivo es el ya descrito?

Al mismo tiempo, ¿queda el tercero afectado por las mayores cesiones asumidas por otros frente a la Administración, o éstas se extienden sólo a quien fuera parte en el convenio?; ¿qué ocurre, a su vez, con los compromisos de cesión que, sólo asumidos por parte de la propiedad, son incluidos como determinación del planeamiento?; ¿adquieren valor normativo y, por lo tanto, son oponibles frente a todos?

Desde nuestro punto de vista, la posición del Registro de la Propiedad es, en este punto, especialmente relevante porque, o bien se presenta como un cooperador más en el conjunto del proceso para hacer realidad aquello que la Ley rechaza, o bien aparece como muro de contención que, en la medida de sus posibilidades, contribuye a hacer realidad el objetivo legal, asumiendo el papel, como resalta un relevante administrativista actual, de último reducto de la legalidad.

La cuestión no es desde luego menor, puesto que si bien es cierto que en el Registro se inscriben actos y contratos que afectan a fincas, éstas, como resultado del conocido fenómeno de la desmaterialización del derecho de propiedad, no son el suelo sin más, sino que a ellas, a su superficie, va ligado un aprovechamiento urbanístico que aunque transitoriamente puede tener vida independiente, lo correcto será que por su previsión en el plan sea un elemento más de la finca registral. Inicialmente, sin la conclusión del proceso jurídico de ejecución del plan habrá una relación real aunque indirecta con el suelo, pero en su fase final habrá una conexión inmediata y directa con éste (7) que, por otra parte, responde al eco que se advierte en las híbridas definiciones urbanísticas y registrales que aparecen en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, dentro de los preceptos registrales.

Es por ello por lo que el Registro entendemos que no puede quedar al margen de la garantía del cumplimiento del objetivo legal, lo cual, en este caso, se concretaría en las siguientes consideraciones:

(7) Ver *El aprovechamiento urbanístico*, Ed. Marcial Pons, 1995, LASO MARTÍNEZ, José Luis y LASO BAEZA, Vicente.

1. Dado que el contenido del derecho de propiedad se define por Ley, no cabe la exclusión voluntaria de su aplicación ni la renuncia a los derechos que en ella se reconocen, por tratarse de normas imperativas de orden público.

Lo cual supone que ni siquiera la aparente asunción voluntaria de las mayores cesiones debe impedir que el Registro pueda rechazar su inscripción. Desde el momento en que la Ley configura un nuevo orden público y jurídico que rechaza este tipo de pactos, el Registro no puede obrar ni quedar de espaldas al mismo. Lo relevante no es por ello el rechazo legal a las cesiones superiores a las legales por sí mismo. Lo relevante es que con ese rechazo se pretende cerrar el proceso de mercantilización del urbanismo al que anteriormente hemos aludido.

Por todo ello, la obligación no puede quedar salvada por la mera invocación de la autonomía de la voluntad, pues ésta choca con una objeción mucho más profunda, lo que no impide que tenga cabida en las distintas figuras que ofrece el ordenamiento civil, si bien siempre con expresión de la causa.

No es ya que estemos ante una estipulación aislada opuesta al interés público. Estamos ante una estipulación perteneciente a una categoría legalmente identificada como rechazable porque justamente lo que se quiere es evitar en el futuro que la creación de ciudad pueda verse afectada por una visión parcialmente mercantilista de las relaciones entabladas con la Administración.

De este modo, el Registrador no puede mirar hacia otro lado y permitir que se consuma una ilegalidad. Debe, por el contrario, extender su calificación a la verificación del respeto a los porcentajes legales de cesión, rechazando, en su caso, la inscripción a favor de la Administración de aquellas fincas que no se correspondieran con el aprovechamiento que por ministerio de la Ley le corresponde.

Y es aquí, justo en este punto, donde la Resolución de 22 de febrero de 2007 cobra singular importancia cuando proclama que los convenios urbanísticos son inscribibles sólo si cumplen las exigencias de la legislación urbanística que le son propias, lo que enlaza directamente con el artículo 29 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En suma, si se lleva hasta sus últimas consecuencias la imposibilidad de someter a transacción territorial y urbanística, lo que proclama el artículo 3 de la Ley 8/1997, y si, al tiempo, se es plenamente consciente de que la asunción de mayores cargas y cesiones por el particular en un convenio sólo se explica porque la ordenación es simultáneamente objeto de negociación, lo que no parece sostenible es la aceptación de que dichas mayores cargas y cesiones sean lícitas y oponibles a quien firma el convenio.

Tal posición no sería otra cosa que quedarse a mitad de camino de lo que resulta de la Ley, por cuanto la declaración de no ser susceptible de transacción la ordenación territorial y urbanística, que es un mandato principalmente dirigido a la Administración, sólo tiene sentido cuando en el otro polo de la relación, el que ocupan los particulares, tampoco cabe asumir cargas y cesiones superiores a las legales.

Ocultar esta realidad, que está a la orden del día en el urbanismo español, sería más bien una posición de cierto fariseísmo claramente rechazable.

2. En segundo lugar, si la inscripción de la cesión más gravosa no cabe incluso respecto de quien suscribe el convenio, con mucho mayor motivo debe

rechazarse cuando se pretendiera su extensión a propietarios de suelo que no lo hubieran suscrito.

Este supuesto se plantea ordinariamente en la práctica por aquellos que para poner en marcha un proceso urbanístico se ven impelidos por la Administración a aceptar unas cesiones superiores a las legales, pretendiendo después hacer partícipes a los demás de compromisos sólo por ellos asumidos.

La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, es en este punto particularmente acertada al distinguir, en la firma de los convenios, las figuras del promotor y del propietario. El primero, que puede o no ser propietario de suelo, no puede asumir compromisos en perjuicio de los propietarios de suelo, de modo que a éstos en ningún caso les serían oponibles tales compromisos. La Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, también se pronuncia en estos términos si bien refiriéndose en primer término a las partes del convenio y sucesivamente a los propietarios afectados. Lo que significa, en último término, hacer patente la desconfianza del legislador sobre el carácter verdaderamente libre del compromiso asumido por el particular.

En todo caso, debe reconocerse que en ciertas circunstancias el incumplimiento de la Ley puede ser el resultado de compromisos mucho más sutiles, cuyo control se hace prácticamente imposible por el Registrador, que tendría que analizar aspectos sobre el contenido del acto que claramente podrían ir más allá de su función calificadora por exigirse un juicio de legalidad que debe quedar reservado a los Tribunales de Justicia.

Piénsese, por ejemplo, que en el caso de la intervención del agente urbanizador, formalizada mediante convenios, su retribución, en función de los costes de urbanización, puede incrementarse artificiosamente a costa de los propietarios de suelo al recibir una compensación final en suelo o económica, que excede del coste verdadero. O la adjudicación de suelos a la Administración en los procesos reparcelatorios bajo una aparente, pero no real correspondencia con sus aportaciones, al margen de la cesión legal de aprovechamiento. O, también, la alteración sobrevenida del planeamiento atribuyendo aprovechamiento lucrativo a suelos cedidos para dotaciones, supuesto en que, por aplicación del Reglamento de Gestión y como expresión general del principio de equidistribución, sería preciso afrontar un nuevo proceso reparcelatorio que, eludido por la Administración, permite la consolidación a su favor de aprovechamientos claramente por encima de los legales.

Lo mismo cabría decir de los convenios expropiatorios que, en no pocas ocasiones, son utilizados por la Administración en un ejercicio de frontal y manifiesta deslealtad con el marco legal aplicable. Se amenaza con la aplicación del sistema de expropiación y se hace el ofrecimiento de un justiprecio completamente alejado de los valores reales del suelo, para, desde esa posición de clara presión, ofrecer después un convenio expropiatorio en el que el justiprecio se paga en suelo edificable notoriamente por debajo del porcentaje de aprovechamiento que le correspondería al propietario con arreglo a la ley.

En todos estos casos parece razonable que el Registro debe asumir sus limitaciones y quedar al margen de un control de legalidad mucho más complejo al que no puede llegar. No, por el contrario, cuando el incumplimiento de la legislación urbanística es algo evidente por concretarse en la omisión de

los porcentajes legalmente establecidos en orden a la patrimonialización del aprovechamiento.

3. A su vez, la conversión de un compromiso de cesión por encima de los límites legales en una determinación de planeamiento por el sólo hecho de su expresión literal en la documentación correspondiente, es también la razón a la que se acoge la Administración para atribuir a la determinación en cuestión un valor normativo de necesario cumplimiento en la adopción de los sucesivos actos aplicativos.

Con ello se ignora que no todo lo que forma parte de un planeamiento es necesariamente tal y, más aún, que no todo lo que figura en él alcanza valor normativo.

Así, la delimitación de unidades de ejecución, que puede formar parte del planeamiento, no adquiere, por esta razón, carácter normativo sino que, como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 1994, mantiene su condición de acto administrativo de carácter singular, lo que impide su cuestionamiento a través del recurso indirecto interpuesto contra actos aplicativos posteriores.

Pero más aún, todo aquello que conste en el planeamiento sin ser expresión de las determinaciones legalmente tasadas que han de figurar en él, no es ya que carezca de valor normativo, es que no puede ser tomado como determinación de planeamiento, so pena de convertir éste, desvirtuado claramente su contenido y naturaleza, en la oportunidad para imponer decisiones sin cobertura legal alguna.

En este caso parece también claro que, ya fuera la causa de la determinación incorporada al plan un convenio o un ofrecimiento aparentemente voluntario de la propiedad, su inscripción debe ser rechazada por el Registro, si es que supone el riesgo de inscribir cesiones por encima de las legales.

4. Por último, en cuanto se refiere a la extensión a terceros adquirentes de compromisos de cesión asumidos por el transmitente frente a la Administración, es claro que el artículo 18.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, exige su previa constancia registral en cuanto pudieran dar lugar a un posible efecto de mutación jurídico-real.

De este modo, la inscripción de un proyecto de reparcelación al amparo de un convenio no inscrito en el que se asumieron cesiones superiores a las legales, no puede efectuarse en perjuicio del tercer adquirente, no ya sólo por su condición de propietario sino también por la falta de constancia registral previa de un compromiso cuyo acceso al Registro, como hemos dicho más atrás, también consideramos rechazable.

RESUMEN

CONVENIOS URBANÍSTICOS

La nueva regulación de los convenios urbanísticos dispuesta en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, regulación igualmente reproducida en la reciente legislación autonómica, en cuanto sanciona con la nulidad de ple-

ABSTRACT

DEVELOPMENT AGREEMENTS

The new regulation on development agreements, laid out under Act 8/2007 of 28 May on land and echoed in recent regional legislation as well, declares development agreements null and void if they impose obligations and

no derecho la imposición de obligaciones y compromisos superiores a los legales, condiciona la calificación registral de los mismos o de los actos que traigan causa de ellos al determinar la denegación de la inscripción de las estipulaciones correspondientes por corresponder al Registro la responsabilidad final de impedir la consumación de una ilegalidad de este carácter.

commitments that step beyond the legal obligations and commitments. Thus, the regulation affects registrar scrutiny of such agreements and the acts stemming from such agreements, whereas the regulation forces registrars to refuse to register the stipulations of such agreements, as registrars hold ultimate responsibility for preventing the consummation of illegal acts of this nature.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 9/2007. 8-10-2007. Modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19-6-1985, del Régimen Electoral General.

— Ley 23/2007. 8-10-2007. Creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.

— Ley 24/2007. 9-10-2007. Modifica la Ley 50/1981, de 30-12-1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

— Ley 25/2007. 18-10-2007. Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

— Ley 26/2007. 23-10-2007. Responsabilidad Medioambiental.

— Ley 27/2007. 23-10-2007. Reconoce las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

— Ley 28/2007. 25-10-2007. Modifica la Ley 12/2002, de 23-5-2002, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Ley 30/2007. 30-10-2007. Contratos del Sector Público.

— Ley 31/2007. 30-10-2007. Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

— Convenio. Adhesión de las Repúblicas Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y la República Eslovaca al convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas, hecho en Bruselas el 8-12-2004.

— Corrección de errores. Ley 10/2007. 22-6-2007. De la lectura, del libro y de las bibliotecas.

— Corrección de errores. Ley 20/2007. 11-7-2007. Estatuto del trabajo autónomo.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1340/2007. 11-10-2007. Modifica el Real Decreto 1316/2001, de 30-11-2001, por el que se regula la bonificación en las tarifas de los servicios regulares de transporte aéreo y marítimo, para los residentes en las Comunidades Autónomas de Canarias y las Illes Balears y en las ciudades de Ceuta y Melilla.

— Orden 2971/2007. 5-10-2007. Expedición de facturas por medios electrónicos cuando el destinatario de las mismas sea la Administración General del Estado u organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla y sobre la presentación ante la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o pendientes de facturas expedidas entre particulares.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1131/2007. 31-8-2007. Fija la reducción de los derechos arancelarios de los Notarios y de los Registradores Mercantiles contenida en la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley 2/2007, de 15-3-2007, de sociedades profesionales.

— Orden 3132/2007. 23-10-2007. Dicta normas para la interpretación y ejecución del Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (por razones prácticas se incluye separadamente la demarcación de Cataluña).

— Resolución 3-9-2007. Aprueba, con carácter provisional, la lista de admitidos para tomar parte en la oposición entre Notarios convocada por Resolución 12-7-2007.

— Resolución 5-9-2007. Resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes, convocado por Resolución 26-6-2007, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución 1-10-2007. Aprueba, con carácter provisional, la lista de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución 12-7-2007.

— Resolución 10-10-2007. Aprueba, con carácter definitivo, la lista de admitidos para tomar parte en la oposición entre Notarios, convocada por Resolución 12-7-2007.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1065/2007. 27-7-2007. Aprueba 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.

— Real Decreto 1361/2007. 19-10-2007. Modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20-11-1988, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22-3-2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de factores actuariales.

— Real Decreto 1362/2007. 19-10-2007. Desarrolla la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la UE.

— Orden 3011/2007. 4-10-2007. Modifica la Orden 805/2003, de 27-3-2003, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

— Orden 3020/2007. 11-10-2007. Aprueba el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de rentas, los diseños físicos y lógicos a los que deben ajustarse los soportes directamente legibles por ordenador, se determinan el lugar y la forma de presentación del mismo, y se modifica la Orden 30/2007, de 16-1-2007, por la que se aprueban los modelos 110 y 111 de declaración-documento de ingreso de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta.

— Orden 3021/2007. 11-10-2007. Aprueba el modelo 182 de declaración informativa de donativos, donaciones y aportaciones recibidas y disposiciones realizadas, así como 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 a través de Internet, y se modifican los modelos de declaración 184, 187, 188, 193 normal y simplificado, 194, 196, 198, 215 y 345.

— Resolución de 16-7-2007. Dirección General del Catastro. Aprueba los modelos de actas de inspección catastral y de documentos a utilizar en el procedimiento de inspección conjunta.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 18-9-2007. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE VIVIENDA

— Real Decreto 1371/2007. 19-10-2007. Aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17-3-2006, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1197/2007. 14-9-2007. Modifica el Real Decreto 504/2007, de 20-4-2007, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas.

— Real Decreto 1289/2007. 28-9-2007. Regula la concesión directa de subvenciones a favor de las ciudades de Ceuta y Melilla para la realización de programas y actividades para personas mayores y personas en situación de dependencia.

— Real Decreto 1400/2007. 29-10-2007. Establece normas para el reconocimiento del complemento a los titulares de pensión de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, que residan en una vivienda alquilada.

— Orden 2632/2007. 7-9-2007. Modifica la Orden 2865/2003, de 13-10-2003, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

— Orden 2947/2007. 8-10-2007. Establece el suministro a las empresas de botiquines con material de primeros auxilios en caso de accidente de trabajo, como parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

— Resolución 18-9-2007. Aprueba determinadas aplicaciones informáticas para la gestión de inscripción de empresas, de afiliación de trabajadores y de recaudación de recursos del sistema de la Seguridad Social.

— Resolución 19-9-2007. Determinación de la contingencia causante en el ámbito de las prestaciones por incapacidad temporal y por muerte y supervivencia del sistema de la Seguridad Social.

— Resolución 9-10-2007. Publica la relación de fiestas laborales para el año 2008.

— Corrección de errores. Ley. Real Decreto 1109/2007. 24-9-2007. Desarrolla la Ley 32/2006, de 18-10-2006, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1174/2007. 10-9-2007. Modifica el Real Decreto 774/1997, de 30-5-1997, por el que se establece la nueva regulación del Instituto de la Mujer.

— Real Decreto 1266/2007. 24-9-2007. Traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de declaración de utilidad pública de las asociaciones y aplicación de los beneficios fiscales a asociaciones y fundaciones.

— Real Decreto 1404/2007. 29-10-2007. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de ordenación y gestión del litoral (autorizaciones e instalaciones marítimas).

MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN

— Real Decreto 1069/2007. 27-7-2007. Regula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de inscripción en el Registro comunitario de las denominaciones de origen protegidas y de las indicaciones geográficas protegidas y la oposición a ellas.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 8/2007. 5-10-2007. Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía.

— Ley 9/2007. 22-10-2007. Administración de la Junta de Andalucía.

— Decreto 237/2007. 4-9-2007. Dicta medidas referidas a los ocupantes, sin título, de viviendas de promoción pública pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Andalucía y a la amortización anticipada del capital pendiente por los adjudicatarios.

— Orden 1-10-2007. Aprueba los modelos de informe social, trámite de consulta y propuesta de programa individual de atención del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía.

CANARIAS

— Decreto 284/2007. 19-9-2007. Nombra Notarios.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 278/2007. 25-09-2007. Fija el calendario laboral para el año 2008.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 7/2007. 22-10-2007. Modificación de la Ley 1/2003, de 3-3-2003, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla y León.

— Ley 8/2007. 24-10-2007. Modificación de la Ley 11/2003, de 8-4-2003, de Prevención Ambiental de Castilla y León.

— Decreto 94/2007. 27-9-2007. Modifica el Decreto 12/2005, de 3-2-2005, y el Reglamento Regulador de las máquinas de juego y de los salones recreativos y de juego de la Comunidad de Castilla y León, que en él se aprueba.

— Orden 1605/2007. 2-10-2007. 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.

CATALUÑA

— Orden 23-10-2007. Dicta normas para la ejecución del Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución 2772/2007. 5-9-2007. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por la Resolución JUS/2047/2007, de 26-6-2007, y se dispone su publicación.

EXTREMADURA

— Decreto 300/2007. 28-9-2007. Fija el calendario de días festivos de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2008.

— Decreto 308/2007. 15-10-2007. Modifica el Decreto 33/2006, de 21-2-2006, de modificación y adaptación del Plan de Vivienda y Suelo de Extremadura 2004-2007.

— Decreto 311/2007. 15-10-2007. Regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se crea el Fichero Automatizado de datos de carácter personal del citado Registro.

— Orden 26-10-2007. Criterios para la habilitación del Libro de Subcontratación en el sector de la construcción.

GALICIA

— Decreto 176/2007. 6-9-2007. Regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Decreto 177/2007. 30-8-2007. Modifica el Catálogo de Juegos de la Comunidad Autónoma de Galicia, aprobado por el Decreto 166/1986, de 4-6-1986.

— Decreto 195/2007. 13-9-2007. Regula el Servicio Gallego de Apoyo a la Movilidad Personal para personas con discapacidad y/o dependientes.

MADRID

— Decreto 131/2007. 27-9-2007. Establecen las fiestas laborales para el año 2008 en la Comunidad de Madrid.

NAVARRA

— Decreto Foral 215/2007. 24-9-2007. Modifica el Reglamento del IRPF aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999, y el Decreto Foral 127/2003, de 20-5-2003, por el que se regula el procedimiento para el abono anticipado de la deducción por pensiones de viudedad.

PAÍS VASCO

— Ley 28/2007. 25-10-2007. Modifica la Ley 12/2002, de 23-5-2002, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Decreto 100/2007. 19-6-2007. Aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco.

— Decreto 101/2007. 19-6-2007. Aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones del País Vasco.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

Del día 17 al 19 de octubre de 2007 se celebró en Sevilla el ENCUENTRO *LAS FUNDACIONES Y LAS «OTRAS» FUNDACIONES*, organizado por la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo y patrocinado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Director: Juan José PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Secretario: César HORNERO MÉNDEZ, Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

Ponencias:

- «La fundación y sus alternativas: entre la tradición y la modernidad», por Jorge CAFFARENA LAPORTA, Catedrático de Derecho Civil, Universidad Carlos III.
- «El patrimonio de las personas con discapacidad», por Francisco CAPILLA RONCERO, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla.
- «Una alternativa que viene de fuera: el *trust*», por Sergio CÁMARA LAPUENTE, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Rioja.
- «El Registro de Fundaciones», por Antonio PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad.
- «La fundación y la empresa», por José Miguel EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia.
- «Las cargas duraderas», por César HORNERO MÉNDEZ.
- «La realidad de las fundaciones: entre la tipicidad jurídica y la gestión», por José Luis PIÑAR MAÑAS, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad San Pablo CEU, Madrid.

Mesa redonda: *La reforma del régimen jurídico de las fundaciones en 2002: balance y perspectivas.*

- Tomás GONZÁLEZ CUETO, Abogado del Estado.
- M.^a Jesús NAVARRO RUIZ, Jefa del Área de Fundaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Alicia REAL PÉREZ, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Complutense, Madrid.
- Fátima YÉLAMOS CEPEDA, Directora de Asesoramiento de la Asociación de Fundaciones Andaluzas AFA.

Moderador: Juan José PRETEL SERRANO.

Clausura: Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

ARAGÓN

Los días 19, 20 y 21 de septiembre, organizado por el Gobierno de Aragón en colaboración con la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, tuvo lugar, en el Centro Docente y de Investigación Pirineos de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en Formigal (Huesca), el CURSO *NUEVOS RETOS DEL CONSUMIDOR*, con arreglo al siguiente programa:

Ponencias:

- «Ley de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón», a cargo de don Ángel Luis MONGE GIL, Director General de Consumo del Gobierno de Aragón.
- «Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios», por doña Nuria ANTÓN MEDRANO, Subdirectora General del Instituto Nacional de Consumo.
- «La protección del consumidor en la sociedad de la información», por doña Cristina NUVIALA BUGUEDA, Jefa del Servicio de Disciplina de Mercado.
- «Proyecto de regulación del arbitraje de consumo», a cargo de don Pablo MARTÍNEZ ROYO, Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón.
- «Comisiones bancarias: gastos, información al consumidor y reclamaciones», por don Francisco José SERRANO GIL DE ALBORNOZ, Jefe de la Asesoría Jurídica de IberCaja.
- «Tarjetas de crédito y de débito», a cargo de doña Blanca LECHE ROS, Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza.
- «Préstamos hipotecarios: Publicidad, requisitos, gastos», por don Emilio José RUIZ LÓPEZ, Letrado Asesor del Banco de España.

- «Análisis de las actuaciones administrativas en materia de consumo en el sector de las telecomunicaciones», por don Luis SANAGUSTÍN HIGUERO, Jefe de la Sección de Consumo del Servicio Provincial de Huesca.
- «Derechos de los usuarios de telefonía», a cargo de don Luis Manuel CUARESMA GALLARDO, Jefe del Servicio Administrativo de la División de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.
- «La contratación en la compraventa de la vivienda: Derechos y deberes de los consumidores. Los contratos y las cláusulas abusivas», por don Francisco Javier MASIP USÓN, Jefe de la sección de control de mercado del Gobierno de Aragón.
- «Responsabilidad por vicios de la construcción. Garantías en la compra de la vivienda nueva. El seguro decenal», a cargo de doña M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.
- «Conflictos más frecuentes en la compra de vivienda», por don Francisco CUCALA CAMPILO, Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Los días 26 al 28 de septiembre se celebró en Zaragoza, el IX CONGRESO NACIONAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, dentro del cual tuvieron lugar las ponencias: *Libertad y seguridad, aspectos básicos del Estado de Derecho y La defensa y la abogacía*.

El día 27 de septiembre, en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, don Luis Alberto GIL NOGUERAS, Magistrado en Zaragoza, pronunció su DISCURSO DE INGRESO COMO ACADÉMICO DE NÚMERO que versó sobre *EL DERECHO DE ALIMENTOS DEL LEGITIMARIO*.

El día 27 de septiembre, la Editorial Tirant lo Blanch presentó la nueva revista de pensamiento jurídico *TEORÍA & DERECHO*. La presentación corrió a cargo de don Juan Alberto BELLOCH JULBE, Alcalde de Zaragoza; don Carlos CARNICER DÍEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, y de don Tomás VIVES ANTÓN, Catedrático de Derecho Penal.

El día 28 de septiembre, la Fundación Manuel Giménez Abad y las Cortes de Aragón celebraron la JORNADA-SEMINARIO *LA EDUCACIÓN Y EL FUTURO DE EUROPA*. Los Ponentes fueron: don Ignacio SOTELO, Catedrático de Sociología, y don Rolf TARRACH, Rector de la Universidad de Luxemburgo y expresidente del CSIC.

El día 4 de octubre tuvo lugar la clausura y entrega de títulos de la I EDICIÓN DEL MÁSTER y II DEL DIPLOMA DE *ESPECIALIZACIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO*. Don Julio RODRÍGUEZ LÓPEZ, don Jordi BERNAT FALOMIR y don Antoni GUIRAO PLAZAS impartieron la Conferencia

Mercado inmobiliario y formación. En la mesa también participó doña Carmen BETEGÓN SANZ, Directora del Centro de Estudios Registrales de Aragón.

El día 4 de octubre, organizado por el Grupo de Investigación Nulidad, de la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar la primera sesión del SEMINARIO PERMANENTE SOBRE *VALIDEZ, INVALIDEZ E INEFICACIA*. En esta ocasión se comentaron las sentencias del Tribunal Supremo:

- Sentencia de 27 de noviembre de 2006, sobre Nulidad de acuerdo de Junta General de S. A. Nulidad parcial. Intervino como ponente el profesor Isaac TENA PIAZUELO.
- Sentencia de 29 de enero de 2007, sobre Propiedad Horizontal. Fijación de las cuotas de participación: Imperatividad de los parámetros legales. Estatutos de la comunidad de propietarios: Impugnación y plazo para la misma. Intervino como ponente el profesor Miguel LACRUZ MANTECÓN.
- En el apartado de actualidad, la profesora María MARTÍNEZ MARTÍNEZ se ocupó de la Admisión de «pactos de familia» en el Derecho italiano después de la reforma del Código Civil en 2006.

Los días 15 al 18 de octubre, organizado por el Instituto Aragonés de Administración Pública, la Universidad Internacional Menéndez Pelayo impartió el CURSO *DERECHO FORAL ARAGONÉS*.

BALEARES

Los días 4, 5 y 6 de octubre de 2007 se celebró en Palma de Mallorca el III SIMPOSIO REGISTRAL *PRESENTACIÓN TELEMÁTICA*, organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Inauguración: por el Ilmo. Señor Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Ilmo. Señor Decano Autonómico de Baleares y el Hble. Señor Albert MORAGUES GOMILA, Consejero de la Presidencia.

Ponencias:

- «Criterios en materia de presentación telemática», por don Carlos BALLUGERA GÓMEZ, Registrador de la Propiedad de Bilbao, número 7.
- «Prioridad y presentación telemática», por don Juan SARMIENTO RAMOS, Registrador de la Propiedad de Getafe, número 1.
- «Presentación y pago telemático de los impuestos gestionados por las Oficinas Liquidadoras», por don Carlos COLOMER FERRÁNDIZ, Consultor Fiscal del Colegio de Registradores.

- «Interoperabilidad telemática registral: plataforma tecnológica», por don Luis LAHOZ SEVILLA, Director Técnico del Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores.

Presentación práctica por don Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Director del Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores.

CASTILLA Y LEÓN

Los días 25 y 26 de octubre de 2007 tuvo lugar en Valladolid el I FORO INTERNACIONAL DEL OBSERVATORIO DE LEGISLACIÓN Y APOYO AL SECTOR AGRARIO *REFLEXIONES JURÍDICAS PARA EL DESARROLLO DE LA AGRICULTURA ESPAÑOLA*, organizado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y Registradores de España.

Dirección: Doña Esther MUÑIZ ESPADA, Profesora Titular de Universidad; Directora del Observatorio de Legislación y Apoyo al Sector Agrario; Vicepresidenta española ante el CEDER.

Coordinadores: Doña Begoña GONZÁLEZ ACEBES, Profesora de Derecho Civil, Universidad de Valladolid, y don Luis BENITO RUIZ, Vocal Asesor de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Inauguración:

- Doña Carmen DOMÍNGUEZ, Vicerrectora de Investigación de la Universidad de Valladolid.
- Don Juan José GRANADO, Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Don Eduardo CABANILLAS, Director General de la Consejería de Agricultura y Ganadería, Junta de Castilla y León.
- Doña Paloma BIGLINO, Decana de la Facultad de Derecho.
- Don José ABELLÁN, Vicesecretario General Técnico del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Doña Paloma GARCÍA-GALÁN, Subdirectora General de Legislación y Ordenación Normativa del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Ponencias:

Las nuevas funciones de la agricultura del siglo XXI.

Modera: Don José M.^a DE LA CUESTA. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos.

- «Il nuovo diritto agrario comunitario: Diritto agrario o Diritto del medio ambiente?», por don Luigi COSTATO, Catedrático de Derecho Agrario.
- «Seguridad alimentaria y protección de los consumidores», por don Yves PICOD, Catedrático de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Perpignan.
- «El nuevo concepto de Derecho Agrario desde el Derecho Comparado», por don Alberto BALLARÍN, Presidente de la AEDA.

Protección legal de la calidad del producto agroalimentario.

Moderadora: María Cruz VEGA ÁLVAREZ, Consejera Técnica de la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

- «Denominaciones geográficas de origen: relaciones entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comunitario», por doña Benedetta UBERTAZZI, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Milán.
- «Tutela penal de las Denominaciones de Origen», por don Ricardo MATA, Profesor Titular de la Universidad de Valladolid.

Régimen jurídico de la propiedad rústica.

Moderador: Don Javier ORDUÑA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

- «Régimen jurídico de la propiedad rústica en la legislación del suelo no urbanizable», por don Pablo AMAT, Profesor Titular de Escuela Universitaria de la Universidad Politécnica de Valencia.
- «El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de la propiedad rústica», por doña Isabel DE LA IGLESIA, Profesora de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.
- «Subvenciones agrarias y Registro de la Propiedad», por don Alfonso CANDAU, Registrador de la Propiedad.

Modernas perspectivas de la empresa agraria española.

Moderador: Heriberto MORILLA, Subdirector General de Normativa Agraria y Alimentaria del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

- «Hacia un nuevo modelo de empresa agraria», por don Ramón HERRERA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Almería.
- «Las empresas agrarias del sector vitivinícola ante la reforma de la OCM del vino», por don Ángel SÁNCHEZ, Profesor Titular de Escuela Universitaria, Universidad de La Rioja.

Mesa redonda: *El papel y la mediación de los agentes económicos.*

- Don Jerónimo LOZANO (URCACYL).
- Don Donaciano DUJO (ASAJA).
- Don Guillermo VALLEJO (Cámara Provincial Agraria).
- Don Pedro GONZÁLEZ (Unión de Pequeños Agricultores) (Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos).
- Don José CARDONA (Confederación de Cooperativas Agrarias de España).

Modera: Don José ABELLÁN GÓMEZ, Vicesecretario General del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Clausura:

- Doña Elena ESPINOSA, Ministra de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Don Evaristo ABRIL, Rector Magnífico de la Universidad de Valladolid.
- Don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Presidente-Decano del Colegio de Registradores de España.

CATALUÑA

Los días 7 y 8 de noviembre de 2007 se celebró en Tarragona el 4.º CONGRÉS DE DRET CIVIL CATALÀ LA PROPIETAT HORITZONTAL I LES SITUACIONS DE COMUNITAT EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA, organizado por la Universitat Rovira i Virgili y el Col·legi de Notaris de Catalunya con la colaboración, entre otros, de Registradors de Catalunya.

Comitè organitzador: Dr. Esteve BOSCH CAPDEVILA, Sr. Martín GARRIDO MELERO i Sr. Héctor SIMÓN MORENO (coordinació).

Inauguració: a càrrec de l'Honorable Sra. Montserrat TURA i CAMAFREITA, Consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya. Amb la intervenció del Rector Magfc. de la Universitat Rovira i Virgili, el Dr. Francesc Xavier GRAU; el Dr. Antoni JORDÀ i FERNÁNDEZ, Degà de la Facultat de Ciències Jurídiques; l'Il·lm. Sr. Lluís JOU i MIRABENT, vicedegà del Col·legi de Notaris de Catalunya; el Dr. Esteve BOSCH CAPDEVILA, Director del Departament de Dret Privat, Processal i Financer i Director del Congrés, i el Sr. Martín GARRIDO MELERO, Delegat Provincial del Col·legi de Notaris de Catalunya a Tarragona i Director del Congrés.

Conferència inaugural: *La política legislativa en la regulació del Llibre Cinquè CCCat. Especial atenció a la propietat horitzontal*, Sr. Pascual ORTUÑO MUÑOZ, Magistrat i Director General de Dret i d'Entitats Jurídiques.

Primera Ponència: *Les situacions de comunitat*, presenta i modera: Dra. Encarnació RICART MARTÍ, Catedràtica de Dret Romà de la Universitat Rovira i Virgili.

- «La comunitat ordinària pro indiviso», Dr. José M.^a Miquel GONZÁLEZ, Catedràtic de Dret Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «Panoràmica general de la configuració de la comunitat especial per torns al CCCat.», Dra. Carmen GETE-ALONSO CALERA, Catedràtica de Dret Civil de la Universitat Autònoma de Barcelona.
- «El règim jurídic de les parets mitgeres», Sr. Antoni BOSCH I CARREIRA, Notari de Barcelona.

Lectura de comunicacions:

- «La introducció del criteri de la horitzontalitat en el concepte de mitgeria del Codi Civil de Catalunya», Dra. Alejandra DE LAMA, Professora Lectora de Dret Civil de la Universitat Autònoma de Barcelona.
- «Constitució i presumpció de les mitgeries de càrrega i tanca com a comunitat especial al Codi Civil de Catalunya», Dra. Judith SOLÉ RESINA, Professora Titular de Dret Civil de la Universitat Autònoma de Barcelona.
- «La divisió de la cosa comuna en el Codi Civil de Catalunya», Sr. Héctor SIMÓN MORENO, Professor de Dret Civil de la Universitat Rovira i Virgili.

Segona ponència: *La propietat horitzontal*, presenta i modera: Dra. Reyes BARRADA ORELLANA, Professora Col·laboradora de Dret Civil de la Universitat Rovira i Virgili.

- «La constitució de la propietat horitzontal. Especial referència a la reserva del dret de sobreelevació i sub-edificació», Dr. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propietat i Lletrat de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «Els elements privatius i els elements comuns», Dr. Joan MARSAL GUILLAMET, Professor Titular de Dret Civil de la Universitat de Barcelona.
- «La reserva dels drets de sobredificació i subedificació en el títol constitutiu del règim de propietat horitzontal conforme al Dret Civil de Catalunya», Sra. Felisa-María CORVO LÓPEZ, Professora de Dret Civil de la Universitat de Salamanca.
- «La propietat horitzontal i la supressió de barreres arquitectòniques», Sra. Rosa TORRA BERNAUS, Professora de Dret Civil de la Universitat de Girona.

Taula Rodona: *El govern de la propietat horitzontal. Els acords de la junta de propietaris: quòrums, efectivitat i impugnació*, presenta i modera: Dr. Miquel COCA PAYERAS, Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de les Illes Balears i advocat; amb la intervenció de la Sra. Ana BOZALONGO ANTONANZAS, assessor jurídic del Col·legi d'Administradors de Finques de Tarragona, i el Sr. Josep Maria ESPAÑOL JORDÁN, advocat.

Segona ponència (continuació): *La propietat horitzontal. Règims especials*, presenta i modera: Sr. Roberto FOLLIA CAMPS, ex-degà Col·legi de Notaris de Catalunya, President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

- «Règims especials de la propietat horitzontal: ports esportius i urbanitzacions privades», Sr. Emilio GONZÁLEZ BOU, Notari de Castelló d'Empúries.
- «La configuració jurídica dels conjunts immobiliaris i dels garatges», Sr. Antonio GINER GARGALLO, Registrador de la Propietat de l'Hospitalet de Llobregat.
- «La compatibilitat entre el dret de superfície i la propietat horitzontal en el nou Dret Civil Català», Sr. José Maria NAVARRO VIÑUALES, Notari de Zaragoza.

Segona ponència (continuació): *La propietat horitzontal. Aspectes econòmics*, presenta i modera: Sr. Antoni VIVES, degà del Col·legi d'Advocats de Tarragona.

- «Fiscalitat i propietat horitzontal: aspectes crítics, Sr. Javier MICÓ GINER, Notari de Sabadell.
- «La protecció de l'adquirent d'un pis en règim de propietat horitzontal. Aspectes crítics, Sr. Martín GARRIDO MELERO, Notari de Tarragona i Professor Associat de la Universitat Rovira i Virgili.

Taula rodona: *Problemes en l'adquisició de l'habitatge i el seu finançament al segle XXI*, presenta i modera: Sr. José Alberto MARÍN SÁNCHEZ, Notari de Barcelona; amb la intervenció de la Sra. Carmen TRILLA I BELLART, Secretària General d'Habitatge del Departament de Medi Ambient i Habitatge de la Generalitat de Catalunya; el Dr. Máximo BORRELL VIDAL, Catedràtic d'Economia Financera de la Universitat Pompeu Fabra; el Sr. Diego REYES I ABEROLA, President de l'Associació de Promotors Immobiliaris del Tarragonès, i el Sr. Joan RAFOLS LLACH, Director de Riscos i Subdirector de la Caixa d'Estalvis de Tarragona.

LA RIOJA

Los días 15 y 16 de noviembre de 2007, tuvo lugar en Logroño el CONGRESO *TRANSFORMACIONES EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA*, organizado por el Seminario Permanente de Derecho Privado de la Universidad de La Rioja dentro del Proyecto coordinado de investigación SEJ 2004-08057-C03, Universidades de La Rioja, Zaragoza y La Laguna.

Acto de apertura oficial e inauguración del Congreso: *El futuro reglamento de protección de datos de carácter personal: incidencia en el ámbito registral*, por don Julio FUENTES GÓMEZ, Subdirector General de Política Legislativa, Ministerio de Justicia.

Primer Panel: *Seguridad jurídica, publicidad y Registro.*

Se abordaron, entre otras cuestiones, la dimensión constitucional del principio de seguridad del tráfico, la convergencia europea de los sistemas registrales y los problemas que plantean el procedimiento registral (ámbito de la calificación, sistema de recursos, relación con la jurisdicción voluntaria, límites de la publicidad formal, etc.) y las nuevas formas de publicidad (valores representados por anotaciones en cuenta, asientos telemáticos, etc.).

Moderador: Doctor Pedro DE PABLO CONTRERAS, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Rioja.

Ponentes: Doctora Amelia PASCUAL MEDRANO, Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de La Rioja; Doctor Sergio CÁMARA LA-PUENTE, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Rioja; Doctor Juan Antonio GARCÍA GARCÍA, Profesor de Derecho Civil, Universidad de La Laguna; Pedro GARCÍANDÍA, Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de La Rioja, y don José Luis GARCÍA-PITA, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de La Coruña.

Segundo Panel: *Crédito y garantía real: concurrencia y publicidad.*

Se trataron las tensiones que afectan a la clásica distinción entre los derechos de crédito y los derechos reales, así como los problemas de su concurrencia en la ejecución colectiva (concurso, incluida su publicidad en el Registro Mercantil) y en las ejecuciones singulares, con particular atención al sobreendeudamiento de los consumidores.

Moderador: Doctor Ángel BONET NAVARRO, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.

Ponentes: Doctora Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de La Rioja; Doctora Beatriz SÁENZ DE JUBERA, Becaria del Colegio Nacional de Registradores, Universidad de La Rioja; Doctor Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza; Doctor Juan Francisco HERRERO, Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza; Doctora Regina GARCIMARTÍN MONTERO, Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza, y Doctora María Rosa GUTIÉRREZ SANZ, Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.

Tercer Panel: *Información territorial, limitaciones del dominio y Registro.*

Se analizó el acceso a los Registros Jurídicos de la información territorial y otros datos de hecho, así como el reflejo en ellos de determinadas limitaciones o cualificaciones del dominio (unidades mínimas de cultivo, patrimonio histórico-artístico, deberes de edificación o rehabilitación, patrimonios públicos de suelo, etc.) y su relación con otros Registros (Registro de aguas y otros).

Moderadora: Doctora María Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

Ponentes: Doctor Miguel GÓMEZ PERALS, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de La Laguna; Doctora Elvira AFONSO RODRÍGUEZ, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de La Laguna; Doctor Luis CAPOTE, Profesor de Derecho Civil, Universidad de La Laguna; Doctora Elena SÁNCHEZ JORDÁN, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de La Laguna, y Doctor José Manuel VENTURA, Profesor de Derecho Civil, Universidad de La Rioja.

MADRID

El día 16 de octubre de 2007 se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, LA PRESENTACIÓN DEL LIBRO *LA CONTRATACIÓN BANCARIA*, libro de 37 coautores.

Coordinadores: Adolfo SEQUEIRA, Enrique GADEA y Fernando SACRISTÁN.

Patrocinio: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Editorial: Dykinson.

Intervinientes:

- Don Juan José PRETEL, Director del Centro de Estudios Hipotecarios (moderador).
- Don Adolfo SEQUEIRA (coordinador de la obra): *Razón y contenido de la obra.*
- Don Javier GÓMEZ GÁLLIGO (coautor): *Garantías patrimoniales del crédito y protección del consumidor.*

El día 17 de octubre de 2007 se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, LA PRESENTACIÓN DEL LIBRO *ESPAÑOLES ANTE EL REGISTRO*, en un acto presentado por el Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Ilmo. Señor don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA y presidido por el Ministro de Justicia, Excmo. Señor don Mariano FERNÁNDEZ BERMEJO.

Autores:

Alfredo ALVAR EZQUERRA, Ricardo AROCA, Benito ARRUÑADA, José B. BERMEJO MARTÍN, Lorenzo BERNALDO DE QUIRÓS, Amando DE MIGUEL, José Ramón FERNÁNDEZ, Lourdes FERNÁNDEZ, Fernando GONZÁLEZ URBANEJA, Eva HACHE, Juan MATO, Javier MOSCOSO, Enrique MÚGICA HERZOG, Carmen POSADAS, Nicolás REDONDO TERREROS, José Luis SALAZAR y Miguel Ángel VELASCO PUENTE.

El día 13 de noviembre de 2007 se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España un ACTO HOMENAJE A LA DOCTORA DOÑA MARÍA DOLORES DÍAZ-AMBRONA Y BARDAJÍ, con ocasión de la presentación, dentro de la colección «Cuadernos de Derecho Registral», dirigida por Antonio PAU, del libro *LA REFORMA DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS*, obra dedicada a la homenajeadora por sus compañeros del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Patricia LÓPEZ PELÁEZ y Fátima YÁÑEZ VIVERO.

El día 23 de noviembre de 2007 tuvo lugar en el Colegio de Registradores de la Propiedad, el SEMINARIO *EL FUTURO DEL ESTADO AUTÓNOMICO. MODELO TERRITORIAL*, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Moderador: Don Francisco RUBIO LLORENTE, Presidente del Consejo de Estado, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional.

Ponentes: Don Luis ORTEGA ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Administrativo, Departamento de Derecho Público y de la Empresa de la Uni-

versidad de Castilla-La Mancha. Don Francesc DE CARRERAS SERRA, Catedrático de Derecho Constitucional, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Don Javier CORCUERA ATIENZA, Catedrático de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Constitucional e Historia de Teoría Política, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad del País Vasco. Don Ferran REQUEJO COLL, Catedràtic d'Universitat Ciencia Política, Universidad Pompeu Fabra. Don Ramón MAÍZ SUÁREZ, Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Catedrático de Políticas, Universidad de Santiago de Compostela.

El día 29 de noviembre de 2007 tuvo lugar en el Colegio de Registradores de la Propiedad el SEMINARIO *POSITIVISMO JURÍDICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO*, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ponencias:

- «Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho», por Paolo COMANDUCCI y Daniel GONZÁLEZ LAGIER.
- «Constitucionalización y neoconstitucionalismo», por Paolo COMANDUCCI y Mariam AHUMADA.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Tommaso M. UBERTAZZI, *Il Diritto alla privacy, Natura e funzione giuridiche*, Cedam, Padova, 2007.

por

ESTHER MUÑIZ ESPADA
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Bajo este título se publica una excelente tesis doctoral que aborda con rigor, originalidad y exhaustividad uno de los derechos de la personalidad más difíciles de perfilar y más sugerentes, asimismo uno de los más debatidos y complejos: el tratamiento de los datos personales. La realidad social ha ido imprimiendo a este derecho a la privacidad una particular configuración, una peculiar estructura y contenido, por ello el autor lo trata a través de su evolución, en una visión comparatista entre su propio ordenamiento, el Derecho italiano y el sistema anglosajón. Esta proyección termina en el análisis de la naturaleza jurídica, con la exposición de las diversas opiniones doctrinales al respecto, que han terminado por influir sobre el problema de la revocabilidad del consentimiento al tratamiento de los propios datos personales.

La diversidad de opiniones sobre la naturaleza jurídica del derecho a la privacidad influye, pues, sobre el problema de la revocabilidad del consenso prestado al tratamiento de los datos personales, para cuyo tratamiento el autor analiza los distintos intereses en conflicto, en primer lugar, los del titular de los datos y la protección legal dispensada; el segundo grupo de referencia alude al sujeto opuesto al titular de los datos: los intereses del titular del banco de datos y el interés a tratar datos de terceros; asimismo, por otro lado, está el de quienes efectúan la selección y organización en forma de base de datos los datos personales ajenos.

En relación con ello, diversos modelos teóricos protegen de modo diverso los intereses en juego en materia de privacidad. Así estaría, por un lado, el modelo de ausencia de circulación de los datos, cuya tutela se dirige al interés de la persona a mantener secreta la propia información —como destaca el autor—, y prohíbe cualquier información personal; de otro lado, el modelo de circulación no negocial, que tutela, por su parte, el interés de la colectividad a la circulación de los datos personales y, en consecuencia, somete la información particular de la persona a un régimen de público dominio; y, por último, el modelo de circulación mercantil o negocial, donde los datos personales se hacen objeto de intercambio negocial entre los interesados. Entre éstos, el autor, a la vista de la específica reglamentación, muestra su opción favorable a la imposición del modelo de la circulación negocial de los datos

personales. El vertiginoso desarrollo de la sociedad de la información o la tecnología de la información y la amplitud de los intereses contemplados a través de esta última teoría hacen destacable su aplicabilidad en la disciplina de la *privacy*. Una vez decidido esto, queda por delimitar, entonces, el papel y la función de la «reserva» y «discreción».

Todo ello tiene algunas consecuencias, que se expresan también con finalidad de conclusión, en relación con la revocabilidad del consentimiento prestado al tratamiento de los datos personales, de capital importancia, sobre todo porque forma parte del valor mismo del tal derecho. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, como refleja el propio autor, han estado divididas: tomando como punto de partida las bases y fundamentos de la concepción de los derechos de la personalidad, no se hace, entonces, disponible el derecho a la reserva, considerando siempre revocable el consentimiento prestado al tratamiento de los datos. De otro lado, aquélla que niega que este derecho tenga las mismas características de los derechos de la personalidad, considera que el derecho a la reserva es disponible, proponiendo abandonar el principio de la revocabilidad del consentimiento ya prestado. A partir de aquí, y como parte final de la obra, aporta el autor toda una serie de precisos argumentos en orden a decidir y determinar la posibilidad o no de tal revocabilidad y el valor de su tratamiento.

La obra merece un juicio muy favorable, sin duda, por la elección del tema y la documentación aportada. El autor demuestra una gran madurez como investigador y una innegable vocación investigadora y universitaria; me parece especialmente elogiable la constante toma de postura aportando su opinión en los temas más complejos que se van tratando, aunque reconozca en algunas ocasiones que la doctrina o la jurisprudencia sostienen un criterio diferente. No faltan en este trabajo las cuestiones esenciales de la figura estudiada, que hacen de la presente monografía un paso obligado y una referencia destacada para todos aquellos que se quieran acercar a este tema. Por ello, no cabe más que felicitar al autor y a su director de tesis por el resultado de esta obra.

Isabel ARANA DE LA FUENTE, *La usucapión entre comuneros. Doctrina y jurisprudencia*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, 385 págs.

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Profesor Titular de Derecho Civil

Cualquier jurista atento sabe que las cuestiones relativas a la posesión, la usucapión y las relaciones de comunidad son tres de las más discutidas en Derecho Civil. Por ello, tendrá por difícil un trabajo que busque solucionar los problemas relativos a una institución, la usucapión entre comuneros, que enlaza precisamente las citadas materias; más aún si se tiene en cuenta que nuestro Código Civil, a diferencia de otros de nuestro entorno, no posee ninguna regulación específica de esa institución, ni de su presupuesto lógico, la inversión del título posesorio. El autor que penetre en esta cuestión habrá de ejercitar en alto grado la *prudentia iuris* para ofrecer respuesta coherente a las

muchas cuestiones que plantea la admisibilidad y requisitos de la figura en nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a lo que cabría esperar de las dificultades recién expuestas, el libro de Isabel ARANA tiene la virtud de conducir a través de toda esa serie de problemas de un modo que haría pensar al lector desprevenido que la resolución de la cuestión sobre la admisibilidad y las condiciones de una usucapión entre comuneros en el Derecho español es, hasta cierto punto, aproblemática. Impresión esta que se desvanece, no sólo al considerar las dificultades enunciadas, sino al analizar al final del libro la larga lista de recursos sobre usucapión entre comuneros que han llegado al Tribunal Supremo, y el criterio no siempre uniforme que éste ha ido aplicando en sus sentencias.

El libro comienza con un análisis del Derecho romano y el origen de la regla *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, nacida para la *usucapio pro herede*, pero aplicada luego a cualquier tipo de usucapión. Dicha regla obstaculizaba la posible usucapión entre comuneros. Y daba lugar a que autores ligados a la tradición romanista, como POTHIER, recogiesen la regla relativa a la usucapión de que «es mejor no tener título que tenerlo vicioso»: el que comienza a adquirir sin título pero con *animo domini* podrá llegar a usucapir mediante prescripción extraordinaria, mientras que el poseedor *nomini alieno* nunca podrá adquirir por usucapión, pues carece de posesión en concepto de dueño.

El capítulo primero se centra luego en un detenido análisis del Derecho francés anterior y posterior al Código, momento en el que se fraguó tanto la posibilidad de la usucapión entre comuneros como el decaimiento de la regla *nemo sibi...* que la impedía (sobre el origen de la regla *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* y su decadencia en el Derecho codificado europeo puede consultarse hoy el interesante libro de R. BÖHR, *Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung in römischen Privatrecht*, Munich, 2002). Apoyándose en precedentes del Derecho francés (*coutumier* y *écrit*) y en autores anteriores al Código, que habían sostenido que la posesión exclusiva por un comunero a título de dueño que excediese del plazo de la usucapión extraordinaria hacía presumir la existencia de una partición y ligada a la admisibilidad de inversión del título posesorio (art. 2.238 del Código Napoleón), el *Code Civil* previó la usucapión entre comuneros en el artículo 816 como una excepción a la imprescriptibilidad de la acción de partición recogida en el artículo anterior.

La profesora ARANA DE LA FUENTE analiza, en lo que resta de ese capítulo, la interpretación hecha por la doctrina francesa, desde los primeros comentaristas hasta hoy, de ese artículo 816 de su Código, que ha servido de precedente al resto de codificaciones latinas que han admitido la usucapión entre comuneros. De los requisitos exigidos para la usucapión (art. 2.229: posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de dueño), la doctrina francesa actual entiende unánimemente que al comunero que posee exclusivamente la cosa le falta el requisito de la falta de equivoquidad, pues no se sabe si posee exclusivamente para él o también para los otros; pero no la posesión en concepto de dueño, pues es dueño el comunero, por más que su dominio se vea limitado por la existencia de otros copropietarios. De ahí que los autores franceses no exijan al comunero que pretende usucapir intervención del título posesorio (de *nomine alieno* a posesión en concepto de dueño), sino sólo el que realice actos que «señalen inequívocamente su voluntad de conducirse como propietario exclusivo». Sin que sirvan como tales los actos que no den lugar a contradicción con la titularidad del resto de comuneros.

El segundo capítulo realiza un detenido estudio, paralelo en cierto modo al francés, de los requisitos exigidos en los dos Códigos Civiles italianos (1865 y 1942) para la usucapión entre comuneros, y la interpretación que ha hecho de esta figura su doctrina. El Código actual recogió expresamente la figura, y quiso acercarla a la interpretación hecha por la doctrina francesa, en el sentido de que la usucapión entre comuneros no requiere de inversión del título, por ser ya dueño el copropietario, sino sólo posesión exclusiva y excluyente por parte del comunero. Muy interesantes a este respecto son las páginas dedicadas a exponer, tanto en Francia como en Italia, los requisitos de la inversión del título y la naturaleza de los actos exclusivos y excluyentes que manifiestan la voluntad del comunero de poseer como propietario único. Examen de estos actos del que se deduce, como acertadamente precisa la autora, que la discusión, más viva en Italia que en Francia, sobre la necesidad o no de inversión del concepto posesorio para llevar a cabo una usucapión entre comuneros es más académica que práctica, pues los actos que la jurisprudencia exige para calificar esa posesión exclusiva y excluyente del comunero son de hecho los mismos que se exigiría para la interversión del título.

El capítulo tercero se centra en la normativa del Código Civil, después de rastrear cuidadosamente sus antecedentes en el Derecho histórico castellano. El silencio de nuestro Código en torno a la usucapión entre comuneros, la coposesión y la inversión del concepto posesorio obliga a analizar estas cuestiones al hilo de la pérdida de la posesión por posesión contradictoria ajena (art. 460-4.º), y conducen a ARANA DE LA FUENTE tras una atenta labor de examen y ponderación, a concluir la admisibilidad en nuestro sistema de la usucapión entre comuneros, siempre que cumpla los requisitos de inversión del concepto posesorio (pág. 180 y sigs). Usucapión que no obsta a la imprescriptibilidad de la acción de división (art. 1.965), pues la acción de división presupone precisamente una situación de comunidad que la usucapión entre comuneros ha extinguido.

Una vez concluida la admisibilidad de la usucapión entre comuneros en nuestro sistema, la autora pasa a examinar los requisitos de esa usucapión entre comuneros, al hilo de las construcciones doctrinales surgidas para explicarla. Básicamente, se trata de dilucidar si en el comunero concurre ya la cualidad de poseedor en concepto de dueño, y por consiguiente no necesita para usucapir invertir su título posesorio sino sólo realizar actos que manifiesten terminantemente su voluntad de poseer exclusiva y excluyentemente, o si su posesión no es en tal concepto, sino de condueño, y ha de realizar actos de inversión del concepto posesorio. Dilema que, a su vez, remite al concepto que se tenga de la comunidad.

La autora del libro se inclina por entender que es necesaria una inversión del concepto posesorio, realizada conforme con el artículo 460-4.º del Código Civil, interpretado a la luz de los artículos 436 y 463, para que el comunero inicie una posesión en concepto de dueño que le conduzca a la usucapión. Solución contraria a las del Derecho francés e italiano, pero mejor fundada en nuestro Derecho, ajeno a toda posible excepcionalidad de la usucapión entre comuneros, y por la que también se inclinan los autores portugueses, oportunamente citados.

Las páginas finales de este capítulo tercero (217 y sigs.) hilan y concluyen lo hasta entonces expuesto, perfilando los requisitos concretos de la usucapión entre comuneros, y desarrollando la exigencia de inversión del concepto posesorio hasta analizar los actos concretos que dan lugar a dicha inversión.

Interpretación estricta de esos actos, conforme con las relaciones de condominio, y que puede conducir a que, a menudo, cuando un comunero invoca la usucapión entre comuneros para rechazar la acción de partición, haya de sentenciar el tribunal que es precisamente en esa contestación donde ha producido la inversión de su posesión, pues hasta entonces sus actos no manifestaban aún posesión exclusiva y excluyente, y que carece por tanto de los plazos de tiempo necesarios para una usucapión.

El trabajo se cierra con un cuarto y último capítulo dedicado a analizar todas las sentencias del Tribunal Supremo dedicadas a la usucapión entre comuneros, separando las que admiten esa usucapión y las que la rechazan —sea por la causa que sea: de principios, las menos, o por falta de los requisitos exigidos—, y, en cada caso, aquéllas en que se alegó usucapión ordinaria o extraordinaria.

Al hilo de este último punto, tal vez hubiese merecido la pena una mención expresa a la posibilidad de la usucapión ordinaria entre comuneros. El Tribunal Supremo la ha admitido en varios casos, recogidos en el capítulo cuarto, pese a los problemas que plantea la existencia de justo título en estos casos. Se trata siempre, como bien advierte la autora, de casos en que la ley dispensa o salva de título (arts. 1.955 del Código Civil, 35 de la Ley Hipotecaria), o en que el Tribunal Supremo ha admitido como justo título el que sólo dudosamente lo es: herencia, partición. Supuestos que, a mi parecer —que creo coincidente con el de Isabel ARANA, según se deduce de sus afirmaciones— no pueden dar lugar a una usucapión ordinaria, dada la coincidencia entre *iusta causa traditionis* y *usucapionis* (que ya expresó AZON: *ex quaunque causa acquirit dominium si fiat traditio a domino, nam si fiat a non domino parat iusta causa usucapiendi*).

Se trata, en suma, de un libro bien concebido y estructurado, pulcramente escrito y razonadamente desarrollado, que llena una laguna en nuestra literatura jurídica, y que será muy valorado por el jurista práctico que tiene que enfrentarse a los numerosos problemas planteados en la vida real por esta forma de usucapión. Y que muestra, y con esto quiero terminar, que sigue habiendo mucho laboreo pendiente en los temas clásicos, y que el jurista que sepa afrontarlos con el rigor y conocimiento con que lo hace Isabel ARANA extraerá probablemente más fruto que el que se deje llevar por modas temáticas pasajeras.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

«Las actuaciones de dotación en la nueva Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo (a propósito del deber de equidistribución en suelo urbano-solar)», por Gerardo ROGER FERNÁNDEZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN GENERAL.—2. EL MARCO LEGISLATIVO EN LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES.—3. LA REGULACIÓN EN LA NUEVA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DEL SUELO.—4. LA REGULACIÓN EN EL TEXTO RE-FUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA (DECRETO LEGISLATIVO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE).—5. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL TRLOTAU.—6. CONCLUSIONES.

«Medio ambiente, urbanismo y edificación: de la política de la Unión Europea al Código Técnico de la Edificación y a la nueva Ley de Suelo», por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 29.

SUMARIO: I. LA INCIDENCIA AMBIENTAL DE LAS ACTIVIDADES URBANÍSTICA Y EDIFICATORIA.—II. LA INTEGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA URBANA Y SOBRE EL SUELO: A) ACTUACIONES GLOBALES SOBRE EL TERRITORIO EUROPEO. B) MEDIDAS EUROPEAS EN MATERIA DE SUELO. C) LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE URBANO Y SOSTENIBILIDAD. D) LA INTRODUCCIÓN DE LOS ASPECTOS AMBIENTALES Y DE SOSTENIBILIDAD EN LAS NORMAS EUROPEAS SOBRE CONSTRUCCIÓN Y EDIFICACIÓN.—III. LA INCORPORACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE URBANISMO Y SUELO: A) ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. B) LA INTEGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN DEL SUELO Y URBANÍSTICA. C) LA ESTRATEGIA Y EL LIBRO VERDE DE MEDIO AMBIENTE URBANO.—IV. LA EDIFICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLES: A) LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN DE 1999. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LA SOSTENIBILIDAD COMO REQUISITOS BÁSICOS DE LA EDIFICACIÓN. B) EL CÓDIGO TÉCNICO DE LA EDIFICACIÓN DE 2006: REGULACIÓN DE LOS REQUISITOS AMBIENTALES Y DE SOSTENIBILIDAD DE LAS EDIFICACIONES Y CONSTRUCCIONES. C) EL CONSEJO PARA LA SOSTENIBILIDAD, INNOVACIÓN Y CALIDAD DE LA EDIFICACIÓN, Y OTRAS NORMAS.

«El derecho de superficie en la Ley del Suelo 8/2007. Aplicaciones prácticas en relación con la normativa urbanística valenciana», por Manuel LATORRE HERNÁNDEZ, pág. 87.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NORMATIVA REGULADORA.—3. CONCEPTO.—4. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES.—5. ADJUDICACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE.—6. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE.—7. APLICACIONES PRÁCTICAS DEL DERECHO DE SUPERFICIE (ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA URBANÍSTICA VALENCIANA): A) EL SUBSUELO DESAFECTADO DE LAS DOTACIONES PÚBLICAS. B) LOS EQUIPAMIENTOS PÚBLICOS DESTINADOS A VIVIENDAS ASISTENCIALES EN RÉGIMEN DE ALQUILER.

«El alcance del control de legalidad de las licencias urbanísticas. Un ejemplo: la cláusula salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros», por José Gerardo GÓMEZ MELERO, pág. 119.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. ¿EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS ES ÚNICAMENTE DE CARÁCTER URBANÍSTICO? LA REGULACIÓN AUTONÓMICA DEL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS Y LA CLÁUSULA SALVO EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SIN PERJUICIO DE TERCEROS.—3. LA CLÁUSULA SALVO EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SIN PERJUICIO DEL DE TERCERO.—4. COMPATIBILIDAD DE LA CLÁUSULA SALVO EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SIN PERJUICIO DE TERCEROS, Y LA OBLIGACIÓN DE ACREDITAR DERECHO BASTANTE PARA EJECUTAR ACTOS DE USO DEL SUELO, CONSTRUCCIÓN Y EDIFICACIÓN. SOLUCIONES.—5. EXCEPCIONES A LA APLICABILIDAD DE LA CLÁUSULA SALVO EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SIN PERJUICIO DE TERCERO: 5.1. ACTUACIONES QUE PUEDAN AFECTAR AL DOMINIO PÚBLICO O PRIVADO DE TITULARIDAD PÚBLICA. 5.2. ACTUACIONES QUE PUEDAN AFECTAR A DERECHOS CIVILES DE TERCEROS.

«Desarrollo autonómico del Real Decreto 9/2005 sobre suelos contaminados: límites de la prestación de remediación del suelo contaminado», por Juan A. LOSTE MADOZ.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO.—II. BASES DEL MODELO CATALÁN DE SUELOS CONTAMINADOS: 1. LA CONTAMINACIÓN INDUSTRIAL. 2. UNA ACCIÓN PÚBLICA FUERTE: 2.1. *Una acción imprescriptible*. 2.2. *Una gran discrecionalidad administrativa*. 2.3. *Inicio del procedimiento de declaración de suelo contaminado*. 2.4. *Tramitación del expediente, procedimiento abreviado y medidas provisionales*.—III. LÍMITES DE LA PRESTACIÓN DE REMEDIACIÓN DEL SUELO CONTAMINADO: 1. LÍMITES EN FUNCIÓN DEL USO URBANÍSTICO. 2. LÍMITES DE TIPO TÉCNICO: EL PROYECTO DE RECUPERACIÓN Y LA EJECUCIÓN. 3. LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.—IV. REFLEXIÓN FINAL.

«Protección penal del medio ambiente y función pública», por Manuel GÓMEZ TOMILLO, pág. 171.

SUMARIO: 1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 329.1 CP: INTRODUCCIÓN.—2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: EL INFORME ILÍCITO COMO DELITO DE PELIGRO.—3. LA CONDUCTA TÍPICA: 3.1. LA ACCIÓN DE INFORMAR. 3.2. LA CONTRADICCIÓN «MANIFIESTA» CON LAS NORMAS REGULADORAS DE ACTIVIDADES CONTAMINANTES. 3.3. LA OMISIÓN CONSISTENTE EN SILENCIAR LA INFRACCIÓN DE NORMAS REGULADORAS DE ACTIVIDADES CONTAMINANTES.—4. EL TIPO SUBJETIVO: EL DOLO Y LA POSIBILIDAD DE COMISIÓN MERAMENTE IMPRUDENTE.—5. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO: TENTATIVA Y CODELINCUENCIA.—6. PENA.—7. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.—8. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 329.2 CP: 8.1. CUESTIONES GENERALES. 8.2. ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO. 8.3. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO. 8.4. LA PENA.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 264-265 (Abril-Septiembre 2007)

«La transmisión de acciones representadas mediante títulos-valores», por David PÉREZ MILLÁN, pág. 413.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL NEGOCIO DE TRANSMISIÓN COMO CONTRATO REAL.—III. EL NEGOCIO DE TRANSMISIÓN COMO CONTRATO CONSENSUAL CON EFECTOS MERAMENTE OBLIGATORIOS.—IV. EL NEGOCIO DE TRANSMISIÓN COMO CONTRATO CONSENSUAL CON EFECTOS TRASLATIVOS: 1. LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO DOCUMENTADO. 2. LA ADQUISICIÓN DEL DOCUMENTO.—V. CONCLUSIONES.

«La regulación de la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco», por Manuel José VÁZQUEZ PENA, pág. 445.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PREVENCIÓN DEL TABAQUISMO COMO PRIORIDAD DE SALUD PÚBLICA.—II. LA PUBLICIDAD Y EL PATROCINIO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: EL CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD.—III. LA PUBLICIDAD Y EL PATROCINIO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO EN EL MARCO COMUNITARIO: LA DIRECTIVA 2003/33/CE: 1. LOS ANTECEDENTES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA DIRECTIVA 98/43/CE. 2. LA DIRECTIVA 2003/33/CE: 2.1. *Exposición de su contenido.* 2.2. *Apuntes sobre su aplicación.*—IV. LA PUBLICIDAD Y EL PATROCINIO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO EN EL ESTADO ESPAÑOL: 1. PERSPECTIVA GLOBAL: EL PLAN NACIONAL DE PREVENCIÓN Y CONTROL DEL TABAQUISMO, 2003-2007. 2. PERSPECTIVA ESPECÍFICA: LA LEY 28/2005: 2.1. *Consideraciones generales.* 2.2. *La regulación de la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco en particular:* 2.2.1. Las reglas aplicables a las «denominaciones comunes». 2.2.2. Las limitaciones a la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco. 2.3. *El régimen de infracciones y sanciones.* 2.4. *Consideraciones finales.*

«Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico (segunda parte)», por Manuel ALBA FERNÁNDEZ, pág. 489.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EXPERIENCIAS PRÁCTICAS EN LA BÚSQUEDA DE LA REPRODUCCIÓN DE LA NEGOCIABILIDAD DE CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE ELECTRÓNICOS: A) SEADOCs. B) LAS REGLAS DEL CMI SOBRE CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE ELECTRÓNICOS. C) BOLERO: i) *El BOLERO Bill of Lading*; ii) *Cómo funciona el BOLERO Bill of Lading*; iii) *Su valor probatorio*; iv) *Cómo se «entrega» el BOLERO Bill of Lading*; v) *Cómo «circula» el BOLERO Bill of Lading*.—3. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL PASADO Y EL FUTURO DE LA NEGOCIABILIDAD EN UN ENTORNO ELECTRÓNICO: A) LAS INICIATIVAS. B) EL CONTROL SOBRE EL DOCUMENTO. C) LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL. D) LA «APARIENCIA ELECTRÓNICA». E) LA «NEGOCIABILIDAD ELECTRÓNICA».

«El concepto de porteador y la dualidad porteador contractual-porteador sustituto en las CIM-1999», por Juan Luis PULIDO BEGINES, pág. 533.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS RASGOS DEL PORTEADOR CONTRACTUAL.—3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE PORTEADOR SUSTITUTO O EFECTIVO: 3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN. 3.2. CRITERIOS EMPLEADOS POR LAS CIM-1999 PARA IDENTIFICAR AL PORTEADOR SUSTITUTO: 3.2.1. *Ausencia de relación contractual con el expedidor: las relaciones entre el porteador sustituto y el cargador inicial: a) Argumentos a favor de la ausencia de relación contractual; b) La tesis de la vinculación contractual entre el cargador inicial y el porteador sustituto.* 3.2.2. *El sentido de la expresión «confiar» el transporte: las relaciones entre el porteador contractual y el porteador sustituto: a) El carácter independiente de las relaciones porteador contractual-cargador, y porteador sustituto-porteador contractual; b) Incidencia recíproca entre ambos tipos de relaciones; c) Contenido y naturaleza de la relación existente entre porteador contractual y sustituto.* 3.2.3. *Determinación de las actividades comprendidas en la «ejecución del transporte»: las obligaciones del porteador sustituto: a) Concepto amplio de porteador sustituto; b) Concepto restringido de porteador sustituto; c) El porteador sustituto como colaborador independiente del porteador contractual que actúa en nombre propio; d) La participación de agentes o dependientes del porteador sustituto; e) La obligación principal del porteador sustituto; f) Las obligaciones accesorias del porteador sustituto.*—4. RECAPITULACIÓN: LOS RASGOS CONSTITUTIVOS DE LA FIGURA DEL PORTEADOR SUSTITUTO EN LAS CIM-1999.—5. CONCEPTO DE PORTEADOR SUSTITUTO.—6. NATURALEZA JURÍDICA DEL PORTEADOR SUSTITUTO: 6.1. CARACTERES DEL TRANSPORTE CON SUBTRANSPORTE. 6.2. ¿ES EL PORTEADOR SUSTITUTO UN AUTÉNTICO PORTEADOR? 6.3. SUBTRANSPORTE *SUI GENERIS*.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 137 (Julio-Septiembre 2007)

«Los estatutos de los partidos políticos: notas sobre su singularidad jurídico-constitucional», por Joan OLIVER ARAUJO y Vicente Juan CALAFELL FERRÀ, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y EL PAPEL DE SUS ESTATUTOS.—2. LA ESPECIFICIDAD JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: 2.1. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS: EN PARTICULAR, LA CONCRECIÓN DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA INTERNA. 2.2. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LOS ESTATUTOS: LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE PARTIDOS POLÍTICOS. 2.3. PUBLICIDAD DE LOS ESTATUTOS: LA NECESIDAD DE MODERNIZAR EL ACTUAL SISTEMA.

«Identidad democrática y libertad religiosa», por Luis NÚÑEZ LADEVÉZE, pág. 37.

SUMARIO: 1. VALORES DE LA IDENTIDAD DEMOCRÁTICA.—2. DEMOCRACIA CÍVICA NEUTRAL.—3. AXIOMA DE LA DEMOCRACIA Y CONFLICTOS DE PERTENENCIA.—4. EUROCENTRISMO.—5. IDENTIDAD PERSONAL Y PROTECCIÓN RELIGIOSA.—6. LIBERTAD RELIGIOSA POSITIVA Y NEGATIVA.—7. AXIOMA DE LA IDENTIDAD DEMOCRÁTICA.—BIBLIOGRAFÍA.

«¿Por qué nos obstinamos en confundir despotismo y tiranía? Definamos el derecho de resistencia», por Mario TURCHETTI, pág. 67.

SUMARIO: LOS TÉRMINOS DE LA EQUIVOCACIÓN.—PENSAMIENTO GRIEGO: ARISTÓTELES Y LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA POLÍTICA.—PENSAMIENTO ROMANO: CICERÓN Y EL DERECHO NATURAL.—ÉPOCA MEDIEVAL: RECORRIDO IMPERIAL DEL TÍTULO «DÉSPOTA».—GUILLERMO DE OCCAM: «NON TAMEN TYRANNIS PROPIE EST DISPOTIA».—ANÓNIMO FLORENTINO Y NICOLÁS ORESME.—PRIMER RENACIMIENTO: LA OPCIÓN DE LEONARDO BRUÑÍ.—BODINO ESCULPE JURÍDICAMENTE LA DISTINCIÓN.—INICIOS DE LA EQUIVOCACIÓN EN EL SIGLO XVII.—ESTABILIDAD EN LA CONFUSIÓN EN EL SIGLO XVIII: MONTESQUIEU.—EL DILEMA DE VOLTAIRE.—LAS CONTRADICCIONES DE ROUSSEAU.—«EL VERDADERO DESPOTISMO» EN 1770.—EPÍLOGO. UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN: EL DERECHO DE RESISTENCIA.—EL TIRANICIDIO «MODERNO».

«El periplo de la teoría política de Marsilio de Padua por la historiografía moderna», por Bernardo BAYONA AZNAR, pág. 113.

SUMARIO: 1. EVOLUCIÓN DE LA CRÍTICA MARSILIANA HASTA EL SIGLO XX.—2. LA INVESTIGACIÓN DE LA OBRA DE MARSILIO EN EL SIGLO XX.—3. LA CONTROVERSIA SOBRE LA MODERNIDAD DE MARSILIO.—4. VALORACIÓN DE LAS INTERPRETACIONES.—5. EL SIGNIFICADO DEL IMPERIALISMO MARSILIANO.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Sócrates, ¿un modelo para la democracia?: relevancia teórica de la ciudadanía socrática», por José-Javier BENÉITEZ PRUDENCIO, pág. 155.

SUMARIO: I. «SÓCRATES» AD LIBITUM.—II. CIUDADANÍA SOCRÁTICA Y EDUCACIÓN LIBERAL.—III. ¿SÓCRATES DEMÓCRATA?—BIBLIOGRAFÍA.—RESUMEN.

«Socialismo y cuestión nacional en la España de la restauración (1875-1931)», por Daniel GUERRA SESMA, pág. 183.

SUMARIO: 1. SOCIALISMO Y NACIONALISMO ESPAÑOL: 1.1. EL ALCANCE NACIONAL DEL ESTADO LIBERAL. 1.2. EL PARTIDO SOCIALISTA COMO «PARTIDO NACIONAL».—2. SOCIALISMO Y NACIONALISMO VASCO: 2.1. TIPOLOGÍA DE LAS CRÍTICAS SOCIALISTAS AL NACIONALISMO VASCO. 2.2. FEDERALISMO *VERSUS* NACIONALISMO.—3. SOCIALISMO Y NACIONALISMO CATALÁN: 3.1. EL PROBLEMA DE LA IMPLANTACIÓN DEL PSOE EN CATALUÑA. 3.2. LAS DOS POLÉMICAS ENTRE EL SOCIALISMO ESPAÑOL Y EL SOCIALISMO CATALANISTA.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Política ambiental y modelo territorial», por Jordi JARÍA I MANZANO, pág. 217.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. EL ACOMODO DE LA POLÍTICA AMBIENTAL EN EL ÁMBITO DEL CONSENSO POLÍTICO E IDENTITARIO: EL CASO DE SUIZA: a) LOS FUNDAMENTOS POLÍTICO-CONSTITUCIONALES DE LA CONFEDERACIÓN HELVÉTICA; b) LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO TAREA FEDERAL.—3. REGULACIÓN O LIBERALIZACIÓN: LOS TÉRMINOS DEL DEBATE EN ESTADOS UNIDOS: a) EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE; b) LA INTERVENCIÓN FEDERAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.—4. LAS DIFICULTADES DEL FEDERALISMO CANADIENSE ANTE LA DEFINICIÓN DE UNA ESTRATEGIA DE DESARROLLO SOSTENIBLE.—5. INTERÉS GENERAL, MEDIO AMBIENTE Y ESTADO AUTONÓMICO: EL MODELO ESPAÑOL.—6. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2007)

«Les bases de l'autonomia política de Catalunya fixades en el nou estatut», por Joan RIDAO, pág. 977.

SUMARI: INTRODUCCIÓ.—1. CATALUNYA COM A NACIÓ, ELS DRETS HISTORIES I ELS SÍMBOLS: 1.1. LA IDENTIFICACIÓ COMUNITÀRIA DE CATALUNYA. 1.2. LA GENERALITAT COM A SISTEMA INSTITUCIONAL EN QUÈ S'ORGANITZA L'AUTOGOVERN DE CATALUNYA. 1.3. ELS DRETS HISTORIES. 1.4. L'UNIVERS SIMBÒLIC DE CATALUNYA.—2. LA CIUTADANIA CATALANA I ELS DRETS ESTATUTARIS: 2.1. LA CIUTADANIA CATALANA. 2.2. ELS DRETS I DEURES I ELS PRINCIPIS RECTORS. LA GARANTIA DELS DRETS ESTATUTARIS.—3. EL TERRITORI I L'ORGANITZACIÓ TERRITORIAL.—4. EL RÈGIM JURÍDIC DE L'OFICIALITAT LINGÜÍSTICA: 4.1. LA RECEPCIÓ CONSTITUCIONAL DEL MULTILINGÜISME. 4.2. L'ORDENACIÓ LINGÜÍSTICA A CATALUNYA. 4.3. ELS DRETS I DEURES LINGÜÍSTICS.—BIBLIOGRAFÍA.

«Competencia de los Juzgados Mercantiles y conflictos con la de los Civiles», por Juan F. GARNICA MARTÍN, pág. 1009.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL COMO JUZGADOS ESPECIALIZADOS MIXTOS DENTRO DE LOS ÓRDENES CIVIL Y SOCIAL.—III. LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL COMO ÓRGANOS ESPECIALIZADOS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL: 1. EL PROCEDIMIENTO DE ESPECIALIZACIÓN. 2. DETERMINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS ESPECIALIZADOS. 3. SOBRE LA NATURALEZA DE LAS NORMAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LOS JUZGADOS MERCANTILES O CON COMPETENCIAS PROPIAS DE ESTA ESPECIALIDAD. 4. PRINCIPIOS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA ESPECIALIZADA.—IV. FORMA DE SUSTANCIAR LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA QUE SURJAN ENTRE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL Y LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA: 1. DISTINTOS PROCEDIMIENTOS PARA RESOLVER CONFLICTOS SOBRE LA COMPETENCIA OBJETIVA. 2. EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN EL CASO DE LOS ÓRGANOS ESPECIALIZADOS EN LA MATERIA MERCANTIL.—V. LAS COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS MERCANTILES: 1. SOBRE EL CARÁCTER EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE. 2. SOBRE LA FORMA EN LA QUE SE DETERMINAN EN EL ARTÍCULO 86-TER.2 LAS «COMPETENCIAS» DE LOS JUZGADOS MERCANTILES.—VI. LOS PRINCIPALES CONFLICTOS: 1. CONFLICTOS EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 2. CONFLICTOS EN MATERIA DE TRANSPORTE. 3. LA MATERIA SOCIETARIA: a) *La acción de impugnación de acuerdos sociales*; b) *El derecho de adquisición preferente de acciones*; c) *La denominada acción de «levantamiento del velo social»*; d) *Las sociedades agrarias de transformación y otras sociedades civiles*. 4. COMPETENCIA EN CUESTIONES DE ARBITRAJE EN MATERIA PROPIA DE LA ESPECIALIDAD. 5. COMPETENCIA EN ACCIONES RELATIVAS A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: a) *Acciones en materia de condiciones generales de la contratación*; b) *La acción de cesación*. 6. LA ALEGACIÓN COMO EXCEPCIÓN DE CUESTIONES DE NO COMPETENCIA DEL ÓRGANO QUE ESTÁ CONOCIENDO DEL PROCESO. 7. LA COMPETENCIA SOBRE LAS ACCIONES ACUMULADAS.—PRINCIPAL BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

«La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión», por Vicente PÉREZ DAUDÍ, pág. 1045.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONVENIO ARBITRAL EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—3. IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A TRAVÉS DE UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL INICIADO ANTE LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES.—4. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL: A) CUANDO SE HAYA INICIADO UN PROCESO JUDICIAL ANTERIOR ANTE UN TRIBUNAL NACIONAL. B) CUANDO NO SE HAYA INICIADO UN PROCESO ANTERIOR DE DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: a) *Durante la tramitación del arbitraje*; b) *Exequátur o procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral*: a') *Legislación y convenios aplicables*; b') *Análisis de los motivos de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero*; c') *Procedimiento*. c) *El proceso de anulación*; d) *En el proceso de ejecución (la oposición a la ejecución)*; e) *A través de un proceso declarativo ante la jurisdicción española*; f) *Acción de revisión*.

«La reforma laboral de 2006 (Comentario a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre)», por Nuria PUMAR BELTRÁN, pág. 1075.

SUMARIO: I. LA REFORMA LABORAL EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO Y DE DIÁLOGO SOCIAL.—II. LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LA REFORMA: CREACIÓN DE EMPLEO Y LIMITACIÓN DE LA TEMPORALIDAD.—III. ANÁLISIS DE SU CONTENIDO: A) EL NUEVO PROGRAMA DE FOMENTO DE EMPLEO PARA 2006: a) *La duración de la relación laboral y las modalidades contractuales bonificadas*; b) *Los colectivos de trabajadores seleccionados*. B) LA REFORMA DEL CONTRATO DE FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA. C) LA REDUCCIÓN DE LAS COTIZACIONES EN CONCEPTO DE DESEMPLEO Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. D) LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: a) *El ámbito subjetivo del contrato para la formación*; b) *La supresión del contrato de inserción*; c) *La limitación a la contratación temporal sucesiva*. E) CONTRATA Y SUBCONTRATA DE OBRAS Y SERVICIOS Y CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. F) LA PROTECCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. G) MEJORAS EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO. H) LOS DEMÁS ELEMENTOS DE LA REFORMA 2006.—ANEXO CUADRO-RESUMEN DE LAS BONIFICACIONES EMPRESARIALES A LA CONTRATACIÓN LABORAL-2006.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

«El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal», por Álvaro CANALES GIL, pág. 13.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: 1. PRIMERAS FORMULACIONES. 2. SU CONSIDERACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL: 2.1. *Derecho Comunitario*. 2.2. *Derecho Interno*.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS.—III. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: 1. SUJETOS OBLIGADOS. 2. ACCESO A LOS DATOS POR CUENTA DE TERCEROS. 3. PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: 3.1. *Principio de Información*. 3.2. *Principio de Consentimiento*. 3.3. *Principio de Calidad*. 3.4. *Principio de Seguridad*.—BIBLIOGRAFÍA.

«Extranjería y Derecho Penal: las últimas reformas», por Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y otros, pág. 57.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXPULSIÓN COMO SUSTITUTIVO DE LA PENA Y DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD. ARTÍCULOS 89 Y 108 DEL CÓDIGO PENAL. APÉNDICE: BREVE REFERENCIA AL ANTEPROYECTO POR EL QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL (Y, EN CONCRETO, LA INSTITUCIÓN DE LA EXPULSIÓN). VALORACIÓN.—III. EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS: ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL.—IV. LA MUTILACIÓN GENITAL: EL ARTÍCULO 149 DEL CÓDIGO PENAL Y EL ARTÍCULO 23 LOPJ. MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LO 15/2003.

«La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante..., ¿un paso hacia atrás?», por M.^a Ángeles CUADRADO RUIZ, pág. 121.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.—III. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.—IV. ¡SOCIETAS DELINQUERE POTEST!, ¿SED PUNIRI NON POTEST?—V. ¿QUÉ SANCIONES SERÍAN APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS?

«Garantías económicas del trabajador autónomo», por M.^a de los Reyes MARTÍNEZ BARROSO, pág. 153.

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO ANTE EL PROYECTO DE LEY DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO.—II. MECANISMOS DE GARANTÍA PARA LA FIJACIÓN DE LA REMUNERACIÓN DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO.—III. MECANISMOS DE GARANTÍA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS ASUMIDAS CONTRACTUALMENTE: 1. CRÉDITOS REMUNERATORIOS POR TRABAJO PERSONAL NO DEPENDIENTE: 1.1. *Régimen jurídico vigente derivado de la Ley Concursal*: 1.1.1. Alcance subjetivo del privilegio crediticio respecto al trabajo personal no dependiente: A) *Antecedentes históricos*. B) *Alcance de las relaciones jurídicas de parasubordinación*. 1.1.2. Exclusión de sociedades profesionales. 1.2. *El privilegio crediticio en ejecuciones singulares*. 2. LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE AL COMITENTE DE LA OBRA.—IV. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AUTÓNOMO.—V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

«El derecho compensatorio del abonado por la interrupción temporal del acceso a Internet conforme al Real Decreto 776/2006, de 23 de junio», por Alfredo ROMERO GALLARDO, pág. 191.

SUMARIO: I. PRELIMINAR: EL ACCESO A INTERNET COMO SERVICIO DE CONSUMO COMERCIALIZABLE AL PÚBLICO Y SU NECESIDAD DE REGULACIÓN JURÍDICA. RAZÓN DE SER DEL NUEVO DECRETO.—II. EL DERECHO A COMPENSACIÓN O INDEMNIZACIÓN POR LA DESCONEXIÓN TEMPORAL A LA RED EN LA NUEVA NORMA.—III. CONSIDERACIONES FINALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.—IV. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (2006)

«Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales», por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, pág. 683.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN COMÚN DEL ARTÍCULO 9.5 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CONTROL DE LA COMPETENCIA DE LA

AUTORIDAD EXTRANJERA. 3. CONTROL DE LA LEY APLICADA POR LA AUTORIDAD EXTRANJERA. 4. EQUIVALENCIA CON LA ADOPCIÓN ESPAÑOLA Y EFECTOS DE LA «ADOPCIÓN» NO EQUIVALENTE: A) *Planteamiento*. B) *Reconocimiento de una adopción no plena como «adopción no plena»*. C) *Condiciones del reconocimiento de las adopciones no plenas*. D) *Dos desviaciones de la adopción prevista por la ley española: la ausencia de extinción de vínculos con la familia anterior y la adopción revocable*. 5. ORDEN PÚBLICO.—III. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 29 DE MAYO DE 1993, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CARÁCTER IMPERATIVO DEL CONVENIO. 3. CONDICIÓN JURÍDICA DEL ADOPTANTE. 4. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS ANTE AUTORIDAD EXTRANJERA: A) *Con carácter general*. B) *La eficacia de la adopción simple, la nacionalidad y la metamorfosis de facto*. 5. MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO.—IV. CONCLUSIONES.

«La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes», por F. Jesús CARRERA HERNÁNDEZ, pág. 711.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CARACTERES GENERALES DE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE LOS ESTADOS.—III. LAS MEDIDAS COERCITIVAS.—IV. EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN: 1. EXCEPCIONES COMUNES. 2. BIENES UTILIZADOS ESPECÍFICAMENTE PARA FINES DISTINTOS DE LOS FINES OFICIALES NO COMERCIALES.—V. BIENES PROTEGIDOS: 1. LOS BIENES DE UN ESTADO. 2. LOS BIENES UTILIZADOS PARA FINES OFICIALES NO COMERCIALES Y LAS CLASES ESPECIALES DE BIENES.—VI. CONCLUSIÓN.

«Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?», por Luis M. HINOJOSA MARTÍNEZ, pág. 737 (sin sumario).

«Los límites de la hegemonía estadounidense: deserciones y disidencias en la Coalition of the Willing», por Caterina GARCÍA SEGURA y Josep IBÁÑEZ MUÑOZ, pág. 771.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL ALCANCE DE LA HEGEMONÍA ESTADOUNIDENSE.—II. ALINEAMIENTOS, ALIANZAS Y COALICIONES EN LA ERA HEGEMÓNICA: 1. ALGUNAS LECCIONES Y DEFICIENCIAS DE LAS APROXIMACIONES TEÓRICAS. 2. LA POTENCIA HEGEMÓNICA ILEGÍTIMA Y EL IMPERIO INVIABLE. 3. LA INVASIÓN ESTADOUNIDENSE DE IRAQ Y LA PÉRDIDA DE LEGITIMIDAD. 4. COALITION OF THE WILLING: DISPUESTOS AL ESFUERZO BÉLICO EN IRAQ.—III. LA COALICIÓN PIERDE MIEMBROS: «DESERTORES» Y «NUEVOS DISIDENTES»: 1. LA SALIDA DE LA COALICIÓN. 2. LAS RAZONES DE LOS PAÍSES «MALDISPUESTOS». 3. LAS RESPUESTAS ESTADOUNIDENSES A LOS PAÍSES «MALDISPUESTOS». 4. LOS COSTES PARA LOS «DESERTORES» Y «NUEVOS DISIDENTES».—IV. CONSIDERACIONES FINALES: LEGITIMIDAD DEFICIENTE E INVIABILIDAD IMPERIAL.

**REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
Número 112 (Enero-Abril 2007)**

- «Sinergia natural en las relaciones privadas internacionales: comercio y arbitraje internacional», por Alix AGUIRRE ANDRADE, Nelly MANASIA FERNÁNDEZ y Yoselyn BERMÚDEZ ABREU, pág. 13.
- «La interpretación objetiva a propósito del artículo 5.106 de los principios del Derecho europeo de los contratos», por Pedro Alfonso LAVARRIEGA VILLANUEVA, pág. 51.
- «Las excepciones cambiarias», por Gastón CERTAD MAROTO, pág. 87.
- «Acción positiva y principio de igualdad», por Laura NAVARRO BARAHONA, pág. 107.
- «El derecho a la información estatal. El caso de Costa Rica», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 123.
- «La ética del Notariado público», por Rodolfo GARCÍA AGUILAR, pág. 153.
- «Contratación pública y corrupción», por Christian E. CAMPOS MONGE, pág. 171.

**REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO
Número 1 (2006)**

- «El poder judicial federal de los estados confederados de América durante el periodo de la guerra civil (1861-1865)», por Hon. Gustavo A. GELPÍ, pág. 1.
- «Comment: Four Fallacies of Electoral Reform in Puerto Rico», por Frank E. GUERRA, pág. 9.
- «Is Undercapitalization a Back Door to Avoid Paying Up, Under the Shield of Limited Liability, an Obligation?», por Juan M. BERTRÁN ASTOR, pág. 19.
- «La aplicación de las penas del nuevo Código Penal de Puerto Rico», por Yesenia CENTENO BERMÚDEZ, pág. 37.
- «Regla 69.5 de Procedimiento Civil, fianza a los no residentes: ¿Es un discrimin permisible?», por Alberto J. BAYOUTH MONTES y Manuel GÓMEZ GUERRERO, pág. 59.
- «Efectos de la alienación parental en pleitos de custodia de menores», por Lourdes L. VALLEJO AYALA, pág. 85.
- «El debido Proceso de Ley en las nuevas políticas de deportación de las leyes de inmigración tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001: ¿inconstitu-

cionales o necesarias?», por Juan Carlos VILLAFANE CONDE y José Joaquín RODRÍGUEZ SANTIAGO, pág. 105.

**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS
DEL URUGUAY**
Número 1 a 6 (Enero-Junio 2007)

«Fuerza ejecutiva del documento público notarial», por Leandro N. POSTERARO SÁNCHEZ, pág. 9.

«Incidencia de la economía en el Derecho. Análisis económico del Derecho desde la perspectiva del Derecho Notarial: el notariado como factor de eficiencia y equidad», por Julia SIRI GARCÍA, pág. 21.

«El Derecho informático y la intervención notarial», por Javier WORTMAN GOLDS-TEIN, pág. 39.

«Régimen de notificaciones e intimaciones realizadas por escribano público», por Claudia SANTO RICCARDI, pág. 53.

«El valor añadido del documento notarial y el valor económico de la seguridad jurídica. Cuál es el papel del notariado para favorecer el acceso al título de propiedad», por Rodrigo TENA, pág. 59.