

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año LXXXIX • Marzo-Abril 2013 • Núm. 736

REVISTA BIMESTRAL

Todos los trabajos son originales.
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
www.revistacritica.es
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.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 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 Alfonso Candau Pérez
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de 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 Francisco Javier Gómez Gállego
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 Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Don Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Las instituciones del intercambio impersonal», por BENITO ARRU- ÑADA	649
«Pretensiones procesales ejercitables en el proceso judicial de revisión de la calificación registral negativa o de la Resolución de la Direc- ción General de los Registros y del Notariado», por JOSÉ MARTÍN PASTOR	689
«Derechos reales y titularidades reales», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ	763
«El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad», por ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ	861

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina urbanística y protección de los terceros en caso de demolición», por BASILIO J. AGUIRRE FERNÁNDEZ	889

DICTÁMENES Y NOTAS

«La constitución de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España y su relieve registral», por MARÍA DEL MAR ANDREU MARTÍ	957
«Carácter excepcional del derecho a alimentos en la Ley Concursal», por MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA	991

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	1013

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «La idoneidad de los adoptantes», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1051

1.2. Derecho de familia:

— «El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT.....	1066
— «Algunas cuestiones jurisprudenciales en torno a la extinción de la pensión compensatoria», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.....	1121

1.3. Derechos reales:

— «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de cosas», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	1133

1.4. Sucesiones:

— «La transmisión <i>mortis causa</i> de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: controversias testamentarias en materia de propiedad intelectual», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ	1151

1.5. Obligaciones y contratos:

— «La donación con cláusula de reversión. Su régimen jurídico, naturaleza y efectos», por ROSANA PÉREZ GUERRA	1175

1.6. Responsabilidad Civil:

- «El destino origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: aportaciones para una revisión crítica de las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas ante esta dualidad», por M.^a CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ..... 1190

1.7. Concursal:

- «El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre: ¿un Derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 1230

2. MERCANTIL

- «De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012», por FRANCISCO REDONDO TRIGO..... 1258

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- «Nuevas perspectivas en relación con la demolición de edificaciones por anulación de licencias a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las recientes reformas de la legislación estatal y autonómica», por VICENTE LASO BAEZA 1292

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 1313

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Cooperativas de viviendas. La promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo», de ANA LAMBEA RUEDA, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1365
- «Direito Comparado. Volume I, Introdução e Parte Geral», de DÁRIO MOURA VICENTE, por GABRIEL GARCÍA CANTERO..... 1367

	<i>Págs.</i>
«Derecho Privado romano», de ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, por MARÍA SALAZAR REVUELTA	1372
REVISTA DE REVISTAS	1383

ESTUDIOS

Las instituciones del intercambio impersonal*

por

BENITO ARRUÑADA

Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO

1. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL REQUIERE QUE LOS DERECHOS RECAIGAN SOBRE ACTIVOS Y NO SOLO QUE PERMITAN DIRIGIRSE CONTRA PERSONAS.
2. ¿QUÉ SIGNIFICA QUE LOS DERECHOS RECAIGAN SOBRE LOS ACTIVOS? LA DIFERENCIA ENTRE DERECHOS SOBRE ACTIVOS Y DERECHOS SOBRE PERSONAS.
3. DIFERENCIAS ENTRE LAS VISIONES ECONÓMICA Y JURÍDICA DEL *ENFORCEMENT*: POR QUÉ LA ECONOMÍA HA IGNORADO EL DERECHO DE LA PROPIEDAD.
4. LA ESPECIALIZACIÓN Y LAS TRANSACCIONES PRECISAN DE LA CONCURRENCIA DE MÚLTIPLES DERECHOS SOBRE EL MISMO ACTIVO, LO QUE ENTORPECE LOS INTERCAMBIOS IMPERSONALES.
5. GENERALIZACIÓN DEL ANÁLISIS:

* Este artículo es una traducción ligeramente adaptada del primer capítulo de Benito ARRUÑADA, *Foundations of Impersonal Exchange: The Theory and Policy of Contractual Registries* (University of Chicago Press, Chicago, 2012), cuya traducción al español será publicada próximamente por Thompson Reuters. Además de los reconocimientos ya expresados en el libro, agradezco muy especialmente la ardua labor de traducción inicial realizada por Áurea SUÑOL LUCEA, así como los comentarios de Asunción ARRUÑADA SÁNCHEZ y Pedro PERNAS RAMÍREZ, a quienes eximo de responsabilidad alguna por las simplificaciones, neologismos y hasta, seguramente, errores que la obra aún pueda contener, todos los cuales son responsabilidad exclusiva de su autor.

- 5.1. LA ESTRUCTURA INFORMATIVA DE LOS INTERCAMBIOS INDIVIDUALES Y SECUENCIALES.
 - 5.2. LOS EFECTOS DE LOS INTERCAMBIOS SECUENCIALES EN EL INTERCAMBIO Y LA ESPECIALIZACIÓN.
 6. LA GENERALIDAD DEL INTERCAMBIO SECUENCIAL Y SU GRADO VARIABLE DE DIFICULTAD CONTRACTUAL:
 - 6.1. INTERCAMBIOS SECUENCIALES EN LAS TRANSACCIONES EMPRESARIALES.
 - 6.2. INTERCAMBIOS SECUENCIALES EN TRANSACCIONES SOBRE INMUEBLES.
 7. EL PROBLEMA INFORMATIVO DEL INTERCAMBIO SECUENCIAL Y SU RESOLUCIÓN MEDIANTE LA APLICACIÓN SELECTIVA DE REGLAS DE PROPIEDAD Y RESPONSABILIDAD:
 - 7.1. EL PROBLEMA: ASIMETRÍA INFORMATIVA EN TRANSACCIONES SUBSIGUIENTES.
 - 7.2. LA SOLUCIÓN: PROTECCIÓN DEL TERCERO Y CONSENTIMIENTO VERIFICABLE.
 8. CONCLUSIÓN.
 9. REFERENCIAS.
-
1. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL REQUIERE QUE LOS DERECHOS RECAIGAN SOBRE ACTIVOS Y NO SOLO QUE PERMITAN DIRIGIRSE CONTRA PERSONAS

Alcanzar las ventajas que procura la especialización requiere que los derechos, cualquiera que sea su clase, se transmitan a quienes los utilizan de forma más productiva y, por ende, que se agoten las posibilidades de intercambio¹. Por desgracia, las oportunidades de realizar intercambios provechosos pueden malograrse cuando no hay confianza entre las partes.

Para evitar esta desconfianza, las partes agudizan su ingenio, tanto para afianzar su conducta futura como para conocer mejor a sus eventuales socios contractuales. Cuando las partes se conocen bien, sufren menor asimetría informativa sobre el valor de sus respectivas promesas, por lo que es menos probable que se susciten conflictos. También conocen mejor las salvaguardas que se activarán si finalmente se origina un conflicto, y que pueden basarse en soluciones de ordenación tanto pública como privada (*public y private ordering*) —es decir, soluciones que cuentan o no con la ayuda de un sistema judicial independiente—. Todo ello facilita los intercambios económicos; pero solo los de naturaleza personal, puesto que las partes precisan conocer sus respectivas

¹ La antigua hipótesis que vinculaba la seguridad de la propiedad y el crecimiento (por ejemplo, SMITH, 1776) fue reformulada por NORTH (1981, 1990) y contrastada, entre tantos otros, por KNACK y KEEFER (1995); CHONG y CALDERÓN (2000); ACEMOGLU, JOHNSON y ROBINSON (2001); y RODRIK, SUBRAMANIAN y TREBBI (2002).

características, incluidas su solvencia y su reputación. Necesitan, en suma, un cierto conocimiento «local»².

Este carácter personal de los intercambios es un atributo más o menos constante, dependiendo de la naturaleza más o menos personal que tengan las garantías establecidas para asegurar el cumplimiento del contrato. A su vez, la naturaleza de las garantías afecta a la cantidad de información que las partes precisan obtener antes de comprometerse al intercambio. En una escala de mayor a menor carácter personal (y haciendo aquí abstracción de los atributos morales)³, a las expectativas de futuros intercambios y a la reputación de que gozan las partes en el mercado, le seguirían los sistemas de responsabilidad indirecta (incluidos el recurso a intermediarios de servicios privados de aseguramiento y los sistemas de responsabilidad comunitaria) y, por último, el *enforcement* judicial imparcial de los contratos.

Primero, la mayoría de los intercambios celebrados entre partes que se conocen son completamente personales, en tanto que se asientan en su mutuo conocimiento y en las expectativas de sus futuros intercambios. Este aspecto afecta generalmente a las soluciones de ordenación privada (*private ordering*) que establecen las propias partes (WILLIAMSON, 1985, 163-205). Del mismo modo, muchos de los intercambios con desconocidos también exigen reunir información a fin de conocer las garantías que estos ofrecen para asegurar su cumplimiento (por ejemplo, su historial o antecedentes y su reputación). Por lo tanto, son también principalmente personales.

Segundo, los intercambios siguen siendo personales cuando las garantías previstas para asegurar su cumplimiento no han sido establecidas por las partes, sino por intermediarios especializados en ese aseguramiento, tales como instituciones financieras, agencias de crédito, entidades aseguradoras de créditos y títulos de propiedad, agencias de calificación de riesgos, auditores, etc. En estos casos, los intercambios siguen siendo personales en la medida en que se basan en la reputación de que gozan estos intermediarios y en el conocimiento que estos tienen de sus clientes. De forma parecida, también son de naturaleza personal los intercambios efectuados bajo sistemas de responsabilidad comunitaria, en los cuales todos los miembros del grupo (por ejemplo, los comerciantes de una determinada plaza en la baja Edad Media) responden por el comportamiento y

² Sobre la importancia del intercambio impersonal, véase principalmente, NORTH y THOMAS (1973), GRANOVETTER (1985), NORTH (1990), SEABRIGHT (2004), y para un tratamiento más fundamental, HAYEK (1982).

³ Son importantes, en este sentido, los sistemas morales. Por ejemplo, los datos que proporcionan las encuestas sugieren que los valores protestantes favorecen más los intercambios impersonales que los valores católicos (ARRUÑADA, 2010a). No obstante, la mayoría de las partes pueden hacer poco para modificarlos, y convertirse a otra religión, al margen de tener efectos dudosos, es, en muchos casos, impensable.

las obligaciones contractuales de los demás miembros⁴. Este sistema permite que los desconocidos puedan efectuar intercambios con miembros del grupo, pero también lo hacen sobre la base de información de carácter personal: la suficiente para saber de forma inequívoca qué individuos son miembros de qué grupo y qué grupos son fiables. Además, dicho sistema requiere también controlar las características de los individuos que forman parte de cada grupo. Así pues, tanto los intermediarios de aseguramiento como los sistemas de responsabilidad comunitaria hacen que las transacciones sean más impersonales, pero estas todavía retienen importantes atributos personales.

Por último, los intercambios suelen considerarse impersonales cuando las partes pueden dirimir sus conflictos ante un juez independiente⁵. Pero esta posibilidad tan solo reduce la cantidad de información de carácter personal que necesitan para contratar, toda vez que las partes aún precisan saber al menos cuán solventes son sus contrapartes. Incluso con jueces perfectos, el acreedor debe preocuparse por la probabilidad de que, pese a que el juez le haya reconocido la deuda, el deudor desaparezca o sea insolvente y, por tanto, no pueda recuperar su dinero. Hoy en día la insolvencia apenas genera estigma, pero incluso en los viejos tiempos, cuando el deudor insolvente terminaba en prisión, su encarcelamiento tampoco debía hacer especialmente feliz a su acreedor. Por tanto, como en los demás casos, el *enforcement* judicial aún depende de atributos personales, y la naturaleza de los intercambios asistidos por una posible intervención judicial continúa siendo sustancialmente personal.

Habida cuenta de que los atributos personales se dan cita en todos estos casos, las partes han de invertir recursos en establecer salvaguardias personales y obtener información sobre sus contrapartes. Además, en la medida en que esas garantías siguen siendo débiles, el cumplimiento contractual es poco fiable, proclive a originar conflictos y, por lo tanto, costoso. Por último, cuando existe riesgo de incumplimiento del contrato, las partes desechan y malgastan oportunidades de intercambio. De ello se sigue, que basarse en intercambios de carácter personal impide que puedan realizarse intercambios provechosos entre partes que no se conocen entre sí, y limita las oportunidades de especialización y asignación eficiente de los recursos, todo lo cual frena el crecimiento económico.

Para ampliar el abanico de transacciones y agotar los beneficios que proporciona la ventaja comparativa, las partes han de poder comerciar sin necesidad de conocer sus características personales. Ello requiere que el cumplimiento contractual sea independiente de tales características, un logro que solo puede alcanzarse si se atribuye a los adquirentes un derecho directo sobre los activos adquiridos, en lugar de atribuirles un derecho que solo puedan hacer valer frente

⁴ Véase GREIF (2002, 2004, 2006a, 2006b).

⁵ Véase, por ejemplo, NORTH (1990, 34-35; 1991). También WALLIS (2011), quien subraya la importancia de que los tribunales traten a los ciudadanos en condiciones de igualdad.

a los vendedores; esto es, exige concederles un derecho *in rem* (del latín *res*, cosa), en lugar de un derecho *in personam*. Sin embargo, la atribución de un derecho *in rem* a los adquirentes pondría en peligro los derechos de los propietarios, quienes pueden acabar ostentando meros derechos *in personam* (por ejemplo, contra un vendedor fraudulento). Tómese, por ejemplo, el caso de una simple venta en la que el vendedor no es el propietario del activo vendido. El adquirente se verá favorecido si se le concede un derecho *in rem*, de modo que, por ejemplo, los eventuales defectos de que pueda adolecer la relación que media entre el propietario y el vendedor no afecten a su adquisición. Por el contrario, si se le atribuye un derecho *in personam*, estos defectos podrían suponerle tener que devolver el activo a su propietario, y disponer únicamente de una mera acción contra el vendedor. Sucede lo contrario, obviamente, con los propietarios.

En suma, los sistemas jurídicos encaran una difícil elección, pues los derechos sobre activos son necesarios para conseguir tanto la seguridad de los propietarios como el intercambio impersonal. Pero estos dos objetivos colisionan entre sí, porque entrañan proteger, respectivamente, a los actuales propietarios y a los adquirentes, mientras dejan desprotegida a la otra parte. La elección no resulta más sencilla por el hecho de que los propietarios de hoy hayan sido los adquirentes de ayer: pese a que ambos comparten un interés común en términos abstractos, tendrán intereses contrapuestos en cualquier conflicto que se suscite entre ellos. Proteger los intereses de los propietarios y adquirentes requiere instituciones y, en concreto, registros contractuales. Por ejemplo, si los jueces atribuyen la propiedad de los activos a quienes figuran inscritos como propietarios en un registro público, los adquirentes pueden superar la asimetría informativa sin más que consultar el registro.

Antes de analizar con mayor detalle la lógica que subyace a los registros contractuales, examinaré, en los dos apartados siguientes, qué significa el que los derechos recaigan directamente sobre activos en lugar de sobre personas; las ventajas comparativas que ofrecen ambas estrategias de *enforcement*; y qué tratamiento les confieren las dos disciplinas a las que apelo para respaldar el análisis, esto es, la economía de los *property rights* y el Derecho de la propiedad.

La razón de que mi análisis se centre en la dicotomía entre activos y personas estriba en que esta reviste una importancia capital para los registros contractuales. No obstante, dado que los activos son heterogéneos físicamente, el despojarlos de elementos personales no agota las posibilidades de convertirlos en una mercancía o *commodity*, lo que favorece los intercambios. Establecer estándares para la medición física de los activos facilita significativamente los intercambios. Es este el caso, por ejemplo, de los estándares desarrollados recientemente para subcontratar tareas de fabricación (ARRUÑADA y VÁZQUEZ, 2006) o del uso de una cuadrícula uniforme para deslindar fincas (LIBECAP y LUECK, 2011a y 2011b). De modo similar, al eliminar elementos personales,

haciendo que los derechos recaigan sobre activos, se «comoditizan» atributos jurídicos en vez de atributos físicos⁶.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA QUE LOS DERECHOS RECAIGAN SOBRE LOS ACTIVOS? LA DIFERENCIA ENTRE DERECHOS SOBRE ACTIVOS Y DERECHOS SOBRE PERSONAS

Un derecho *in rem* es más valioso que un derecho *in personam* con igual contenido, aún cuando ambos asignen a su titular los mismos derechos de uso (esto es, le otorguen los mismos derechos de decisión sobre qué hacer con el activo), porque los derechos *in rem* pueden hacerse cumplir más fácilmente⁷. Será útil examinar algunos ejemplos que ilustran esta ventaja de *enforcement*.

Imaginemos, en primer lugar, el caso del arrendamiento de inmuebles, que en muchos sistemas jurídicos puede configurarse como un derecho *in rem* o como un derecho *in personam*⁸ (conviene recordar que el análisis no presupone un marco normativo concreto, como es habitual en algunas obras jurídicas). Imaginemos además que ambos derechos definen y asignan a su titular las mismas facultades de uso de los activos, incluida su posesión⁹. Si el derecho arrendaticio se configura como un derecho *in rem*, el arrendatario conserva la facultad de usar y disfrutar del inmueble a menos que consienta en desocuparlo. Por su parte, el comprador dispondrá de un derecho a obtener del vendedor una indemnización en caso de que la venta del inmueble se hubiera realizado libre de arrendamientos. Desde la óptica del arrendatario, el comprador simplemente se subroga en la posición del vendedor, sin que el derecho arrendaticio se vea alterado, pues, como suele decirse, «sigue a la finca» y subsiste intacto tras su venta. Por el contrario, si el derecho arrendaticio se configura como un derecho *in personam*, como en el derecho romano, el arrendatario pierde la facultad de uso y disfrute cuando el inmueble arrendado se vende durante la vida del arrendamiento, de acuerdo con el principio *emptio tollit locatum* o «venta quita renta». En su lugar, el arrendatario tendrá derecho a obtener una indemnización del arrendador.

⁶ Este esfuerzo de «comoditización» jurídica puede concebirse también como parte de un proceso más amplio de modularización (véase, en general, SIMON, 1962; y, en la literatura jurídica, SMITH, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2011).

⁷ Me centro en el atributo de los derechos *in rem* por el cual estos sobreviven a transacciones adversas por ser el atributo nuclear en la función que desempeñan los registros contractuales. Véase MERRILL, y SMITH (2001b, 780-89) para un análisis de otros atributos, tales como el derecho a excluir a los demás.

⁸ Esta opción no se deriva, con frecuencia, del Derecho de propiedad en sentido estricto, sino de regulaciones específicas, por ejemplo, los arrendamientos de viviendas, las cuales persiguen proteger a los actuales arrendatarios. MERRILL, y SMITH (2001b, 820-33) analizan la naturaleza mixta, real y personal, del derecho arrendaticio.

⁹ Indicativa de esta potencial igualdad de las utilizaciones de los activos es la práctica de denominar a los derechos *in personam* como derechos *ad rem*, como opuesto a los derechos *in rem*.

Lo mismo sucede cuando la propiedad se utiliza como garantía de los créditos de los propietarios. Por ejemplo, el propietario de una finca puede darla en garantía de un préstamo constituyendo una hipoteca sobre la misma en favor del prestatario. Alternativamente, puede contratar un préstamo no garantizado. En ambos supuestos, el acreedor tiene derecho a realizar el valor de la finca si el deudor no cumple con su obligación de pagar la deuda. No obstante, el acreedor hipotecario conserva el mismo derecho sobre la finca incluso si el deudor la vende o constituye una segunda hipoteca sobre ella. Por el contrario, cuando el propietario contrata un préstamo sin garantía hipotecaria, si bien la finca también garantiza la transacción, lo hace de una forma mucho más débil, puesto que al acreedor se le atribuyen únicamente derechos *in personam* condicionados sobre los activos del deudor. Por lo tanto, en un préstamo personal, cuando el deudor no paga la deuda, el prestatario puede activar el embargo y venta de la propiedad del deudor para satisfacer la deuda, pero solo si la propiedad no ha sido transmitida lícitamente a un tercero de buena fe antes de que el deudor incumpliera. Las acciones personales del acreedor no «siguen a la finca».

Finalmente, quizá el ejemplo más importante es la propiedad en sí misma, la cual, aun cuando la ostente una sola persona, es distinta tanto del derecho a utilizar y disfrutar del activo (es decir, el usufructo en el derecho civil continental) como del derecho a controlarlo (esto es, el equivalente, a la posesión, en sentido amplio). Por lo tanto, si quien dice ser el propietario vendiera la finca de forma fraudulenta y el propietario la recuperase, el comprador obtendría tan solo una acción personal contra el vendedor fraudulento. De hecho, la propiedad es hasta tal punto el prototipo de derecho *in rem*, que parece insólito referirse al propietario como propietario *in personam*. No obstante, es una «propiedad *in personam*» la que ostenta un aspirante a propietario cuando el juez establece (o establecería en caso de que tuviera que resolver un conflicto) que no es el propietario legítimo; y, por tanto, atribuye (o atribuiría) a otro la propiedad de la finca, el derecho *in rem* sobre la misma.

Como muestran todos estos ejemplos, los «derechos *in rem*» gozan de ventajas de *enforcement* decisivas, puesto que establecen relaciones más directas sobre los activos. Se ejercen directamente sobre los activos y, por lo tanto, obligan a todos, gozan de eficacia *erga omnes*. Esta eficacia universal significa, siguiendo con los ejemplos anteriores, que el nuevo propietario —quienquiera que sea—, que ha adquirido la finca ha de respetar el derecho arrendaticio *in rem* y la hipoteca y, en particular, la posesión del arrendatario y el derecho del acreedor hipotecario a ejecutar la hipoteca si el deudor no paga. Y en caso de que adquiera la finca de un no propietario, únicamente obtiene una acción contra el vendedor, sin que el derecho del propietario resulte afectado. Ello explica que los derechos *in rem* «sigan a la finca», puesto que se mantienen inalterados aunque se produzcan transacciones o transformaciones que afecten a otros derechos que puedan existir sobre la misma finca o sobre una finca vecina. La eficacia de un

derecho *in rem* es independiente de quien ostente este o aquel derecho sobre la misma finca, incluido el propietario, toda vez que «los derechos y obligaciones *in rem* no se refieren a personas... en el sentido de que la tutela normativa que proporcionan no atiende a nada que esté relacionado con la *personalidad de un individuo en particular*» (PENNER, 1997, 26, énfasis en el original).

Una consecuencia de especial relevancia para la especialización y, por ello, para el funcionamiento de la economía, es que los titulares de derechos *in rem* no sufren el eventual «riesgo moral» de sus agentes. Por ejemplo, cuando el propietario cede la posesión de un activo al agente, no se expone al riesgo de perderlo en caso de que este último se haga pasar por propietario y lo venda a un tercero. Es verdad que los derechos *in rem* pueden debilitar el *enforcement* en una dimensión, a saber: todos los propietarios actuales han sido adquirentes y pueden perder el activo si otros sujetos con mejor título lo reclaman o reivindicán. Pero este riesgo se halla acotado, pues pertenece al pasado, y también decrece con el transcurso del tiempo, como consecuencia de la aplicación de ciertas reglas que automáticamente depuran los títulos, como es el caso de la usucapión o prescripción adquisitiva.

En cambio, los derechos meramente *in personam* establecen obligaciones entre los contratantes y, por tanto, solo pueden hacerse valer contra esas mismas personas, esto es, *inter partes*. Además, las personas perduran menos y se mueven más que los activos duraderos, y su fiabilidad sufre todo tipo de riesgos adicionales. En términos de los ejemplos anteriores: si el derecho arrendaticio fuera *in personam*, el arrendatario debe obtener del arrendador una indemnización, y no puede descartarse que este último haya desaparecido o sea insolvente. Otro tanto puede suceder con todo tipo de deudores y vendedores fraudulentos.

Consecuentemente, los derechos *in personam* proporcionan escasa seguridad, y su valor depende de quiénes sean las personas obligadas y de cómo se comporten. Disponer de información sobre estas personas en particular es, pues, necesario para aliviar las asimetrías informativas que padecen las partes y que pueden provocar problemas de selección adversa y riesgo moral. Es más, el cumplimiento de los derechos *in personam* sigue estando condicionado por todos estos elementos personales por más que termine materializándose en los usos del activo objeto del derecho de que se trate. Un ejemplo puede ayudar a aclarar esta última idea. El arrendamiento de una finca configurado como un derecho *in personam* se concreta en las mismas facultades de uso de la finca que el arrendamiento configurado como un derecho *in rem*, pero es más difícil de hacer valer y respetar. Debido a esta mediación personal en el acceso a los activos los derechos *in personam* son menos eficaces en cuanto al *enforcement* que los derechos *in rem*, cuyos usos sobre los activos se hacen valer con independencia de cualquier condición de carácter personal. Por lo tanto, los derechos *in rem* son intrínsecamente diferentes y más valiosos que la simple adición de un correspondiente conjunto de derechos *in personam* que atribuyan al titular los

mismos posibles usos del activo (MERRILL y SMITH, 2001b, 786-87). Los derechos *in rem* gozan de esta ventaja en términos de *enforcement*, porque su titular solo puede ser privado de ellos con su consentimiento. Esto asegura su eficacia, pero resulta costoso cuando sobre el mismo activo concurren múltiples derechos que pueden colisionar. En particular, los potenciales adquirentes de derechos sufren una incertidumbre adicional, pues, si el vendedor les transmite más derechos de los que ostenta, los derechos *in rem* incompatibles que puedan coexistir sobre el mismo activo sobrevivirán a su adquisición. Estos eventuales derechos incompatibles son todos aquellos que colisionan con la transacción proyectada. Así, en los anteriores ejemplos, tales derechos serían los ostentados por el arrendatario y el acreedor hipotecario cuando la finca se vende supuestamente libre tanto del arrendamiento como de la hipoteca. En el caso de la venta fraudulenta, el derecho incompatible sería el derecho de propiedad que ostenta el propietario legítimo. En todos estos casos, si los titulares no han consentido la transacción, sus derechos permanecen inalterados y el adquirente solo obtiene una acción contra el cedente por la diferencia no satisfecha (que es todo lo que obtiene el adquirente en el caso de una venta fraudulenta).

Desde esta perspectiva, tanto las partes como las instituciones tienen que solventar la difícil interacción que se produce entre *enforcement* y costes de transacción, esto es, entre los derechos de propiedad *in rem* y los costes de transacción que originan. Los derechos *in personam* proporcionan un *enforcement* menor, pero pueden transmitirse más fácilmente, puesto que solo afectan a las partes. En cambio, los derechos *in rem* ofrecen un *enforcement* más fuerte, pero son difíciles de transmitir, toda vez que afectan y, por tanto, precisan el consentimiento de todos¹⁰. Además, la diferencia es importante porque el valor de la facultad de uso de un derecho que goza de eficacia *in rem* es mayor que la que tiene esa misma facultad de uso en un derecho *in personam*. Las personas pueden incluso desaparecer o ser insolventes, haciendo que los derechos *in personam* sean ineficaces, en tanto que solo conceden un derecho a ser indemnizado por esas personas concretas. Los sistemas jurídicos proporcionan a las partes diversos mecanismos para transmitir derechos *in rem* de forma más o menos sencilla, de manera tal que puedan beneficiarse de su mayor eficacia. En otro caso, tienen que contentarse con derechos meramente *in personam*. Existen, por tanto, dos compromisos distintos, a escala social e individual. Primero, la sociedad ha de decidir cuánto quiere invertir en instituciones que faciliten la transmisión de derechos *in rem*, tales como, por ejemplo, un registro de hipotecas. Segundo,

¹⁰ El compromiso entre la fortaleza de los derechos y su transmisibilidad a bajo coste es más o menos explícito, entre otros, en CALABRESI y MELAMED (1972), BAIRD y JACKSON (1984), EPSTEIN (1987), LEVMORE (1987) y ROSE (1988), y también en trabajos posteriores que se han centrado en la función del *numerus clausus* de derechos de propiedad, como es el caso de HELLER (1999), MERRILL, y SMITH (2000, 2001b), HANSMANN y KRAAKMAN (2002), y DNES y LUECK (2009).

dadas estas instituciones, las partes han de decidir cuánto invertir en costes de transacción (por ejemplo, en examinar el contenido de dicho registro), de modo que se transmitan derechos *in rem* o, en términos continuos, derechos que, por su mayor contenido *in rem*, puedan hacerse cumplir y valer más fácilmente.

Esta interacción entre el *enforcement* y los costes de transacción, que se halla en el núcleo del Derecho de la propiedad, no encaja bien en el análisis económico de los derechos de propiedad, puesto que al tratar el *enforcement*, suele desatender lo que bien puede considerarse su elemento esencial: los remedios jurídicos de que dispone su titular. Para estos economistas, el *enforcement* suele ser una cuestión que estriba en definir de manera precisa el contenido y la asignación de los derechos, dos aspectos que generalmente debieran reducir los costes de transacción (es decir, una mayor precisión debería reducirlos). Mi siguiente tarea es clarificar esta diferencia entre la Economía y el Derecho de la propiedad, la cual, lejos de ser semántica, revela que sus perspectivas, aunque complementarias, son claramente distintas.

3. DIFERENCIAS ENTRE LAS VISIONES ECONÓMICA Y JURÍDICA DEL *ENFORCEMENT*: POR QUÉ LA ECONOMÍA HA IGNORADO EL DERECHO DE LA PROPIEDAD

Todos los autores convienen en que asegurar la propiedad es esencial para el desarrollo. Los propietarios desean que sus derechos sean respetados universalmente. Si no se sienten seguros, si sus derechos son débiles, son reacios a invertir, y ello obstaculiza el crecimiento económico. No obstante, el aseguramiento de la propiedad tiene varias dimensiones, principalmente de índole pública y privada, que están relacionadas, respectivamente, con fallos del sistema político o del mercado¹¹.

La economía se ha centrado principalmente en el aspecto público de la propiedad. En primer lugar, del modo en que destacan NORTH *et al.*, una política bien organizada impide el recurso a la violencia y la confiscación, y sujeta la expropiación a estrictas condiciones, incluido el satisfacer una compensación adecuada¹². En segundo lugar, como han analizado muchos trabajos influenciados por COASE (1960), el Derecho y, en gran medida, los gobiernos y la política establecen la asignación inicial de los derechos, lo que permite a las partes

¹¹ Esta caracterización del aseguramiento de la propiedad en la dimensión público-privada simplifica la cuestión en exceso. Los registros son necesarios porque existe un fallo de mercado: esto es, un fallo del hipotético mercado de la teoría de precios, falto de instituciones eficaces. Pero los gobiernos también fallan porque a menudo son incapaces de proporcionar registros funcionales, que son el pilar de ese apoyo institucional.

¹² Véase, principalmente, NORTH y THOMAS (1973), NORTH (1981, 1990), y NORTH, WALLIS y WEINGAST (2009).

comerciar fácilmente en el mercado y lograr así una mejor asignación de los recursos. Muchos de estos análisis económicos se centran en cómo los fallos de la política conducen a instituciones inadecuadas. Su preocupación central es que estos fallos de la política pueden poner en peligro la propiedad. Y ello, porque los gobiernos no solo se muestran incapaces de asignar los derechos de propiedad de manera clara, de impedir el recurso a la violencia y de defender la propiedad frente a usurpaciones privadas, sino porque también tienden a confiscar la propiedad de sus ciudadanos¹³.

El Derecho de la propiedad, en cambio, se centra en los aspectos privados¹⁴. En particular, se preocupa fundamentalmente por el riesgo de que la propiedad pueda peligrar como consecuencia de un fallo del mercado consistente en que los individuos se valgan de las transacciones para apropiarse de la propiedad ajena. Puede suceder así porque los titulares adquieren sus derechos de otros y, en algún momento y especialmente en una economía moderna, los transmiten a otros. Pero las transmisiones ponen en riesgo tanto a los propietarios como a los adquirentes, por lo que los primeros temerán ser desposeídos de sus derechos y los segundos temerán ser engañados en sus adquisiciones. Para evitar sus mutuos temores e incentivarles a invertir y a realizar intercambios, incluso impersonales, una economía de mercado precisa instituciones que procuren algo más que una asignación inicial de los derechos. En particular, es menester que

¹³ Esta aproximación ha iluminado diversas cuestiones, incluidas, entre otras, las siguientes: las fuerzas que hay detrás del surgimiento y precisión de los derechos de propiedad, tales como los incrementos en el valor de los recursos (DEMSETZ, 1967; LIBECAP, 1978; SMITH, 2002), los costes de exclusión (ANDERSON y HILL, 1975) y los costes de medir los distintos atributos de los recursos (BARZEL, 1997); los determinantes políticos de los resultados alternativos que se obtienen en problemas de recursos comunes (LIBECAP, 1989); regímenes informales de propiedad común (OSTROM, 1990); situaciones específicas, tales como los asentamientos de los colonos estadounidenses (ANDERSON y HILL, 1990; ALLEN, 1991) y sus fronteras (ALSTON, LIBECAP y MUELLER, 1999); acuerdos contractuales como la aparecería (CHEUNG, 1969; ALLEN y LUECK, 2003); y una variedad de soluciones institucionales que van desde la posesión como origen de propiedad (LUECK, 1995) al establecimiento de restricciones a la alienabilidad (EPSTEIN, 1985; ROSE-ACKERMAN, 1985; BARZEL, 1997). LUECK y MICELI (2007) proporcionan una revisión exhaustiva al respecto. Asimismo, pese a que se interesa por cuestiones diferentes, como las fronteras de la empresa, la literatura más alejada de esta materia impulsada por GROSSMAN y HART (1986), también suele considerarse englobada dentro de los análisis de los «derechos de propiedad», pero se centra en cómo la asignación residual de derechos sobre bienes afecta a los incentivos de las partes, mientras que las posibles transacciones de bienes con terceros solo afecta a su poder de negociación. Es este, por tanto, un problema específico que apenas guarda relación con los que aquí nos interesan.

¹⁴ Algunos aspectos del Derecho de la propiedad son claramente públicos (por ejemplo, la expropiación), pero este Derecho se ocupa básicamente de transacciones privadas. Una muestra de diversos manuales sobre Derecho de propiedad revela que el elemento público predomina, a lo sumo, en la cuarta parte de sus capítulos (básicamente aquellos que tratan cuestiones relacionadas con la normativa de usos urbanísticos, políticas sociales, la reticencia de los tribunales a considerar conflictos entre departamentos de una empresa y expropiación), y, a menudo, mucho menos que eso.

tales instituciones también procuren un *enforcement in rem* efectivo y, como consecuencia, lo que en el marco coaseano pueden denominarse asignaciones «recurrentes» de los derechos.

Sin embargo, el análisis económico de los derechos de propiedad ha prestado escasa atención a la eficacia *in rem* de esos derechos y a la necesidad de efectuar reasignaciones en un contexto de transacciones de mercado frecuentes. La razón primordial reside en que esta rama de la literatura económica, mucha de la cual «continúa ignorando el Derecho de la propiedad» (LUECK y MICELI, 2007, 187), omite la distinción entre derechos *in rem* y derechos *in personam*¹⁵, de tal modo que, de hecho, se ocupa únicamente de estos últimos.

Esta omisión resulta lógica en estos análisis económicos, puesto que se centran en la aparición de la propiedad y el examen de externalidades. Sus temas principales son la transición a la propiedad privada desde regímenes de libre acceso y propiedad común, y las condiciones necesarias para que los participantes puedan negociar externalidades, desatendiendo el problema más ordinario, pero no menos importante, que plantean las transacciones rutinarias sobre propiedades privadas ordinarias. Para alcanzar esos objetivos, tiene sentido, siguiendo a COASE (1960), concebir la propiedad como un mero haz de derechos de uso y entender que estos derechos son fuertes siempre que se definan adecuadamente, que su contenido se encuentre perfilado de manera precisa y que se asignen con claridad a los individuos. Esto equivale a considerar que los derechos sobre activos solo son válidos frente a determinadas personas, esto es, *in personam*. En otras palabras, no se distingue entre la fuerza del derecho y el conjunto de partes contra las que el propio derecho puede hacerse valer. Por el contrario, el *enforcement* tiende a equipararse a la eficacia de las decisiones judiciales y las acciones policiales de ejecución, ignorando que muchos individuos desaparecen o son insolventes. En consecuencia, los remedios de que disponen los titulares siguen sin estar definidos en una dimensión crucial. Y, a pesar de que se analiza detenidamente cuál debe ser en cada caso la cuantía adecuada de la indemnización a pagar, se presta escasa atención al problema más básico: que la persona obligada realmente la pague.

En cambio, el Derecho de la propiedad se centra en las transacciones estándar sobre la propiedad privada y concibe los remedios jurídicos como la dimensión clave del *enforcement*. Por consiguiente, aborda directamente el problema básico, al obviar a las personas y hacer recaer los derechos directamente sobre los activos (esto es, *in rem*). Estos derechos son fuertes porque se requiere el

¹⁵ Estos fallos pueden contribuir en gran medida a explicar por qué «el análisis económico del Derecho de la propiedad no ha sido tan bien acogido entre los juristas de Derecho de la propiedad como entre los de Derecho de defensa de la competencia, Derecho de contratos y Derecho de la responsabilidad extracontractual» (LUECK y MICELI, 2007, 249). MERRILL, y SMITH (2007, 2010) ofrecen una introducción pionera al Derecho de la propiedad, fundada sólidamente en el análisis económico.

consentimiento de su titular para afectarlos, lo que crea el más firme de los vínculos posibles entre sus titulares y los activos.

Este *enforcement* vía consentimiento, proporciona un nexo conceptual con el modelo contractualista coaseano, en la medida en que para adquirir derechos *in rem* han de otorgarse todos los consentimientos relevantes, lo que entraña dos consecuencias para el proceso contractual y las instituciones que le asisten. La primera es que, habida cuenta de que los adquirentes están interesados en adquirir derechos *in rem*, tratan de recabar los oportunos consentimientos, y las instituciones se estructuran de forma que sea posible obtenerlos. La contratación se convierte así en un proceso que consta de dos fases: una primera fase, de carácter personal, en la que las partes del contrato acuerdan efectuar la transacción proyectada; y una segunda fase, de carácter real, en la que los titulares de derechos *in rem* que entrarían en colisión con la transacción planeada han de otorgar su consentimiento. Por ejemplo, el comprador de una casa no contrata solo con el vendedor de la misma; si ambas partes quieren transmitirla libre del arrendamiento configurado como derecho *in rem*, antes deben recabar el consentimiento del arrendatario.

La segunda de las consecuencias es que el adquirente puede sentirse inseguro acerca de la universalidad de los consentimientos obtenidos. Reducir esta incertidumbre residual requiere soluciones institucionales que, en esencia, reasignen públicamente los derechos *in rem*. El adquirente estará especialmente preocupado por la eventual existencia de derechos incompatibles abstractos, como la hipoteca, que pueden permanecer ocultos con facilidad. Además, la propiedad es también abstracta en sí misma, y puede provocar la pérdida máxima. Por lo tanto, el adquirente estará especialmente deseoso de conocer la identidad y las facultades representativas del vendedor, pues, en el peor de los casos, no obtendrá nada *in rem*, sino solo una mera facultad para dirigirse contra el vendedor, y el valor de ese derecho *in personam* será, con frecuencia, nulo. Es comprensible, por tanto, que esta incertidumbre residual haya conducido a establecer soluciones institucionales. Una estrategia común, que suele utilizarse para las hipotecas, consiste en que solo gocen de eficacia *in rem* desde que se inscriben en un registro público, o incluso que esta inscripción sea constitutiva, como sucede en muchos países, incluida España. Esto obviamente facilita que se puedan obtener de forma más exhaustiva todos los consentimientos relevantes. Alternativamente, son llamados a establecer explícitamente esta asignación de los derechos *in rem*, bien unos registros con funciones cuasi judiciales, bien los propios jueces. En todo caso, tratándose de derechos *in rem*, no basta con su asignación inicial y se producirán asignaciones recurrentes, explícitas o implícitas. En resumen, puesto que los derechos *in rem* gozan de eficacia frente a todos, no pueden nacer simplemente de un contrato privado entre las partes, sino que su constitución y adquisición ha de incluir, además, una intervención pública que reasigne los derechos (alternativamente, podría decirse que los derechos *in rem* pueden adquirirse a través de un contrato privado, pero solo obligan *in*

rem a las partes que lo han suscrito. Sin embargo, esta afirmación tiene poco sentido si se tiene en cuenta que la esencia de la eficacia *in rem* reside en que genera un deber universal).

Por último, cabe destacar que el hecho de que el Derecho de la propiedad se centre en los activos, en poner a disposición del titular remedios *in rem*, hace de esta rama del Derecho el principal fundamento institucional del intercambio impersonal, puesto que solo esos remedios *in rem* hacen que el intercambio sea verdaderamente impersonal. Esta relación entre derechos *in rem* e intercambio impersonal resulta natural para el Derecho de la propiedad (por ejemplo, PENNER, 1997). En cambio, el análisis económico convencional de los *property rights* (que son entendidos como derechos *in personam*) inspira una visión distorsionada de la división del trabajo entre el Derecho de la propiedad y el Derecho contractual, en la que el Derecho de la propiedad solo sirve para asignar recursos y el Derecho contractual para efectuar transacciones. Por ejemplo, una revisión del análisis económico del Derecho contractual afirma que:

Mientras que el Derecho de la propiedad determina la configuración de los derechos que constituyen la base de la producción y el intercambio, y el Derecho de la responsabilidad extracontractual protege esos derechos de agresiones involuntarias y de expropiaciones, es el Derecho contractual el que establece las reglas para intercambiar reivindicaciones individuales de derechos y, por tanto, el que determina en qué medida la sociedad puede disfrutar de los beneficios del intercambio (HERMALIN, KATZ y CRASWELL 2007, 7).

Esta aproximación solo es válida respecto a una parte del análisis económico de los derechos de propiedad y, en particular, respecto a aquella que se centra en la asignación inicial de los derechos, y presta, en cambio, escasa atención a las dificultades de las transacciones y el *enforcement*. Resulta insostenible, en cambio, respecto a las funciones que asumen ambas ramas del Derecho.

4. LA ESPECIALIZACIÓN Y LAS TRANSACCIONES PRECISAN DE LA CONCURRENCIA DE MÚLTIPLES DERECHOS SOBRE EL MISMO ACTIVO, LO QUE ENTORPECE LOS INTERCAMBIOS IMPERSONALES

Como muestran los ejemplos anteriores, las dificultades provienen de la concurrencia de múltiples derechos en el mismo activo (en los ejemplos, el arrendamiento, la hipoteca y la propiedad). Si, sobre cada activo, un solo sujeto ostentara la titularidad de un solo derecho, este podría hacerse cumplir *in rem* con facilidad y sin que ello aumentase los costes de transacción. Los gobiernos

y los jueces únicamente tendrían que garantizar la posesión pacífica de los activos e impedir que los individuos pudieran verse privados de ellos en contra de su voluntad, mediante violencia o fraude. Pero, en ese caso, la posesión sería el único derecho que podría recaer sobre un activo, lo que impediría la existencia de derechos múltiples y abstractos, y haría inviables incluso los tipos más simples de especialización¹⁶.

No es de extrañar, por ello, que generalmente concurren múltiples derechos en un mismo activo, pues el deseo de especialización lleva a las partes a establecer de forma voluntaria múltiples derechos sobre los mismos activos. Este proceso engloba todos los acuerdos que separan la propiedad del control, cuyo objetivo último es alcanzar las ventajas que la especialización ofrece al definir derechos sobre determinados usos del activo o por períodos limitados de tiempo. Estos acuerdos abarcan desde el contrato más elemental entre el propietario y el inquilino de un inmueble, hasta las más sofisticadas estructuras de gobierno corporativo, en las que miles de accionistas son propietarios de forma indirecta y conjunta de activos controlados por administradores profesionales¹⁷. Además, también pueden crearse múltiples derechos sobre un activo a través de lo que suele ser una consecuencia involuntaria de transacciones defectuosas. Así, por ejemplo, cuando el vendedor transmite más derechos de los que ostenta, entrarán en conflicto sobre el mismo activo diversas pretensiones *in rem*. Antes de que el conflicto se resuelva, y en tanto que esas pretensiones puedan triunfar en el juicio, el activo estará sujeto a derechos *in rem* múltiples e incompatibles (derechos estos que pueden ser incluso de la misma naturaleza, como sucede, por ejemplo, en casos en los que se disputa la propiedad del activo).

Cualesquiera que sea el origen, voluntario o involuntario, de la existencia de múltiples derechos, la asimetría que sufren los adquirentes empeora como consecuencia de la multiplicidad de derechos cuando se hacen cumplir *in rem*. De entrada, las personas que utilizan el activo están en posesión del mismo y, por tanto, pueden arrogarse fácilmente la condición de propietarios. Ello significa, por ejemplo, que los compradores nunca pueden estar completamente seguros de si están negociando con el legítimo propietario, puesto que no pueden inferir la propiedad de la posesión del activo. En consecuencia, incluso los verdaderos propietarios afrontan dificultades cuando intentan vender el activo por sí

¹⁶ La equiparación de la propiedad con la posesión (como hacen, por ejemplo, NORTH, 1990, 33; DEMSETZ, 1998, 144) abstrae pues elementos esenciales del sistema económico.

¹⁷ Mi análisis sobre la concurrencia de múltiples derechos en un mismo bien incluye, como caso particular, la situación hipotética que plantea la tragedia de los «anticomunes», tal y como la identifica HELLER (1998), en la que diversos individuos ostentan derechos de exclusión sobre el mismo bien o sobre el mismo derecho. Se trata de situaciones de titularidad conjunta como es, por ejemplo, la copropiedad. Mi análisis incluye también los casos, más numerosos, en que distintos individuos ostentan derechos separados y, en principio (antes de que se realicen transacciones adversas), compatibles, sobre un mismo bien.

misimos y todas las transacciones incurren en costes de transacción, tanto si la venta del activo se realiza a través de representantes como si no, pues todas las transacciones son, *de facto*, multilaterales. De modo similar, los vendedores pueden ocultar a los potenciales adquirentes que, sobre el activo, existen diversos derechos *in rem* que colisionan con los que pretenden transmitir. Puesto que los adquirentes están inseguros, la sombra de eventuales gravámenes pesará, también en este caso, incluso sobre activos que no tienen gravamen alguno. Y, en general, cuantos más tipos de derechos *in rem* haya, mayores serán las posibilidades de que se produzcan fraudes y conflictos¹⁸.

Este riesgo es especialmente grave y es difícil que las partes puedan solventarlo por sí mismas, pues la multiplicación de derechos, tanto voluntaria como involuntaria, genera derechos de naturaleza abstracta que, por tanto, pueden permanecer ocultos. Así, la transmisión voluntaria de la posesión de un activo a quien no es propietario hace de la propiedad una abstracción, y la especialización financiera conduce a derechos abstractos en forma de hipotecas y otras garantías reales, así como a relaciones corporativas. De manera similar, las disputas sobre la titularidad de un activo o derecho pueden mantenerse ocultas durante mucho tiempo antes de que salgan a la luz.

En suma, la multiplicidad de derechos es indispensable para la especialización y está omnipresente en la economía actual. Puesto que esta multiplicidad de derechos incrementa los costes de transacción originados por los derechos *in rem*, los contratantes necesitan soluciones institucionales, tales como los registros, que les permitan alcanzar las ventajas que ofrecen tanto la existencia de múltiples derechos como el que estos puedan hacerse cumplir *in rem*. Así, por ejemplo, si los jueces atribuyen la propiedad de un activo basándose en un registro público, sus meros poseedores tendrán más difícil hacerse pasar por propietarios para engañar a terceros de buena fe.

5. GENERALIZACIÓN DEL ANÁLISIS

Para descubrir la naturaleza de estas soluciones y generalizar el análisis, examinaré, a continuación, la estructura secuencial de las transacciones, empleando para ello el marco de una relación de «agencia», en el sentido económico de este término. Ello me permitirá clarificar cómo se asignan los derechos de manera

¹⁸ El papel relativo que desempeñan aquí la especialización y el *enforcement* puede causar cierta confusión. Por ejemplo, el trabajo de DNEs y LUECK (2009) sobre servidumbres acentúa el equilibrio entre las ventajas de la especialización y la asimetría informativa. Sin embargo, en principio, se podrían lograr esas mismas ventajas de especialización sin generar una asimetría informativa adicional a los futuros compradores si los usos de la finca a los que la servidumbre faculta se hicieran cumplir como derechos *in personam*. La ventaja diferencial que proporcionan las servidumbres no reside en la especialización, sino en el hecho de que se hacen valer *in rem*.

La asimetría informativa que se genera en los contratos individuales se muestra bien en el influyente análisis del mercado de los «limones» de AKERLOF (1970), en el cual el propietario trata de vender un coche usado. Los posibles compradores son, con razón, reacios a comprar, puesto que, como el propietario conoce mejor la calidad de su coche, los coches usados que se ponen en venta tienden a ser los de peor calidad. En estas situaciones de selección adversa, que son mucho más frecuentes de lo que el ejemplo del coche deja traslucir, la asimetría informativa que se produce respecto a la calidad material del coche supone una grave amenaza para el intercambio. En consecuencia, las partes tienen que dedicar muchos recursos para idear soluciones, divulgar y obtener información y establecer todo tipo de garantías que aseguren la calidad.

Muchas de estas soluciones las pueden adoptar las propias partes, por ejemplo, plasmando los contratos por escrito (lo que denomino «formalización documental»), verificando la calidad del bien e investigando cuál es la reputación de la contraparte. También pueden acudir a un juez para completar y hacer cumplir el contrato. En particular, las partes pueden especificar en el contrato el funcionamiento esperado del coche. Además, el vendedor puede garantizar un nivel mínimo de calidad, comprometerse a que las reparaciones futuras vayan a su cargo o a devolver una parte del precio si se produce una avería grave. Especificar y verificar todos estos extremos relevantes del funcionamiento del coche es costoso. Por ejemplo, las partes tienen que pactar las cláusulas, ponerlas por escrito, y conservar una copia del contrato para, llegado el caso, poder usarla en el futuro. Pero si las obligaciones contractuales no se cumplen, la parte perjudicada puede acudir al juez para que haga cumplir el contrato, utilizando esa copia como medio de prueba para sustentar la decisión judicial.

Una variante de este ejemplo de intercambio individual de «limones» ilustra el problema de asimetría informativa que provocan los intercambios secuenciales. ¿Cómo puede saber el comprador si el vendedor es realmente el propietario o, en general, si tiene poder de disposición para vender el coche? En caso negativo, el comprador podría perder todo el precio de compra. Por lo tanto, esta asimetría informativa, a la que me referiré como relativa al «título» jurídico (asociada, por ejemplo, a la transacción originaria previa entre el anterior propietario y el vendedor actual) puede ser incluso más grave que la relativa a la calidad material del activo, la cual suele conducir a que el comprador pierda solo una parte del precio de compra.

Un aspecto esencial para mi análisis es que resulta también más difícil para las partes resolver esta clase de asimetría informativa por sí mismas, ya que, por mucho que quienes examinan los «títulos» se esmeren en clarificarlos y asegurarlos, su prueba puede mantenerse oculta en ausencia de registros públicos. Y desarrollar registros plantea las dificultades propias de toda acción colectiva.

Crearlos, no suele estar al alcance de las partes y, por tanto, se necesita una iniciativa pública. Es más, una vez que empieza a funcionar el registro, los individuos se benefician de que sea fiable, pero cada individuo se beneficiaría aún más si el registro fuera fiable selectivamente y, por ejemplo, fuera indulgente con él pero estricto con sus contrapartes.

La tarea del juez es también más difícil y más importante. Más difícil, porque el juez ha de decidir basándose en el contrato originario entre el principal-propietario y el agente-vendedor, un contrato que pueden manipular con facilidad, sobre todo si no ha estado a disposición del tercero-adquirente. Más importante, porque en lugar de resolver simplemente un conflicto entre las partes del contrato, comparando el cumplimiento real con las obligaciones pactadas, ahora el juez ha de adjudicar el activo a uno de los dos supuestos propietarios: o bien al propietario original aplicando una regla de propiedad, o bien al comprador, aplicando una regla de responsabilidad. El juez concederá a la parte «perdedora» un mero derecho a ser indemnizado por el vendedor, quien, con frecuencia, habrá desaparecido o será insolvente. Y, de hecho, la mayoría de disputas sobre la titularidad de un activo o derecho surgen porque esa acción es mucho menos valiosa que su alternativa.

5.2. LOS EFECTOS DE LOS INTERCAMBIOS SECUENCIALES EN EL INTERCAMBIO Y LA ESPECIALIZACIÓN

Esta disparidad en el valor explica que este tipo de decisión judicial tenga efectos sustanciales en toda la secuencia de transacciones. Las expectativas sobre cómo se resolverán casos similares define los incentivos de todas las partes potencialmente implicadas en este tipo de activo a la hora de invertir, comerciar y especializarse. Los potenciales compradores serán más reacios a adquirir en el momento 1 si creen que en el momento 2 el juez fallará en favor de los propietarios. Pero, en el momento 0, los propietarios estarán menos dispuestos a invertir y a especializarse si creen que el juez fallará en favor del comprador (véanse las Figuras 1 a 3). Ambos adoptarán también más precauciones si temen que los jueces fallen en contra de sus pretensiones: los compradores investigarán más los títulos y preferirán tratar con personas que conozcan. Por consiguiente, habrá menos intercambios impersonales.

En particular, los esfuerzos realizados por los propietarios para evitar colocarse en una posición en la que corren el riesgo de ser desposeídos obstaculizarán la especialización. Los propietarios contratarán de modo más directo, en lugar de hacerlo a través de intermediarios, puesto que es la separación entre propiedad y control (o sea, la posesión por no propietarios) la que origina ese riesgo. También serán más cautelosos al seleccionar a sus agentes contractuales, prefiriendo a quienes conozcan personalmente o, más en general, les ofrezcan

mejores garantías personales. Además, esta menor separación entre propiedad y control representa solo el ejemplo más básico de un fenómeno más general: desde la óptica individual, será mejor establecer menos derechos sobre cada activo, con la consiguiente pérdida de oportunidades de especialización. Aun más, muchos de estos efectos entrañan costes en términos de pérdida de oportunidades de intercambio y, por tanto, permanecerán invisibles, por lo que será más difícil construir soluciones adecuadas.

Todos estos efectos indican que las decisiones judiciales sobre intercambios secuenciales tienen gran impacto en decisiones económicas de vital importancia. Además, este tipo de intercambio es predominante y afecta a la mayor parte de la actividad económica, como evidenciaré en el siguiente apartado mediante una muestra representativa de transacciones empresariales y sobre inmuebles. Por lo tanto, es esencial que las decisiones judiciales sobre estos intercambios se basen en pruebas contractuales fiables.

Esta muestra de transacciones típicas revelará también que el nivel de dificultad para solventar estos problemas de prueba varía y reclama soluciones distintas según de qué transacción se trate. La prueba verificable de los contratos originarios está disponible fácilmente para algunos tipos de transacción, pero no para otros¹⁹. En este contexto, la función esencial de los registros es proporcionar pruebas a los jueces cuando no resulten fácilmente disponibles como subproducto de los procesos contractuales y productivos. Basándose en estas pruebas, los jueces pueden decidir las disputas aplicando reglas que favorecen a las partes menos informadas, lo que les estimulará a realizar transacciones impersonales y, a su vez, animará a todos los participantes a especializarse. Además, esas pruebas fiables permiten a los jueces aplicar esas reglas de manera eficiente, sin lesionar los derechos de propiedad, incluso cuando concurren y se hagan cumplir derechos múltiples y abstractos sobre el mismo activo.

6. LA GENERALIDAD DEL INTERCAMBIO SECUENCIAL Y SU GRADO VARIABLE DE DIFICULTAD CONTRACTUAL

El ámbito de los intercambios individuales está seriamente limitado porque la especialización suele entrañar necesariamente una secuencia de transacciones interrelacionadas, originarias y subsiguientes, y una sola transacción puede tener varias transacciones originarias. De entrada, las transacciones sobre activos

¹⁹ Adviértase que en la teoría económica de los contratos el término «verificabilidad» suele hacer referencia a la observabilidad del cumplimiento del contrato por los terceros y, en particular, por el juez. Aquí, aludo, en cambio, a la verificabilidad del contenido de los contratos y, en particular, al hecho de que los jueces puedan verificar el consentimiento que los principales han prestado en los contratos originarios a las reglas (de propiedad o responsabilidad) que los jueces habrán de aplicar al adjudicar los contratos subsiguientes.

duraderos son inevitablemente secuenciales, pues, debido a su durabilidad, los derechos sobre ellos son potencialmente valiosos. Por tanto, los titulares prefieren hacer valer sus derechos *in rem* en lugar de *in personam*. Incluso la simple transmisión de estos activos entraña implícitamente transacciones originarias en forma de transmisiones totales o parciales así como «principales» en forma de posibles titulares incompatibles, desde un potencial propietario a cualquier titular potencial de otros derechos sobre el activo. Más en general, la mayoría de intercambios incluyen varias partes en una secuencia de transacciones, debido al interés de quienes participan en la actividad económica en alcanzar las ventajas que se derivan de la especialización. Todo ello solo resulta más obvio cuando una de las partes actúa expresamente como agente económico de alguna de las otras partes.

Así pues, en todos estos casos los intercambios incluyen al menos a tres partes en una secuencia de, al menos, dos transacciones (Figura 1)²⁰. Este intercambio secuencial es necesario para especializar las tareas desempeñadas por el principal *P* y su agente *A*, incluidos todos los tipos de delegación y separación de la propiedad y el control (por ejemplo, entre accionistas y administradores, propietarios y poseedores, hipotecantes e hipotecados). Pero la especialización crea nuevos costes de transacción, derivados principalmente bien del riesgo de que el agente no esté facultado para vincular al principal o lo esté y se exceda en su ejercicio, bien de que el propietario o el tercer adquirente, *T*, sean desposeídos o engañados. Estos terceros adquirentes sufren ahora mayor asimetría informativa de la que sufrirían si solo hubiera incertidumbre acerca de la calidad material del bien o servicio entregado o prestado por el agente. Y para que los mercados impersonales puedan funcionar bien, es preciso superar esta asimetría informativa acerca del título o de las facultades de representación del agente.

6.1. INTERCAMBIOS SECUENCIALES EN LAS TRANSACCIONES EMPRESARIALES

Quizás el intercambio secuencial más sencillo es aquel en el que un fabricante encomienda a un distribuidor la venta de sus productos a los clientes de este último (Figura 2, fila *a*). Primero tiene lugar una transacción entre el fabricante, *P_f*, y el distribuidor, *D*, y, posteriormente, otra transacción subsiguiente entre el distribuidor y el cliente, *C*. Estos acuerdos logran obtener las ventajas

²⁰ La importancia de los intercambios secuenciales no significa, sin embargo, que el análisis de las transacciones individuales sea irrelevante. En realidad, todos los intercambios secuenciales están compuestos por series de transacciones individuales. Es más, cuando las partes no pueden mejorar las instituciones necesarias para solventar problemas de títulos o cuando estas instituciones funcionan bien, puede resultar apropiado centrarse en los conflictos entre partes que caracterizan a estas transacciones individuales.

derivadas de la especialización, puesto que el recurso a distribuidores permite a los fabricantes centrarse en producir y alcanzar un mercado más extenso. A su vez, los distribuidores pueden centrarse en la distribución, vender una gama más amplia de productos y acercarse al cliente.

Sin embargo, estos acuerdos también originan costes de transacción. En principio, los clientes desconocen la calidad del título jurídico del vendedor. Idealmente, querrían que, en caso de conflicto (relacionado, por ejemplo, con el impago del distribuidor al fabricante), el juez les permitiera conservar el bien y concediera al fabricante una mera acción de resarcimiento por los daños y perjuicios que el distribuidor le haya ocasionado. Esta es, probablemente, una solución sensata si el fabricante ha elegido voluntariamente al distribuidor, en especial si ambos —fabricante y distribuidor— son profesionales que realizan elecciones similares reiteradamente. Los fabricantes tendrán entonces incentivos adecuados para escoger distribuidores fiables, y los distribuidores tendrán también buenos incentivos para ofrecer las salvaguardas adecuadas.

El segundo caso de intercambio empresarial es igual de simple: las relaciones laborales comprenden una transacción originaria por la que un determinado principal o empleador, E_r , contrata a un empleado, E , lo que conduce a transacciones subsiguientes en las que el empleado interactúa con un tercero, T (Figura 2, fila *b*) (advuértase que no es necesario que las transacciones subsiguientes sean contractuales. Por ejemplo, E puede vincular a E_r porque sus actos dañan a T , haciendo que E_r responda extracontractualmente, debido a que E es un empleado de E_r). En cualquier caso, el tercero debiera preocuparse por el poder de representación que ostenta el empleado y por cómo resolverá el juez el conflicto en caso de que el empleado se exceda en las facultades que tiene atribuidas. De igual modo que en el caso del fabricante y el distribuidor, será sensato que el juez proteja al tercero, porque, también en este caso, son los empleadores los que libremente eligen y controlan a sus empleados.

En estos dos casos, el juez tendrá pocas dificultades para verificar que tanto el fabricante como el empleador han consentido en quedar vinculados por los actos realizados, respectivamente, por el distribuidor y el empleado. Tales consentimientos se hacen verificables por el hecho observable de que los bienes han sido confiados al distribuidor, y el empleado ha venido actuando manifiestamente como tal.

En cambio, los contratos realizados en el ámbito de las sociedades mercantiles carecen, con frecuencia, de consecuencias verificables. Imaginemos, por ejemplo, un tercer caso en el que dos personas constituyen una *limited liability partnership* (LLP), una sociedad en buena medida similar a nuestra sociedad comanditaria, con un socio colectivo o *general partner*, GP, que responde de manera ilimitada de las deudas sociales, y otro socio comanditario o *limited partner*, LP, que responde limitadamente (Figura 2, fila *c*). Imaginemos, además,

que en la transacción subsiguiente, el socio colectivo pide dinero en préstamo a los acreedores, *CC*, haciéndoles creer, falsamente, que el socio comanditario está sujeto a un régimen de responsabilidad ilimitada. En casos como este, el juez tropezará con graves dificultades si el contrato originario se mantiene oculto y por ello genera consecuencias equívocas. En los dos casos precedentes, tanto la posesión del bien como la circunstancia de actuar como un empleado eran hechos que podían advertirse de forma manifiesta. Pero en este tercer caso el régimen de responsabilidad del socio es una característica abstracta del contrato originario, que puede permanecer oculto y, por tanto, puede manipularse de forma oportunista. Ese régimen, al menos tendría que incluirse expresamente en todos los contratos subsiguientes para que pudiera aplicarse con unas mínimas garantías, una inclusión que sería costosa.

Muchas otras transacciones realizadas por sociedades mercantiles plantean dificultades similares, puesto que a menudo no está claro quién ostenta el poder de representación para vincular a la sociedad. Normalmente, los socios delegan ese poder en —para simplificar— un administrador que denotaré como *M*, quien, posteriormente, celebra todo tipo de contratos con terceros. Así, por ejemplo, podría vender acciones no autorizadas a terceros (que devendrían así nuevos accionistas), P_{n+j} , o exceder los límites del objeto social (Figura 2, fila *d*). En algunas sociedades y transacciones, puede ser fácil verificar las facultades de representación de los agentes de la sociedad; en otras, en cambio, pueden permanecer ocultas y no ser verificables. Además, también puede ser difícil verificar otros atributos societarios. En particular, tanto la sociedad como los acreedores de los socios estarán interesados en conocer qué activos son de la sociedad y cuáles son de los socios. Asimismo, los participantes suelen tener motivos para comportarse de forma oportunista, ya que a los incentivos que tienen los socios para exagerar los activos se añaden los que tienen para moverlos dentro o fuera de la sociedad en función de la situación financiera de esta última y de la suya propia.

En principio, como sucede con el régimen de responsabilidad de los socios y accionistas, podrían incluirse cláusulas en los contratos subsiguientes para esclarecer todos estos aspectos. Pero su inclusión será costosa y poco fiable. La inscripción de los actos y contratos originarios de las sociedades mercantiles en un registro público suele ser una solución más eficiente. Pese a que sea costosa, el registro de estos contratos los incorpora implícitamente en todos los contratos subsiguientes, y de modo fácil de verificar o, lo que es lo mismo, difícil de manipular²¹.

²¹ Véase, para un análisis más profundo, ARRUÑADA (2010b).

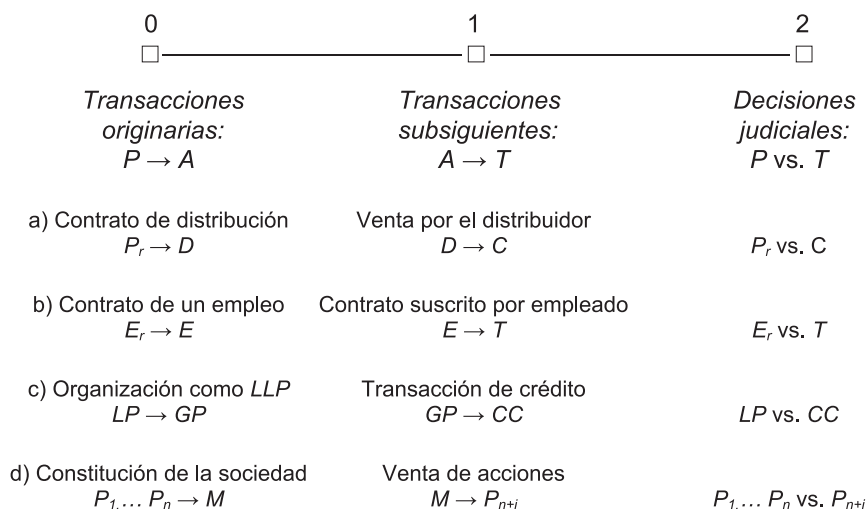


Figura 2. *Cronología de una muestra de intercambios secuenciales típicos en el ámbito empresarial.*

Nota: Las flechas representan relaciones de agencia, no transmisiones. Los números 0, 1 y 2 indican los momentos 0, 1 y 2, respectivamente. *A*, agente; *C*, cliente; *CC*, acreedores de la sociedad; *D*, distribuidor; *E*, empleado; *E_r*, empleador; *GP*, socio colectivo o *general partner*; *LLP*, sociedad comanditaria; *LP*, socio comanditario o *limited partner*; *M*, administrador societario; *P_r*, fabricante; *P_i* ($i = 1, \dots, n$), antiguos accionistas; *P_{n+j}* ($j = 1, \dots, m$), nuevos accionistas; y *T*, terceros.

6.2. INTERCAMBIOS SECUENCIALES EN TRANSACCIONES SOBRE INMUEBLES

Es momento ahora de volver a dirigir la atención a los bienes inmuebles, para reformular el análisis inicial de los derechos de propiedad en términos del marco general que acabo de desarrollar.

La esencia de la estructura de los intercambios sobre inmuebles es idéntica a la que muestran las transacciones empresariales de la sección precedente: (1) un principal, y lo que en el sentido económico de la palabra es aún un «agente», celebra un contrato originario de compraventa, hipoteca, arrendamiento o cualquier otro en el que se transmitan derechos o se dividan derechos sobre un inmueble; (2) el agente contrata con un tercero en un contrato subsiguiente —por ejemplo, el propietario vende de nuevo la finca o constituye una segunda hipoteca sobre ella—; y (3) un juez puede ser llamado a resolver quién se queda con la finca. En los casos de bienes inmuebles, el agente a menudo engaña ocultando o tergiversando la transacción previa relevante y finge transmitir un

derecho que, aparentemente, no resulta afectado por la transacción que encubre. Por ejemplo, pretende transmitir la finca sin ser propietario, o constituir una primera hipoteca sobre una finca ya hipotecada, o venderla falsamente libre de gravámenes. Como en las transacciones empresariales anteriores, la decisión del juez, en esencia, asignará la propiedad o bien al principal o bien al tercero, y concederá a la parte «perdedora» una mera acción contra el agente.

No obstante, en los intercambios de bienes inmuebles, las funciones de principal y agente son, en comparación con lo que sucede en los intercambios empresariales, más implícitas y alternantes. Por ejemplo, en la doble venta de una finca, es útil contemplar al propietario que la vende dos veces como un agente que falta a sus deberes para con el primer comprador, respecto al cual tiene el deber de no venderla de nuevo (Figura 3, fila *a*). El juez asignará la propiedad de la finca, bien al principal (el primer comprador), bien al tercero (el segundo comprador), y concederá a la parte «perdedora» el derecho a reclamar una compensación al antiguo propietario (el agente). Sucedería algo similar con una segunda hipoteca que se constituyese sin hacer referencia a la primera: el primer acreedor hipotecario actuaría como principal, el propietario como agente y el segundo acreedor hipotecario como tercero (Figura 3, fila *b*) (conviene recordar que las flechas de estas figuras representan relaciones de agencia, no transmisiones, y que el análisis no presupone un marco normativo concreto).

Es comprensible que, aplicado a la propiedad, el uso del término «agencia», basado en los conceptos económicos de principal y agente, pueda desconcertar a los lectores más familiarizados con el concepto jurídico de agencia²². No obstante, ambas nociones se hallan próximas, aunque la estructura de agencia sea más obvia en las transacciones empresariales que en las de propiedad, ya que, para las empresariales, suele darse una relación más explícita de agencia o laboral. En cambio, en las de propiedad, incluso el que una parte desempeñe el papel de agente o de principal depende de la clase de engaño potencial que se considere en cada transacción. Ello no impide, sin embargo, que todas las transacciones de la propiedad tengan una estructura de agencia. Basta observar, por ejemplo, que, en una segunda venta, el vendedor está actuando como un agente en términos económicos para el primer comprador, pese a que este uso del concepto de agencia sea poco convencional en sentido jurídico, en tanto que el primer comprador no pretende que el vendedor actúe en calidad de agente y el vendedor no se presenta a sí mismo como un agente del comprador.

Por otra parte, al margen de que en este ámbito el concepto de agencia esté implícito y sea atípico, en muchas transacciones originarias sobre inmuebles, tanto los compradores como los vendedores se alternan en los papeles de principal y agente en diferentes circunstancias, con relación a diferentes transacciones

²² Véase, en este sentido, por ejemplo, JENSEN y MECKLING (1976).

subsiguientes. De hecho, cada uno de los casos anteriores solo presenta un conflicto típico de cada transacción y no a la transacción en sí misma. Por ejemplo, en la doble venta, el propietario, *O*, es un agente respecto de su obligación de no vender la finca a otro comprador, *B*₂, una vez que la ha vendido al primer comprador, *B*₁, que actúa como principal (figura 3, fila *a*). No obstante, un comprador de inmuebles también puede actuar como agente si está obligado, por ejemplo, a no disponer del inmueble hasta haberlo pagado. Imaginemos, que el comprador, *B*₁, revende la finca a un tercero de buena fe, *B*₂, antes de haber pagado el precio al propietario y vendedor, *O* (figura 3, fila *c*). De modo similar, un arrendamiento puede plantear riesgos en ambas direcciones, esto es, tanto al arrendador como al arrendatario. El propietario arrendador, *O*, puede vender la finca a un tercero, *B*, quien puede entonces tratar de desahuciar al arrendatario, *L*, u obtener solo una acción contra el vendedor si el juez así lo decide (Figura 3, fila *d*). En dirección opuesta, el arrendatario puede abusar de su facultad para poseer el bien, haciéndose pasar por propietario de la finca y vendiéndola a otro sujeto (Figura 3, fila *e*). Además, esta alternancia de papeles

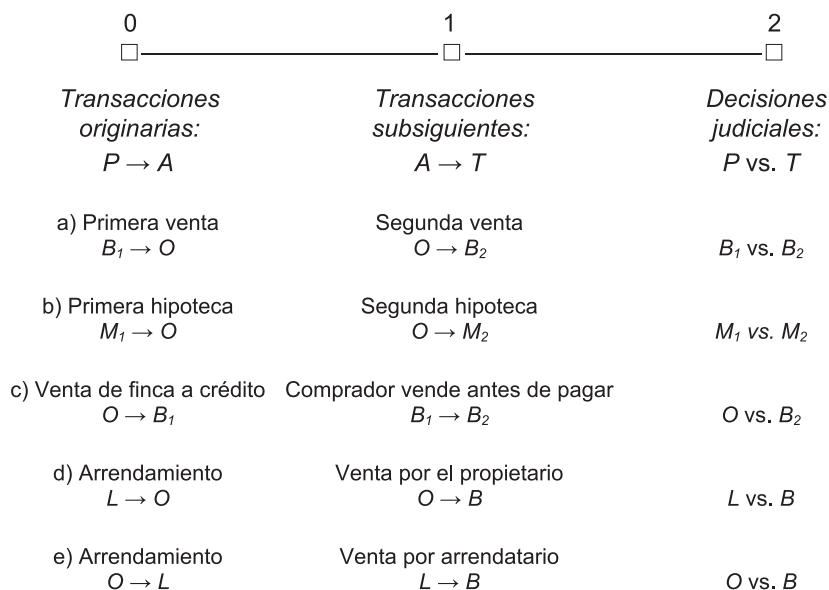


Figura 3. *Cronología de una muestra de intercambios secuenciales típicos sobre bienes inmuebles.*

Nota: Las flechas representan relaciones de agencia, no transmisiones. Los números 0, 1 y 2 indican los momentos 0, 1 y 2, respectivamente. *A*, agente; *B*, compradores; *L*, arrendatario; *M*, acreedores hipotecarios; *O*, propietario; *P*, principal; y *T*, tercero.

es común, porque la subsistencia de la propiedad propicia largas cadenas de transacciones, de modo que, en la mayoría de casos de propiedad, una transacción subsiguiente actual será la transacción originaria de futuras transacciones subsiguientes sobre el mismo activo. Igualmente, lo que hoy es una transacción originaria fue en el pasado una transacción subsiguiente de una originaria previa.

7. EL PROBLEMA INFORMATIVO DEL INTERCAMBIO SECUENCIAL Y SU RESOLUCIÓN MEDIANTE LA APLICACIÓN SELECTIVA DE REGLAS DE PROPIEDAD Y RESPONSABILIDAD

7.1. EL PROBLEMA: ASIMETRÍA INFORMATIVA EN TRANSACCIONES SUBSIGUIENTES

Todas las transacciones empresariales y de propiedad comparten, pues, una estructura común: las decisiones de especialización e intercambio que adoptan los propietarios y sus agentes conducen a transacciones originarias que multiplican y reasignan derechos, originando asimetrías informativas que pueden perjudicar a las transacciones subsiguientes de carácter impersonal, ya que los terceros pueden albergar dudas sobre las facultades del agente para comprometer al principal. La realización de transacciones subsiguientes fraudulentas es posible porque, como consecuencia de la transacción originaria, los agentes adquieren la posesión (en nombre ajeno) de los activos o se les coloca en una posición que genera la apariencia de que gozan de facultades para contratar en nombre del principal. Por ejemplo, a un empleado tenderá a vérselo como un sujeto autorizado para vincular a la empresa. De modo similar, un arrendamiento faculta al arrendatario a poseer la finca y le sitúa en buena posición para hacerse pasar por propietario al venderla a un tercero de buena fe. Estas situaciones generan una tensión entre proteger a los propietarios con reglas de propiedad, que potencian la inversión y la especialización, y proteger a los adquirentes con reglas de responsabilidad, que impulsan el intercambio impersonal.

Lo anterior puede expresarse en términos de negociación coaseana si observamos que, en un intercambio secuencial, el juez adjudicará en algún momento derechos *in rem* y derechos *in personam* de un valor marcadamente distinto. En la medida en que esta adjudicación se asienta en los contratos originarios, son estos contratos los que determinan la estructura informativa y las dificultades de las transacciones subsiguientes. Las aproximaciones que ponen el acento en la asignación inicial de los derechos corren el riesgo de oscurecer el proceso, puesto que la mayoría de los contratos están relacionados con derechos que fueron al menos reasignados por las partes en la transacción originaria previa. Y el hecho de que los derechos *in rem* sean más valiosos que los derechos *in personam* conduce a los que participan en el mercado a solicitar asignaciones pú-

blicas recurrentes —o sea, una adjudicación judicial o, al menos, la información verificable que serviría de base para decidir esa reasignación—. Proporcionar esta información verificable constituye la función mínima y esencial de los registros contractuales, especialmente respecto a las transacciones originarias que generan derechos abstractos, las cuales pueden mantenerse ocultas fácilmente.

Adviértase también que he centrado mi atención en aspectos distintos en las transacciones empresariales que en las de inmuebles, pero los problemas que plantean son iguales. Para las transacciones empresariales, he supuesto que el agente tiene facultades para contratar, mientras que, en las transacciones sobre inmuebles, me he centrado en situaciones en las que el agente carece de poder de disposición. Sin embargo, podía haber comparado igualmente el caso de un comerciante que suscribe con otro comerciante un contrato de depósito de mercancías con pacto expreso de no venderlas, un caso que se asemejaría más al del comprador de una finca que permite conservar la posesión al vendedor. Pese a que en la mayoría de sistemas jurídicos la posesión genera efectos distintos según se trate de bienes muebles o inmuebles, esta diferencia no afecta a la estructura del problema. Tampoco es distinto el potencial de que se produzca una colusión entre las partes del contrato originario, pues puede darse tanto en una sociedad mercantil como en la segunda venta de una finca o en la segunda hipoteca que se constituya sobre ella. En estos últimos casos, las partes simplemente ocultan el contrato previo hasta que el dinero cambia de manos en el contrato subsiguiente, engañando al tercero de buena fe. Es más, las partes pueden incluso escoger de manera oportunista en función de la evolución del precio de mercado, especialmente si la cuantía de la indemnización no viene determinada por el precio de mercado, sino por el precio de venta.

Además, la caracterización en términos de derechos *in rem*, es aparentemente inexacta para algunas transacciones empresariales, en la medida en que en ellas no hay activos directamente involucrados. Sí los hay en otras muchas transacciones empresariales, como es el caso, por ejemplo, de las que tienen por objeto toda clase de bienes, títulos valores o acciones de una sociedad mercantil; pero no en otras, en las que las transacciones solo modifican la prioridad de las obligaciones personales (por ejemplo, la responsabilidad extracontractual), haciendo responsable al principal. Sin embargo, incluso para estas últimas, el problema tiene la misma estructura informativa y las mismas soluciones institucionales. En puridad, el Derecho no consigue que estos intercambios sean plenamente impersonales, pero logra unos intercambios personales más seguros, puesto que son impersonales respecto a los agentes: los adquirentes saben quién responde por los actos del agente, por lo que será útil que actúen como principales individuos y empresas fiables (especialmente empresas, pues normalmente perduran durante más tiempo y son más fiables que las personas). También hace que sea más fácil salvaguardar los intercambios con la reputación y la ayuda de especialistas en el aseguramiento.

Por otra parte, también conviene destacar un supuesto implícito del análisis: que las transacciones subsiguientes son más impersonales que las originarias. Este supuesto es coherente con la realidad, pues cabe suponer, por ejemplo, que el conjunto de transacciones originarias con las que se crea la empresa (incluida su constitución como sociedad mercantil así como la contratación de empleados y la conexión con proveedores) tienen una naturaleza más personal —se basan, sobre todo, en interacciones repetidas— que las transacciones subsiguientes que se realicen con terceros. En otros casos, como el de los inmuebles, todas las transacciones son igual de impersonales si se consideran individualmente. No obstante, incluso en este caso, principales y agentes disponen de mejor información que los terceros sobre las transacciones previas, lo que causa una asimetría informativa, situando a los terceros en desventaja y haciendo que las transacciones subsiguientes sean diferentes. Expresado en otros términos, las transacciones impersonales se convierten *de facto* en personales cuando se las contemplan como transacciones originarias de futuras transacciones subsiguientes.

Por último, tratándose de bienes inmuebles, en lugar de realizarse una transacción originaria, se producirá en ocasiones una simple asignación de derechos, que puede ser explícita, proveniente de algún poder político (por ejemplo, una concesión estatal de tierras), o implícita (por ejemplo, la ocupación como regla de adquisición originaria de la propiedad). De hecho, si echamos la mirada atrás en la cadena histórica de títulos, habrá siempre al menos una asignación inicial de esta índole, y, a menudo, muchas más, no solo cuando se rompe la cadena contractual de títulos, sino también cuando se solicita del Estado que clarifique el derecho, esto es, que asigne los derechos *in rem* de manera clara (recuérdese la demanda de asignaciones públicas recurrentes que antes hemos analizado).

A pesar de estos matices, todos los conflictos que provocan estas secuencias de transacciones empresariales y de propiedad son de la misma naturaleza, pues el juez ha de adjudicar, o bien derechos *in rem* sobre el activo (la propiedad), y dejar a la parte «perdedora» con la posibilidad menos valiosa de reclamar una indemnización al agente, o bien, en aquellas transacciones empresariales que no involucran derechos *in rem*, adjudicar al tercero un derecho *in personam* contra el principal o meramente contra el agente. Si los jueces fallan siempre en favor del adquirente desinformado, mediante la aplicación de una regla de responsabilidad, lograrán que la asimetría informativa devenga irrelevante para los terceros, pero los propietarios correrán el riesgo de ser desposeídos. Este resultado sería negativo incluso para los adquirentes, puesto que estarán seguros frente a eventuales reivindicaciones de propietarios pasados, pero inseguros respecto a la mala conducta de futuros agentes. De modo similar, si los jueces siempre fallan en favor de los principales-propietarios, aplicando una regla de propiedad, la asimetría informativa que sufrirán los terceros perjudicará el intercambio impersonal. Incluso los legítimos propietarios tendrán dificultades para vender sus activos o utilizarlos como garantía del crédito. En cierto modo, la

reducción de los costes de transacción requiere debilitar los derechos de propiedad, y fortalecer estos derechos aumenta los costes de transacción.

Por consiguiente, emplearé estos conceptos de «regla de propiedad» y «regla de responsabilidad» para identificar las dos soluciones en las que el juez concede al propietario un derecho, respectivamente, superior o inferior al derecho incompatible que ostenta el adquirente de buena fe. Parece razonable denominar «regla de propiedad» a la solución en la que la prioridad se establece según la propiedad legítima, y «regla de responsabilidad» a su alternativa, en la que se establece según el contrato de transmisión²³. Esto puede causar confusión, pero cierta dosis de confusión resulta inevitable, puesto que en todos los casos se asignan tanto derechos *in rem* como derechos *in personam*. Por ejemplo, al aplicar una regla de responsabilidad, el juez atribuye a los propietarios un derecho *in personam* y a los adquirentes un derecho *in rem*. Por lo tanto, cualquiera que sea la denominación con la que se designe a las reglas, esta se ahorrará mejor a una determinada perspectiva y creará el riesgo de ser percibida como confusa cuando se observe desde la perspectiva opuesta, esto es, la de la otra parte de la transacción. En particular, las denominaciones que utilizo son intuitivamente más coherentes con la perspectiva de los antiguos propietarios, puesto que las reglas de propiedad confirman sus derechos *in rem*. Puede parecer menos coherente, sin embargo, para los adquirentes (los «nuevos» propietarios), por ser la regla de responsabilidad la que les lleva a obtener derechos *in rem* en lugar de derechos *in personam*. Con todo, empleo estas denominaciones para designar reglas y no derechos, que siempre son derechos *in rem* para el «ganador» e *in personam* para el «perdedor». Y este uso, al implicar que al propietario anterior se le asigne un derecho *in personam*, realiza la dilución voluntaria de los derechos de propiedad que considero una característica esencial de los mercados impersonales.

Asimismo, he de señalar que estas reglas son similares pero distintas de las reglas de «propiedad» y «responsabilidad» que introduce el trabajo clásico de CALABRESI y MELAMED (1972), puesto que no afectan solo a las partes de un contrato, sino que se definen en un contexto de una secuencia de dos transacciones con tres partes. Además, mi análisis se centra en el papel que desempeñan las partes en cada transacción y deja al margen el hecho de que los actuales terceros a menudo actuarán como principales en futuras secuencias de transacciones. Así, cuando un tercero de buena fe triunfa en una disputa sobre su transacción adquisitiva (esto es, cuando se le atribuye un derecho *in rem*),

²³ Empleo el término «regla de responsabilidad», que ya está siendo usado por autores españoles, para traducir la expresión *contract rule* de la obra original, pese a que sería quizá más exacto traducirlo por «regla contractual», reflejando así la simetría de su naturaleza con la «regla de propiedad», y clarificando sus diferencias respecto al concepto de *liability rule* acuñado por CALABRESI y MELAMED (1972).

este no sale exitoso como consecuencia de haberse activado una regla de propiedad, la cual, por definición, hubiera atribuido el bien al propietario original. En este caso, al tercero no se le obliga a resarcir al propietario original, como sucedería al aplicar la regla de responsabilidad de CALABRESI y MELAMED. Por último, la regla de propiedad de CALABRESI y MELAMED es más débil, pues se refiere solo a la capacidad para forzar a un potencial invasor del derecho de propiedad a negociar una transmisión consensuada parecida al cumplimiento específico, lo cual cabe argumentar que tiene poco que ver con un derecho *in rem* (MERRILL, y SMITH, 2001a).

7.2. LA SOLUCIÓN: PROTECCIÓN DEL TERCERO Y CONSENTIMIENTO VERIFICABLE

Retomando la discusión principal, conviene recordar que aparentemente la elección clave es la de proteger a los propietarios o a los adquirentes, esto es, en conceder un *enforcement in rem* a los derechos de propiedad o reducir los costes de transacción. La aplicación de reglas de propiedad favorecería a los propietarios anteriores en detrimento de los posteriores y, viceversa, la aplicación de reglas de responsabilidad favorecería a los propietarios posteriores en detrimento de los anteriores. Sin embargo, el crecimiento económico no solo se potencia, sino que puede requerir ambas ventajas: unos derechos de propiedad seguros, que estimulen la inversión, y unos costes de transacción reducidos, que faciliten la asignación y especialización de los recursos. Por tanto, es a menudo eficiente instrumentar instituciones que, aun incurriendo en un cierto coste, puedan superar este compromiso, maximizando el valor para los adquirentes sin dañar a los propietarios.

Estas instituciones lo logran aplicando reglas de propiedad o de responsabilidad a un determinado contexto, pero sujetándolas a condiciones adecuadas, lo que reduce en gran medida los efectos negativos sobre, respectivamente, la seguridad de la propiedad o los costes de transacción. En términos generales, la aplicación de reglas de responsabilidad, que favorecen a los adquirentes, está condicionada al consentimiento verificable de los propietarios, a fin de protegerles; mientras que la aplicación de reglas de propiedad, que favorecen a los propietarios, está condicionada a que el contrato sea público y verificable, a fin de proteger a los adquirentes.

Cuando el Derecho aplica una regla de responsabilidad, lo hace después de que el propietario lo haya consentido, y la libertad para otorgar o no su consentimiento permite a los propietarios proteger su propiedad. Esta fue, por ejemplo, la solución que se ideó en la Edad Media bajo la *lex mercatoria*: cuando los comerciantes confiaban la posesión de sus mercancías a otros comerciantes, el juez atribuiría esas mercancías al tercero de buena fe que las hubiera adquirido en una transacción subsiguiente. De forma parecida, cuando los fundadores constituyen una sociedad mercantil y nombran a sus representantes, están consintiendo que

sus derechos de propiedad se debiliten en favor de cualquier tercero que contrate con la sociedad. Pero, como este debilitamiento potencial de los derechos de propiedad es decidido por sus titulares, no debiera provocar demasiados daños.

Por el contrario, cuando el Derecho aplica una regla de responsabilidad, lo hace solo una vez que el propietario ha cumplido con los requisitos de publicidad que aseguran tanto que los jueces puedan verificar los contratos originarios como que se reduzcan los costes de transacción de todos los potenciales terceros que participan en el mercado. Por ejemplo, en la doble venta de una finca, el juez atribuirá la finca no al primero que la haya adquirido, sino al primer comprador que haya hecho pública la compra. En otras palabras, al no hacer pública la compra, el primer comprador está consintiendo implícitamente que su derecho de propiedad se vea debilitado, por lo que se aplicará una regla de responsabilidad para adjudicar la finca en una eventual segunda venta que se haga pública primero. Soluciones similares se aplican a todos los ejemplos que hemos visto anteriormente.

La cuestión clave es que el juez no aplica estas reglas automáticamente, sino que su aplicación está sujeta a condiciones, las cuales son necesarias para superar el compromiso entre el *enforcement* de la propiedad y los costes de transacción. En particular, dada la naturaleza secuencial de los intercambios, todos los sistemas han de asegurar que los principales permanezcan comprometidos con las decisiones que hayan adoptado. Para ilustrarlo, basta con imaginar a un comerciante que, tras no haber cobrado una mercancía que había entregado a un distribuidor, arguye que este no estaba autorizado para venderla; o a un accionista que otorga un poder general a un administrador pero que, cuando este último comete un error grave, reniega de él y esgrime que carecía de poder para representarle. El compromiso es la esencia en estos ejemplos, como lo es también en las transacciones sobre fincas. Por ejemplo, en la doble venta de una finca, el propietario y el primer comprador podrían confabularse para emerger con la primera venta solo si el valor de la finca sube por encima del coste esperado de la indemnización. Es más, cuando se aplica una regla de propiedad, el compromiso de los propietarios debe alcanzar también a todos los terceros potenciales.

La condición común es que el juez tiene que poder verificar el consentimiento prestado o la publicidad realizada respecto a las transacciones originarias. Ello puede hacerse de manera informal, cuando es inevitable que o bien la transacción originaria, por sí misma, o bien las actividades que desencadena hagan pública, como un subproducto, la información relevante. Una transacción con efectos informativos de este tipo es, por ejemplo, aquella por la que un comerciante adquiere la posesión de la mercancía que vende. De forma parecida, el ámbito de las facultades de representación de los empleados puede advertirse fácilmente al observar cómo desempeñan sus funciones habituales en su puesto de trabajo. En caso contrario, se hace necesario poner en funcionamiento organizaciones y procedimientos explícitos y costosos para, en esencia, hacer públicos

los elementos consensuales que puedan afectar a los terceros. Esos elementos comprenden, al menos, la fecha y la información necesaria para activar la regla correspondiente. Por ejemplo, la constitución de una sociedad mercantil exige hacer público, entre otros extremos, la fecha, el nombre de la sociedad, el de sus fundadores, el capital social y el régimen de adopción de acuerdos; y, por su parte, las adquisiciones de fincas y la constitución de hipotecas requieren identificar, al menos, la finca y las partes contratantes.

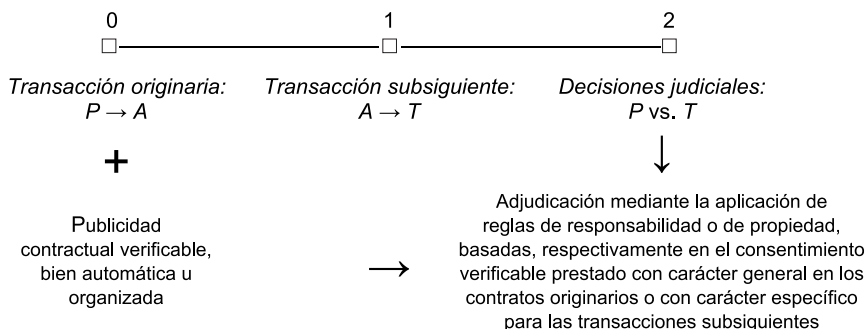


Figura 4. *La función de la publicidad contractual verificable en los intercambios secuenciales.*

Nota: Las flechas entre partes representan relaciones de agencia, no transmisiones. Los números 0, 1 y 2 indican los momentos 0, 1 y 2, respectivamente. A, agente; P, principal; y T, tercero.

En consecuencia, la solución radica en basarse en el conocimiento público de los contratos originarios y, cuando ese conocimiento no esté disponible, registrar públicamente esos contratos para hacer verificable su contenido (figura 4). En términos generales, cuando el Derecho aplica una regla de responsabilidad, que elimina directamente el riesgo a que puedan estar expuestos los adquirentes en las transacciones subsiguientes, protege a los propietarios al permitirles escoger al agente y al activar una regla de responsabilidad solo como consecuencia del nombramiento del propio agente. Por el contrario, cuando el Derecho aplica una regla de propiedad, la cual garantiza que los derechos de los propietarios se hagan cumplir *in rem*, lo hace a condición de que las transacciones originarias se hayan hecho públicas, lo que reduce tanto los riesgos a los que están expuestos los adquirentes como los costes de transacción de las transacciones subsiguientes. Naturalmente, muchas situaciones no son del tipo todo o nada, sino que, por el contrario, presentan un continuo. Por ejemplo, cierto grado de publicidad automática puede bastar para transacciones de escaso valor y, en otros casos, se aplica una combinación de mecanismos de publicidad para dimensiones

diferentes. Por ejemplo, la posesión de un bien inmueble puede desempeñar una función de publicidad y verificación para ciertos derechos *in rem* que son fáciles de observar (por ejemplo, la mayoría de arrendamientos), pero no para los que son de naturaleza abstracta (por ejemplo, la propiedad o la hipoteca). En todo caso, el hecho de que algunos elementos del contrato originario sean públicos y verificables asegura que las partes del contrato originario se hallan comprometidas a la regla de responsabilidad (esto es, los titulares no pueden negar que han consentido debilitar sus derechos) o que la aplicación de la regla de la propiedad no lesionará a terceros de buena fe. En esencia, asegura que jueces y terceros basan sus decisiones en la misma información.

Una característica esencial de estas decisiones judiciales es que se basan en información relativa al consentimiento prestado por los titulares, y no en el valor que puedan tener los recursos en litigio en manos de cada uno de los litigantes²⁴. Por tanto, el Derecho y, en particular, los registros, permiten que funcione el mercado sin que el juez haya de valorar asignaciones alternativas, evitando así el peligro de que jueces y gobiernos puedan de hecho asignar los recursos según sus propias preferencias y supeditados por su limitada capacidad para valorarlos (POLINSKY, 1980). En su lugar, la asignación está gobernada por el consentimiento prestado por los propietarios, bien en la transacción originaria, cuando nombran al agente y, por tanto, activan la eventual aplicación de reglas de responsabilidad a transacciones subsiguientes; o bien en la transacción subsiguiente, cuando acuerdan transmitir sus derechos a los adquirentes en los casos en los que el Derecho aplica reglas de propiedad. Por tanto, en ambos casos, el elemento básico de la contratación privada —el consentimiento voluntario— no solo se preserva, sino que además se potencia. Ello asegura que mejore la posición de los propietarios respecto a un sistema jurídico alternativo que, al resolver los conflictos siempre en favor de los propietarios anteriores, perjudicaría la especialización y el intercambio.

8. CONCLUSIÓN

En conclusión, el Derecho sigue dos estrategias para alcanzar un compromiso entre los beneficios que procura el *enforcement* y los costes de transacción inherentes a los derechos *in rem*: (1) aplica reglas de propiedad —esto es, resuelve los conflictos en favor de los propietarios— a condición de que esos

²⁴ Como se ha analizado en la literatura sobre reglas de propiedad y de responsabilidad (véanse, por ejemplo, AYRES y TALLEY, 1995, y KAPLOW y SHAVELL, 1996; así como KRAUSS, 1998, para un resumen), que se centra en una situación en la que un derecho en disputa ha de ser asignado o a su titular o a un posible invasor (en lugar de a un tercero de buena fe), una situación en la que la aplicación de la regla de responsabilidad (entendida en el sentido de CALABRESI y MELAMED, 1972) lleva a que el invasor indemnice al titular.

derechos se hagan públicos y puedan verificarse; o (2) aplica reglas de responsabilidad —esto es, resuelve el conflicto en favor de los terceros— a condición de que concurra el consentimiento verificable de los propietarios. En términos generales, estas son las dos estrategias que se aplican, respectivamente, a las transacciones inmobiliarias y a las empresariales. Este tratamiento diferenciado sugiere que el fundamento de ambas estrategias está relacionado con la naturaleza mercantil o civil de las partes que intervienen en la transacción.

Estas diferentes estrategias entrañan una serie de consecuencias para el tratamiento de la mayoría de transacciones, tanto sobre inmuebles como empresariales. Primero, los propietarios otorgan su consentimiento de formas muy distintas. En las transacciones empresariales y, en particular, en las relacionadas con sociedades mercantiles, el consentimiento se presta en las transacciones originarias, por lo que es aplicable a muchas eventuales transacciones subsiguientes. En las transacciones sobre inmuebles, los propietarios, con solo proporcionar una prueba de sus derechos de manera pública, preservan su facultad de otorgar o no su consentimiento en el futuro, concediendo o denegando efectos *in rem* a cualquier aspecto de las transacciones subsiguientes que colisione con sus propios derechos. El consentimiento se otorgará o denegará en el momento en que tengan lugar las transacciones subsiguientes y de manera específica para cada una de ellas.

Segundo, la reasignación de los derechos es, pues, más automática en las transacciones empresariales que en las realizadas sobre inmuebles. La aplicación de reglas de responsabilidad implica que los derechos *in rem* que colisionen con la pretendida transacción subsiguiente se transformen automáticamente en derechos *in personam*. Por consiguiente, la reasignación tiene lugar en cada una de las transacciones subsiguientes. En las transacciones sobre inmuebles, se produce una reasignación similar únicamente en sistemas de registro de derechos, mientras que en sistemas de privacidad y de registro de documentos pueden subsistir derechos en conflicto a menos que las partes soliciten la intervención del juez.

Tercero, la principal actividad de aseguramiento de los adquirentes (por ejemplo, la contratación por las partes de todo tipo de agentes) también difiere según se trate de transacciones sobre inmuebles o empresariales. En las empresariales, puesto que el Derecho aplica reglas de responsabilidad y los consentimientos de los titulares se conceden de antemano, los adquirentes no precisan recabarlos, sino solo comprobar que se han otorgado de tal modo que, llegado el caso, serían verificables por un juez. En cambio, dado que para las transacciones sobre inmuebles el Derecho suele aplicar reglas de propiedad, los adquirentes de derechos *in rem* precisan que los titulares consientan la transacción planeada. Y este consentimiento lo recaban bien facultativamente (cuando el Derecho exige publicidad independiente en sistemas de registro de documentos) o bien obligatoriamente (cuando el Derecho, además, reasigna los derechos *in rem* tras cada transacción, como sucede en los sistemas de registro de derechos). Esta

tercera consecuencia, relativa al tipo de aseguramiento necesario para contratar en cada uno de los dos ámbitos —empresarial e inmobiliario— explica muchas de las diferencias que se observan entre registros de la propiedad y registros mercantiles, diferencias cuyo tratamiento he de dejar para otra ocasión²⁵.

9. REFERENCIAS

- ACEMOGLU, Daron; Simon JOHNSON, y James ROBINSON (2001): «The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation». *American Economic Review* 91:1369-401.
- AKERLOF, George A. (1970): «The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism». *Quarterly Journal of Economics* 84:488-500.
- ALLEN, Douglas W. (1991): «Homesteading and Property rights; or, “How the West Was Really Won”». *Journal of Law and Economics* 34:1-23.
- ALLEN, Douglas W., y Dean LUECK (2003): *The Nature of the Farm: Contracts, Risk and Organization in Agriculture*. Cambridge: MIT Press.
- ALSTON, Lee J., Gary D. LIBECAP, y Bernardo MUELLER (1999): *Titles, Conflict and Land Use: The Development of Property Rights and Land Reform on the Brazilian Frontier*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- ANDERSON, Terry L., y Peter J. HILL (1975): «The Evolution of Property Rights: A Study of the American West». *Journal of Law and Economics* 18:163-80.
- (1990): «The Race for Property Rights». *Journal of Law and Economics* 33:177-97.
- ARRUÑADA, Benito, y Xosé H. VÁZQUEZ (2006): «When Your Contract Manufacturer Becomes Your Competitor». *Harvard Business Review* 84:135-45.
- ARRUÑADA, Benito (2010a): «Protestants and Catholics: Similar Work Ethic, Different Social Ethic». *The Economic Journal* 120:890-918.
- (2010b): «Institutional Support of the Firm: A Theory of Business Registries». *The Journal of Legal Analysis* 2:525-76 (traducción española adaptada: «Fundamentos institucionales de la contratación empresarial: Una teoría del Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, 278:1291-369).
- (2012): *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: The Theory and Policy of Contractual Registries*. Chicago: University of Chicago Press (traducción española, en prensa: Cizur Menor: Thompson-Reuters).
- AYRES, Ian, y Eric TALLEY (1995): «Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade». *Yale Law Journal* 104:1027-117.
- BAIRD, Douglas G., y Thomas H. JACKSON (1984): «Information, Uncertainty, and the Transfer of Property». *Journal of Legal Studies* 13:299-320.
- BARZEL, Yoram [1989] (1997): *Economic Analysis of Property Rights*. 2d ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- CALABRESI, Guido, y A. Douglas MELAMED (1972): «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral». *Harvard Law Review* 85:1089-128.

²⁵ El lector interesado puede consultar ARRUÑADA (2012, capítulos 2 y 3, 43-107).

- CHEUNG, Steven N. S. (1969): *The Theory of Share Tenancy*. Chicago: University of Chicago Press.
- CHONG, Alberto E., y César A. CALDERÓN (2000): «Causality and Feedback between Institutional Measures and Economic Growth». *Economics and Politics* 12:69-81.
- COASE, Ronald H. (1960): «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics* 3:1-44.
- DEMSETZ, Harold (1967): «Toward a Theory of Property Rights». *American Economic Review* 57:347-59.
- (1998): «Property Rights». En Peter NEWMAN, ed., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 3:144-55. London: Macmillan.
- EPSTEIN, Richard (1987): «Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership». *Journal of Legal Studies* 16:1-41.
- GRANOVETTER, Mark (1985): «Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness». *American Journal of Sociology* 91:481-510.
- GREIF, Avner (2002): «Institutional Foundations of Impersonal Exchange: From Communal to Individual Responsibility». *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 158:168-204.
- (2004): «Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System». *Chicago Journal of International Law* 5:109-38.
- (2006a): «The Birth of Impersonal Exchange: The Community Responsibility System and Impartial Justice». *Journal of Economic Perspectives* 20:221-36.
- (2006b): *Institutions and the Path to the Modern Economy*. New York: Cambridge University Press.
- GROSSMAN, Sanford J., y Oliver HART (1986): «The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Lateral and Vertical Integration». *Journal of Political Economy* 94:691-719.
- HANSMANN, Henry, y Reinier KRAAKMAN (2002): «Property, Contract, and Verification: The *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights». *Journal of Legal Studies* 31:S373-S420.
- HAYEK, Friedrich A. VON [1973-1979] (1982): *Law, Legislation, and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press (reprint; London: Routledge & Kegan Paul). Page references are to reprint edition.
- HELLER, Michael A. (1998): «The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets». *Harvard Law Review* 111:621-88.
- (1999): «The Boundaries of Private Property». *Yale Law Journal* 108:1163-223.
- HERMALIN, Benjamin E., Avery W. KATZ, y Richard CRASWELL (2007): «Contract Law». En: A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL, eds., *Handbook of Law and Economics*, 1:3-138. Amsterdam: Elsevier.
- JENSEN, Michael C., y William H. MECKLING (1976): «Theory of Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure». *Journal of Financial Economics* 3:305-60.
- KAPLOW, Louis, y Steven SHAVELL (1996): «Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis». *Harvard Law Review* 109:713-90.
- KNACK, Stephen, y Philip KEEFER (1995): «Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures». *Economics and Politics* 1:207-28.

- KRAUSS, Michael I. (1998): «Property Rules vs. Liability Rules». En: B. BOUCKAERT and G. de GEEST, eds., *Encyclopedia of Law & Economics*, 2:782-94. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar.
- LEVMORE, Saul (1987): «Variety and Uniformity in the Treatment of the Good-Faith Purchaser». *Journal of Legal Studies* 16:43-65.
- LIBECAP, Gary D. (1978): «Economic Variables and the Development of the Law: The Case of Western Mineral Rights». *Journal of Economic History* 38:338-62.
- (1989): *Contracting for Property Rights*. New York: Cambridge University Press.
- LIBECAP, Gary D., y Dean LUECK (2011a): «Land Demarcation Systems». En: Kenneth AYOTTE y Henry E. SMITH, eds., *Research Handbook on the Economics of Property Law*, 257-95. Cheltenham: Edward Elgar.
- (2011b): «The Demarcation of Land and the Role of Coordinating Property Institutions». *Journal of Political Economy* 119:426-67.
- LUECK, Dean (1995): «The Rule of First Possession and the Design of the Law». *Journal of Law and Economics* 38:393-436.
- LUECK, Dean, y Thomas J. MICELI (2007): «Property Law». En: A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL, eds., *Handbook of Law and Economics*, 1:183-257. Amsterdam: Elsevier.
- MERRILL, Thomas W., y Henry E. SMITH (2000): «Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle». *Yale Law Journal* 110:1-70.
- (2001a): «What Happened to Property in Law and Economics?». *Yale Law Journal* 111:357-98.
- (2001b): «The Property/Contract Interface». *Columbia Law Review* 101:773-852.
- (2007): *Property: Principles and Policies*. New York: Foundation Press.
- (2010): *Property*. Oxford: Oxford University Press.
- NORTH, Douglass C. (1981): *Structure and Change in Economic History*. New York: W. W. Norton.
- (1990): *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (1991): «Institutions». *Journal of Economic Perspectives* 5:97-112.
- NORTH, Douglass C., y Robert P. THOMAS (1973): *The Rise of the Western World: A New Economic History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NORTH, Douglass C., John Joseph WALLIS, y Barry R. WEINGAST (2009): *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- OSTROM, Elinor (1990): *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PENNER, James E. (1997): *The Idea of Property in Law*. Oxford: Oxford University Press.
- POLINSKY, Mitchell A. (1980): «Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies». *Stanford Law Review* 32:1075-112.
- RODRÍK, Dani; Arvind SUBRAMANIAN, y Francesco TREBBI (2002): «Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development». *Journal of Economic Growth* 9:131-65.
- ROSE, Carol M. (1988): «Crystals and Mud in Property Law». *Stanford Law Review* 40:577-610.

- ROSE-ACKERMAN, Susan (1985): «Inalienability and the Theory of Property Rights». *Columbia Law Review* 85:931-69.
- SEABRIGHT, Paul (2004): *The Company of Strangers: A Natural History of Economic Life*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- SMITH, Adam [1776] (1981): *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Indianapolis: Oxford University Press/Liberty Press.
- SMITH, Henry E. (2002): «Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights». *Journal of Legal Studies* 31:S453-87.
- (2006): «Modularity in Contracts: Boilerplate and Information Flow». *University of Michigan Law Review* 104:1175-222.
- (2007): «Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information». *Yale Law Journal* 116:1742-823.
- (2008): «Governing Water: The Semicommons of Fluid Property Rights». *Arizona Law Review* 50:445-78.
- (2009): «Modularity in Property, Intellectual Property, and Organizations». Harvard Law School Working Paper, September 17.
- (2011): «Standardization in Property Law». En: Kenneth AYOTTE y Henry E. SMITH, eds., *Research Handbook on the Economics of Property Law*, 148-73. Cheltenham: Edward Elgar.
- WALLIS, John Joseph (2011): «Institutions, Organizations, Impersonality, and Interests: The Dynamics of Institutions». *Journal of Economic Behavior and Organization* 79:48-64.
- WILLIAMSON, Oliver E. (1985): *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press.

RESUMEN

**DERECHOS DE PROPIEDAD,
COSTES DE TRANSACCIÓN,
INTERCAMBIO IMPERSONAL,
REGISTROS, ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO**

Las naciones prosperan cuando los inversores se sienten seguros y están, por ello, dispuestos a invertir en actividades productivas. Pero prosperan aún más si pueden comerciar fuera de su círculo de conocidos, de igual modo que las empresas invierten y se especializan más cuando pueden vender lo que producen en un mercado más extenso. Unas instituciones jurídicas eficaces facilitan estos dos factores esenciales del desarrollo, pues no solo hacen que los inversores se sientan seguros al invertir, sino que también permiten a cualquiera

ABSTRACT

**PROPERTY RIGHTS,
TRANSACTION COSTS,
IMPERSONAL EXCHANGE,
REGISTRIES, ECONOMIC ANALYSIS
OF LAW**

People prosper when investors feel secure and are therefore willing to invest in productive activities. But they prosper even more if they can trade beyond their personal circles of known people, as producers invest and specialize more when they can sell their production in a larger market. Good institutions facilitate these two key factors for development, as they not only make investors feel secure in their investments but also enable everybody to trade impersonally, thus creating wealth. The analysis in this article builds a theory

comerciar impersonalmente, generando así riqueza. El análisis en este artículo fundamenta una teoría de los registros públicos según la cual estos posibilitan que el cumplimiento del contrato recaiga directamente sobre los bienes o activos, de modo que los contratantes no precisen información sobre sus contrapartes y puedan, por tanto, comerciar de manera impersonal.

of public registries according to which registries make it possible to ground contract enforcement directly on assets, in such a way that transacting parties need no personal information about each other and can therefore trade impersonally.

(Trabajo recibido el 12-11-2012 y aceptado para su publicación el 8-1-2013)

Pretensiones procesales ejercitables en el proceso judicial de revisión de la calificación registral negativa o de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹

por

JOSÉ MARTÍN PASTOR

*Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia-
Real Colegio de España y de Valencia
Profesor Titular (acreditado para Catedrático) de Derecho Procesal
de la Universitat de València (Estudi General)*

SUMARIO

- I. EL OBJETO DEL PROCESO JUDICIAL CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 328 DE LA LEY HIPOTECARIA DEBE RECAER SOBRE CUESTIONES RELACIONADAS, DIRECTA E INMEDIATAMENTE, CON LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.
- II. EL OBJETO DEL PROCESO CUANDO SE IMPUGNA DIRECTAMENTE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA:
 1. SOLO PUEDEN CONSTITUIR OBJETO DEL PROCESO REGULADO EN EL ARTÍCULO 328 DE LA LEY HIPOTECARIA PRETENSIONES RELATIVAS A LAS CALIFICA-

¹ Este trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación en Derecho Procesal «Recurso de casación civil: igualdad ante la ley, acceso a la casación, y jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo en el orden jurisdiccional civil», financiado por el Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-03240), del cual su autor es el investigador principal.

- CIONES REGISTRALES NEGATIVAS. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LOS PROCESOS REGULADOS EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 328 DE LA LEY HIPOTECARIA.
2. EL OBJETO DEL PROCESO REGULADO EN EL ARTÍCULO 328 DE LA LEY HIPOTECARIA CONSISTE EN ANALIZAR SI LOS DEFECTOS POR LOS QUE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL HA SIDO NEGATIVA CONCURREN EN EFECTO.
 3. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD O CONSTITUTIVA DE ANULACIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA.
 4. LA PRETENSIÓN DE CONDENA A LA PRÁCTICA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOLICITADA.
 5. LAS EVENTUALES PRETENSIONES SOBRE LA VALIDEZ O LA NULIDAD O SOBRE LA EFICACIA O INEFICACIA DEL ACTO O NEGOCIO CONTENIDO EN EL TÍTULO CALIFICADO O LA DE ESTE MISMO:
 - 5.1. *El objeto de los procesos contemplados en los artículos 66 y 328 de la Ley Hipotecaria.*
 - 5.2. *El objeto de la calificación registral y el objeto del proceso de impugnación de la calificación registral negativa. Cuando la calificación registral haya sido negativa por un vicio de ineficacia o de invalidez del acto o negocio documentado en el título o del mismo título, para resolver sobre la corrección de la calificación registral habrá que resolver, prejudicialmente, sobre la existencia o no de dicho vicio de ineficacia o invalidez.*
- III. EL OBJETO DEL PROCESO CUANDO SE IMPUGNA LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DESESTIMATORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO:
1. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD O CONSTITUTIVA DE ANULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DESESTIMATORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO.
 2. LA PRETENSIÓN DE CONDENA A LA PRÁCTICA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOLICITADA.
- IV. EL OBJETO DEL PROCESO CUANDO SE IMPUGNA LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO ESTIMATORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO.
- V. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA —O CONSTITUTIVA— DE NULIDAD —O DE ANULACIÓN— DE LA NOTA DE CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA O DE LA RDGRN POR DEFECTOS FORMALES O INFRACCIONES PROCEDIMENTALES.
- VI. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES Y DE PROCESOS.
- VII. EL OBJETO DEL PROCESO EN FUNCIÓN DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS.
- VIII. LA SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS O EL DESISTIMIENTO DE LA INSCRIPCIÓN NO IMPIDEN EL INICIO DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN NI SUPONEN SU TERMINACIÓN POR CARENCIA, INICIAL O SOBREVENIDA, DE OBJETO.

I. EL OBJETO DEL PROCESO JUDICIAL CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 328 DE LA LEY HIPOTECARIA DEBE RECAER SOBRE CUESTIONES RELACIONADAS, DIRECTA E INMEDIATAMENTE, CON LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El propósito de este trabajo consiste en analizar el objeto del proceso de impugnación judicial de la calificación registral negativa, destacando las opiniones doctrinales y los pronunciamientos judiciales emitidos sobre esta cuestión controvertida.

Para ello hemos de partir de la base de que el artículo 328 LH ha diseñado un proceso para impugnar² y someter a revisión judicial bien la calificación negativa del registrador —denegatoria de la práctica del asiento registral solicitado—, bien la resolución, expresa o presunta, de la DGRN que, al resolver el recurso gubernativo interpuesto contra dicha calificación negativa, ratifica tal decisión o la anula.

Sobre el particular, la SAP de Valencia (Sección 9.^a), número 103/2009, de 29 de abril, ha puntualizado que «nos encontramos ante un proceso judicial especial que de manera alguna tiene carácter ordinario, pues se ha establecido con fundamento y finalidad concreta y específica, cual es someter a revisión judicial bien la decisión de calificación negativa (no acceso al registro) adoptada por el registrador, bien la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado que confirma tal decisión o que la revoca».

Y ello porque, según los artículos 66, I; y 324, I LH, la calificación negativa del registrador podrá recurrirse potestativamente ante la DGRN o ser impugnada directamente ante el órgano jurisdiccional competente.

En virtud de las previsiones normativas apuntadas e interpretando sistemáticamente el artículo 328 LH con el artículo 326, I de la misma norma —según este precepto el potestativo recurso gubernativo «deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma»—, se puede concluir que el proceso judicial contemplado en el primero de los preceptos citados solo podrá tener por objeto cuestiones relacionadas, directa e inmediatamente, con la calificación registral³.

² Para lo que no se puede utilizar el proceso que nos ocupa es para subsanar defectos recogidos en la calificación del registrador.

Lo ha puesto de manifiesto la SAP de las Islas Baleares (Sección 3.^a), número 475/2010, de 30 de noviembre, según la cual: «el recurso no es, por tanto, la vía adecuada para subsanar los defectos recogidos en la calificación del registrador, para lo cual debe acudir a una nueva presentación de documentos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario» (FD 2.^o).

³ Así, MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., págs. 103-104.

Así lo ha puesto de manifiesto la SAP de Madrid (Sección 18.^a), número 528/2008, de 10 de noviembre, según la cual, «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 LH, el proceso a que se contrae esta litis “deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma”» (FD 1.^o).

Según la SAP de Madrid (Sección 21.^a), número 256/2008, de 4 de junio, «nos encontramos en el ámbito de un proceso civil, especial por razón de su objeto, que resuelve una cuestión concreta, lo acertado o no de la Resolución que decide sobre una determinada calificación registral, con las consecuencias que ello conlleva» (FD 3.^o).

Un ejemplo de pretensiones no incluibles en el objeto del proceso que nos ocupa lo encontramos en la SAP de Cantabria (Sección 2.^a), número 238/2004, de 24 de junio. Esta resolución se dicta en un supuesto de hecho en el que se denegó la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre una finca porque la misma figuraba inscrita a nombre de la esposa del deudor, exigiéndose a tal efecto una previa declaración de ganancialidad de la deuda.

Solicitada en el proceso previsto en el artículo 328 LH la declaración de ganancialidad de la deuda a los efectos de que la inscripción se practicara, la resolución citada resolvió que «la primera declaración que debe realizarse para la adecuada resolución del presente recurso es la de que el ámbito del mismo se circunscribe al mero análisis de si es o no conforme a derecho la denegación de la anotación del embargo realizada por la señora Registradora de la Propiedad. Como es obvio no procede —en contra de lo que *ex novo* se interesa en el escrito de recurso de apelación— realizar declaración alguna sobre la ganancialidad o no de la deuda que mantiene el deudor con la Seguridad Social, lo cual no ha sido objeto de discusión en el presente procedimiento pues tal determinación excede del mismo» (FD 2.^o).

Otro ejemplo de pretensiones no incluibles en el objeto del proceso que nos ocupa lo encontramos en un supuesto en el que el registrador denegó la inscripción de un acuerdo por el que se pretendía la transformación de una Sociedad Colectiva en una Sociedad Limitada, por no existir unanimidad en la adopción del mismo, y en el que en el proceso judicial se solicitó subsidiariamente la declaración de validez del acuerdo —a pesar de la falta de unanimidad— por ser beneficioso para los intereses de la sociedad. La SAP de Asturias (Sección 6.^a), número 86/2005, de 7 de marzo, desestimó el recurso, ya que lo único que se permite en dicho proceso es revisar la actuación administrativa en lo que se refiere a cuestiones relacionadas directamente con la calificación del registrador:

«SEGUNDO.—El primer motivo impugna la declaración que afirma que la petición subsidiaria no es propia de este procedimiento, al considerar la parte recurrente que encuentra amparo en el artículo 398, párrafo 3.^o, del Código Civil, al facultar al juez a proveer lo que

corresponda (en este caso, la transformación social pretendida) cuando no exista un acuerdo de la mayoría de los partícipes.

En primer lugar, el artículo 328 citado de la LH establece un procedimiento especial, que sigue las normas del juicio verbal civil, para revisar la resolución administrativa que rechace la inscripción registral, sin admitir otras pretensiones que no sea la de ordenar dicha inscripción, como se deduce del artículo 326.1 de la citada Ley, al advertir que “el recurso (aunque se refiere a la impugnación frente a la calificación del Registrador, debe igualmente hacerse extensivo al acuerdo de la Dirección General, pues este tiene como antecedente necesario a aquel otro) deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma”. Por eso la legitimación activa corresponde a la misma persona que impugnó el acuerdo del Registrador y la pasiva a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por otro lado, el último párrafo del artículo 326, al afirmar que lo resuelto en él se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo, viene a reforzar el estricto ámbito del presente procedimiento, ya que si lo que se pretende es imponer forzosamente (si ello es posible) a los ausentes o que se abstuvieron la validez del acuerdo de transformación, habría de dirigirse la demanda frente a los mismos (a menos que estos fueran los que procedieren a la impugnación judicial, con lo que las legitimaciones activa o pasiva serían diferentes a las exigidas en el presente (...)).

Por último, en la SAP de Asturias (Sección 1.^a), número 433/2006, de 19 de diciembre, se ha destacado que el proceso que nos ocupa no es el adecuado para resolver sobre titularidades:

«SEGUNDO.—Los términos del debate, debe recordarse en este momento dado que en el recurso se vuelve a insistir en una idea manejada en la primera instancia, se reducen a revisar la resolución dictada por la Dirección General de Registros y del Notariado, que fue objeto de un previo recurso gubernativo, como señala con absoluta corrección la resolución del Juzgado. Precisamente, el procedimiento iniciado por el apelante es el del artículo 328 de la Ley Hipotecaria, redactado de conformidad con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que en su primer párrafo dice: (...). El pretender en este momento la resolución sobre titularidades es plenamente inadecuado, pues ni el juez de lo Mercantil, ni en estos momentos esta Sala, puede ir más allá de lo que el procedimiento permite, debiendo dejarse esa cuestión —como también indica con total adecuación la resolución que se discute— por completo ajena para su planteamiento, si lo cree conveniente el apelante, ante la jurisdicción civil, no la especializada que es la mercantil, y mediante el litigio oportuno».

Atendiendo a lo expuesto, para analizar el objeto del proceso judicial que nos ocupa hemos de distinguir las siguientes hipótesis posibles:

- 1.^a) El objeto del proceso cuando se impugna directamente la calificación registral negativa.
- 2.^a) El objeto del proceso cuando se impugna la RDGRN desestimatoria del recurso gubernativo interpuesto.
- 3.^a) El objeto del proceso cuando se impugna la RDGRN estimatoria del recurso gubernativo interpuesto.

Antes de entrar en cada una de las hipótesis descritas conviene traer a colación que el objeto del proceso civil de declaración está integrado o constituido por la pretensión procesal, siendo los elementos que la componen en su aspecto objetivo la petición, *petitum*, u objeto de la pretensión, por una parte, y la causa de pedir, *causa petendi* o fundamento de la pretensión, por otra parte.

Indicar también que el estudio del objeto del proceso se tiene que realizar atendiendo a dos perspectivas, una más general y otra más concreta.

En cuanto a la primera, hay que analizar hipotéticamente qué pretensiones tienen cabida en el proceso regulado por el artículo 328 LH, con independencia del concreto ejercicio que se haga de las mismas por parte del actor.

Si atendemos a la segunda perspectiva, el objeto de dicho proceso vendrá delimitado por lo que se pretenda, en concreto, en el mismo por el actor. Las pretensiones procesales las formula el actor en la demanda y dicha determinación delimita el alcance y el contenido de la eventual sentencia estimatoria que se pueda dictar, ya que, por los principios dispositivo y de congruencia (arts. 216 y 218.1 LEC), el órgano jurisdiccional en la sentencia deberá pronunciarse sobre todas las pretensiones interpuestas —en virtud de la congruencia como deber de pronunciamiento exhaustivo—, pero solo sobre las pretensiones interpuestas —atendiendo a la congruencia como límite a la potestad de resolver—⁴.

Sobre esta cuestión, la SAP de Barcelona (Sección 15.^a), número 327/2007, de 11 de junio, ha indicado que:

«TERCERO.—(...) Esta consideración del juicio verbal del artículo 328 de la LH, por supuesto, exige respetar escrupulosamente el principio dispositivo que caracteriza generalmente a la jurisdicción civil: son los legitimados para solicitar la inscripción de sus derechos en el registro los que deben reproducir esta pretensión si desean obtener una tutela judicial plena y efectiva, buscando una condena a la Administración para que proceda a la inscripción tras comprobar la validez del título presentado, que era lo que el interesado verdaderamente pretendía ante el Registro que lo rechazó y posteriormente en el recurso gubernativo. Por el contrario, si la pretensión se concreta en la mera revisión de la calificación inicial, ni el recurso administrativo puede convertir ese objeto en una declaración general del derecho del recurrente, ni es posible que el tribunal vaya más allá y entre en la legalidad del título, pues el

⁴ ASÍ, PARDO NÚÑEZ, C. R., «La revisión jurisdiccional de la calificación registral: premisas constitucionales», en AA.VV., *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil, II* (coordinado por GONZÁLEZ SALINAS, J.-GIMENO LÓPEZ LAFUENTE, J. L., y dirigido por GONZÁLEZ PÉREZ, J.), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios, 2005, pág. 378; VALLS GOMBAU, J. F., «La impugnación de la calificación registral negativa como objeto del proceso» en AA.VV., *El control jurisdiccional de la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*, en *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, núm. 28, 2008, pág. 213; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*, Valladolid, Lex Nova, 2010, págs. 125 y 436; y ÁLVAREZ BUYLLA, P. P., «La impugnación judicial de las calificaciones negativas de los registradores», en AA.VV., *Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los Registros. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 60, Madrid, CGPJ, 2005, págs. 109, 116 y 127, nota 71.

derecho subjetivo del ciudadano a inscribirlo no ha sido formulado como objeto del debate y la sentencia, entonces, no será constitutiva de este derecho ni de condena a la Administración, sino estrictamente declarativa de la nulidad de la calificación (...).

En la materia que nos ocupa, todas las pretensiones que se formulen tendrán su origen en la afirmada incorrección de la nota de calificación negativa o, en su caso, de la RDGRN que resuelva el recurso gubernativo interpuesto.

Y, dicho lo anterior, advertir que cuando en los apartados siguientes me refiera al objeto del proceso del artículo 328 LH o a las pretensiones que se pueden ejercitar en el mismo, me estaré refiriendo básicamente a la petición de tutela que se dirige al órgano jurisdiccional y no tanto a lo que se alega —el conjunto de hechos jurídicamente relevante— para fundamentar dicha petición.

II. EL OBJETO DEL PROCESO CUANDO SE IMPUGNA DIRECTAMENTE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA

1. SOLO PUEDEN CONSTITUIR OBJETO DEL PROCESO REGULADO EN EL ARTÍCULO 328 DE LA LEY HIPOTECARIA PRETENSIONES RELATIVAS A LAS CALIFICACIONES REGISTRALES NEGATIVAS. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LOS PROCESOS REGULADOS EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 328 DE LA LEY HIPOTECARIA

La vía judicial prevista en el artículo 328 LH únicamente está prevista para impugnar las calificaciones registrales negativas, esto es, las denegaciones de los asientos registrales solicitados, quedando excluidas de la misma las calificaciones registrales positivas en virtud de las cuales se practican dichos asientos. Esta conclusión se deduce con claridad de una lectura de los artículos 66, I; y 322 a 329 LH⁵.

Al amparo de tales preceptos, la SAP de Almería (Sección 3.^a), número 161/2008, de 16 de octubre, ha argumentado que «la naturaleza y finalidad del procedimiento en el que nos encontramos, contemplado en el citado artículo 328 de la LH, que no es otra que la revisión del acto de calificación, en este caso negativa, efectuado por el Registrador de la Propiedad, debiendo ser rechazada cualquier otra pretensión o solicitud» (FD 2.^o).

Para la SAP de Asturias (Sección 6.^a), número 483/2007, de 28 de diciembre, su «objeto viene específicamente delimitado en la LH a la revisión de la calificación del Registrador desde el punto de vista de la legislación hipotecaria aplicada en la nota negativa» (FD 2.^o).

En la misma línea, la SAP de Madrid (Sección 19.^a), número 91/2007, de 22 de febrero, ha destacado que el artículo 328 LH «permite a la jurisdicción

⁵ Así, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., págs. 185 y 188.

conocer si la calificación negativa del Registrador y, en su caso, las resoluciones expresas o presuntas de la DGRN se ajustan a derecho» (FD 4.º).

Por último, en la SAP de Cantabria (Sección 2.ª), número 579/2006, de 3 de noviembre, se puede leer que «solo es admisible que el objeto del recurso gubernativo, pero también del judicial, se refiera a las cuestiones directa e inmediatamente relacionadas con la calificación negativa del Registrador» (FD 1.º).

En relación con los asientos registrales practicados como consecuencia de una calificación registral positiva, el artículo 1, III LH dispone que «están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley»⁶.

Las pretensiones procesales de rectificación del registro están previstas en el artículo 40, I LH. Para su ejercicio el artículo 40, II LH remite a los trámites del juicio declarativo correspondiente⁷.

Por lo tanto, el proceso judicial del artículo 328 LH no es el adecuado para recurrir la calificación positiva del registrador y la consiguiente práctica del asiento registral.

En este sentido se ha pronunciado la SAP de Valencia (Sección 7.ª), número 269/2005, de 27 de abril:

«SEGUNDO.—Esta Sala da por reproducida íntegramente la fundamentación jurídica de la resolución impugnada fuera de lo que se expone a continuación en aras de resolver lo que es objeto de esta apelación, es decir, la procedencia o no de esta vía judicial según se entiendan recurribles o no las calificaciones positivas del Registrador a tenor del artículo 328 de la LH en su redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que prevé la primera vía como recurso contra las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado resolutorias de los interpuestos en materia de las calificaciones de tales Registradores. En concreto, dicha Ley en su Sección Quinta bajo la rúbrica «Recursos contra la calificación» y en su artículo 102 prevé la Modificación del texto refundido de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946:

1. Se introduce un nuevo Título XIV bajo la rúbrica “Recursos contra la calificación”, que comprende los artículos 322 a 329, ambos inclusive. 2. Se introducen los artículos 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328 y 329 con el siguiente contenido: (...)

⁶ El artículo 20.1 del CdC y el artículo 7.1 RRM establecen que «el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

Como ha señalado FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., «El principio de salvaguarda judicial de los asientos registrales y sus consecuencias procesales y sustantivas», en AA.VV., *El control jurisdiccional de la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*, en *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, núm. 28, 2008, págs. 2 y 8, estos preceptos solo son de aplicación cuando la calificación registral haya sido positiva.

⁷ El artículo 40.2 RRM dispone que «la rectificación de errores en los asientos se realizará por los procedimientos y con los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria».

TERCERO.—Examinado dicho tenor, en relación con el del artículo 19 bis de dicha LH este, al referirse de las calificaciones positivas no habla de recursos que sí prevé para las negativas al exigir al Registrador que indique si caben o no y que proceden ante la DGRN. De esta dicción conjunta y aunque sea cierto, como se dice por la apelante, que en el Título transcrito de modo parcial no se distinga entre una u otra calificación y que, respecto a determinados trámites y plazos remita a la Ley 1/92 apuntando el carácter administrativo del procedimiento registral, se coincide con el juez *a quo* y con las apeladas en que los artículos 322 a 329 solo se refieren a las calificaciones negativas hablando el artículo 324 solo de los recursos que caben contra estas siendo que, a mayor abundamiento, el legislador pudo ante la falta de regulación de todos ellos en la LH de 1948, de haberlo querido, preverlos también contra las positivas que tampoco regulan los artículos 112 y 136 del RH al hablar solo de las primeras.

Esta interpretación no es contraria ni a los criterios que para hacer la de las normas plasma el artículo 3.1, en relación con su artículo 4.1, ambos del Código Civil sobre su literalidad, contexto y antecedentes históricos y legislativos, ni vulnera el artículo 9.1 de la CE ni el principio *pro actione*, pues no viene sino a mantener los criterios que sienta la repetida LH en sus artículos 1, 38 y 211 y siguientes no modificados por dicha Ley 24/01, es decir, los criterios relativos: a que los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieren a derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley (art. 1.3), a la presunción de que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38), a que cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que se refiere (art. 97), y a la rectificación de errores para la que el artículo 218 remite al juicio ordinario ante la oposición a que se haga de un error de concepto y a falta de consentimiento del titular del asiento.

Es a la luz de estos principios y criterios por la que cabe interpretar y concluir con que no es posible recurso alguno contra las calificaciones positivas, en cuya virtud y, siendo que en esta alzada se reproducen las peticiones de la demanda relativas a la declaración de la obligación de rectificación del Registrador, si tal posibilidad se rechaza, y a que esta se practique y se deniegue el acceso al registro de la reparcelación con nulidad de los asientos practicados, si la misma se da, no se priva a la actora de acudir a los Tribunales para obtener tal rectificación y anulación, que es lo final y realmente pretendido, sino que se le da otra vía diferente de la de este recurso del artículo 328 solo previsto para las denegaciones de asientos, además a tramitar por los estrechos cauces del juicio verbal, cual es o la de los artículos 211 y siguientes de la LH o la del juicio ordinario en el que con mayores garantías y con presencia del titular registral podrá dilucidar tales cuestiones como, de hecho, acataron las partes en el acto del juicio.

Lo expuesto viene avalado por las Resoluciones de la DGRN, que si bien son previas a la repetida Ley 24/01, son relativas a los últimos preceptos referidos no afectados por ella. De estas resoluciones cabe citar:

1) La de fecha 20-6-1997, BOE 172/1997, de 19 julio 1997: “...Primero.—Lo primero que ha de plantearse en este caso es si, como argumenta el registrador, no hay materia susceptible de recurso al no existir calificación registral o, por el contrario, la inscripción practicada supuso una previa calificación que, por su contenido, es susceptible de recurrirse gubernativamente. Ha de partirse de la base de que la práctica de toda inscripción registral implica la previa calificación del título que la motiva (cfr. art. 6.o del Reglamento del Registro Mercantil), pero así como en el caso de ser aquella positiva, desembocando en el asiento

solicitado, no cabe frente a ella recurso gubernativo, pues, en definitiva, su resultado, que será aquel asiento, queda bajo la salvaguardia de los Tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (cfr. arts. 20.1 del Código de Comercio y 7.º del mismo Reglamento), en el caso de ser negativa, en todo o parte, a la inscripción solicitada, cabe frente a ella aquel recurso (art. 66.1 del repetido Reglamento)...».

2) La de fecha 14-6-1999, *BOE* 166/1999, de 13 julio 1999: "... Vistos los artículos 40, 66, 215 y 219 de la Ley Hipotecaria; 22.1 del Código de Comercio; 40.2 y 66 del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de 18 de marzo de 1994 y 5 de diciembre de 1995. Primero.—Circunscrito como está el recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la calificación del Registrador (cfr. art. 68 del Reglamento del Registro Mercantil), en el presente caso tan solo cabe abordar el examen de la negativa contenida en la nota recurrida a rectificar los pretendidos errores padecidos al practicar determinadas inscripciones, inicialmente considerados por el recurrente como materiales y, posteriormente, como de concepto. Anotada preventivamente la demanda de impugnación de los acuerdos adoptados por una Junta general y, posteriormente, la resolución judicial por la que se dejan los mismos en suspenso, se inscriben otros acuerdos tomados por una Junta posterior así como los del órgano colegiado de administración en ella nombrado, cuya validez entiende el recurrente que estaba supeditada a la previa decisión judicial sobre la validez de los dejados en suspenso, por lo que considera que tales asientos se han practicado erróneamente y procede su rectificación. Segundo.—El Reglamento del Registro Mercantil remite, en orden a la rectificación de errores (art. 40.2) a los procedimientos y requisitos establecidos en la legislación hipotecaria. Dicha remisión conduce a los títulos VII tanto de la Ley Hipotecaria como del Reglamento para su ejecución, donde se regula la rectificación de los errores cometidos en los asientos como uno de los medios para corregir las inexactitudes registrales, en este caso la que implica la presencia del error [cfr. art. 40.c) de la Ley Hipotecaria]. Al margen de la distinción que el legislador ha establecido entre errores materiales y de concepto en atención a cuál sea el elemento a que afecten y las consecuencias que de su presencia se derivan, los procedimientos de rectificación parten de la base de que el asiento erróneo era procedente por haber sido fruto de una previa calificación favorable a practicarlo y de que el error es tan solo el resultado de un deficiente traslado a los libros registrales del contenido del título a inscribir, de suerte que el asiento erróneo ha de subsistir aunque sustituido por otro en el que se contenga la rectificación (arts. 215 y 219 de la Ley Hipotecaria), no de desaparición a través de una cancelación, pues esta, tanto en lo referente a las causas, los títulos y los procedimientos se contempla por el legislador en otro lugar. Por tanto, si el objetivo último del solicitante, bajo la cobertura de proceder a rectificar uno o varios errores registrales, es la cancelación de asientos que entiende no debieron haberse practicado, no se está ante un supuesto de rectificación de errores, sino ante un posible supuesto de inexactitud registral de distinto origen y cuya rectificación ha de discurrir por otros cauces. Tercero. Y a este respecto es reiterada la doctrina de este centro directivo en el sentido de que no es el recurso gubernativo procedimiento adecuado para lograr la cancelación de asientos que se consideren indebidamente practicados al estar limitado, tal como resulta del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, y lo mismo es aplicable en el ámbito mercantil (cfr. art. 66 del Reglamento del Registro Mercantil) a revisar la calificación registral cuando es contraria a admitirlos en todo o parte, provisional o definitivamente, pues caso de ser aquella favorable y desembocar en su extensión, quedan los mismos bajo la salvaguardia de los Tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexistencia o nulidad (art. 20.1 del Código de Comercio)...".

3) La de fecha 23-3-2002, *BOE* 129/2002, de 30 mayo 2002: "...Fundamentos de derecho; vistos los artículos 1, 211 a 220 y 324 a 327 de la Ley Hipotecaria, así como el 329

de su Reglamento.—Primero. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes: Se practica una inscripción en el Registro, como consecuencia de una expropiación forzosa; el expropiado presenta en el Registro una instancia en la que, entendiendo que en la inscripción se ha cometido un error de concepto, solicita que se rectifique dicha inscripción. El Registrador extiende nota expresando que, a su juicio, no existe ningún error en la referida inscripción, por lo que no procede la rectificación, sin perjuicio del derecho que concede a los interesados el artículo 218 de la Ley Hipotecaria. El solicitante recurre dicha nota. Segundo.—El recurso no procede. En efecto, y, como dice el artículo 218 de la Ley Hipotecaria, cuando el Registrador o cualquiera de los interesados se opongan a la rectificación de un error de concepto, por estimar que la inscripción es conforme con el título inscrito, la pretensión de rectificación debe dilucidarse en juicio ordinario...».

Otra resolución en la que se ha considerado que el proceso del artículo 328 LH no puede tener por objeto la pretensión de impugnación de un asiento registral practicado —en el caso concreto, un asiento de cancelación—, es la SAP de Asturias (Sección 6.^a), número 483/2007, de 28 de diciembre⁸:

«SEGUNDO.—Así centrados los términos del debate, debemos con carácter previo al enjuiciamiento de los concretos motivos de impugnación articulados en el recurso, pronunciarnos acerca de cuál sea el ámbito objetivo propio de este juicio verbal de impugnación judicial directa contra la calificación negativa del registrador introducido por la Ley 24/2005, ante los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble a que se refiera la inscripción, pues de compartirse el criterio de la recurrida, de ser el citado juicio verbal un proceso especial cuyo objeto viene específicamente delimitado en la LH a la revisión de la calificación del Registrador desde el punto de vista de la legislación hipotecaria aplicada en la nota negativa, quedaría excluida toda posibilidad de enjuiciamiento de la cuestión relativa a la supuesta nulidad de una resolución previa acordando la cancelación de una anotación de embargo, que es la materia que centra toda la argumentación impugnatoria en el escrito de interposición del presente recurso y procedería por ello su rechazo de plano,

⁸ Los antecedentes de esta resolución cabe encontrarlos en la denegación de la anotación de sendos mandamientos judiciales dictados en fase de ejecución de un proceso declarativo ordinario, en los que se interesaba —en el primero— la anotación de la ampliación del embargo a las cantidades especificadas por intereses devengados durante la tramitación del procedimiento y costas y —en el segundo—, al basarse la negativa del registrador a inscribir el primero en estar inscrita la finca a nombre de persona distinta al ejecutado y constar cancelada la anotación del embargo que se pretendía ampliar, que se hiciera constar «la vigencia de la anotación preventiva del embargo que fue cancelada el 11 de abril de 2006», en virtud de lo así acordado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, como paso previo a tal ampliación.

La calificación negativa y la denegación de los asientos registrales solicitados se fundamentaron en que no podía reputarse título hábil para rectificar el registro un auto dictado en el proceso de ejecución.

Por la vía establecida en el artículo 328 LH se impugnaron las dos calificaciones negativas del registrador, incluyéndose en la demanda la pretensión de nulidad de la cancelación de la anotación preventiva de embargo acordada, no en tales resoluciones o notas negativas del registrador objeto de impugnación, sino en la precedente de 11 de abril de 2006, que les servía de fundamento.

Contra la sentencia de primera instancia desestimatoria de la demanda se interpuso recurso de apelación que también fue desestimado, en virtud de los argumentos que se indican arriba.

dado que ningún concreto motivo de impugnación se articula frente a los razonamientos de la recurrida que reputan a ajustadas a la legalidad registral las notas de calificación negativa objeto de impugnación, y tales razonamientos, al ser compartidos por este Tribunal de Apelación, habrían de darse aquí por reproducidos, en otro caso, teniendo en cuenta que por su absoluta exhaustividad y corrección, cualquiera otra consideración al respecto no dejaría de ser mera redundancia.

TERCERO.—Pues bien, en relación al ámbito de este proceso especial de impugnación judicial directa aunque —a diferencia de lo que ocurre con el recurso indirecto ante la DGRN, en que el artículo 326 de la LH limita expresamente su objeto a las cuestiones directamente relacionados con la calificación, estableciendo que ha de rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos—, el artículo 328 de la misma LH no establezca tal limitación, ello en absoluto autoriza a sostener que el juicio verbal a que se refiere este último sea ordinario y por ello de conocimiento plenario sobre el derecho a inscribir el acto de que se trata y cuantas cuestiones tengan relación con la nota de calificación, incluida la validez o no del acto o negocio subyacente. Antes al contrario, ha de estimarse que ambos son procedimientos registrales especiales cuyo objeto no va más allá del control de la legalidad de la nota de calificación negativa de los Registradores, viniendo así limitado su ámbito de enjuiciamiento a ese control de la legalidad registral de los concretos defectos en que se basa la negativa, estando excluida del mismo toda discusión acerca de la validez del negocio o acto jurídico subyacente, que habrá de ser hecha valer en el procedimiento declarativo ordinario correspondiente.

Ello es así porque el objeto de ambos procesos de impugnación registral es idéntico y no otro que la calificación o nota denegatoria de la inscripción y el control de la legalidad de los motivos en que se basa la misma.

La imposibilidad de enjuiciar en este proceso especial la validez del acto o negocio jurídico subyacente, más concretamente en este caso la nulidad de una cancelación de anotación preventiva de embargo previamente acordada en virtud de mandamiento de otro Juzgado deriva, además de ese limitado ámbito objetivo de este juicio especial, del hecho de que tanto el artículo 328 de la LH como el 66 de la misma y el 101 del Reglamento, reconocen el derecho que asiste a los interesados al margen de este cauce de impugnación, para plantear ante los Tribunales las cuestiones relativas a la validez del título de que se trate.

CUARTO.—Partiendo de ese ámbito específico de este proceso, el objeto de este juicio verbal viene así limitado en este caso, como bien se argumenta en la recurrida, a la cuestión de enjuiciar si es o no conforme a derecho la denegación de la inscripción de sendos mandamientos judiciales dictados en fase de ejecución de un proceso declarativo ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gijón, más propiamente del segundo de ellos, de fecha 10 de noviembre de 2006, ordenando hacer constar en el Registro la vigencia de una anotación de embargo que había sido previamente cancelada en virtud de lo así acordado en otro procedimiento de ejecución hipotecaria por el Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Gijón, toda vez que la ampliación acordada en el primero fue denegada al figurar la finca inscrita a nombre de tercera persona distinta del deudor embargado, en correcta aplicación del principio de tracto sucesivo proclamado en el artículo 20 LH y ello en el bien entendido de que ese control de legalidad no es cauce adecuado para declarar la nulidad, dejándola sin efecto, de una inscripción de cancelación de anotación preventiva de embargo ya practicada en los Libros del Registro en virtud de auto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas expedido por otro Juzgado en procedimiento de ejecución hipotecaria, que es precisamente lo que se pretende en este recurso, sino que tal cuestión que habrá de ser planteada en el declarativo correspondiente.

Con ese limitado ámbito objetivo ha de concluirse, con la recurrida, la plena legalidad de la calificación negativa, pues no puede reputarse sea título hábil para rectificar el Registro un

auto dictado en proceso de ejecución, que es el título cuya inscripción deniega el Registrador, precisamente porque el artículo 40 d) de la LH exige para llevar a cabo cualquier rectificación del Registro “el consentimiento del titular o, en su defecto resolución judicial”, pero precisando que esta última habrá de recaer en el procedimiento declarativo correspondiente en el que habrá de ser dirigida la demanda contra “todos aquellos a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho”.

Este además es un criterio que con absoluta reiteración ha venido siendo aplicado por la DGRN y que se recoge, entre otras y por citar una de las más recientes, en su Resolución de fecha 11 de febrero de 2006, con fundamento en que una vez extendido un asiento, en este caso el de cancelación de la anotación preventiva de embargo, “...la situación resultante queda bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.3 LH), produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, siendo preciso para su rectificación, bien el consentimiento de sus titulares, bien la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo”.

Más específicamente en la citada Resolución así como las precedentes de 25 de mayo de 1993; 19 de junio de 1999; 15 de enero de 200 y 6 de marzo de 2000, ya se razona que “no es inscribible el mandamiento judicial en que se ordena restituir una anotación de demanda o embargo ya cancelada, pretendiendo anular la cancelación de que la misma fue objeto en su día, al estar el asiento de cancelación bajo la salvaguarda de los Tribunales, únicos competentes para declarar su nulidad”.

QUINTO.—La legalidad de la nota de calificación negativa del Registrador deriva así del hecho de que no es cauce hábil un auto dictado en proceso de ejecución para rectificar el registro ni, en todo caso, ha sido dictado el mismo en proceso seguido con audiencia de los titulares registrales afectados, aspectos ambos en que puede incidir tal calificación registral en relación a los documentos judiciales, de acuerdo con el ámbito que a la misma otorgan tanto el artículo 18 de la LH como el 100 del Reglamento.

Las razones precedentes, unidas a las consignadas en la recurrida determinan el rechazo de la impugnación que se articula al pronunciamiento principal de la recurrida acordando la desestimación de la impugnación que por ello se mantiene y ello sin necesidad de abordar el enjuiciamiento de los concretos motivos en que se funda la misma, al exceder todos ellos del ámbito propio de este proceso especial».

2. EL OBJETO DEL PROCESO REGULADO EN EL ARTÍCULO 328 DE LA LEY HIPOTECARIA CONSISTE EN ANALIZAR SI LOS DEFECTOS POR LOS QUE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL HA SIDO NEGATIVA CONCURREN EN EFECTO

Si el proceso regulado en el artículo 328 LH únicamente está previsto para revisar o impugnar las calificaciones registrales negativas, su objeto consistirá en analizar, de acuerdo con la legislación aplicable, si los defectos por los que la calificación registral ha sido negativa concurren o no en el supuesto concreto contemplado.

Dicho de otro modo, en aquel proceso se podrá discutir la correcta aplicación, en el caso concreto, de las normas jurídicas por parte del registrador para denegar la práctica del asiento registral solicitado.

La SAP de Almería (Sección 3.^a), número 161/2008, de 16 de octubre, ha destacado que, «en definitiva, y ciñéndonos al supuesto de autos, lo que este Tribunal ha de analizar, y sobre lo que ha de pronunciarse, es en torno a los defectos por los que la calificación registral ha sido negativa; si tales defectos procesales concurren en efecto» (FD 2.^o).

La SAP de Asturias (Sección 6.^a), número 483/2007, de 28 de diciembre, ha indicado que «ambos⁹ son procedimientos registrales especiales cuyo objeto no va más allá del control de la legalidad de la nota de calificación negativa de los Registradores, viniendo así limitado su ámbito de enjuiciamiento a ese control de la legalidad registral de los concretos defectos en que se basa la negativa (...). Ello es así porque el objeto de ambos procesos de impugnación registral es idéntico y no otro que la calificación o nota denegatoria de la inscripción y el control de la legalidad de los motivos en que se basa la misma» (FD 3.^o).

Repitiendo sustancialmente la argumentación de la resolución anterior, para la SAP de Islas Baleares (Sección 3.^a), número 475/2010, de 30 de noviembre, «ha de estimarse que ambos¹⁰ son procedimientos registrales especiales cuyo objeto no va más allá del control de la legalidad de la nota de calificación negativa de los Registradores, viniendo así limitado su ámbito de enjuiciamiento a ese control de la legalidad registral de los concretos defectos en que se basa la negativa (...). Ello es así porque el objeto de ambos procesos de impugnación registral es idéntico y no otro que la calificación o nota denegatoria de la inscripción y el control de la legalidad de los motivos en que se basa la misma, esto es, la revisión del acto de calificación efectuado por el Registrador de la Propiedad, y así se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia menor, entre otras, las sentencias de la AP de Zamora, de 2 de marzo de 2007, y de la AP de Pontevedra, de 14 de mayo de 2007» (FD 2.^o).

En referencia al proceso regulado en el artículo 328 LH, la SAP de Cantabria (Sección 2.^a), número 238/2004, de 24 de junio, ha declarado que, en el caso concreto, «el ámbito del mismo se circunscribe al mero análisis de si es o no conforme a derecho la denegación de la anotación del embargo realizada por la señora Registradora de la Propiedad» (FD 2.^o).

Por su parte, la SAP de Zamora (Sección 1.^a), número 47/2007, de 2 de marzo, ha puesto de relieve que «la finalidad del presente procedimiento debe limitarse a la revisión del acto de calificación efectuado por el Registrador de la Propiedad» (FD 4.^o).

De esta forma, en dicho proceso únicamente se podrán considerar los motivos o defectos que el registrador, en el ejercicio de su función calificadora,

⁹ Se refiere al recurso gubernativo y a la demanda judicial para impugnar la calificación registral.

¹⁰ Se refiere al recurso gubernativo y a la demanda judicial para impugnar la calificación registral.

tuvo en cuenta para denegar la práctica del asiento registral solicitado, y no otros defectos que se hayan podido alegar en el momento de la vista del juicio verbal ni durante la tramitación del recurso gubernativo a través del informe¹¹.

En este sentido se ha pronunciado la SAP de Cantabria (Sección 2.^a), número 579/2006, de 3 de noviembre:

«PRIMERO.—De los diversos argumentos justificativos de la calificación parcialmente negativa de inscripción del acuerdo de modificación estatutaria pretendida por la sociedad demandante, solo han de ser objeto de atención por esta Sala aquellos que se encontraban ya explicitados en la inicial decisión de la registradora.

Tal limitación obedece a evidentes razones de seguridad jurídica que arraigan en el artículo 9 de la Constitución, encuentran su formulación positiva en el artículo 326 de la LH, contenido en el título XIV de esa ley y que el legislador de 2001 introdujo como una acción administrativa más “en materia de seguridad jurídica preventiva”, y han sido reiteradamente proclamadas por la DGRN.

En consecuencia, como solo es admisible que el objeto del recurso gubernativo, pero también del judicial, se refiera a las cuestiones directa e inmediatamente relacionadas con la calificación negativa del registrador y no a ulteriores motivaciones intempestivamente introducidas por vía de informe, habrá que estar a las razones expresamente consignadas en la calificación que se encuentra en el origen de este pleito».

En la misma dirección se ha pronunciado la SJPI de Santa Cruz de Tenerife (núm. 6), de 9 de marzo de 2006:

¹¹ En este sentido, MORENO HELLÍN, J., «El objeto de los procedimientos de revisión de la calificación. El juicio verbal directo contra la calificación y el juicio verbal contra la Resolución de la DGRN», en AA.VV., *La revisión judicial de la calificación registral* (directores: MARTÍNEZ TRISTÁN, G., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Madrid, CGPJ, 2007, págs. 98-104, y CASAS ROJO, J., «Las sentencias judiciales dictadas en el recurso contra la calificación», en AA.VV., *Estudios a propósito de sentencias judiciales dictadas en recursos contra la calificación del registrador* (dirigido por PAU PEDRÓN, A. y coordinado por JEREZ DELGADO, C.), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, Madrid, pág. 21.

Vid., sobre el particular, el artículo 3.6 de la Ley 5/2009.

En la RDGRN, núm. 3/2005, de 26 de septiembre, se ha puesto de manifiesto que el informe no es el trámite procedimental idóneo para incluir nuevos argumentos, ni para ampliar los ya expuestos en defensa de su calificación (FD 2.º).

Para GARCÍA GARCÍA, J. M., «La incidencia registral de la impugnación en juicio verbal del artículo 328 de la Ley Hipotecaria», en AA.VV., *Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los registros. Estudios de derecho judicial*, núm. 60, Madrid, CGPJ, 2005, pág. 217, es pertinente distinguir «entre nuevos argumentos para los mismos motivos de la nota calificadora y entre nuevos motivos distintos de los que se pusieron en la nota calificadora, siendo los nuevos motivos los únicos que veda el artículo 326.1.º de la Ley Hipotecaria dentro del expediente de recurso gubernativo, y no los nuevos argumentos para defender los mismos motivos».

Comparte esta postura VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., págs. 215, 218, 222-224, 227, 233, 236 y 248, aunque sostiene que el registrador y los terceros interesados que comparezcan en el proceso, por resultar perjudicados o afectados por la inscripción, podrán alegar nuevos defectos.

«SEGUNDO.—Antes de entrar en el fondo de la cuestión, como premisa procesal, ha de dejarse sentado que el objeto del recurso ha de ceñirse estrictamente al contenido de la calificación, debiendo resolverse exclusivamente en atención a los hechos y fundamentos expuestos por el registrador en su calificación, interpretación que se funda en la lectura de los artículos 19 bis y 325 de la Ley Hipotecaria a la luz del principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que comprende la proscripción de la indefensión. Ello se traduce en que la calificación opera como momento preclusivo en orden a la alegación de hechos o fundamentos jurídicos, en sentido análogo a lo que establece el artículo 400 LEC respecto a la demanda y la reconvencción. Se impugna la resolución pero solo cabe discutir sobre la calificación (...).».

Asimismo, para la SAP de Valladolid (Sección 1.ª), número 106/2004, de 18 de marzo, es inadmisibile la alegación de nuevos defectos, distintos de los considerados en el acto de calificación, vía informe, argumentando que «tales alegaciones complementarias (que luego van a ser reproducidas, incluso, nuevamente ampliadas al tiempo de formular la oposición al recurso), escapan del objeto de la litis, de lo que ha sido materia de impugnación notarial, primero en el recurso ante la Dirección General, luego ante los Juzgados y, ahora en el presente recurso, porque el objeto del presente procedimiento especial, solo puede ser la Resolución de la Dirección General y en cuanto se pronuncie (aun por silencio) sobre las causas y motivos de impugnación contenidos en los recursos del Notario (principio de congruencia, de *pendiente appellatione nihil innovetur*, de no indefensión —art. 24 de la Constitución—...)» (FD 2.º).

Por el contrario, la SAP de Cuenca (Sección 1.ª), número 134/2004, de 10 de junio, ha considerado admisible entrar a valorar defectos no puestos de relieve expresamente en la nota de calificación pero alegados por el registrador, una vez interpuesto el recurso gubernativo, a la hora de emitir informe a que se refiere el artículo 327, VII LH (FD 4.º y 6.º).

También ha manifestado una postura discrepante la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), número 327/2007, de 11 de junio, que ha defendido la admisibilidad de alegar nuevos motivos en función de la concreta pretensión ejercitada:

«CUARTO.—Consecuencia de todo lo anterior es que, si se pretende obtener del Juzgado una sentencia que, no solo declare la ilegalidad de la calificación negativa, sino que también constituya el derecho del actor a que su título, acreditada su legalidad y validez, sea inscrito, haciendo valer esa resolución judicial ante la Administración, el Juzgador no se vea constreñido por el momento en que sean expresados los argumentos en favor o en contra de la inscripción. La sentencia se pronunciará en un sentido u otro dependiendo del resultado de la prueba practicada, y si de ella se desprende que el título en verdad no era inscribible, la acción será desestimada. El que el Registrador, entendiendo que está en juego el derecho del ciudadano a inscribir y habiéndolo pretendido este en su recurso, lo expresara al comienzo o en su informe posterior, o simplemente no expresara nada al respecto y la negativa resulte de la documentación aportada, no es relevante para determinar el derecho del demandante ante la Administración registral. Ya que el Registrador no pone en juego intereses propios, sino que promueve el estricto cumplimiento de la legalidad registral, sus alegaciones son evidentemente pertinentes para determinar ese derecho.

Por el contrario, si el juicio verbal no ha tenido como objeto ese derecho a la inscripción, ya sea porque el interesado no lo ha pretendido, ya sea porque no está legitimado para hacerlo, sino estrictamente la legalidad de la calificación del Registrador, expresada por la DGRN, el proceso presenta un carácter estrictamente revisorio y termina con una sentencia puramente declarativa, de la misma forma que opera el trámite administrativo ante la Dirección General. En este contexto, sí que es relevante cuál fue la calificación del Registrador, pues es precisamente de este acto del que se predica su ilegalidad o improcedencia, es este acto el examinado por la DGRN al formularse el correspondiente recurso. No cabe recurrir administrativamente la calificación y que la DGRN la mantenga o la revoque sobre la base de argumentos que no le fueron indicados al interesado, pues ello le causa a este la lógica indefensión y le priva de la mínima seguridad jurídica. Es por ello que el artículo 326 de la LH indique que el recurso “deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma”, o que el artículo 127 del RH afirme que el Registrador “deberá incluir en la calificación todos los motivos por los cuales proceda la suspensión o denegación del asiento solicitado. Si así no lo hubiere hecho y se le presentare de nuevo el documento o se acordare su inscripción en el recurso gubernativo correspondiente, podrá alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior; pero en tal supuesto deberá ser corregido disciplinariamente, si procediere, según las circunstancias del caso”.

Concluimos, por tanto, que la expresión por el registrador de argumentos diferentes a los incluidos en la calificación inicial, o la acreditación de la existencia de estos otros motivos de cualquier otra forma admitida en Derecho, así como la determinación de su procedencia o improcedencia, deben ligarse a la pretensión, claramente especificada por el interesado, de hacer valer frente a la Administración su indudable derecho a inscribir un título válido y eficaz. En el juicio verbal del artículo 328 de la LH ello se traducirá en la admisión como elemento cognitivo de todas las argumentaciones del Registrador contenidas en su informe. Si tal cuestión excede del objeto del proceso o del recurso administrativo, centrados en la mera revisión de la calificación, como ocurre cuando quien recurre carece de legitimación para pedir por sí mismo la inscripción del título, esas otras argumentaciones adicionales que el interesado no pudo conocer al recurrir deben considerarse extemporáneas y no ser tenidas en cuenta por la DGRN.

En consecuencia, por lo que atañe a nuestro caso, ni el recurso del señor Notario ni la demanda de la señora Registradora sobre la procedencia o no de suspender la inscripción de la escritura de hipoteca pusieron en juego ni incidieron en el derecho del interesado de conseguir que el título accediera al Registro de la Propiedad, sino estrictamente a la idoneidad de la escritura autorizada, en el primer caso, o de la calificación suspensiva, en el segundo. Y siendo cierto, como dijimos, que la cuestión de la autocontratación y el conflicto de intereses en la persona del representante de las sociedades deudora e hipotecante no fue expresada en la calificación revisada, sino por primera vez en el informe posterior, debemos afirmar que este motivo, en ningún modo contemplado por el Notario recurrente, fue debidamente postergado por la DGRN.

QUINTO.—No obstante, el pronunciamiento anterior afecta a aquellos casos en los que el Registrador innova en su informe, argumentando de forma complementaria con motivos que no expresó en la calificación inicial. Distinto es el supuesto en que el Registrador tan solo desarrolla y aclara los argumentos vertidos en ella, de forma que los motivos para la negativa a inscribir no son modificados, sino explicados. En este sentido, ya hemos indicado en algunas resoluciones anteriores (por todas, SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 5 de mayo

de 2006/2005) que sí cabe ilustrar los motivos que sirvieron para denegar la inscripción, pues el Registrador, para ser respetuoso con los motivos que le llevaron a la calificación negativa y sin introducir otros nuevos ni variarlos, se limita a explicar el entorno normativo y la naturaleza jurídica de la institución afectada, lo que permite entender mejor las razones anudadas a su negativa a inscribir el título presentado, pero no las varía. De esta forma, el informe cumple con la función que le es propia, aportar la mayor y mejor información para que la DGRN resuelva la cuestión con elementos de juicio, sin que por ello los requisitos de tempestividad y suficiencia que la DGRN exige para la motivación del Registrador se vean afectados, sino justamente reforzados (...)».

3. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD O CONSTITUTIVA DE ANULACIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA

Si el artículo 328 LH ha diseñado un proceso judicial para el control de la legalidad de la calificación registral negativa¹², analizando si los defectos indicados concurren o no en el supuesto de hecho objeto de examen, una de las pretensiones interpuestas por el sujeto demandante será necesariamente una pretensión —declarativa o constitutiva, según los casos— en la que se solicite la declaración de nulidad —por considerarla incurso en una causa de nulidad radical o absoluta— o la anulación —por considerarla incurso en un motivo de anulabilidad o de nulidad relativa— de dicha calificación registral negativa por la no concurrencia de los defectos alegados¹³.

¹² GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., pág. 160, entiende que es «un control de vigilancia de la legalidad en materia registral». Por esta razón, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., «La revisión plenaria de la calificación y sus efectos», en AA.VV., *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*, II (coordinado por GONZÁLEZ SALINAS, J.-GIMENO LÓPEZ LAFUENTE, J. L., y dirigido por GONZÁLEZ PÉREZ, J.), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios, 2005, págs. 305-306, hablan de pretensión de control de la legalidad de la calificación registral.

¹³ Para PARDO NÚÑEZ, C. R., *La revisión...* (2005), cit., págs. 360-361, se está ante una «pretensión constitutiva (de anulación de la calificación negativa, previa apreciación de la declarativa de ilegalidad)»; PARDO NÚÑEZ, C. R., «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: la problemática del nuevo recurso judicial», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 3 (*Derecho Civil, Derechos Reales, Derecho de Familia*) (coordinados por CABANILLAS SÁNCHEZ, A.), 2002, pág. 82, habla de pretensión declarativa de legalidad o ilegalidad, y de pretensión constitutiva de anulación del acto; GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., págs. 179-185, esp. pág. 181, habla de «pretensión anulatoria o revisora»; ÁLVAREZ BUYLLA, P. P., *La impugnación...*, cit., págs. 110, 111, 117, 127 y 128, se refiere a la pretensión declarativa de la legalidad del título y de la nulidad de la resolución administrativa y, al mismo tiempo, constitutiva del derecho de contienda —la existencia y validez del derecho que se pretende inscribir— o de que la relación jurídica subyacente cumple todos los requisitos para su validez; GARCÍA DE LA CALZADA, M., «La legitimación activa y pasiva en el nuevo juicio verbal directo contra la calificación del registrador, instaurado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre», en AA.VV., *La revisión judicial de la calificación registral* (dirigido por MARTÍNEZ TRISTÁN, G., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.),

La SAP de Barcelona (Sección 15.^a), número 327/2007, de 11 de junio, ha hecho referencia a la pretensión declarativa de ilegalidad de la calificación y a la pretensión —y sentencia— declarativa de nulidad de la calificación (FD 3.º y 4.º), y la SAP de Asturias (Sección 6.^a), número 483/2007, de 28 de diciembre, ha destacado que el objeto del proceso del artículo 328 LH consiste en el control de la legalidad de la nota de calificación negativa (FD 3.º).

La estimación de la pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación de la calificación registral negativa por una eventual sentencia firme supondrá la ineficacia de dicha calificación, porque se declara que la misma nunca ha sido eficaz —su declaración de nulidad produce efectos *ex tunc*— o porque habiendo producido efectos se le priva de eficacia —su anulación produce efectos *ex nunc*—.

4. LA PRETENSIÓN DE CONDENA A LA PRÁCTICA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOLICITADA

Si la pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación de la calificación registral negativa fuera la única admisible la eventual sentencia estimatoria firme dejaría sin efecto la calificación registral negativa, pero el demandante vencedor, si es el interesado en la práctica de la inscripción y en la consiguiente publicidad registral¹⁴, debería volver a solicitar al registrador la inscripción de su título¹⁵. Dicho sujeto dispondría del apoyo de dicha sentencia, pero la inscripción de su título quedaría supeditada a una nueva calificación registral, que podría ser de nuevo desfavorable si el registrador apreciara un

Madrid, CGPJ, 2007, pág. 175, habla de «pretensión de anulación de la calificación registral por no ser conforme a derecho»; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El Registro Mercantil. Un estudio de Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 195, se refiere a la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, a la anulación del acto correspondiente.

¹⁴ Esto es, el sujeto a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción o el sujeto que ordena la práctica de la inscripción.

¹⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «La inviable ejecutividad de las resoluciones estimatorias de la DGRN recurridas jurisdiccionalmente», en AA.VV., *La revisión judicial de la calificación registral* (dirigido por MARTÍNEZ TRISTÁN, G., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Madrid, CGPJ, 2007, págs. 401-405 y 410, sostiene que la RDGRN estimatoria del recurso gubernativo interpuesto o la sentencia judicial que revoque la calificación registral negativa no son el título formal habilitante de la inscripción a que se refiere el artículo 3 LH; que tanto el recurso gubernativo como el proceso judicial únicamente tienen por objeto la revisión de la calificación registral negativa, de forma que la resolución o la sentencia solo se podrán pronunciar sobre ese extremo; que estas serían una resolución o una sentencia meramente declarativas —no constitutivas ni de condena— que declaran la ilegalidad de la calificación registral y, a lo sumo, la inscribibilidad de un determinado título ya presentado en el registro; y que para la práctica de la inscripción sería necesario, por lo dispuesto en el artículo 126.III RH, la presentación del documento que en su día fue objeto de calificación por los legitimados *ex* artículo 6 LH.

nuevo defecto, con lo que aquel debería promover un nuevo proceso judicial de impugnación de esta nueva calificación registral negativa, resultando desvirtuado su derecho a la tutela judicial efectiva¹⁶.

En la STS (Sala 3.ª), de 22 de mayo de 2000, se ha argumentado que, si recaída una resolución estimatoria del recurso gubernativo se permite al registrador que resista el asiento alegando nuevos motivos «sin más trascendencia que la posible corrección disciplinaria», se produce indefensión (FD 11.º)¹⁷.

La situación descrita revela la inadecuación de que el objeto del proceso pueda estar constituido solo por la pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación de la calificación registral negativa, ya que esta modalidad de tutela que puede recibir el demandante en caso de ser estimada dicha pretensión no es la adecuada para garantizar plenamente su derecho o interés a que se practique la inscripción.

Sobre esta cuestión téngase presente que el propio artículo 522.1 LEC dispone que «todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, *salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica*»¹⁸.

En consecuencia, para evitar la hipotética insatisfacción del derecho del demandante a la práctica de la inscripción registral, y para permitir que la tutela judicial recibida no se limite a declarar o constituir la ineficacia de la calificación registral negativa, será necesario que dicho sujeto pueda ejercitar en el proceso una pretensión adicional¹⁹. En concreto, la pretensión de condena a la práctica de la inscripción registral solicitada, cuya estimación, obligando al registrador a practicar la inscripción previamente denegada, le permitirá la obtención de una tutela judicial más plena de su derecho o interés²⁰.

¹⁶ Así, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 317-318; PARDO NÚÑEZ, C. R., en *La revisión...* (2005), cit., págs. 357, nota 10, 361, 375 y 376, y en *La revisión...* (2002), págs. 77, 78, 82 y 83; GARCÍA DE LA CALZADA, M., *La legitimación...*, cit., pág. 176; y GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., págs. 221 y 226.

¹⁷ En la misma línea se ha manifestado la SAP de Madrid (Sección 10.ª), número 321/2009, de 13 de mayo (FD 5.º).

¹⁸ La cursiva es mía.

¹⁹ GÓMEZ SANTOS, N., «Impugnación ante el juez de primera instancia de la calificación registral. Artículo 328 de la Ley Hipotecaria», en AA.VV., *La revisión judicial de la calificación registral* (dirigido por MARTÍNEZ TRISTÁN, G., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Madrid, CGPJ, 2007, pág. 432, se muestra contrario a que se puedan introducir pretensiones distintas a la mera procedencia o no de la calificación impugnada —como, por ejemplo, la posible responsabilidad del registrador—. Argumenta, al efecto, que el artículo 73.1.1.º y 2.º LEC impide la acumulación, y que la introducción de nuevas pretensiones atentaría contra la celeridad y sencillez procedimental pretendida por el legislador.

²⁰ Así, MARCO COS, J. M., «El proceso verbal como cauce para la revisión jurisdiccional de la calificación registral (I)», en AA.VV., *El control jurisdiccional de la calificación negativa*

De esta forma, se puede afirmar que la pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación de la calificación registral negativa puede presentar en algunos casos —cuando el sujeto impugnante es el sujeto a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción o el sujeto que ordena la práctica de la inscripción— un carácter instrumental y prejudicial respecto de la pretensión de condena a la práctica de la inscripción registral. El demandante impugna la calificación para que se declare que no existen los defectos señalados por el registrador, y, de esta forma, se proceda a la práctica de la inscripción²¹.

Cuando el registrador denegó la práctica del asiento registral solicitado, el sujeto que presentó la solicitud de inscripción impugnó la calificación registral negativa, no solo para que se declarara la incorrección de dicha calificación,

de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, núm. 28, 2008, págs. 292-293; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 318 y sigs., 329, y 345; PARDO NÚÑEZ, C. R., *La revisión...* (2005), cit., págs. 356, 360, 361, 375 y 376; ÁLVAREZ BUYLLA, P. P., *La impugnación...*, cit., págs. 100, 108-112 y 128; GARCÍA DE LA CALZADA, M., *La legitimación...*, cit., pág. 176; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., págs. 369 y 436-438; y GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., págs. 179-185 y 221.

²¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 324 y 329-330, indican que «la anulación del acto perjudicial no sería, pues, una meta en sí misma, sino un requisito previo e imprescindible para obtener del tribunal algo distinto, a saber, la satisfacción del derecho o del interés en que se practique la inscripción registral», y que «la anulación (...) tiene carácter prejudicial respecto de la decisión del tribunal sobre procedencia o no de la inscripción registral; en esa medida, el pronunciamiento del tribunal accediendo a esa inscripción se ha de fundar necesariamente como antecedente lógico en la asunción por su parte de que la resolución es antijurídica. (...) el motor de la actuación del demandante es su voluntad de obtener la inscripción registral (...), mientras que la anulación (...) es únicamente el medio para llegar a su meta».

PARDO NÚÑEZ, C. R., *La revisión...* (2005), cit., pág. 358, apunta que «los recurrentes no luchan (...) para que las reglas procedimentales administrativas se cumplan, sino por su derecho, que debe serles reconocido de manera efectiva y “sin dilaciones indebidas”». También así, SUÁREZ-QUINONES Y FERNÁNDEZ, J. C., «La tramitación procesal de los juicios verbales del artículo 328 de la Ley Hipotecaria tras la Ley 24/2005, de 18 de noviembre», en AA.VV., *La revisión judicial de la calificación registral* (dirigido por MARTÍNEZ TRISTÁN, G., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Madrid, CGPJ, 2007, pág. 75.

GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., págs. 183 y 185, esp. pág. 183, sostiene que la «pretensión principal podría considerarse incluso que es el derecho a obtener la inscripción y la pretensión incidental es remover el obstáculo que impide esa pretensión inicial, que es el defecto resultante de la calificación registral».

ÁLVAREZ BUYLLA, P. P., *La impugnación...*, cit., págs. 105, y 109, esp. pág. 105, destaca que el impugnante, «aunque recurra de manera directa e inmediata los obstáculos señalados por el Registrador y exponga separadamente los argumentos que justifican la no existencia de los mismos, de manera mediata, lo que pretende es que se dicte una resolución que acceda a su petición de inscripción». Sus alegaciones «se centrarán, probablemente, en argumentar contra los defectos señalados en la calificación registral porque la remoción de estos permitirá que su pretensión de inscripción sea acogida, pero el núcleo central de la misma seguirá siendo la inicial del procedimiento: la inscripción de los derechos».

sino para que, una vez declarada nula o anulada la calificación incorrecta, se procediera a la práctica de la inscripción.

La pretensión de condena a la práctica de la inscripción registral solicitada es una cuestión que se relaciona directa e inmediatamente con la calificación registral (art. 326 LH), pues esta calificación ha sido lo que ha impedido precisamente que la inscripción se pudiera realizar²².

El artículo 438.3 LEC indica que se admitirá la acumulación de acciones en el juicio verbal cuando aquellas se basen en unos mismos hechos, siempre que proceda, en todo caso, dicho juicio. Y en el caso que nos ocupa las dos acciones proceden del mismo hecho —la petición de inscripción denegada por el registrador— y resulta procedente el juicio verbal (arts. 324, I; y 328, I LEC)²³.

²² GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., pág. 177, destaca que la demanda «tiene por objeto la calificación registral como requisito de la inscripción, y por tanto, también la obtención de la inscripción constituye el objeto de la demanda del juicio verbal, si bien sobre la base de una previa calificación registral objeto de discusión en dicho juicio».

Para SÁNCHEZ PEGO, F. J., «La compatibilidad del recurso judicial con el procedimiento previsto en el artículo 66 LH y el nuevo recurso gubernativo», en AA.VV., *Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los registros. Estudios de derecho judicial*, núm. 60, Madrid, CGPJ, 2005, pág. 143, el proceso «versa sobre el derecho a que se practique un asiento en el Registro conforme a los principios rectores de la función registral».

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 319 y 333, también fundamentan que en el proceso de impugnación de la calificación registral negativa se pueda resolver sobre la práctica de la inscripción en el argumento de que si la resolución del proceso únicamente versara sobre la incorrección de la calificación registral negativa efectuada por el registrador y sobre la declaración de nulidad o anulación de la misma, se estaría en presencia de un conflicto típico entre administrado y Administración, por lo que carecería de sentido la exigencia del legislador de que se promueva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 328, III LH, la presencia en el proceso de los demás interesados —codemandados, a su juicio—, cuyos derechos puedan resultar afectados o perjudicados por la práctica de la inscripción.

Como, en ese caso, la sentencia no podría producir ningún efecto directo sobre el contenido del registro, no tendría sentido exigir la presencia de dichos terceros interesados en el proceso civil, ya que su resultado no podría tener efectos directos sobre su esfera jurídica.

Su presencia solo se explica si la eficacia del proceso afecta a la inscripción en sí misma, al contenido del registro, y, en consecuencia, a la esfera jurídica de dichos sujetos.

En términos similares se pronuncia PARDO NÚÑEZ, C. R., *La revisión...* (2005), cit., pág. 378, para quien «si el contradictorio fuese integrado correctamente, la pretensión ejercitada de condena y la sentencia estimatoria, el pronunciamiento será firme e irrevocable y la Administración estará obligada a practicar el asiento».

Este autor, págs. 359 y 367-372, partiendo de la eficacia indivisible de la inscripción —es imposible prestar la protección registral a un derecho sin quitársela a los derechos contradictorios o incompatibles, esto es, es imposible la publicidad registral simultánea de derechos contradictorios—, sostiene que para prestar una protección efectiva al sujeto que solicita la inscripción la sentencia tendrá que vincular a los terceros que puedan resultar afectados por la práctica de aquella. Y para ello se tiene que dar a esos terceros la posibilidad de intervenir en el proceso.

²³ Vid. VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., págs. 218 y 234.

El AAP de Madrid (Sección 20.^a), número 196/2004, de 5 de octubre, ha admitido, implícitamente, la acumulación de ambas acciones:

«PRIMERO.—El presente recurso se formula frente al Auto que no admite a trámite la demanda de juicio verbal interpuesta por doña Gema y otros contra doña Esperanza y la Administración del Estado y en la que se solicita, en primer lugar que se declare la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de adición de herencia otorgada ante Notario, con la correspondiente condena a la Administración Pública. Igualmente se solicita se declare la obligación de doña Esperanza de indemnizar daños y perjuicios a los cinco demandantes. (...)

QUINTO.—Por otro lado, en la demanda se ejercitan acumulativamente varias acciones y siendo dicha cuestión revisable de oficio, debe analizarse si la misma es procedente.

Tal como establece la Ley Hipotecaria, el procedimiento judicial por el que debe tramitarse la impugnación de la calificación registral es el verbal, ahora bien, en el caso presente se solicita, además, la condena a la Administración del Estado y la indemnización de daños y perjuicios a cargo de la Registradora de la Propiedad, por lo que encontrándonos ante un procedimiento especial y singular cuyo objeto viene específicamente delimitado en la Ley Hipotecaria (art. 328) y que no es otro que el de revisar la calificación del Registrador de la Propiedad desde el punto de vista de la legislación que específicamente regula la materia, no es posible plantear en el mismo procedimiento cuestiones distintas que exceden de su ámbito, como ocurriría si pudiera debatirse en el mismo procedimiento la posible indemnización de daños y perjuicios, que en todo caso derivaría de una hipotética actuación negligente, que no puede ser objeto de este procedimiento.

A este respecto debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 73.4 de la LEC en el sentido de que si se hubieren acumulado indebidamente varias acciones, deberá requerirse al actor para que en el plazo de cinco días subsane el defecto».

En párrafos anteriores se ha destacado la insuficiencia de la pretensión —declarativa o constitutiva, según los casos— en la que se solicite la declaración de nulidad o la anulación de la calificación registral negativa, para, en caso de ser estimada, garantizar la tutela judicial del derecho del demandante a que se practique la inscripción.

Téngase también presente que el proceso contemplado por el artículo 328 LH no existiría en el supuesto de que el registrador hubiera practicado inicialmente la inscripción del título presentado. Por lo tanto, si el legislador permite la impugnación de la calificación registral negativa no es únicamente a los efectos de que se declare la nulidad o se anule la nota de calificación impugnada, sino de que, adicionalmente, se pueda practicar la inscripción correspondiente²⁴.

²⁴ Así, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 319-320; MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., pág. 111; BAENA RUIZ, E., «Apuntes sobre algunas cuestiones acerca de la revisión judicial de la calificación registral», en *RCDI*, año núm. 85, núm. 714, 2009, pág. 117; y ÁLVAREZ BUYLEA, P. P., *La impugnación...*, cit., págs. 100 y sigs.

Cuando la demanda que da inicio al proceso del artículo 328 LH se haya interpuesto por el sujeto interesado en la práctica de la inscripción registral²⁵, ya que está en juego el derecho subjetivo de dicho sujeto a que se practique la misma, el objeto de dicho proceso, además de estar constituido por una pretensión —declarativa o constitutiva, según los casos— en la que se solicite la declaración de nulidad o la anulación de la calificación registral negativa, podrá estar integrado también por una pretensión de condena a la Administración para que proceda a la práctica de la inscripción registral correspondiente, tras la declaración de nulidad o anulación de aquella²⁶.

Como se ha señalado²⁷, no encontraríamos, aplicando los conceptos del proceso contencioso-administrativo, ante el ejercicio de las pretensiones previstas en el artículo 31 LJCA, según el cual, «el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente», y «también podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda».

A esta conclusión expuesta se puede llegar sin dificultad mediante una aplicación analógica en el proceso judicial de lo dispuesto en el artículo 327, XI LH para el recurso gubernativo, según el cual, «habiéndose estimado el recurso, el registrador practicará la inscripción en los términos que resulten de la resolución»²⁸.

Asimismo, el artículo 126, III RH dispone que, «si se resolviese que procede practicar la inscripción, por no adolecer el título de defecto alguno, el registrador extenderá el asiento solicitado, previa presentación de los documentos corres-

²⁵ Esto es, el sujeto a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción o el sujeto que ordena la práctica de la inscripción.

²⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 306, 324 y 327, hablan de pretensión de satisfacción del derecho a la inscripción; de pretensión de tutela del derecho a inscribir; o de pretensión de inscripción registral. ÁLVAREZ BUYLLA, P. P., *La impugnación...*, cit., págs. 108-112, 117, 127 y 128, GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., págs. 179-185, y PARDO NÚÑEZ, C. R., *La revisión...* (2002), cit., págs. 82 y 83, hablan de pretensión de condena; GARCÍA DE LA CALZADA, M., *La legitimación...*, cit., pág. 175, habla de «pretensión de inscripción del derecho»; y BAENA RUIZ, E., «Apuntes sobre algunas cuestiones acerca de la revisión judicial de la calificación registral», en *RCDI*, año núm. 85, núm. 714, 2009, pág. 1080, se refieren a la pretensión y condena de inscripción.

²⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., pág. 328.

²⁸ GARCÍA DE LA CALZADA, M., *La legitimación...*, cit., pág. 176, señala que, si la estimación del recurso gubernativo conlleva la práctica de la inscripción, «cuanto más podrá invocarse la procedencia de una pretensión de idéntica naturaleza ante la jurisdicción civil».

El mismo argumento ya fue expuesto por VERGER GARAU, J., «En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles», en *RCDI*, núm. 614, 1993, pág. 81.

pondientes, y si estos documentos no le fueren presentados dentro del término expresado en el párrafo anterior, extenderá de oficio las cancelaciones y nota que determina el mismo párrafo».

Asimismo, el artículo 328, V LH prevé que en dicho juicio «se trate de la inscripción de derechos».

Del propio artículo 6 LH se deduce que el procedimiento registral se inicia con la petición de inscripción, la cual no llega a producirse por la existencia de los defectos apuntados por el registrador. Como se ha señalado estos defectos constituyen «un obstáculo para la pretensión de inscripción del interesado, y de ahí que el interesado tenga interés en que se discuta acerca de ese obstáculo, pero siempre teniendo en cuenta que lo que, en definitiva, pretende en el procedimiento registral, es la inscripción de su derecho»²⁹.

La sentencia de condena impondrá la realización de una concreta prestación —la práctica de la inscripción—, y, en caso de no cumplirse voluntariamente por el registrador, constituirá un título ejecutivo que permitirá el acceso a la ejecución forzosa³⁰.

Sobre la admisibilidad de esta eventual pretensión de condena a la práctica de la inscripción registral se ha pronunciado la SAP de Barcelona (Sección 15.^a), número 327/2007, de 11 de junio:

«TERCERO.—Consideramos, sin embargo, que la doctrina antecedente, que opera estrictamente en el terreno administrativo y registral, no puede ser desligada sin más del control judicial concretado en el presente proceso civil, cuyo objeto puede sin duda ser más amplio, al poder entrar en juego el derecho subjetivo del ciudadano a que se determine la legalidad y suficiencia de su título: la exclusión de estas consideraciones en el juicio verbal del artículo 328 de la LEC, habiendo sido planteadas por el interesado al acudir al auxilio judicial, tan solo porque el informe del registrador está constreñido en la forma indicada por la DGRN, puede suponer una clara vulneración a su derecho constitucional de tutela efectiva. Por ello, compartimos el criterio de la DGRN siempre que el recurso administrativo previo y el juicio verbal posterior se hayan planteado estrictamente con un carácter revisor de la calificación registral y la decisión de la DGRN sobre la calificación discutida, pero no si se suscita la determinación de la legalidad y la suficiencia del título inscribible, con la consiguiente condena a la Administración para que inscriba; y en todo caso, discrepamos de que el informe del Registrador del artículo 327 de la LH deba ser exclusivamente una recapitulación formal del expediente.

Como la misma DGRN señala (Resolución de 18 de julio de 2006), el legislador ha optado claramente por entender que la actuación calificadora de los registradores no es un acto de jurisdicción voluntaria, o un *tertium genus* entre el procedimiento administrativo y el de jurisdicción voluntaria, sino que participa de los caracteres propios de una función pública cuyo ejercicio ha de sujetarse al régimen jurídico propio de actuación de las Administraciones Públicas. En suma, aun cuando el funcionario calificador no dicte actos administrativos, sin embargo su calificación no puede sino ser considerada un acto de Administración —porque

²⁹ GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., pág. 179.

³⁰ Así, GARCÍA DE LA CALZADA, M., *La legitimación...*, cit., pág. 176.

proviene de un funcionario público (art. 274 LH) titular de una oficina pública, como es el Registro (art. 259 LH)— basado en Derecho Privado y, desde esa perspectiva, sujeto a las reglas generales de elaboración de cualquier acto administrativo. Sin embargo, el viejo recurso judicial limitaba la posibilidad de que en un proceso jurisdiccional la actuación de la Administración fuera controlada, mediante el mecanismo de negarle la correspondiente legitimación pasiva, derivando a los ciudadanos a que litigaran «entre sí» para la determinación de la validez o ineficacia del título rechazado.

Dado que, evidentemente, el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa que impone la Constitución, mediante procesos en los que la administración es parte y puede ser condenada, está vinculado a su vez con el principio de tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos afectados (así lo viene indicando una abundante jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, recaída en torno al proceso contencioso-administrativo y aplicable aquí, por todas, STS de 3 de diciembre de 1993), el control judicial de la función pública registral parte del reconocimiento de un derecho del particular a que se practique la inscripción de su título si legalmente procede, mientras que el control estará constitucionalmente viciado si solo cupiera acudir a los tribunales de justicia para anular el acto ilegal, pero no para que ese derecho sea afirmado frente a la Administración.

Por el contrario, el juicio verbal de la LEC, al que se remite el artículo 328 de la LH, con independencia de la opinión que merezca el modelo procesal elegido por el legislador en 2000, no es en modo alguno un juicio civil sumario, con limitaciones estructurales en las posibilidades de alegación de las partes y los medios de defensa que cabe emplear. De esta forma, el usuario del servicio registral puede instar la anulación de una calificación negativa confirmada por la DGRN, pero dado que esta decisión judicial no es óbice para que la Administración vuelva a rechazar el título por un motivo no contemplado en el acto primeramente discutido, el carácter plenario del juicio verbal permite garantizar la tutela efectiva del interesado, que se vería erosionado si la vía judicial fuera inhábil para asegurar su derecho a inscribir un título válido y suficiente. El mismo Tribunal Supremo, en la sentencia que anuló parcialmente la reforma del Reglamento Hipotecario (STS de 22 de mayo de 2000), expresa que, si recaída una resolución estimatoria del recurso gubernativo se permite al registrador que resista el asiento alegando nuevos motivos «sin más trascendencia que la posible corrección disciplinaria», se produce indefensión.

Es claro que la existencia de un proceso judicial sobre la validez del título está ya contemplada por el mismo legislador en el artículo 66 y 328 *in fine* de la LH («Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo»). Pero se trata ahora de afirmar que, en el seno del presente juicio verbal, y no solo litigando los interesados entre sí, sino teniendo a la Administración como parte demandada, el derecho del interesado es protegido de forma constitucionalmente plena, y ello sin necesidad de acudir al mecanismo de la acumulación de las acciones que provienen de unos mismos hechos, al proceder en todo caso el verbal (art. 438.3.1.^a LEC).

Esta consideración del juicio verbal del artículo 328 de la LH, por supuesto, exige respetar escrupulosamente el principio dispositivo que caracteriza generalmente a la jurisdicción civil: son los legitimados para solicitar la inscripción de sus derechos en el registro los que deben reproducir esta pretensión si desean obtener una tutela judicial plena y efectiva, buscando una condena a la Administración para que proceda a la inscripción tras comprobar la validez del título presentado, que era lo que el interesado verdaderamente pretendía ante el Registro que lo rechazó y posteriormente en el recurso gubernativo. Por el contrario, si la pretensión se concreta en la mera revisión de la calificación inicial, ni el recurso administrativo puede

convertir ese objeto en una declaración general del derecho del recurrente, ni es posible que el tribunal vaya más allá y entre en la legalidad del título, pues el derecho subjetivo del ciudadano a inscribirlo no ha sido formulado como objeto del debate y la sentencia, entonces, no será constitutiva de este derecho ni de condena a la Administración, sino estrictamente declarativa de la nulidad de la calificación.

No será viable esta pretensión más amplia, por el contrario, si proviene de quien no está legitimado para pedir la inscripción, al carecer de ese derecho constitucionalmente protegible (salvo que sea titular del derecho o interés). En estos casos, los notarios o registradores no pueden pedir que se inscriba el título en cuestión, pues ello excede de su legitimación, sino que deberán circunscribirse a lo que es obra suya, agotándose su interés en que se decida definitivamente que la escritura o la calificación no adolecen de los vicios inicialmente detectados».

Que el objeto de dicho proceso pueda incluir también una pretensión de condena a la práctica de asientos registrales denegados, se deduce de la SAP de Almería (Sección 3.^a), número 161/2008, de 16 de octubre, que, después de señalar que «lo que se pretende, a través del procedimiento en el que nos encontramos, contemplado en el artículo 328 de la LH, es, en definitiva —y pese a las múltiples peticiones de carácter declarativo que se contienen en el suplico de la demanda, improcedentes dada la naturaleza de dicho procedimiento— es, como decimos, que se ordene proceder a la inscripción, y cancelación» (FD 1.^o), en su fallo ha estimado dicha pretensión de condena.

5. LAS EVENTUALES PRETENSIONES SOBRE LA VALIDEZ O LA NULIDAD O SOBRE LA EFICACIA O INEFICACIA DEL ACTO O NEGOCIO CONTENIDO EN EL TÍTULO CALIFICADO O LA DE ESTE MISMO

5.1. EL OBJETO DE LOS PROCESOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 66 Y 328 DE LA LEY HIPOTECARIA

En los artículos 66 y 328 LH se regulan —o, al menos, se hace referencia a— dos procesos distintos.

Por una parte, el artículo 66, I LH establece que «los interesados podrán reclamar contra el acuerdo de calificación del registrador, por el cual suspende o deniega el asiento solicitado. La reclamación podrá iniciarse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente. Sin perjuicio de ello, podrán también acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos»³¹.

³¹ Por su parte, el artículo 66.2 RRM contempla que «la interposición del recurso no excluirá el derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para litigar entre

Por otra parte, el artículo 328, I LH prevé que «las calificaciones negativas del registrador y en su caso, las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal».

Asimismo, el artículo 328, VI LH dispone que «lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo. El procedimiento judicial en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso. Quien propusiera la demanda para que se declare la validez del título podrá pedir anotación preventiva de aquella, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación³²; después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda sino desde su fecha».

Además, el artículo 101, I RH prescribe que «la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título (...), ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento».

Por último, el artículo 132 RH dispone que «en los litigios que los interesados promovieren ante los Tribunales con arreglo al artículo 66 de la Ley, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del Registrador, no será parte este, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento, en el caso de que en tales pleitos fuese demandado, así como deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario en cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona se haga notar que, contraviniendo la expresada prohibición, se ha entendido el procedimiento con el Registrador».

sí acerca de la validez de los títulos calificados, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 101 y 132 de su Reglamento».

Como precisa NADAL GÓMEZ, I., «Las vías de impugnación de la calificación del registrador de la propiedad», en *Diario La Ley*, año XXIII, núm. 5573, martes, 25 de junio de 2002, pág. 5, estos preceptos no hacen más que «reconocer expresamente un derecho que si no estuviese así recogido seguiría existiendo sin ningún tipo de duda. En ningún caso la existencia de un procedimiento calificador previo puede impedir que se lleve a cabo un juicio declarativo ordinario sobre la validez o nulidad de los títulos sometidos a calificación».

³² Siempre que, como señalan MONTERO AROCA, J.-FLORS MATÍES, J., *Tratado...*, cit., pág. 1080, dicha anotación se practique dentro de los sesenta días siguientes a la notificación de la calificación negativa (art. 328, VI que remite implícitamente al art. 323 de la misma norma).

De la lectura de dichos preceptos se pueden extraer las siguientes conclusiones³³:

1.ª) El proceso regulado por el artículo 328 LH tiene por objeto principal y exclusivo la pretensión de impugnación del acuerdo de calificación del registrador por el que se deniega la práctica del asiento registral solicitado o de la RDGRN dictada al resolver el recurso gubernativo interpuesto contra dicha calificación registral negativa, y, en su caso, la pretensión de condena a la práctica de la inscripción registral previamente solicitada y denegada.

Las pretensiones relativas a la eficacia o ineficacia o a la validez o nulidad de los actos o negocios contenidos en los títulos calificados o la de estos mismos³⁴ quedan, en principio, fuera del objeto del proceso judicial regulado en el artículo 328 LH, debiéndose acudir para su ejercicio a título principal al proceso declarativo común que corresponda³⁵.

Si este último proceso es iniciado por el sujeto interesado en la práctica de la inscripción³⁶, que le ha sido denegada por el registrador por la nulidad del acto o del título³⁷, su objeto estará constituido bien por una pretensión declarativa dirigida a obtener una sentencia que declare que el acto o el título es válido³⁸, la cual permitirá la práctica de la inscripción registral³⁹, o bien por una pretensión declarativa o constitutiva de nulidad o anulación del acto o del

³³ Sobre estas conclusiones, véanse Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 340-342; MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., pág. 96; y PARDO NÚÑEZ, C. R., *La revisión...* (2005), cit., págs. 380-383.

³⁴ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., pág. 306, hablan de pretensión de que se declare la eficacia o ineficacia del negocio o del título jurídico sometido a la inscripción registral.

³⁵ NADAL GÓMEZ, I., *Las vías...*, cit., pág. 5, señala que «el objeto de un recurso frente a la calificación registral debería ser precisamente la impugnación de este acto calificador, mientras que el objeto de este proceso judicial consiste en discutir acerca de la validez o nulidad de los títulos que se pretendían inscribir».

Para MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., págs. 94-96 y 111, en el proceso del artículo 328 LH no caben pretensiones, ejercitadas a título principal, sobre la validez y la eficacia del negocio jurídico que subyace en el documento que ha sido objeto de calificación.

SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., págs. 145-146, ante la cuestión de si el proceso judicial regulado en el artículo 328 LH sirve para dirimir el conflicto entre partes acerca de la eficacia del título o del negocio documentado en el mismo, sostiene que dicho proceso «no tiene por objeto el debate sobre la validez o eficacia “del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo”».

³⁶ El sujeto a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción o el sujeto que ordena la práctica de la inscripción.

³⁷ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., págs. 133 y 364, afirma que la aplicación natural del artículo 66 LH necesariamente precisa de una calificación negativa del título.

³⁸ El artículo 66.II LH se refiere al proceso «para que se declare la validez del título».

³⁹ SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 135, precisa que «si la sentencia firme declara esa validez, que la calificación registral había denegado, prevalece aquella sobre esta y da lugar a que haya de practicarse el asiento registral».

título, sin perjuicio de otras posibles pretensiones —por ejemplo, de condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios—⁴⁰.

⁴⁰ ZORRILLA RUIZ, M. M., «Redefinición constitucional del recurso gubernativo hipotecario», en AA.VV., *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva. Estudios de Derecho Judicial*, 13, Madrid, CGPJ, 1999, págs. 342-344, destaca que «el *interés legítimo* —presumiblemente ostentado por cuantos concurren al otorgamiento del documento público que trata de inscribirse— se ve afectado desfavorablemente por el sentido del acto calificador que, para fundar en Derecho la denegación o suspensión de la práctica del asiento que se solicita, hace valer la nulidad de ese título. Las personas físicas o jurídicas que aspiran a beneficiarse (...) de los efectos de la publicidad registral, comparten el atractivo propio de un *interés común y no contradictorio* en que se lleve a efecto la inscripción. Esta reflexión vale como esclarecedora y central, ya que —salvo el reparo innovado por el criterio del acto calificador— ninguna otra objeción de peso les invita a entablar una contienda judicial que, a la luz de los artículos 24.1 CE y 7.3 LOPJ, carece entre las mismas de razón de ser. Les impulsa tan solo —contra la que, a primera vista, constituye su voluntad evidente— el parecer de la calificación registral que, mediante un acto típico de la Administración Pública del Derecho Privado, les transfiere la *carga de depuración* consistente en ejercitar las acciones judiciales precisas para defender la validez del título inscribible (...). Según que sea uno u otro el tenor de la sentencia recaída en el pleito que entonces se promueve, la elección del proceso ordinario excluye, en el peor de los casos, o demora, en el más inofensivo de ellos, la inscripción registral del documento público cuya validez es cuestionada por el acto calificador y no por los otorgantes que, fuera de toda duda y sin reservas, siguen interesados en que la inscripción se practique sin dilación alguna (...).

Es claro que los que han aceptado la procedencia de la inscripción registral —admitiendo la validez del título inscribible y asintiendo a la práctica del oportuno asiento— no están interesados, de entrada, en desencadenar un litigio que aplase o dificulte semejante posibilidad. Ello ha quedado al margen de la *presuposición inicial* o perspectiva de los otorgantes de un documento al que asignan una finalidad entorpecida por el reparo que así se suscita. Cabe, a lo sumo, que su *interés sobrevenido* derive de otras perspectivas, de necesidad o complejidad, o de la intuición de aspectos y efectos secundarios que, en principio, pasan desapercibidos y luego emergen por obra de reflexiones del acto calificador. La presencia de ese interés de *percepción reciente* justifica la sustitución del trámite del recurso gubernativo por el del conocimiento jurisdiccional a que se acude (arts. 24.2 CE y 11.2 LOPJ).

Si del discurso calificador se infiere que alguno de los concurrentes al otorgamiento del título inscribible —inicialmente desinteresados en atacar su validez— puede beneficiarse de la declaración de nulidad del mismo, sí que surge un interés autónomo que colisiona con el de los demás participantes y determina que su portador accione frente a ellos. La sentencia que acoge esa pretensión es una *resolución constitutiva*, cuyo *fallo* modifica las circunstancias jurídico-materiales que se hicieron valer en apoyo del derecho a obtener la inscripción debatida. Si, al contrario, los intervinientes no revelan interés alguno en impugnar la validez del título, el objeto del proceso —animado por tal actitud— consiste en una *acción meramente declarativa* y, como tal, encaminada a lograr un pronunciamiento que, descartando la existencia del vicio de nulidad que la calificación registral ha opuesto, afirma aquella cualidad y disipa los reparos obstatantes a la inscripción de dicho documento».

SÁNCHEZ PEGO, F. J., «La tutela judicial en el recurso gubernativo», en AA.VV., *Jurisdicción y Registro de la Propiedad y Mercantil: nuevas áreas de interés común* (dirigido por ALMENAR BELENGUER, M. - CARBONELL LLORENS, C.), en *Estudios de Derecho Judicial*, 43-2002, Madrid, CGPJ, 2004, pág. 33, también pone de manifiesto que en el proceso sobre la validez o nulidad del título pueden no existir siquiera intereses contrapuestos entre las partes del mismo. Este mismo autor, *La compatibilidad...*, cit., pág. 145, indica que los interesados

Por ello, si en ese proceso se obtiene una sentencia que, en contra de la opinión del registrador, declara la validez del acto o del título⁴¹, el artículo 101, II RH establece que «el Registrador practicará el asiento solicitado el cual surtirá sus efectos desde la fecha del de presentación del título, si se hubiere tomado la correspondiente anotación preventiva y esta estuviese vigente».

Por el contrario, si el actor en dicho proceso es el tercero que ha resultado perjudicado por la práctica de la inscripción, su objeto estará formado por una pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación, según los casos, dirigida a la declaración de nulidad o anulación del título o del acto o negocio jurídico contenido en el mismo, y a la práctica de la correspondiente cancelación registral⁴².

Y ello porque, según el artículo 33 LH, «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes».

En este supuesto nos encontraríamos propiamente ante el proceso judicial de rectificación registral del artículo 40 LH. En concreto, según el artículo 40, I, d) LH este proceso procederá «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento»⁴³.

Como se ha indicado, «la sentencia que resuelva el litigio sobre la validez o la ineficacia del título o del negocio objeto del mismo tendrá como consecuen-

contienen entre sí porque existe un conflicto entre los mismos, resultante de la calificación registral negativa, pero que puede que no haya conflicto.

Por su parte, en términos similares, GARCÍA GARCÍA, J. M., «La reforma del recurso gubernativo debe respetar los Estatutos de Autonomía y al propio tiempo la igualdad de derechos en materia de ordenación de los Registros y derecho de propiedad y debe ser de naturaleza judicial conforme a la legislación del Derecho Comparado de la Unión Europea y a la tradición jurídica española», en *Revista de Asuntos Registrales* *Lunes Cuatro Treinta*, año XII, núm. 255, primera quincena, abril de 1999, pág. 33, entiende que puede plantearse en dicho proceso una contienda entre partes conocidas y determinadas, en la que podrá declararse la inscripción de un determinado derecho, pero también podrá acontecer que, cuando no haya contienda entre partes conocidas, se plantee el objeto de ventilar la cuestión de la inscripción o no del derecho por parte de un interesado, en cuyo caso de tratará de una «mera acción declarativa, que habrá de plantearse contra todas aquellas personas a las que afecte el asiento pretendido, e incluso contra las personas desconocidas e ignoradas a quienes pueda afectar el mismo».

⁴¹ En concreto, el artículo 101.II RH se refiere a este supuesto de hecho así: «Si la ejecutoria que en este recayere resultare contraria a la calificación».

⁴² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., pág. 344, sostienen que el artículo 66 LH es de aplicación en caso de haberse emitido una calificación favorable y practicado la inscripción, para que los titulares de otros derechos, perjudicados por la inscripción, puedan reaccionar y defender su posición jurídica.

⁴³ Un análisis de la acción judicial de rectificación del registro en el supuesto de que el dueño enajena un mismo inmueble a diferentes personas lo podemos encontrar en SÁNCHEZ CEBRIÁN, J., «Salvaguardia registral por los Tribunales y rectificación judicial del Registro», en AA.VV., *Estudios a propósito de sentencias judiciales dictadas en recursos contra la calificación del registrador*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, Madrid, págs. 227-260.

cia la práctica del asiento denegatorio o la cancelación del practicado, según su signo decisorio»⁴⁴.

Así pues, mientras en el primer proceso (art. 328, I a V LH) se discute propiamente sobre el acto registral de la calificación, en el segundo (art. 328, VI LH) se discute específicamente sobre el acto jurídico o el título que se inscribe⁴⁵.

2.^a) No hay absoluta identidad entre las partes de ambos procesos⁴⁶.

En cuanto a la controversia subyacente y a la legitimación pasiva también existe una diferencia entre los procesos mencionados. En los procesos sobre la eficacia o ineficacia o a la validez o nulidad de los actos o negocios contenidos en los títulos calificados o la de estos mismos las partes litigan entre sí a título particular, es decir, se ventila una controversia entre particulares —aunque alguna de ellas pueda ser una persona jurídica de naturaleza pública—, sobre derechos e intereses de naturaleza privada, y no será parte la Administración Pública⁴⁷, salvo que actúe como un particular (arts. 66, I; y 328, VI LH), mientras que en el proceso regulado por el artículo 328 LH se litiga contra la Administración del Estado —o contra el registrador—, en cuanto responsable del sistema público registral, por haber denegado la práctica de un asiento registral (art. 328, V LH)⁴⁸.

⁴⁴ SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 150.

⁴⁵ Así, NADAL GÓMEZ, I., *Las vías...*, cit., pág. 12.

Vid. también SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La tutela...*, cit., pág. 45, quien destaca la diversidad existente en el ámbito objetivo de ambos procesos, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *La reforma...*, cit., pág. 34, quien defiende que un proceso afecta al tema de la «legalidad de la calificación registral», y el otro proceso al tema de los «derechos».

En términos similares se manifiesta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El Registro...*, cit., pág. 195, al destacar que un proceso tiene por objeto la resolución registral de no inscribir, y el otro el título cuya inscripción se pretende.

⁴⁶ Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., pág. 123, y SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La tutela...*, cit., pág. 45, quienes destacan la diversidad existente en el ámbito subjetivo de ambos procesos.

NADAL GÓMEZ, I., *Las vías...*, cit., pág. 5, destaca que «la legitimación tanto activa como pasiva en este proceso solo correspondía a los particulares que estuviesen interesados en contender acerca de la validez o nulidad de los títulos».

⁴⁷ Porque, como indica SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 143, dicho proceso «no tiene por objeto directo, sino solo como derivación o consecuencia, el derecho a inscribir».

Vid. también GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., pág. 225.

⁴⁸ PARDO NÚÑEZ, C. R., *La revisión...* (2002), cit., pág. 83, entiende que «procederá, por tanto, el nuevo recurso judicial, cuando el solicitante insista en que su pretensión no afecta o perjudica a terceros por lo que su derecho, y el título que lo fundamenta, cumplen con todos los requisitos legales y, por tanto, la negativa de la Administración carece de fundamento.

Servirá, en cambio, el «viejo» recurso judicial del artículo 66 *in fine* cuando el pretendiente del asiento exija el reconocimiento de la validez o eficacia de su título a la contraparte o a terceros porque éstos le niegan su concurso, debido o prometido, pero en cualquier caso necesario, para integrar el indicado título, sanarlo o convalidarlo a fin de proceder a su inscripción (...).

En definitiva, seguirá sirviendo el «viejo» recurso cuando hay contención declarada entre las partes porque el concurso de una de ellas es necesario para proceder al asiento (suspensión).

3.^a) En relación con la calificación registral, el primer proceso (art. 328, I a V LH)⁴⁹ presupone una calificación registral negativa, mientras que el segundo proceso (art. 328, VI LH)⁵⁰, aunque puede iniciarse como consecuencia una calificación registral negativa⁵¹, no la precisa, ya que este «no es realmente una reclamación contra la calificación registral, sino un proceso entre partes que se puede plantear sin que exista siquiera intento de acceso al Registro»⁵².

4.^a) Aunque las pretensiones de los procesos mencionados son distintas, su estimación puede conducir a un mismo resultado, la práctica de una inscripción registral, pero con una diferencia importante.

En el primer proceso la revocación de la calificación registral negativa traerá como consecuencia la práctica de la inscripción pretendida, sin necesidad de realización de una nueva calificación, siempre que en el mismo se haya ejercitado la pretensión de condena a la práctica de la inscripción registral.

Por su parte, el proceso del artículo 328, VI LH, «puede producir, entre las varias decisiones consecuentes a las pretensiones de los litigantes, la práctica de un asiento registral o la cancelación del ya practicado», previa realización de la correspondiente calificación⁵³.

dido o denegado) del título defectuoso. En conclusión, en un caso, porque se discrepa de la calificación, la pretensión de condena se dirige contra la Administración: «en otro caso, porque se acepta (la calificación), (la pretensión de condena) se dirige contra la (contra)parte».

⁴⁹ Esto es, el relativo a la impugnación de la calificación registral negativa o de la RDGRN dictada al resolver el recurso gubernativo.

⁵⁰ Es decir, el proceso sobre la validez o nulidad del título pretendidamente inscribible o sobre la eficacia o ineficacia del acto o negocio jurídico contenido en el mismo.

⁵¹ El artículo 66.II LH hace referencia a que «cuando se hubiere denegado la inscripción y el interesado (...) propusiera demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez del título».

⁵² SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 134. FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., *El principio...*, cit., pág. 3, también indica que no estamos ante un verdadero recurso judicial contra la calificación del registrador.

⁵³ SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., págs. 134, 136 y 150, esp. pág. 134.

NADAL GÓMEZ, I., *Las vías...*, cit., pág. 6, apunta que «los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso judicial solo afectarán indirectamente al Registro en tanto que los Registradores deben cumplir con las sentencias judiciales; y si así se solicita, debería proceder a modificar el Registro en todo aquello que fuera opuesto a lo establecido en la sentencia. Pero obsérvese que de nuevo la sentencia debería estar sujeta a otro procedimiento calificador, antes de que lo dispuesto en ella pudiera acceder al Registro».

Por su parte, VERGER GARAU, J., *En torno...*, cit., págs. 80 y 81, resalta que «en la sentencias como las referentes a la validez o nulidad de los títulos (art. 66 de la LH) no se declara, ya que no constituye ese objeto del proceso, si los títulos son o no inscribibles en el Registro. No obstante, esto (...) es lo que precisamente puede interesar legalmente al titular (...). No obstante, hay que admitir lógicamente que la sentencia que se dicte en dichos procesos puede influir indirectamente sobre la calificación efectuada. Si el registrador basó esta en la nulidad del título y la sentencia declara su validez deberá rectificar su calificación y admitir la inscripción del título (cfr. párrafo 2.º del art. 101 del RH) si no existen otros defectos de naturaleza distinta que legalmente lo impidan».

Esto es, la sentencia que se dicte en el proceso sobre la validez del título podrá dar lugar al asiento registral que corresponda, lo que precisará de la previa calificación del registrador. Por el contrario, la sentencia del juicio verbal de impugnación producirá como efecto la práctica de la inscripción sin previa calificación registral, si se ha ejercitado en el mismo la pretensión de condena antes aludida⁵⁴.

5.^a) En cuanto al procedimiento adecuado, en el primer proceso la adecuación del procedimiento se determina por la materia, al señalarse que aquel, atendiendo a su objeto, se tramitará según las normas del juicio verbal (arts. 324, I; y 328, I LH)⁵⁵.

El segundo proceso (art. 328, VI LH) normalmente será un proceso civil y se ventilará por el juicio declarativo común —ordinario o verbal— que corresponda a la cuantía (arts. 249.2 y 250.2 LEC⁵⁶). Esta conclusión concuerda con lo dispuesto por el artículo 40, II LH, según el cual el proceso de rectificación «se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda».

No obstante, la validez del título o del acto jurídico contenido en el mismo podrá constituir también el objeto de un proceso contencioso-administrativo, que ya que existen actos administrativos que producen efectos sobre las relaciones jurídico-privadas y que, en consecuencia, pueden acceder al registro⁵⁷.

6.^a) Las mencionadas pretensiones sobre la validez o invalidez tampoco pueden ejercitarse acumuladas a las pretensiones que constituyen el objeto propio del proceso regulado por el artículo 328 LH.

Por una parte, dichas pretensiones, aunque conexas, no se fundamentarían estrictamente en la misma causa de pedir. Para la acumulación objetivo-subjetiva de acciones —ante la que nos encontraríamos⁵⁸— el artículo 72 LEC —aplicable al juicio verbal por la remisión del art. 438.4 LEC— exige «un nexo por razón del título o caso de pedir», entendiéndose que «el título

⁵⁴ Así, RICHARD GONZÁLEZ, M., «Aspectos procesales de la impugnación gubernativa y judicial de la calificación registral negativa», en AA.VV., *Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los registros. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 60, Madrid, CGPJ, 2005, págs. 337 y 338, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., págs. 225 y 226.

Sin embargo, no se deduce esta conclusión del artículo 101.II RH, según el cual si la ejecutoria que recae en el procedimiento sobre la validez o nulidad del título resulta «contraria a la calificación, el Registrador practicará el asiento solicitado el cual surtirá sus efectos desde la fecha del de presentación del título, si se hubiere tomado la correspondiente anotación preventiva y esta estuviese vigente».

⁵⁵ Estos dos preceptos amplían, pues, la enumeración contenida en el artículo 250.1 LEC.

⁵⁶ El artículo 251.3.^a 2 LEC impone la aplicación de sus reglas para el cálculo de la cuantía litigiosa «a las demandas que afecten a la validez, nulidad o eficacia del título de dominio, así como a la existencia o a la extensión del dominio mismo».

⁵⁷ Así, SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 145.

⁵⁸ Pues el demandante ejercitaría las acciones que tuviera contra varios sujetos.

o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos»⁵⁹.

Por otra parte, porque el artículo 73.1.2.º LEC —aplicable también al juicio verbal por la remisión del art. 438.4 LEC— exige para que resulte admisible la acumulación de acciones que las pretensiones no deban ventilarse, por razón de la materia, en juicios de diferente tipo. Mientras la norma procesal civil exige el procedimiento verbal, por razón de la materia, para las pretensiones del primer proceso (art. 328, I LH), las pretensiones del segundo proceso (art. 328, VI LH) se tramitarán, por razón de la cuantía, a través del juicio ordinario en la mayor parte de los casos⁶⁰.

Por la última razón apuntada —la pretensión que se ejercitara reconconvencionalmente debería ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza—, resultaría también inadmisibile que las pretensiones relativas a la eficacia o ineficacia o a la validez o nulidad de los actos o negocios contenidos en los títulos calificados o la de estos mismos se ejercitaran reconconvencionalmente en el proceso regulado por el artículo 328 LH (art. 406.2, I LEC).

Y por el mismo motivo indicado —los procesos deberían sustanciarse por trámites diferentes—, tampoco sería admisible una eventual acumulación de los procesos en los que se ejercitaran las pretensiones de uno y otro tipo expuestas, a pesar de su conexión (art. 77.1 LEC).

7.ª) No cabiendo la acumulación de acciones ni tampoco la de procesos, cabe analizar las relaciones entre ambos procesos.

Dichos procesos no son incompatibles y es admisible una tramitación simultánea o sucesiva de los mismos⁶¹.

⁵⁹ Para la acumulación objetiva de acciones en el juicio verbal, el artículo 438.3.1.ª LEC también exige que aquellas se basen en unos mismos hechos.

⁶⁰ Como indica MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., pág. 96, «el artículo 66 de la LH en la inmensa mayoría de las ocasiones va a implicar un proceso ordinario».

Salvo, como señalan VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., pág. 240, y SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 148, en el improbable caso de que la cuantía del pleito no supere los 6.000 euros.

⁶¹ Así, VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., pág. 242; MARCO CLOS, J. M., *El proceso...*, cit., pág. 294; SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., págs. 137 y 149; y RICHARD GONZÁLEZ, M., *Aspectos...*, cit., págs. 337-338.

Como señala NADAL GÓMEZ, I., *Las vías...*, cit., págs. 5 y 6, «el mal llamado recurso judicial podía ser promovido en cualquier momento antes o después que el gubernativo, lo que también es otra señal de que no estamos ante un verdadero recurso».

GARCÍA GARCÍA, J. M., *La reforma...*, cit., pág. 33, entiende que el proceso del artículo 328.VI LH «también se puede producir cuando, habiéndose denegado o suspendido la inscripción de un documento, y no habiendo prosperado el correspondiente recurso gubernativo por parte de algún interesado, inste la vía judicial, aportando toda clase de pruebas y alegaciones en la forma propia del juicio ordinario, y pretenda la inscripción de su derecho a través de la oportuna sentencia judicial».

Por una parte, el proceso de impugnación de la calificación registral negativa se podrá iniciar sin perjuicio de que también se pueda acudir, si se quiere, a los órganos jurisdiccionales para ventilar y contender acerca de la validez o nulidad de los títulos o de los actos contenidos en los mismos (arts. 66, I; y 328, VI LH).

Por otro lado, el proceso sobre la validez o nulidad de los títulos o de los actos contenidos en los mismos «en ningún caso paralizará la resolución» del proceso de impugnación de la calificación registral negativa (art. 328, VI LH).

En consecuencia, ejercitadas las mencionadas pretensiones, de uno y otro tipo, en procesos diferentes, no resultará de aplicación el régimen de la prejudicialidad civil previsto en el artículo 43 LEC.

Iniciados los dos procesos por separado con sus correspondientes pretensiones la única relación entre los mismos podría llegar por la vía de las medidas cautelares en los términos definidos en los arts. 66, I y II; y 328, VI LH⁶².

8.^a) La jurisdicción competente para conocer del primer proceso es la civil, mientras que respecto del segundo proceso no se especifica la competencia genérica. En este segundo proceso la competencia genérica se determinará por la materia⁶³, pudiendo resultar competente la jurisdicción civil pero también la contencioso-administrativa.

9.^a) La sentencia dictada en el proceso sobre la validez o nulidad del acto o del título producirá efectos de cosa juzgada, positiva o prejudicial, sobre el proceso de impugnación de la calificación⁶⁴. Por el contrario, si la sentencia del

Para este autor, págs. 34 y 36, se podrá acudir a dicho proceso cuando se plantee la declaración del derecho con pruebas y documentos diferentes de aquellos sobre los que ha versado la resolución del recurso gubernativo.

⁶² Vid. VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., pág. 241.

NADAL GÓMEZ, I., *Las vías...*, cit., pág. 12, señala que «con la configuración dada a este recurso por el legislador y que acabamos de describir, podría darse la posibilidad de que fuese el mismo órgano jurisdiccional el que conociese de ambos procesos e incluso podría llegar a dictarse a la vez una sentencia en la que se declarase la nulidad del título que se pretende inscribir, junto con otra en la que se estableciera la procedencia de la inscripción y se ordenase al Registrador que practicara la misma. Evidentemente ambas resoluciones son contradictorias entre sí y no pueden ser cumplidas simultáneamente. Para evitar que se llegasen a dar estas situaciones, debería utilizarse el expediente de la prejudicialidad civil, de forma que en supuestos como los que acabo de mencionar, en los que la propia validez del título sea la causa por la que se ha denegado la inscripción en el Registro, pueda instarse por las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 LEC, la suspensión del curso de las actuaciones hasta que se resuelva el juicio que tiene por objeto la cuestión prejudicial.

En aquellos otros supuestos en los que no sea posible la invocación de este expediente podrá ocurrir que se ordene la inscripción como resultado del éxito del recurso, a la vez que se sigue con el proceso declarativo que corresponda. La forma de evitar que en estos casos y ante la perspectiva de una sentencia que declare la invalidez del título se puedan producir efectos perjudiciales para las partes o para terceros, será solicitar que se practique la anotación preventiva de la demanda del proceso plenario que corresponda».

⁶³ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El Registro...*, cit., pág. 191.

⁶⁴ Vid. SÁNCHEZ PEGO, F. J., en *La tutela...*, cit., pág. 45, y también en *La compatibilidad...*, cit., pág. 139, donde destaca la prevalencia del proceso sobre la validez o la eficacia

proceso de impugnación de la calificación se pronuncia, con carácter prejudicial, sobre la validez o nulidad del acto o del título, la misma no producirá efectos de cosa juzgada sobre esta cuestión.

Veamos ahora algunos pronunciamientos judiciales sobre estas cuestiones.

La SAP de Córdoba (Sección 3.^a), número 14/2005, de 24 de enero, ha apuntado que «la procedencia o improcedencia de dicha calificación, que es en esencia lo que aquí se ventila, es cuestión conceptual y prácticamente diferente al debate que los interesados pueden propiciar para contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo; debate previsto en el último párrafo del artículo 328 de la LH, y que en suma, no es sino una especial y puntual proyección de las facultades de acomodación del mundo tabular a la realidad material que ya preveía el artículo 38 LH, que para nada empece a la independencia de la labor calificadora, que previamente se hizo sobre el título ulteriormente sometido a debate» (FD 3.^o).

En el mismo sentido se ha manifestado la SAP de Madrid (Sección 19.^a), número 91/2007, de 22 de febrero, según la cual, «resolver sobre el fondo en el juicio verbal en que nos hallamos, del que conoce la jurisdicción civil, supondrá tanto como adentrarse en los problemas de la calificación misma, que no, y este dato es evidente, sobre la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo, para lo que queda abierta siempre la vía del juicio declarativo ordinario» (FD 3.^o).

La misma conclusión es la que se ha defendido en la SAP de Asturias (Sección 6.^a), número 483/2007, de 28 de diciembre, en la que se ha indicado que, «en relación al ámbito de este proceso especial de impugnación judicial directa aunque —a diferencia de lo que ocurre con el recurso indirecto ante la DGRN, en que el artículo 326 de la LH limita expresamente su objeto a las cuestiones directamente relacionados con la calificación, estableciendo que ha de rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos—, el artículo 328 de la misma LH no establezca tal limitación, ello en absoluto autoriza a sostener que el juicio verbal a que se refiere este último sea ordinario y por ello de conocimiento plenario sobre el derecho a inscribir el acto de que se trata y cuantas cuestiones tengan relación con la nota de calificación, incluida la validez o no del acto o negocio subyacente. Antes al contrario, ha de estimarse que ambos son procedimientos registrales especiales cuyo objeto no va más allá del control de la legalidad de la nota de calificación negativa de los Registradores, viniendo así limitado su ámbito de enjuiciamiento a ese control de la legalidad registral de los concretos defectos en que se basa la negativa, estando excluida del mismo toda discusión acerca de la validez del negocio o acto jurídico subyacente, que habrá de ser

del título o del negocio documentado en el mismo sobre el proceso de impugnación de la calificación registral.

hecha valer en el procedimiento declarativo ordinario correspondiente. Ello es así porque el objeto de ambos procesos de impugnación registral es idéntico y no otro que la calificación o nota denegatoria de la inscripción y el control de la legalidad de los motivos en que se basa la misma.

La imposibilidad de enjuiciar en este proceso especial la validez del acto o negocio jurídico subyacente, más concretamente en este caso la nulidad de una cancelación de anotación preventiva de embargo previamente acordada en virtud de mandamiento de otro Juzgado deriva, además de ese limitado ámbito objetivo de este juicio especial, del hecho de que tanto el artículo 328 de la LH como el 66 de la misma y el 101 del Reglamento, reconocen el derecho que asiste a los interesados al margen de este cauce de impugnación, para plantear ante los Tribunales las cuestiones relativas a la validez del título de que se trate» (FD 3.º).

En la misma línea, repitiendo básicamente la fundamentación jurídica de la resolución anterior, podemos destacar la SAP de Islas Baleares (Sección 3.ª), número 475/2010, de 30 de noviembre, en la que se ha argumentado que «cierto es que nos hallamos ante un supuesto de impugnación judicial directa del artículo 328 de la misma LH, norma en la que no aparece la “limitación” expresa de su objeto como ocurre en el artículo 326 relativo al recurso indirecto ante la DGRN, pero, ello en absoluto autoriza a sostener que el juicio verbal a que se refiere este último sea ordinario y por ello de conocimiento plenario sobre el derecho a inscribir el acto de que se trata y cuantas cuestiones tengan relación con la nota de calificación, incluida la validez o no del acto o negocio subyacente. Antes al contrario, ha de estimarse que ambos son procedimientos registrales especiales cuyo objeto no va más allá del control de la legalidad de la nota de calificación negativa de los Registradores, viniendo así limitado su ámbito de enjuiciamiento a ese control de la legalidad registral de los concretos defectos en que se basa la negativa, estando excluida del mismo toda discusión acerca de la validez del negocio o acto jurídico subyacente, que habrá de ser hecha valer en el procedimiento declarativo ordinario correspondiente. Ello es así porque el objeto de ambos procesos de impugnación registral es idéntico y no otro que la calificación o nota denegatoria de la inscripción y el control de la legalidad de los motivos en que se basa la misma, esto es, la revisión del acto de calificación efectuado por el Registrador de la Propiedad, y así se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia menor, entre otras, las sentencias de la AP de Zamora de 2 de marzo de 2007 y de la AP de Pontevedra de 14 de mayo de 2007» (FD 2.º).

Por último, en la SAP de Badajoz (Sección 2.ª), número 37/2008, de 29 de febrero, se ha concluido que «únicamente quedan al margen de la discusión en el juicio verbal del artículo 328 LH, los problemas de validez del título que se pretende inscribir, por así resultar de la interpretación conjunta de los artículos 66 y 328 párrafo sexto de la LH y 101 y 127 del Reglamento».

5.2. EL OBJETO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y EL OBJETO DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA. CUANDO LA CALIFICACIÓN REGISTRAL HAYA SIDO NEGATIVA POR UN VICIO DE INEFICACIA O DE INVALIDEZ DEL ACTO O NEGOCIO DOCUMENTADO EN EL TÍTULO O DEL MISMO TÍTULO, PARA RESOLVER SOBRE LA CORRECCIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL HABRÁ QUE RESOLVER, PREJUDICIALMENTE, SOBRE LA EXISTENCIA O NO DE DICHO VICIO DE INEFICACIA O INVALIDEZ

Por lo expuesto en el apartado anterior, se ha llegado a concluir que el proceso regulado en el artículo 328 LH, «no incluye en su ámbito objetivo la controversia sobre la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título o la de este mismo»; que «las sentencias que resuelvan uno y otro procesos no pueden ser contradictorias porque versan sobre cuestiones distintas»; y que «la sentencia que resuelva el litigio sobre la validez o la ineficacia del título o del negocio objeto del mismo tendrá como consecuencia la práctica del asiento denegatorio o la cancelación del practicado, según su signo decisorio, sin que la sentencia dictada en el proceso «recurso» sobre la calificación produzca efecto de cosa juzgada en aquel, precisamente porque uno y otro versan sobre cuestiones distintas»⁶⁵.

Ahora bien, resolver la impugnación judicial de la calificación registral no se puede realizar sin conocer la función calificadora y el objeto de la calificación registral.

Realizo esta afirmación porque las resoluciones citadas en el apartado anterior han resuelto sobre la impugnación de la calificación registral, desconociendo o no teniendo claro el alcance de dicha calificación registral⁶⁶.

Partiendo de la base de que en el artículo 328 LH se regula un proceso judicial de impugnación de la calificación registral negativa y, en su caso, de la RDGRN dictada al resolver el recurso gubernativo interpuesto contra dicha calificación, no se puede desconocer que la función calificadora supone que «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos

⁶⁵ SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., págs. 149 y 150.

⁶⁶ MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., págs. 96-98 y 111, esp. pág. 97, también parece incurrir en mismo error, pues, ante la cuestión de si se puede resolver con carácter prejudicial sobre la validez o la eficacia del negocio jurídico subyacente, sostiene que «la sentencia dictada en el «proceso recurso» sobre la calificación no produce efecto de cosa juzgada en el procedimiento en que se discuta sobre la validez del negocio y ello por cuanto porque así se recoge legalmente, ambos procesos se refieren a cuestiones distintas».

Por su parte, MARCO CLOS, J. M., *El proceso...*, cit., pág. 295, y VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., págs. 218, 234, 235 y 237-245, también sostienen que el debate sobre la validez o nulidad del título queda al margen del juicio verbal de impugnación.

dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro» (art. 18, I LH)⁶⁷.

De este precepto, se deduce que los registradores, para decidir sobre la práctica de la inscripción solicitada, deberán controlar aspectos relativos a la validez o eficacia del acto o negocio jurídico y del título⁶⁸ —si bien de forma limitada, pudiendo realizar dicho control únicamente sobre la base del documento presentado—⁶⁹, y que, en ocasiones, la calificación registral negativa podrá fundamentarse en la invalidez o ineficacia de aquellos.

En estos supuestos, cuando se decide judicialmente sobre la corrección de la calificación registral negativa, «no se está decidiendo, tan solo, si el derecho anteriormente constituido es o no publicable: de muy distinta manera se

⁶⁷ Parece desconocerlo BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Una visión dinámica de la seguridad jurídica de las transacciones», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 2007, pág. 14, cuando afirma que «ni siquiera es válida la afirmación, también repetida con cierta frecuencia, de que el Registrador decide sobre la validez del documento; el Registrador solo decide sobre su inscripción. Sobre la validez del documento solo deciden, en nuestra Constitución, los jueces».

⁶⁸ SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 150, como propuesta de *lege ferenda*, partiendo de que «no existe una línea precisa de separación entre las pretensiones sobre la práctica de un asiento registral y sobre la eficacia del título pretendidamente inscribible, ni, por lo tanto, entre el objeto de los dos procesos que contempla el artículo 328 LH», sostiene que «no debiera existir obstáculo a plantear en el “recurso” judicial sobre la calificación la controversia acerca de la validez o la ineficacia del título o del negocio jurídico entre los interesados, siempre que hubieran sido llamados a este proceso todos los que fuesen interesados en tal controversia, como es fácil que ocurra. Así las cosas, hubiera sido preferible que dicho proceso o “recurso” judicial a que se refiere el artículo 328 LH siguiese los trámites del juicio ordinario, para que tal controversia hubiera podido tener cabida en el mismo».

Apunta GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., pág. 168, que entre los defectos «se incluyen no solo los obstáculos registrales, sino los defectos resultantes de la legislación civil».

NADAL GÓMEZ, I., *Las vías...*, cit., pág. 12, señala que los objetos de ambos procesos «son diferentes aunque estén estrechamente relacionados».

⁶⁹ Así, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., págs. 122, 370 y 437.

Sobre la limitación apuntada se ha pronunciado la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), núm. 240/2006, de 12 de mayo, afirmando que «la calificación registral, que es el medio dispuesto para dar cumplimiento al principio de legalidad (...), está legalmente previsto que se lleve a cabo a partir de unos medios determinados (limitados, si se quiere) lo que resulte del documento presentado y la situación que resulta de los propios asientos del Registro, con objeto de determinar si concurren las condiciones prescritas para la validez del acto inscribible, pero «a los efectos de extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado», como señala el artículo 59.1 RRM. Se trata de la emisión de un juicio jurídico sobre la validez del acto documentado, con alcance condicionado por los medios y la finalidad que prescribe la Ley, lo que implica que el Registrador, para calificar, en cuanto intérprete autorizado y autónomo de la legalidad, no puede valerse de presunciones, ni apreciar vicios en el consentimiento, o la buena o nuda fe de los intervinientes, ni atender o juzgar cuestiones de hecho, que suponen un juicio valorativo que excede de la naturaleza y función calificadora. No consiste, en fin, la calificación en un juicio de valor para declarar un derecho dudoso o controvertido, sino para incorporar o no al Registro una nueva situación inscribible, y ha de fundarse en aquellos limitados medios» (FD 7.º).

está efectuando un juicio sobre la validez del título adquisitivo, en términos amparados por el artículo 18 LH, lo que realmente va a dificultar la precisión de los límites —que el legislador un tanto incoherentemente ha mantenido sin alteración alguna— entre el nuevo proceso de revisión de la calificación y el proceso sobre validez de los títulos del artículo 66 LH»⁷⁰.

En la STC (Sala 2.ª), número 207/1999, de 11 de noviembre, se ha destacado que sobre notarios y registradores recae el «deber de vigilancia de la legalidad aplicable al autorizar instrumentos públicos y al permitir su acceso, mediante la correspondiente inscripción, en el Registro inmobiliario», en concordancia con los importantes efectos que el legislador atribuye a los asientos registrales, y que «la función calificadora que realiza el Registrador de la Propiedad comporta, asimismo, un juicio de legalidad, atinente no solo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible sino también, como establece el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”» (FD 9.º y 8.º).

La SAP de Barcelona (Sección 1.ª), número 163/2005, de 15 de marzo⁷¹, ha puesto de manifiesto la relación del objeto del proceso que nos ocupa con la función calificadora, que incluye constatar la validez del acto jurídico de que se trate, de acuerdo con el principio de legalidad:

«SEGUNDO.—(...) ante todo y en primer lugar, creemos de interés recordar que la finalidad del presente procedimiento debe limitarse a la revisión del acto de calificación efectuado por el Registrador de la Propiedad porque este es el cometido a que se refiere el artículo 326 de la Ley Hipotecaria cuando señala que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Lo expuesto nos lleva a referirnos al concepto mismo de la función calificadora, reiterando con la doctrina más autorizada, que la indicada función ha experimentado un desarrollo expansivo, en la que ha pasado de la simple toma de razón, propia del sistema de la Ley Hipotecaria de 1861, al modelo actual regulado en el artículo 18 de la Ley, y que obliga al Registrador a constatar la validez del acto jurídico de que se trate, de acuerdo con el principio de legalidad, y limitando su actuación al acto mismo, sin interferir en lo que sería propio de la actividad jurisdiccional.

En este sentido, la función calificadora, en tanto que sujeta al principio de legalidad, debe contemplar la totalidad del ordenamiento jurídico, de forma que la validez del acto jurídico de que se trate no ha de limitarse a la concurrencia de los requisitos propios y exclusivos del derecho civil sino también a las normas de carácter urbanístico que inciden, condicionan e incluso en ocasiones delimitan, el contenido iusprivatista del derecho de propiedad, pues no pueden admitirse contradicciones en el seno de un mismo ordenamiento jurídico sino que ha de ser contemplado y aplicado como un todo armónico».

⁷⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., pág. 83.

⁷¹ Reproduce literalmente su contenido la SAP de Zamora (Sección 1.ª), número 47/2007, de 2 de marzo.

Reproduciendo en parte la fundamentación jurídica de la anterior podemos citar la SAP de Barcelona (Sección 1.ª), número 419/2008, de 16 de septiembre, de acuerdo con la cual, «ante todo y en primer lugar, es de interés recordar que la finalidad del presente procedimiento se limita a la revisión del acto de calificación efectuado por el Registrador de la Propiedad porque este es el cometido a que se refiere el artículo 326 de la Ley Hipotecaria cuando señala que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Lo expuesto nos lleva a referirnos al concepto mismo de la función calificadora, reiterando con la doctrina más autorizada que la indicada función ha experimentado un desarrollo expansivo, en la que ha pasado de la simple toma de razón, propia del sistema de la Ley Hipotecaria de 1861, al modelo actual regulado en el artículo 18 de la Ley, que obliga al Registrador a constatar la validez del acto jurídico de que se trate, de acuerdo con el principio de legalidad, con la particularidad, en el caso de tratarse de documentos judiciales, establecida en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, supuesto en el que la función calificadora queda limitada a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado» (FD 3.º).

Por último, en la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª), número 152/2007, de 14 de marzo, se ha puesto de relieve que «el artículo 18 LH atribuye al Registrador de la Propiedad una función que va más allá del mero control formal de los documentos, incluyendo en el ámbito de la calificación facultades de control de la legalidad del acto o negocio jurídico que incorpora el documento, pero siempre con el límite de lo que resulte del propio documento y de los asientos del Registro, de forma que las posibles dudas que pudieran existir, excepción hecha de las que se refieran a la identidad de la finca, deben resolverse a favor de la eficacia registral del título» (FD 3.º).

En consecuencia, cuando la calificación registral haya sido negativa y no se haya practicado la inscripción porque el registrador haya detectado un vicio de ineficacia o de invalidez en el acto o negocio documentado en el título calificado o en el propio título, para resolver sobre la corrección de la calificación registral sí que habrá que resolver, prejudicialmente —esto es, sin pretender a título principal un pronunciamiento judicial al respecto—, sobre la existencia o no de dicho concreto vicio de ineficacia o invalidez⁷².

⁷² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 333-346, llegan a una conclusión similar, pero distinta.

La postura de estos autores se basa en los siguientes argumentos:

1.º) En el proceso regulado por el artículo 328 LH no puede discutirse a título principal sobre la validez del título o sobre la eficacia del negocio subyacente. El objeto directo

Dicho de otro modo, en el proceso judicial de impugnación de la calificación registral se podrá debatir y resolver sobre cuantas cuestiones tengan relación con la nota de calificación, incluida, a título prejudicial, la concreta causa de invalidez del acto o negocio subyacente o la del mismo título, siempre que esa concreta causa de invalidez haya sido considerada por el registrador en su nota de calificación para denegar la práctica del asiento, esto es, siempre que esa discusión y resolución condicione el sentido del fallo sobre la procedencia de la inscripción registral⁷³.

y principal de ese proceso no puede estar integrado por pretensiones relativas a la validez del título o a la eficacia del negocio.

- 2.º) Ya que se está ante un proceso en el que se tiene que decidir sobre el derecho a la inscripción registral, no podrá resolverse esta cuestión si no se puede discutir previamente sobre la relación jurídica subyacente, por lo que ha de admitirse en dicho proceso un debate pleno acerca de la validez o eficacia del título o negocio jurídico objeto de la calificación registral.

Ahora bien, en dicho proceso se puede discutir sobre la validez del título o la ineficacia del negocio subyacente a los solos efectos prejudiciales, es decir, siempre que no se pretenda a título principal un pronunciamiento judicial expreso al respecto, sino tan solo como antecedente lógico del fallo que se haya de dictar sobre la procedencia o no de la inscripción registral.

- 3.º) El pronunciamiento prejudicial sobre esas cuestiones, aunque no se integre en el fallo de la sentencia sino en sus fundamentos jurídicos, producirá efectos de cosa juzgada, por tratarse de una prejudicialidad homogénea. Solo así la sentencia podrá resolver la controversia y decidir sin limitaciones y de forma irrevocable si procede o no la inscripción, esto es, si existe o no el derecho a la inscripción del título.

- 4.º) Salvo error por mi parte, dichos autores entienden que se podría resolver, prejudicialmente, sobre cualquier cuestión relativa a sobre la validez del título o la ineficacia del negocio subyacente —pudiendo las partes efectuar cuantas alegaciones y proponer cuantas pruebas consideren oportunas respecto de todos aquellos extremos que puedan condicionar la decisión judicial—, y no únicamente sobre la concurrencia o no del concreto vicio de invalidez o ineficacia detectado por el registrador en el ejercicio de su función calificadoras. Se estaría, por lo tanto y según su opinión, ante un proceso plenario.

Por ello, afirman que en la práctica perderá todo su sentido la dualidad de procesos a que se refieren los artículos 66 y 328 LH; que ya no podrá sustanciarse un proceso posterior pues lo excluirá la eficacia negativa de la cosa juzgada material de la sentencia del primer proceso; y que el carácter plenario del proceso regulado en el artículo 328 LH supone la absorción en dicho proceso del rol que desempeñaba el proceso previsto en el artículo 66 LH.

⁷³ CASAS ROJO, J., *Las sentencias...*, cit., págs. 17, 18, 21 y 22, indica que «el nuevo procedimiento, de carácter judicial, podría dar cabida a cuantas alegaciones y pruebas pudieran hacer y aportar las partes, de modo que el juez no se limitase a revisar, repetir la calificación (o la resolución) decidiendo si ha sido o no correcta sino que resolviese sobre el derecho a inscribir pudiendo abordar la validez del título y la eficacia del negocio subyacente. En definitiva, una actividad auténticamente jurisdiccional o de tutela.

Sin embargo, examinando las numerosas sentencias que se han dictado, resulta reiterada la idea según la cual el objeto o finalidad de estos procedimientos es revisar el acto de calificación registral o las resoluciones DGRN, determinar si la resolución es ajustada a derecho (y en particular a la normativa registral aplicada por los Registradores). No se trata, por tanto, de sentar doctrina en términos generales, ni de resolver *ex novo* conforme al Derecho sustantivo

En consecuencia, cuando el registrador no haya apreciado en su nota de calificación un concreto vicio de invalidez o ineficacia, en el proceso contemplado por el artículo 328 LH no se podrá hacer valer dicho vicio⁷⁴.

Recapitulando las argumentaciones expuestas, podemos concluir que el objeto del proceso regulado por el artículo 328 LH estará integrado por la pretensión declarativa o constitutiva de nulidad o anulación y —en su caso— por la pretensión de condena analizadas en los apartados anteriores, sin perjuicio de que, para resolver sobre dichas pretensiones resulte necesario resolver previamente en dicho proceso, con carácter prejudicial y sin efectos de cosa juzgada, sobre la concurrencia del concreto vicio de invalidez del título o de ineficacia del acto o negocio subyacente que haya motivado, en su caso, la calificación registral negativa.

La SAP de Madrid (Sección 19.^a), número 91/2007, de 22 de febrero, después de argumentar que «resolver sobre el fondo en el juicio verbal en que nos hallamos, del que conoce la jurisdicción civil, supondrá tanto como adentrarse en los problemas de la calificación misma, que no, y este dato es evidente, sobre la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo, para lo que queda abierta siempre la vía del juicio declarativo ordinario» (FD 3.^o), y que «como dice el artículo 326, que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, norma esta que tiene que trasladarse al proceso en que nos encontramos para delimitar el propio objeto del juicio verbal del que conoce la jurisdicción ordinaria» (FD 4.^o), para la resolución del caso sí se ha pronunciado sobre la eficacia del título calificado a los efectos requeridos por el artículo 98 LH.

la cuestión civil, ni de resolver sobre titularidades, para lo que habría que acudir al litigio oportuno en el procedimiento correspondiente (...).

El carácter meramente revisorio de estos procedimientos implica que (...) ni por supuesto puede discutirse sobre la validez del título».

No obstante, destaca que «pese al carácter meramente revisor del procedimiento que nos ocupa, no hay que olvidar que en el fondo de lo que se trata, (lo que persigue el demandante), es de decidir acerca de la inscripción o no de un derecho en un Registro público, con las trascendentes consecuencias que ello conlleva (eficacia *erga omnes*, fe pública registral, legitimación registral) y que en buena medida esa decisión puede requerir pronunciarse sobre la validez o no del título o la eficacia de los negocios o relaciones subyacentes, por lo que hay quien entiende que al menos como cuestión prejudicial (pero desplegando los efectos de cosa juzgada) pudieran poder sustanciarse dichas cuestiones».

⁷⁴ En sentido contrario parecen manifestarse Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., pág. 329, para quienes «la actividad jurisdiccional no se va a ceñir a examinar los motivos de los que se deduce la incorrección de la resolución atacada, sino que, además de lo anterior, englobará igualmente todos los motivos de los que se deriva la existencia del derecho o interés en obtener la inscripción», y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., pág. 124, para quien ambos procesos son compatibles «si lo que se discute no ha sido objeto de discusión en el juicio verbal precedente».

En similar contradicción ha incurrido la SAP de Madrid (Sección 18.^a), número 528/2008, de 10 de noviembre, que, por una parte, ha dejado fuera del ámbito de aplicación del proceso judicial de impugnación de la calificación registral los temas relativos a la eficacia e ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo, pero, por otra parte, ha reconocido que la función calificadora implica un control de la legalidad de las formas intrínsecas de los títulos calificados y de la validez de los actos dispositivos contenidos en los mismos:

«PRIMERO.—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 LH, el proceso a que se contrae esta litis “deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma”, y de manera consecuente con ello el artículo 328 LH deja a salvo “el derecho que asiste a los interesados a contender ante sí acerca de la eficacia e ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo”, por lo que la finalidad del presente procedimiento debe limitarse a la revisión del acto de calificación efectuado por el Registrador de la Propiedad, sin que quepa ninguna otra cuestión, a diferencia de lo inicialmente pretendido por los recurrentes en sus escritos consecutivos de demanda, dos, y que determinó la delimitación del objeto procesal al inicio del acto de vista del juicio verbal ante las alegaciones del señor Letrado del Estado, no obstante lo cual se sigue pretendiendo que se examinen en esta litis cuestiones distintas y más amplias a la de la procedencia de la calificación del señor Registrador derivada de los títulos presentados y de los antecedentes que obren en el propio Registro.

Por otra parte no puede obviarse que la función calificadora de los Registradores de la Propiedad ha pasado de la simple toma de razón, propia del sistema de la Ley Hipotecaria de 1861, al modelo actual regulado en el artículo 18 LH, y que obliga al Registrador a constatar la validez del acto jurídico de que se trate, de acuerdo con el principio de legalidad, limitando su actuación al acto mismo, sin interferir en lo que sería propio de la actividad jurisdiccional, con lo que el derecho-deber de calificar implica un control de la legalidad de todos los títulos que se presentan a inscripción. La calificación es un pilar básico de la seguridad jurídica según se deriva del citado precepto en cuya virtud, “los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

Pues bien, en base al juego de ambos preceptos resulta claro que en el presente proceso no se han desvirtuado las dudas que determinaron la calificación negativa operada por el señor Registrador ratificada por la DGRN y confirmada por la sentencia de instancia, y ello porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 LH será en el proceso declarativo correspondiente donde habrá de discutirse sobre los extremos que desde luego no aparecen acreditados en esta litis, y en esencia la identidad de las fincas que pretenden inmatricularse y el tracto extrarregistral determinante de la adquisición de las mismas por los demandantes, cuestiones que exceden con mucho el objeto procesal».

La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), número 24/2007, de 17 de enero, ha considerado procedente resolver, a efectos prejudiciales, sobre la eficacia o ineficacia del acto o negocio jurídico contenido en el título califica-

do, antes de resolver sobre la impugnación de la RDGRN que, a su vez, había resuelto la impugnación administrativa de la calificación registral.

En concreto, en un supuesto en el que en el suplico de la demanda se interpuso la pretensión de declaración de la vigencia del cargo de contador-partidor en las disposiciones testamentarias, después de argumentar que «a tenor de las normas citadas, la demanda debía tener como objeto exclusivo la revocación de la mentada resolución, excediendo de lo que debe ser al ámbito del presente pleito la pretensión que se hace en primer lugar y a la que se ha aludido. Aquí se trataría solo de atacar la resolución relativa a la calificación del registrador, quedando el derecho de los interesados para contender sobre la eficacia o ineficacia del acto o negocio jurídico contenido en el título calificado, o la de este mismo, reservado a otro procedimiento ordinario, según resulta del contenido del último párrafo del artículo 328 LH citado» (FD 2.º), ha indicado que «en todo caso, el asunto de la vigencia o no del cargo de contador-partidor es un argumento que se ha tratado en el curso de las resoluciones y recursos referentes a la inscribibilidad o no del acto, resultando que los actores han convertido en una pretensión expresa lo que realmente es una premisa para resolver sobre la corrección de la resolución de la Dirección General atacada, por lo que en este procedimiento especial nunca se habría podido pronunciar el juzgador sobre ella en la parte dispositiva de su sentencia, sin perjuicio de haber procedido a su examen, como se ha hecho, con la finalidad citada» (FD 2.º).

Y, al amparo de lo expuesto, ha resuelto que «no estando pues vigente, en lo que a las disposiciones testamentarias de dicha señora se refiere, el cargo de contador-partidor a favor de don Marcos, las operaciones realizadas por el mismo, como previas a la partición de la herencia del esposo premuerto de aquella, don José, de liquidación de la sociedad de gananciales, debieron contar con el consenso de los herederos de doña Blanca (que además no coinciden con los de don José, que tuvo otra hija de un anterior matrimonio); dicha liquidación influye además en la determinación de los bienes privativos de don José, por lo que la repetida falta de legitimación del otorgante, al margen de la validez o susceptibilidad de convalidación del negocio, impide su acceso al Registro de la Propiedad, como bien se explica en el escrito de oposición al recurso presentado por el Abogado del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20, 38 y concordantes de la LH» (FD 4.º), aunque precisando que «hay que insistir en que lo que se discute en este pleito es la procedencia o no de la calificación negativa del registrador, que es atinente a la legitimación registral del otorgante, no a la validez del acto o negocio jurídico en sí» (FD 4.º).

Un ejemplo en el que se constata que en algunos casos, para resolver sobre la impugnación de la calificación registral, es necesario entrar a valorar la validez del acto dispositivo contenido en el título cuyo acceso al registro se pretende, lo encontramos en la SAP de Madrid (Sección 25.ª), número 469/2010, de 28 de septiembre.

Esta resolución ha recordado que «el objeto del proceso especial de impugnación que prevén los artículos 324 y 328 de la Ley Hipotecaria no es otro que el establecer, en vía jurisdiccional, la corrección o incorrección de la calificación del Registrador de la Propiedad, por lo que debe circunscribirse exclusivamente, a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con aquella calificación del Registrador; rechazándose, consecuentemente, cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma en el Registro» (FD 2.º), pero también ha destacado que «de conformidad con lo establecido por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la calificación que el Registrador ha de realizar —bajo su responsabilidad— se ha de extender a la legalidad de la forma extrínseca del documento en cuya virtud se solicite la inscripción, a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en el título, por lo que resulte del mismo y de los asientos del registro» (FD 3.º).

Y por todo ello ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por la financiera actora, adjudicataria de la finca registral en procedimiento hipotecario, contra la sentencia que rechazó sus pretensiones sobre calificación registral, argumentando que en el momento en que se procedió a presentar en el registro el título que dio lugar a la calificación registral objeto de impugnación, ya constaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada, por lo que, no siendo válida la adjudicación realizada, es procedente la denegación de la inscripción pretendida (FD 4.º a 9.º).

Sin embargo, postura distinta es la sostenida por la SAP de Salamanca (Sección 1.ª), número 185/2004, de 18 de mayo, que, en un supuesto en el que en el proceso promovido al amparo del artículo 328 LH se pretendía la declaración de nulidad de la RDGRN, confirmatoria de la calificación negativa del registrador, y la declaración del derecho de la demandante a que se inscribiera en el registro su titularidad en pleno dominio sobre la finca en cuestión, no ha resuelto con carácter prejudicial acerca de la titularidad del derecho sobre el bien a los efectos de valorar la legalidad de la calificación negativa del registrador, aduciendo que para resolver dicha cuestión debe acudir al procedimiento declarativo que corresponda con intervención, o posibilidad de intervención, de quienes pudieran ostentar o adquirir derechos sobre dicho bien:

«TERCERO.—Prescindiendo ya del examen del último motivo de impugnación, al que, conforme a lo dispuesto en el artículo 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dio respuesta en el auto de fecha treinta del pasado mes de abril, con el que incluso se aquietó la parte recurrente, pues ni siquiera formuló recurso de reposición, la cuestión fundamental que subyace en todos los demás motivos no es otra que determinar si, dada la literalidad de las cláusulas del testamento otorgado en fecha 9 de noviembre de 1926 por doña Raquel, por virtud de las cuales instituía diversos legados a favor de doña Gloria, doña Leonarda, en cuanto hija adoptiva de esta, adquirió o no a su fallecimiento derecho alguno en la herencia de aquella.

Y que tal es la cuestión fundamental deviene indudable toda vez que, si efectivamente, como sostiene la defensa de la entidad recurrente, la referida doña Leonarda no pudo adquirir derecho alguno en la herencia de doña Raquel, por no ser descendiente natural legítimo de esta, sino hija adoptiva, resultaría incuestionable que la Fundación recurrente, al fallecimiento de la citada doña Gloria y conforme a lo previsto en tales cláusulas testamentarias, habría adquirido el pleno dominio de las fincas objeto de legado, siendo, por consiguiente, contraria al ordenamiento jurídico tanto la calificación del Registrador como la resolución de la DGRN que la confirmó; mientras que, por el contrario, si la referida doña Leonarda, al fallecimiento de su madre adoptante doña Gloria, y en cuanto heredera de esta, adquirió los derechos que a la misma correspondían en la herencia de doña Raquel, la renuncia realizada por aquella a tales derechos en escritura pública de fecha 21 de noviembre de 1996 carecía de toda eficacia frente a sus posibles herederos, razón por la cual la Fundación recurrente no habría adquirido aun el dominio de las fincas, al no haberse cumplido la condición establecida en el testamento, siendo en este caso plenamente correctas tanto la calificación del Registrador como la Resolución de la DGRN que la confirmó y que ahora se impugna.

CUARTO.—Sin embargo, considera esta Sala que el examen y decisión sobre la referida cuestión excede del objeto y finalidad del presente juicio verbal, que ha de limitarse a establecer la corrección o incorrección de la resolución impugnada y, por ende, de la calificación del Registrador de la Propiedad. Así resulta de lo establecido en los artículos 326 y 328 de la Ley Hipotecaria, al establecerse en el primero de ellos que el recurso, contra la calificación del Registrador ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, y en el segundo que las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los Registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, entendiéndose ello sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o de este mismo.

Por lo que si, en el presente supuesto, lo que en definitiva se pretende por la fundación demandante es que se declare que los sucesores de doña Gloria no han adquirido derecho alguno en la herencia de doña Raquel, por su condición de adoptivos, lo que tampoco resulta meridianamente claro del testamento de esta, y así lo abonan tanto las circunstancias de que, habiendo fallecido la referida doña Gloria el día 27 de febrero de 1994 la Fundación demandante no pretende la inscripción del pleno dominio de la finca hasta el año 2002, tras la renuncia expresa de la hija adoptiva de aquella doña Leonarda, que tuvo lugar en escritura pública de 21 de noviembre de 1996, como incluso de las amplias alegaciones realizadas por la defensa de la demandante en la demanda y en el escrito de interposición del presente recurso de apelación. Para resolver tal cuestión habrá de acudirse, pues, al procedimiento declarativo que corresponda con intervención, o posibilidad de intervención, de quienes pudieran ostentar o adquirir tales derechos».

III. EL OBJETO DEL PROCESO CUANDO SE IMPUGNA LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DESESTIMATORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO

1. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD O CONSTITUTIVA DE ANULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DESESTIMATORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO

En principio, el artículo 328 LH ha diseñado un proceso judicial para el control de la legalidad de la RDGRN desestimatoria del recurso gubernativo interpuesto⁷⁵, por lo que, en este supuesto, una de las pretensiones interpuestas será necesariamente una pretensión —declarativa o constitutiva, según los casos— en la que se solicite la declaración de nulidad o la anulación de la resolución de la DGRN confirmatoria de la calificación registral negativa.

Para valorar la concurrencia de los defectos que fundamentan la calificación registral negativa y la desestimación del recurso gubernativo el órgano jurisdiccional que conoce del proceso deberá analizar los razonamientos jurídicos de la RDGRN en los que se fundamenta su concurrencia y declarar si esos razonamientos son acordes con la legalidad.

Para la SAP de Madrid (Sección 14.^a), número 294/2008, de 3 de junio, «el único posible objeto del procedimiento de impugnación previsto en el artículo 328 LH viene definido en el apartado primero del propio precepto, representado por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los Registradores, lo que significa que la impugnación debe centrarse en el pronunciamiento emitido en la Resolución, para postular su revocación» (FD 5.º).

La SAP de Las Palmas (Sección 5.^a), número 453/2009, de 29 de octubre, y la SAP de Las Palmas (Sección 5.^a), número 387/2008, de 10 de octubre, indican que «el objeto del recurso judicial del artículo 328 de la LH es la revisión de la corrección, o no, del acto de calificación efectuado por la DGRN» (FD 3.º).

Por su parte, la SAP de Madrid (Sección 19.^a), número 91/2007, de 22 de febrero, ha destacado que el artículo 328 LH, «permite a la jurisdicción conocer de si la calificación negativa del Registrador y, en su caso, las resoluciones expresas o presuntas de la DGRN se ajustan a derecho».

⁷⁵ Para RICHARD GONZÁLEZ, M., *Aspectos...*, cit., pág. 358, estamos ante un proceso singular de naturaleza declarativa, limitado a la materia que fue objeto del recurso gubernativo previo, determinado «por un *petitum* referido a la petición de que se revoque la decisión del registrador y se proceda a la inscripción y una *causa petendi* fundada en el interés legítimo de quien instó la inscripción a obtener lo solicitado».

Por último, la SAP de Barcelona (Sección 15.^a), número 327/2007, de 11 de junio, hace referencia a «instar la anulación de una calificación negativa confirmada por la DGRN» (FD 3.^o).

2. LA PRETENSIÓN DE CONDENA A LA PRÁCTICA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOLICITADA

El objeto de dicho proceso, además de estar constituido por una pretensión —declarativa o constitutiva, según los casos— en la que se solicite la declaración de nulidad o la anulación de la RDGRN confirmatoria de la calificación registral negativa, podrá estar integrado también por una pretensión de condena a la Administración para que proceda a la práctica de la inscripción registral correspondiente, tras la declaración de nulidad o anulación de aquellas⁷⁶.

IV. EL OBJETO DEL PROCESO CUANDO SE IMPUGNA LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO ESTIMATORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO

Del artículo 328, I LH se deduce la posibilidad de que el proceso diseñado en dicho precepto sirva para la impugnación de la RDGRN estimatoria del recurso gubernativo interpuesto contra la calificación registral negativa, al establecer que «las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil», sin especificar el sentido estimatorio o desestimatorio de las mismas.

En el proceso de impugnación de la RDGRN estimatoria del recurso gubernativo interpuesto y revocatoria de la calificación registral negativa se ejercitará una pretensión declarativa o constitutiva, en la que se solicitará la declaración de nulidad o la anulación de la RDGRN impugnada, por la inexistencia de los

⁷⁶ Para Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 325-326, «la juridicidad o antijuridicidad de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado no sería en sentido propio el centro del debate procesal, sino que este vendría definido por la existencia o no del derecho subjetivo o del interés legítimo en obtener la inscripción registral: el carácter contrario al ordenamiento de la resolución de la Dirección General sería, pues, un óbice para el ejercicio de ese derecho o interés, la causa de su lesión en el caso concreto, uno de los extremos en que se sustenta la petición de tutela —en concreto, aquel del que deriva el carácter controvertido de la relación jurídica litigiosa, y el determinante de la existencia del llamado interés como condición de la acción—».

requisitos jurídicos necesarios para la práctica del asiento registral solicitado por el recurrente en vía gubernativa, esto es, por la concurrencia de los defectos en que se basó la denegación del asiento registral solicitado⁷⁷.

El artículo 327, X LH se refiere indirectamente a esta pretensión de nulidad o de anulación, al establecer que «publicada en el «Boletín Oficial del Estado» la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquella, una vez firme, será publicada del mismo modo».

En cuanto a la *causa petendi*, en este caso la demanda la interpondrá un sujeto que no recurrió en vía administrativa la calificación registral negativa. En este caso, el demandante únicamente podrá fundar su demanda en la concurrencia de los concretos defectos inicialmente detectados por el registrador para fundamentar su calificación negativa y denegar la práctica de la inscripción⁷⁸.

En consecuencia, en este proceso judicial no se podrán alegar nuevos defectos —distintos a los indicados en la calificación— que podrían reforzar la calificación registral negativa⁷⁹.

El proceso judicial que nos ocupa arranca de una calificación registral negativa por la existencia de unos defectos concretos. Por lo tanto, el sujeto impugnante no podrá alegar nuevos defectos, ya que estos no fueron tenidos en cuenta para la denegación del asiento solicitado, sino defender la concurrencia de los defectos indicados inicialmente en la nota de calificación.

En dicho proceso se trata de revisar o controlar la legalidad de la calificación registral, no de llevar a cabo una nueva calificación registral y de resolver sobre la existencia o no de nuevos defectos, esto es, hay que analizar si concurren los defectos por los que se denegó la inscripción, y no examinar si el título

⁷⁷ Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 331-332, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., págs. 184-185.

⁷⁸ Para SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 141, se está en presencia de «un recurso revisorio de la resolución gubernativa, la cual se encuentra ceñida, a su vez, a la calificación registral impugnada». En contra, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., pág. 338.

⁷⁹ Así, GÓMEZ SANTOS, N., *Impugnación...*, cit., pág. 433, para quien «esta limitación en cuanto a los defectos objeto del juicio no implica que no puedan añadirse nuevos argumentos que apoyen la realidad de los vicios apreciados, pero nunca nuevos vicios».

En sentido contrario, MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., págs. 100-104, 111, 119 y 120. Este autor (pág. 111) defiende que «la calificación ha de ser exhaustiva en lo que se refiere a los motivos por los cuales se procede a la denegación de la inscripción», aunque señala que «no parece que la argumentación de la nota haya de tener la misma exhaustividad y que de este modo sería factible que los motivos sean completados». En la misma línea, SÁNCHEZ PEGO, F. J., *La compatibilidad...*, cit., pág. 147, para quien en dicho proceso solo puede ejercitarse la pretensión de que se practique el asiento denegado o de que se mantenga su denegación, «pero sin necesidad de ceñirse a las causas contempladas en el trámite seguido ante la DGRN. (...) los motivos y el consiguiente debate sobre ellos son susceptibles de ampliación, sin duda».

presentado cumple o no todos los requisitos necesarios para la práctica de la inscripción⁸⁰.

En consecuencia, en la medida en que esos nuevos defectos no fundamentan la calificación registral impugnada, pueden discutirse en el proceso judicial del artículo 328 LH.

Y ello porque la calificación ha de ser exhaustiva en lo que se refiere a los motivos que justifican la denegación de la inscripción. El artículo 258.5 LH recoge el principio de integridad o globalidad de la calificación, al sostener que «la calificación del Registrador, en orden a la práctica de la inscripción del derecho, acto o hecho jurídico, y del contenido de los asientos registrales, deberá ser global y unitaria»⁸¹.

V. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA —O CONSTITUTIVA— DE NULIDAD —O DE ANULACIÓN— DE LA NOTA DE CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA O DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO POR DEFECTOS FORMALES O INFRACCIONES PROCEDIMENTALES

Las normas que regulan la calificación son normas de naturaleza administrativa, y la actuación del registrador y, en su caso, de la DGRN, tiene lugar en el marco de un procedimiento regulado por el Derecho administrativo y el resultado de dicha actuación —la nota de calificación del registrador o la RDGRN— es un acto administrativo.

Nos podemos encontrar, por lo tanto, con vicios o infracciones de carácter administrativo —de voluntad o de procedimiento— en que haya podido incurrir el registrador o la DGRN, de los que se derive la nulidad o anulabilidad de la nota de calificación o de la RDGRN (arts. 62 y 63 LRJAPPAC).

Se plantea el problema de determinar si el objeto del proceso del artículo 328 LH, además de estar condicionado por los aspectos materiales de la calificación registral negativa o de la RDGRN —esto es, por la concurrencia o no de los defectos de fondo que fundamentan la denegación del asiento registral solicitado—, puede incluir pretensiones de nulidad o anulación fundamentadas en defectos formales o en la infracción de normas procedimentales en que

⁸⁰ Así, MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., págs. 103 y 111.

⁸¹ Por su parte, el artículo 59.2 RRM establece que «la calificación deberá ser global y unitaria. La nota de calificación habrá de incluir todos los defectos por los que proceda la denegación o suspensión del asiento.

La alegación de nuevos defectos antes de la inscripción determinará la corrección disciplinaria del registrador, salvo que esta no resultase procedente atendidas las circunstancias del caso».

se haya podido incurrir durante la calificación y la tramitación del recurso gubernativo⁸².

⁸² GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., págs. 216-219, apunta los casos de cuestiones relativas a la admisión o inadmisión del recurso gubernativo —en concreto a los requisitos formales del escrito del recurso—, a que la DGRN diera por no vistos determinados informes —especialmente el del registrador— o alegaciones, a si el recurso se interpuso o no fuera de plazo, a si la RDGRN puede dictar su resolución fuera de plazo, o a la incongruencia de la RDGRN.

MORENO HELLÍN, J., *El objeto...*, cit., págs. 114 y 120; VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., págs. 212, 218 y 231; y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., págs. 372-374, consideran admisibles en el proceso civil las alegaciones de defectos formales en que pueda incurrir la RDGRN, tales como su extemporaneidad o la falta de valoración del informe del registrador.

GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., pág. 219, aunque defiende que «la jurisdicción competente por razón de la materia correspondería a la contencioso-administrativa», concluye que «como no está prevista dicha atribución de competencia en la regulación actual (...), sino que sin distinción alguna, el artículo 328 LH atribuye la competencia al órgano de la jurisdicción civil, el interesado ha de recurrir ante ese órgano judicial, incluso aunque el único objeto de conocimiento sean las pretensiones de nulidad por defectos de carácter administrativo o formal, y no de fondo».

ÁLVAREZ BUYYLA, P. P., *La impugnación...*, cit., págs. 119-122 y 127, sostiene que en el juicio verbal podrán revisarse tanto las cuestiones formales como las materiales o de fondo de la actividad registral previa, argumentando que «de otra manera se daría el contrasentido de una resolución administrativa revisable en el fondo de su doctrina, pero no revisable en la forma de su obtención, en el cumplimiento de las normas procedimentales que la rigen y, especialmente, en las notificaciones que en la misma deben observarse»; que «se destruiría, o al menos debilitaría la finalidad perseguida por la reforma, si estuviéramos ante una resolución cuyos cauces de legalidad y observancia del procedimiento no pudieran ser revisadas por ningún órgano judicial, (al referir la ley la competencia a la jurisdicción civil, implícitamente la excluye a la contencioso administrativa) lo que produciría la consecuencia de un procedimiento administrativo no fiscalizable por ninguna autoridad judicial con lo que se vulneraría el principio constitucional de sujeción de la Administración a la Ley (art. 105 de la CE) y el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)»; que la jurisdicción civil «al fiscalizar el fondo de la resolución tendrá igualmente facultades para controlar la forma y el procedimiento por el que se ha producido el acto administrativo a fin de evitar área de inmunidad en su actuación»; y que «nos encontramos ante una cuestión prejudicial administrativa, es decir de una cuestión relacionada o conexas con la del fondo del asunto nacida en el proceso civil, que por su naturaleza está atribuida al conocimiento de juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional».

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., pág. 338, defienden que «hay que contar con la posibilidad de que la propia resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado haya aportado al asunto un plus de incorrección o antijuridicidad, esto es, se haya incorporado con su resolución una razón adicional —o varias— en que fundar la demanda judicial, y cuya alegación previa, en el recurso administrativo, no cabría exigir al demandante, por razones obvias».

Y, estos mismos autores, págs. 337-338, defienden que «las alegaciones de las partes no han de ceñirse a las esgrimidas en el recurso administrativo» y que es «incorrecto afirmar que la demanda judicial ha de encerrar los mismos motivos de antijuridicidad que el recurso administrativo». Estos autores, partiendo de que el recurso gubernativo no es una reclamación administrativa previa y de que, en consecuencia, no se está ante un proceso civil que deba ir precedido de una reclamación administrativa entienden que, «ante el silencio legal al respecto,

En mi opinión la solución pasa por afirmar la competencia genérica de la jurisdicción civil para conocer de los vicios o infracciones de carácter administrativo en que haya podido incurrir el registrador o la DGRN, de los que se derive la nulidad o anulabilidad de la nota de calificación o de la RDGRN.

El legislador ha atribuido al orden jurisdiccional civil la competencia genérica para conocer, directa o indirectamente, de la impugnación de la calificación registral negativa.

En cuanto a la extensión de la competencia genérica de la jurisdicción civil en esta materia el artículo 66, I LH dispone que «los interesados podrán reclamar contra el acuerdo de calificación del registrador, por el cual suspende o deniega el asiento solicitado. La reclamación podrá iniciarse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente»; el artículo 324, I LH especifica que «las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (...), o ser impugnadas directamente ante los juzgados»; y el artículo 328, I LH concreta que «las calificaciones negativas del registrador y en su caso, las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil».

De dichos preceptos se deduce que la impugnación de la calificación registral negativa y, en su caso, de la RDGRN que revisa dicha calificación —esté basada la misma en la aplicación de normas de Derecho Privado o de Derecho Administrativo—, entra dentro de la competencia genérica del orden jurisdiccional civil.

En este sentido se ha pronunciado la SAP de Madrid (Sección 19.^a), número 91/2007, de 22 de febrero, al concluir que «la jurisdicción civil es competente, por así haberlo establecido el legislador, para conocer de los problemas que se

deben aplicarse las reglas generales, que nos conducen a entender que el ámbito de la cognición es pleno, no limitado: el actor podrá alegar cualquier motivo del que derive la incorrecta calificación del título por el Registrador o por la Dirección General de los Registros y del Notariado, o su incorrecta aplicación del ordenamiento registral en el caso concreto, haya sido o no objeto de previa discusión en vía administrativa, sin que se encuentre en consecuencia vinculado por el planteamiento efectuado en su eventual recurso administrativo previo. Si el legislador hubiese querido limitar las posibles causas de antijuridicidad aducibles en el marco de este proceso —v.g., para restringirlas a las previamente ofrecidas a la Dirección General de los Registros y del Notariado y rechazadas por esta— necesariamente habría debido establecerlo de forma expresa, pues la regla general es contraria: las posibles alegaciones de las partes y, eventualmente, los posibles medios de prueba no están tasados, porque los procesos tienen en principio naturaleza plenaria; la sumariidad, por el contrario, solo es concebible allí donde expresamente la ha establecido el legislador. En otros términos, solo cuando la ley limita de forma expresa las posibles alegaciones de las partes y, eventualmente, los medios de prueba, se puede asumir el carácter sumario del proceso, al que no puede nunca llegarse de forma tácita, esto es, sin apoyo normativo directo».

susciten en orden a la calificación negativa de la inscripción de determinada escritura pública en el Registro de la Propiedad» (FD 4.^o).

Y según el artículo 18, ILH, la calificación deberá versar sobre «la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

El problema consiste en determinar qué sucede no con el acto registral de calificación en sí, sino con vicios o infracciones de carácter administrativo —de voluntad o de procedimiento— en que haya podido incurrir el registrador o la DGRN⁸³, de los que se derive la nulidad o anulabilidad de la nota de calificación o de la RDGRN (arts. 62 y 63 LRJAPPAC)⁸⁴.

Por ejemplo, cuál sería la jurisdicción competente «si se hubiera planteado por los recurrentes un defectuoso procedimiento registral de inscripción o se hubiera alegado una desviación de poder, en definitiva, un vicio del acto registral»⁸⁵.

Ante este problema FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha apuntado dos posibles alternativas, considerándose ambas incorrectas e insatisfactorias.

La primera sería que los tribunales del orden civil pudieran aplicar el Derecho Administrativo tratándose de vicios del acto administrativo registral, de la prestación del servicio público registral, etc., esto es, sobre aspectos sujetos al Derecho Administrativo y no simplemente relacionados con la actividad administrativa, lo que iría en contra de los artículos 1.1; y 3.a) LJCA⁸⁶.

⁸³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «El actual recurso gubernativo en el sistema registral español (a propósito de la modificación de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social)», en *RAP*, núm. 60, enero-abril de 2003, pág. 83, se refiere a los vicios que puedan alegarse en relación con estas acciones administrativas, tales como prescindir total y absolutamente del procedimiento, contenido imposible, órgano manifiestamente incompetente, actos contrarios al ordenamiento jurídico, etc., que son regulados por el ordenamiento administrativo.

⁸⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El actual...*, cit., pág. 77, pone de relieve que «la expresión «en materia de recurso contra la calificación de los Registradores» se habría obviado si cualquier resolución de la Dirección General debiera conducirse por la vía jurisdiccional ordinaria. La expresión, por tanto, aunque genérica, indica que existen resoluciones de este centro administrativo que han de ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual es lógico en relación con todos los aspectos de tipo institucional u organizativo de los Registros, pero también cuando se trate de cuestiones de fondo que nada tengan que ver con la calificación registral o, teniendo que ver, son de naturaleza administrativa. Las dudas interpretativas estarán, pues, en dilucidar qué debemos entender por esta materia de recurso contra la calificación de los Registradores».

⁸⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral», en *REDA*, núm. 107, julio-septiembre de 2000 (versión electrónica), apartado VI. 3. B.

⁸⁶ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El actual...*, cit., pág. 84, quien incluye en dichos supuestos la circunstancia de que el sustrato de fondo del acto registrado sea administrativo.

La segunda sería que la jurisdicción civil únicamente revisara el sustrato sobre el que la materia registral suele incidir —la materia privada—, sin aplicar en los supuestos descritos el Derecho Administrativo, de lo que resultaría una esfera de actividad administrativa no sujeta a control judicial, en contra de los artículos 24.1 y 106.1 CE⁸⁷.

Ante ello, la solución que defiende la autora citada pasa por afirmar la competencia genérica de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los vicios o infracciones de carácter administrativo en que haya podido incurrir el registrador o la DGRN, de los que se derive la nulidad o anulabilidad de la nota de calificación o de la RDGRN.

En esta línea, ante el problema si dichos defectos o infracciones hay que plantearlos ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la STS (Sala 3.^a), de 23 de mayo de 2003, aplicando la regulación anterior a la reforma de 2001, ha distinguido entre cuestiones formales y de fondo, y entre órdenes jurisdiccionales.

Interpuesto un recurso de casación contra un auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmado en súplica por otro auto, mediante el cual la Sala declaró la falta de jurisdicción para conocer del recurso formulado contra una RDGRN, que declaró no admitir el recurso interpuesto contra un auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso gubernativo interpuesto contra la nota de un registrador, denegatoria de la inscripción de la escritura presentada, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo resolvió que:

«SEGUNDO.—Tiene razón el recurrente al diferenciar y, por ende, deslindar las dos pretensiones ejercitadas en litis: una, meramente formal o procedimental, relativa a la inadmisibilidad del recurso acordada por la resolución administrativa impugnada en la instancia, y otra sustantiva o material, limitada a la calificación registral, respecto de la que expresamente reconoce en su escrito de interposición del recurso de casación que tiene naturaleza civil, cuyo conocimiento está reservado a los Tribunales del orden jurisdiccional civil y, por tanto, vedado a los de lo contencioso-administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.a) de la Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998 —antes 2.a) de la Ley de 1956—.

Este planteamiento jurídico, que fue también sostenido en la instancia, no fue debidamente resuelto por el Tribunal *a quo*, quizá porque en el escrito fundamental de demanda no se diferenció por la parte recurrente con la precisión y claridad en la que se redacta este primer motivo de casación, los dos aspectos sobre los que se proyectó su impugnación contra la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado.

Este motivo de impugnación está íntimamente relacionado con el segundo y tercero, en los que en síntesis se alega la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para revisar las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando tales resoluciones están sujetas al Derecho administrativo, en el aspecto procedimental, como es la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de alzada, por lo que la estimación de este

⁸⁷ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El actual...*, cit., págs. 83 y 84.

primer motivo de casación nos excusará examinar estos, así como el cuarto y quinto, en los que se invocan como infringidos los artículos 108 del Reglamento Hipotecario, 1818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1252 del Código Civil y 28 de la vigente Ley Jurisdiccional.

Desde luego, los conflictos que afectan al derecho de propiedad, como institución nuclear del Derecho patrimonial privado, constituyen cuestiones de naturaleza civil; así la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal, de doce de febrero de mil novecientos setenta y nueve, que cita otra de siete de julio de mil ochocientos noventa y uno, alude a la constante y reiterada jurisprudencia de la Sala que establece la competencia de la jurisdicción ordinaria para cuestiones relativas al derecho de propiedad, aunque se produzcan por consecuencia de actos ejecutados por la Administración pública.

Esta es la razón por la que, según declaramos en nuestra sentencia de quince de febrero de dos mil —recurso de casación 1827/1997—, «las cuestiones relativas al Derecho Inmobiliario Registral han gozado de idéntica calificación. Las cuestiones registrales, tal como han sido tradicionalmente concebidas afectan a la constancia y subsistencia del derecho de propiedad y demás derechos reales incluso cuando se proyectan sobre aspectos externos o formales del título autorizado o inscrito, los cuales pueden estar en conexión con el Derecho administrativo. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria extiende la función calificadora del registrador —además de la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por los que resulte de ellas y de los asientos del Registro— a «la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción» y el artículo 66 de la citada Ley añade que «los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador», en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y entender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos».

Así, la jurisprudencia se ha fundado en lo dispuesto en los artículos 1 y 66 de la Ley Hipotecaria y 111 del Reglamento para sostener el carácter civil de las cuestiones de la función calificadora de los registradores.

TERCERO.—En base a lo razonado entendemos que el Tribunal *a quo* al acordar en el auto de dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho —confirmado en súplica por resolución de veinticinco de noviembre del mismo año— incurrió en el vicio de defecto de jurisdicción, pues la Sala de instancia tenía y tiene competencia para enjuiciar, con abstracción de la cuestión de fondo planteada, si era o no ajustada a Derecho, la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de diecinueve de abril de mil novecientos noventa y seis, que por razones de índole estrictamente formal o procedimental, inadmitió el recurso interpuesto contra el auto de veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres, por lo que procede estimar el aludido motivo de casación, y de conformidad con lo establecido en el artículo 95.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que ordena a la Sala, en caso de estimación por el motivo aducido al amparo del artículo 88.1.a), anulará la sentencia recurrida indicándose el concreto orden jurisdiccional que se estime competente, debemos ordenar que prosiga el proceso de instancia de conformidad con lo establecido por la Ley de esta Jurisdicción con el fin de que el Tribunal *a quo* resuelva las cuestiones que le fueron planteadas por el recurrente en el suplico de su escrito de demanda».

La autora anteriormente citada reconoce que ello supone el riesgo de que este separado o fragmentado control jurisdiccional dé lugar a resoluciones contradictorias, «cuando confluyan elementos de juicio que confundan el acto registral

con el acto registrado», pero advierte que «siempre será más deseable esta última solución que la contraria en la que ningún orden jurisdiccional controla de hecho el iter de la actividad administrativa registral, con independencia de que el acto registrado verse sobre Derecho Administrativo o Derecho Privado, en clara lesión al derecho que todo ciudadano tiene reconocido en el artículo 24.1 de nuestro texto constitucional»⁸⁸.

Como ya he anticipado, por mi parte entiendo que la atribución de la impugnación de la calificación registral negativa al orden jurisdiccional civil permite conocer al juez de lo civil de todas las cuestiones, no solo de las relativas al fondo sino también de las formales o de trámite, que se encuentren relacionadas con dicha materia⁸⁹.

Por lo tanto, en el proceso civil del artículo 328 LH se podrán formular pretensiones de nulidad o anulación fundamentadas en defectos formales o en la infracción de normas procedimentales en que haya podido incurrir el registrador o la DGRN.

La STS (Sala 1.ª), número 887/2011, de 3 de enero, ha admitido y estimado un recurso de casación en un proceso civil promovido por un registrador, cuyo objeto estaba constituido por una pretensión de nulidad de la RDGRN por extemporánea, al infringir lo dispuesto por el artículo 327, IX LH⁹⁰.

En consecuencia, para la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se ha podido solicitar en el proceso regulado por el artículo 328 LH la nulidad de la RDGRN

⁸⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Una cabeza...*, cit., apartado VI. 3. B. Apunta también el riesgo de descomposición de la impugnación en dos vías procedimentales ante jurisdicciones distintas GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., pág. 373.

⁸⁹ CASAS ROJO, J., *Las sentencias...*, cit., pág. 14, sostiene que «la impugnación ante el orden jurisdiccional civil permite conocer al juez de lo civil de todas las materias, tanto de fondo como de trámite, pues se trata de un control sobre la totalidad de la actuación registral o de la tramitación administrativa DGRN, que puede afectar a la validez del acto por defectos de trámite (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22-2-2007). Ello resulta trascendente de cara a poder impugnar ciertos contenidos de las resoluciones que poco tengan que ver con la cuestión de fondo y que se pretendan introducir con intención de generar doctrina vinculante».

⁹⁰ En concreto, a través del procedimiento previsto en el artículo 328 LH para la resolución de las demandas que se interpongan contra las resoluciones expresas o presuntas de la DGRN en materia del recurso contra la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad, la parte demandante pretendió que se dejara sin efecto la RDGRN recurrida, entre otros motivos, «porque, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto, la resolución es nula de pleno derecho al haberse dictado fuera del plazo de tres meses establecido en el artículo 327 de la LH ya que, transcurrido el plazo de esos tres meses sin resolver, se produjo una resolución administrativa firme finalizadora del procedimiento administrativo por medio del llamado silencio administrativo negativo, al establecer el artículo 327 párrafo diez que transcurrido el plazo de tres meses, computado desde que el recurso tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad, sin que hubiera recaído resolución de la DGRN “se entenderá desestimado el recurso, quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello hubiere lugar”».

por extemporánea, por el incumplimiento del plazo concedido para dictar una resolución expresa que resuelva el recurso gubernativo interpuesto.

Previamente, la SAP de Madrid (Sección 9.^a), número 251/2010, de 17 de mayo⁹¹, ya había afirmado la competencia genérica de los tribunales civiles para resolver sobre la nulidad de la RDGRN extemporánea, argumentando que «procede, con estimación del recurso, la declaración de nulidad de la resolución de la DGRN objeto de autos, sin que ello implique incompetencia de jurisdicción —como alega el Abogado del Estado— pues el artículo 328 de la Ley Hipotecaria prescribe que las resoluciones expresas y presuntas de la DGRN en materia de recurso contra la calificación de los registradores serán recurribles ante los órganos de la jurisdicción civil, razón por la que estos órganos pueden declarar la nulidad de dichas resoluciones cuando versen sobre tales cuestiones, de contenido eminentemente civil» (FD 3.º).

También con anterioridad, la SAP de Badajoz (Sección 2.^a), número 37/2008, de 29 de febrero, ya había afirmado la competencia genérica de la jurisdicción civil para conocer de la pretensión declarativa —o constitutiva— de nulidad —o de anulación— de la nota de calificación registral negativa o de la RDGRN por defectos formales o infracciones procedimentales:

«QUINTO.—(...) Y el primero es señalar la extemporaneidad de la discusión que pretende introducir el hoy apelante sobre una supuesta competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estas cuestiones; discusión que, además, es manifiestamente inútil cuando ya desde el año 2001 se viene atribuyendo la competencia para el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de la DGRN en materia de calificación negativa, el orden jurisdiccional civil, por los trámites del juicio verbal.

En segundo lugar, debemos comenzar por referirnos a la naturaleza del procedimiento del artículo 328, párrafo primero de la LH; y, en este sentido, la doctrina más autorizada los conceptúa como procesos declarativos especiales de revisión judicial directa de la calificación negativa del registrador —juicio directo— y de proceso especial de revisión judicial de las resoluciones de la DGRN dictadas en impugnación de calificaciones negativas del Registrador. Respecto de este último, que es el que ahora nos ocupa, constituye su objeto, como actividad susceptible de impugnación por esta vía, todo el contenido de la resolución, pues ningún límite a la *cognitio* judicial resulta del artículo 328 LH; por tanto, podrá entrarse a conocer sobre los defectos formales y de fondo de la resolución, pudiendo, por ejemplo, entrar a discutir y decidir sobre incumplimiento formales, tales como —lo que se ha convertido en actuación habitual del Centro Directivo— la omisión de la preceptiva Propuesta de resolución, elaborada por los letrados adscritos a la DGRN (arts. 12 a. y 13 del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre); o como la absoluta falta de valoración, así expresamente reconocida por la propia resolución del Centro Directivo de que hoy trata el presente recurso, o sea, lo que el Apelado, en expresión acertada denomina como «Nihilización del informe del Registrador».

⁹¹ Vid., también, la SAP de Madrid (Sección 19.^a), número 91/2007, de 22 de febrero (FD 4.º).

Y, finalmente, podrá entrarse a discutir sobre todos los defectos de fondo que afectasen a la calificación negativa, así los esgrimidos por el recurrente, cuando los recogidos por el Registrador en su informe. (...).

En concreto, se ha discutido jurisprudencialmente si la pretensión de nulidad de la RDGRN por falta de valoración del informe del registrador puede ser objeto del proceso regulado en el artículo 328 LH⁹².

La SAP Badajoz (Sección 2.^a), número 37/2008, de 29 de febrero, ha declarado la nulidad de la RDGRN impugnada por no haber valorado el informe del registrador:

«SEXTO.—Concretamente, existe en cuanto a la consideración de los defectos formales de la resolución, una corriente jurisprudencial que se va consolidando paulatinamente, que proclama la posibilidad de revocación de la resolución del Centro Directivo por haberse cometido, en ella, en infracciones de procedimiento, como la doctrina sobre la valoración del informe que el Registrador ha de evacuar conforme el artículo 327 LH.

Pues bien, es evidente que ese “informe” —que el Registrador firmante de la Nota de calificación negativa ha de acompañar al remitir el Expediente al Centro Directivo para conocer del recurso o impugnación, por el interesado, de aquella nota—, por su propia naturaleza y definición debe versar sobre la explicación y justificación, por razones sustantivas, de la previa nota impugnada; por consiguiente, la doctrina actual de la DGRN, según la cual, ese Informe debe limitarse a la mera constatación y exposición de simples hechos; al modo de «antecedentes de hecho» de una resolución jurisdiccional, parece contrariar el concepto, naturaleza y finalidad que es propia a cualquier «informe» en cualquier área administrativa, porque es de esencia, al mismo que, cuando se solicita informe es tanto como solicitar que se explique, justifique y razone por qué se ha adoptado una determinada decisión de denegación de la inscripción que, ciertamente, habrán de haberse expuesto en la propia nota, pero, también es cierto que, en ella basta una exposición sucinta de los motivos de la denegación, con expresión de los preceptos legales que amparan la denegación. Que podrán ser completados con toda suerte de amplitud de justificación, en la redacción del “Informe”.

La exposición sucinta de los motivos de denegación de la inscripción permite al presentante del documento conocer cuáles son esas razones del Registrador que amparan la negativa y le va a permitir a aquel recurrir bien ante la DGRN, bien directamente a través del juicio verbal, ante la jurisdicción civil; por tanto, no se le causa indefensión alguna al presentante del título denegado, por el hecho que la Nota sea más o menos amplia o más o menos extensa en la justificación de la denegación, siempre que se expongan todos los motivos y causas apreciados por el registrador para negar el acceso a los libros registrales. Pero ello no obsta, como parece pretender la DGRN, en la resolución hoy impugnada, para decir que el informe, al contener la justificación de los razonamientos y argumentos jurídicos de la Nota, deba ser ninguneado y deba dejar de ser valorado, porque de seguirse la tesis de la Dirección General, estaríamos reduciendo al absurdo la exigencia del Informe y la emisión de este devendría en un trámite inútil y superfluo, perfectamente prescindible, lo que vulneraría el artículo 327 LH.

⁹² GARCÍA GARCÍA, J. M., *La incidencia...*, cit., pág. 217, indica que si la DGRN da como no visto el informe del registrador se genera un vicio del procedimiento que puede provocar indefensión y vulneración de los trámites esenciales del procedimiento (art. 62.1.a) y e) LRJAPPAC).

SÉPTIMO.—La doctrina de la DGRN según la cual, en los supuestos en que el Informe del Registrador, no se acomode a las exigencias impuestas de no incluir nuevos argumentos, ni ampliar los ya expuestos en la NOTA, y debiendo reducirse su contenido a meras cuestiones de trámite, sin adicionar argumento alguno, lo que, según esa nueva doctrina va a permitir al Centro Directivo, no tener en cuenta aquel Informe, constituye un importante defecto formal de la resolución, que va a permitir su revocación, por cuanto implica prescindir del procedimiento legalmente establecido para llegar a la adopción de la correspondiente resolución (...).

Asimismo, destacar que ante la solicitud de pronunciamientos acerca del contenido y alcance del informe que debe emitir el registrador de la propiedad, el AAP de Valladolid (Sección 1.^a), número 14/2007, de 1 de febrero, ha resuelto que, «siendo el objeto del juicio verbal civil de que aquí se trata propiamente la Resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, es evidente que la competencia *ab initio* para el conocimiento de cualquier cuestión relativa a dicha Resolución le corresponde al Juez Civil, en quien se ha residenciado por el Legislador el conocimiento de la impugnación sin especificación, ni distinción alguna, entre cuestiones de fondo o de mera forma» (FD 3.º).

Por el contrario, la SAP de Madrid (Sección 14.^a), número 294/2008, de 3 de junio, ha resuelto que en el proceso judicial de impugnación de la RDGRN no se pueden plantear cuestiones de naturaleza estrictamente procedimental, relacionadas con el informe del registrador.

En un supuesto en el que un registrador impugnó una RDGRN, solicitándose su declaración judicial de nulidad, ante la falta de valoración del informe emitido por el registrador, y subsidiariamente, la declaración de la disconformidad a derecho de la doctrina en cuya virtud el informe del registrador ha de ser de mero trámite, y se enunció como motivo del recurso de apelación la «vulneración de la conceptualización básica de la naturaleza y finalidad de los informes evacuados por el instructor de un procedimiento administrativo ante el recurso de alzada», ha considerado que «el único posible objeto del procedimiento de impugnación previsto en el artículo 328 LH viene definido en el apartado primero del propio precepto, representado por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los Registradores, lo que significa que la impugnación debe centrarse en el pronunciamiento emitido en la Resolución, para postular su revocación, y en ningún caso la impugnación puede hacerse extensiva a debatir los razonamientos jurídicos expresados en el cuerpo de la Resolución, salvo que sean antecedente necesario y determinante del pronunciamiento combatido. El recurso contra la Resolución, por tanto, puede provocar el examen de su fundamentación jurídica en los aspectos que constituyan su *ratio decidendi*, y la declaración de que esa fundamentación es contraria a derecho cuando en ello descansa la revocación de la Resolución, pero no permite revisar otros aspectos de la Resolución, que contengan meros *obiter dicta*, ni cuestiones, como la

que ahora se plantea, de naturaleza estrictamente procedimental, como lo es la amplitud o contenido del informe que, en aplicación del artículo 327 LEC, ha de emitir el Registrador a propósito de su nota de calificación o la obligación que incumbe a la Dirección General de los Registros y del Notariado de pronunciarse sobre los diversos aspectos de ese informe» (FD 5.º).

En el mismo sentido de la anterior se ha pronunciado la SAP de Málaga (Sección 6.ª), número 606/2009, de 11 de noviembre:

«SEGUNDO.—(...) siendo el juicio verbal en el que nos encontramos una fase posterior del mismo procedimiento no tienen cabida otras cuestiones distintas a las relacionadas directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, de ahí que, por voluntad del legislador la jurisdicción civil, a través del cauce de un juicio verbal, se ha de limitar y extender a si la calificación negativa del Registrador y, en su caso, las resoluciones expresas o presuntas de la DGRN se ajustan a derecho, lo que en esta litis se va a concretar a si efectivamente se adecuaron a cuanto establece el artículo 98 LH reformado por la repetida Ley 24/2001. Esta primera conclusión impide que en este cauce puedan ser objeto de análisis y resolución cuestiones introducidas por el demandante a raíz de razonamientos, afirmaciones o valoraciones contenidos en la Resolución impugnada (reseñadas en el primer fundamento de esta sentencia) que no cumplen ese requisito de estar en relación directa e inmediata con la calificación del Registrador que fue objeto de recurso ante la DGRN, procediendo en consecuencia *ab initio* la desestimación de la segunda pretensión contenida en el *petitum* de la demanda referida a que se declare la nulidad de la resolución recurrida ante la falta de valoración del informe del señor Registrador de la Propiedad o que se declare la disconformidad a derecho de la doctrina en cuya virtud el informe del señor Registrador ha de ser de mero trámite».

En la misma línea, la SJM de Barcelona (núm. 4), de 26 de julio de 2005, en un supuesto en el que la súplica de la demanda incorporaba una serie de pedimentos a título subsidiario, enderezados, unos, a obtener declaraciones de carácter general sobre el alcance y la eficacia de ciertos actos de trámite del procedimiento de recurso administrativo —concretamente sobre el informe del registrador— y, otros, a validar ciertos aspectos concretos de la actuación del registrador en dicho procedimiento —en relación también con dicho informe y con otros aspectos—, rechazó expresamente tales peticiones declarativas por resultar ajenas al objeto propio del recurso jurisdiccional, en la medida en que unas y otras cuestiones no habían influido en el sentido final de la RDGRN, pues no se había basado en ellas para revocar la calificación, con lo que dicha sentencia negó al demandante un interés digno de tutela en relación con esas peticiones declarativas que se habían añadido a la que constituía el objeto propio del proceso. En concreto, la sentencia citada se fundamentó en estos argumentos:

«14. El demandante introduce un suplico subsidiario consistente en que se hagan una serie de declaraciones recogidas en el primer antecedente de esta resolución. El presente procedimiento tiene únicamente por objeto la nulidad de una determinada resolución de la DGRN que resolvió el recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, artículo 328, por lo tanto lo único que hay que analizar es la legalidad de la resolución impugnada y, por tanto, los motivos que han servido de fundamento a la decisión. Lo que resulta ajeno es el

análisis del procedimiento seguido para llegar a la decisión impugnada en tanto que dicho procedimiento no haya influido en la decisión final. Por ejemplo, en un proceso de este tipo podría analizarse cuáles son los límites del informe del Registrador, pero para ello sería necesario que ese análisis sea relevante para resolver la cuestión de fondo y no por un mero interés doctrinal. En este caso, si el registrador ha sobrepasado o no los límites legales es absolutamente irrelevante para la decisión final, ya que no ha influido en su sentido».

VI. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES Y DE PROCESOS

En cuanto a la acumulación de pretensiones, en los apartados anteriores ya se ha indicado la admisibilidad de acumular la pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación de la calificación registral negativa —o, en su caso, de la RDGRN— por motivos de fondo, y la pretensión de condena a la práctica de la inscripción registral solicitada.

El artículo 438.3 LEC indica que se admitirá la acumulación objetiva de acciones en el juicio verbal cuando aquellas se basen en unos mismos hechos, siempre que proceda, en todo caso, dicho juicio. Y en el caso que nos ocupa las dos acciones proceden del mismo hecho —la petición de inscripción denegada por el registrador— y resulta procedente el juicio verbal (arts. 324, I; y 328, I LEC).

Lo que no será admisible, a mi juicio, será la acumulación de dichas pretensiones —o de alguna de ellas— con la pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación de la nota de calificación registral negativa o de la RDGRN por defectos formales o infracciones procedimentales, ya que en este caso las pretensiones acumuladas no se basarían en los mismos hechos.

Por otra parte, también será admisible la acumulación de procesos.

Partiendo de la posibilidad de impugnar la calificación registral negativa ante la DGRN a través del recurso gubernativo o directamente ante la jurisdicción civil, y de la existencia de diversos legitimados activos (art. 328, III LH en relación con el art. 325 de la misma norma, y art. 328, IV LEC), podrá darse el caso de que una misma calificación registral negativa sea impugnada simultáneamente por la vía administrativa y por la vía judicial, o que aquella resulte atacada a través de diferentes procesos de impugnación.

Asimismo, cuando la RDGRN sea parcialmente estimatoria —o parcialmente desestimatoria— del recurso gubernativo interpuesto, podrá acontecer que se inicien diferentes procesos judiciales de impugnación.

En estos casos resultará admisible una acumulación de procesos en virtud de lo dispuesto por los artículos 76.1.2.º; y 77.1, II LEC, ya que existe una estrecha conexión entre los mismos y todos se tramitan por los cauces del juicio verbal⁹³.

⁹³ Así, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.-GASCÓN INCHAUSTI, F., *La revisión...*, cit., págs. 307-308.

VII. EL OBJETO DEL PROCESO EN FUNCIÓN DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS

Al analizar las pretensiones que hipotéticamente tienen cabida en el proceso regulado por el artículo 328 LH, se ha señalado una primera limitación del objeto de ese proceso derivada del principio dispositivo, al indicar que el objeto de dicho proceso vendrá delimitado por lo que se pretenda, en concreto, en el mismo por parte del actor.

En el presente apartado se va a tratar una segunda limitación del objeto de dicho proceso que encuentra su origen en la vinculación entre el objeto del proceso y la legitimación, en la medida en que las pretensiones que se puedan formular dependerán de qué concreto sujeto legitimado interpone la demanda de impugnación.

En otras palabras, la legitimación determinará el ámbito y la extensión de las pretensiones ejercitables y de la tutela a obtener⁹⁴.

Parte de la doctrina sostiene «la inviabilidad de la inscripción por contraria al principio de rogación frente a la decisión de los recursos instados por personas no incluidas en el artículo 6 de la LH»⁹⁵.

Se distingue a tal efecto entre sujeto interesado en la inscripción y sujeto interesado en el recurso gubernativo, ya que los legitimados para promover el recurso gubernativo *ex* artículo 325 LH no coinciden totalmente con los legitimados para solicitar la inscripción de un título en el registro *ex* artículo 6 LH.

De ahí se deduce que «no parece lógico concluir que las resoluciones de la DGRN recurribles en vía gubernativa por personas legitimadas al efecto, pero que no lo están para solicitar la inscripción de un determinado título en el Registro, puedan tener el efecto ejecutivo —entendido como inscribibilidad automática de dicho título— derivado de su dictado»⁹⁶; que «en ningún caso puede obviarse por esta vía el principio de rogación y considerar que como consecuencia de un recurso gubernativo interpuesto por alguno de los que no aparecen legitimados por el artículo 6 pueda accederse en definitiva a una inscripción no solicitada por los únicos legitimados para hacerlo»⁹⁷; y que «algunos de los legitimados para la interposición del recurso gubernativo por el artículo 325 de la LH (Notarios y Autoridades Judiciales) no lo están, conforme al artículo 6 de la LH, para solicitar la inscripción; sería incongruente por ello que, como consecuencia de un recurso gubernativo interpuesto por quien no está

⁹⁴ Así, ÁLVAREZ BUYLLA, P. P., *La impugnación...*, cit., pág. 108.

⁹⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La inviable...*, cit., pág. 405. Véase también VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., págs. 218, 223 y 249.

⁹⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La inviable...*, cit., págs. 402-403.

⁹⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La inviable...*, cit., pág. 406.

legitimado para pedir la inscripción pudiera llegar a producirse esta al margen de los legitimados para interesarla»⁹⁸.

Y se concluye afirmando que «en ningún caso puede considerarse la inmediata ejecutividad de una resolución de la DGRN cuando el recurso gubernativo hubiera sido interpuesto por el Notario autorizante del título de que habla el artículo 325.b) —salvo que fuera representante voluntario de algunos de los interesados que el artículo 6 menciona— como tampoco podría accederse a ello si quien interpuso el recurso gubernativo hubiera sido la autoridad judicial en los casos en que el artículo 325 c) le legitima para su interposición»⁹⁹.

Partiendo del artículo 6 LH, que establece quiénes pueden solicitar la inscripción de los títulos en el registro, y del dato normativo de que la práctica de la inscripción puede haber sido ordenada por la autoridad judicial —jueces, tribunales o secretarios judiciales— o por el funcionario competente de quien provenga la ejecutoria, el mandamiento o el título presentado (arts. 325, I, c] y d] LH, y 99 y 100 RH), considero que¹⁰⁰:

⁹⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La inviable...*, cit., pág. 410.

⁹⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La inviable...*, cit., pág. 406.

¹⁰⁰ ÁLVAREZ BUYYLLA, P. P., *La impugnación...*, cit., págs. 88-91, nota 89, 105-107, 112 y 113, esp. págs. 88-91, nota 89, distingue entre los sujetos cuya legitimación se fundamenta en que pueden pedir la inscripción de sus derechos en el registro en virtud del artículo 6 LH —entre los que incluye al Ministerio Fiscal, y, con dudas, al funcionario público y a la autoridad judicial que hayan emitido el título presentado— y aquellos otros sujetos cuya legitimación se fundamenta en motivos distintos a la titularidad de aquella facultad o derecho —los notarios, tanto el autorizante de la escritura como aquel en cuya sustitución se autorice el título, cuya legitimación descansa en la responsabilidad en que pueden incurrir—.

Dicho autor considera que hay que incluir en el primer grupo al Ministerio Fiscal, «pues este, en su papel defensor de la legalidad y el orden público, puede solicitar en algunos casos concretos, la práctica de asientos registrales de tipo cautelar en defensa de los intereses cuya protección le atribuye el ordenamiento. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en que la calificación se refiera a documentos judiciales originados en procesos civiles en los que ha sido parte —expedientes de dominio— o cuando ejercite la acción *ex delicto* en beneficio de un perjudicado que no ha comparecido, o no ha podido comparecer»; al funcionario de quien proceda el título presentado, «porque su interés en la solicitud de inscripción se fundamenta en la buena gestión de los intereses públicos que administra, en la necesidad de proteger su prestigio profesional, su competencia e incluso su responsabilidad en el desempeño de su cargo y además, en la necesidad de cumplir la obligación legal de inscribir en el Registro de la Propiedad los derechos que correspondan a la entidad administrativa en la que ejerza sus funciones cuando así lo disponga alguna norma», aunque quizás debería incluirse en el segundo grupo «porque su interés en la solicitud de inscripción más que en un interés personal se funda más en su prestigio profesional, su competencia e, incluso en su responsabilidad en el desempeño de su cargo»; y a la autoridad judicial, puesto que «al dictar sentencias de condena a inscribir y mandamientos ordenando anotaciones preventivas está decretando órdenes que si llegan a cumplirse implicarían una desobediencia que, por sí sola, constituiría a la autoridad que las hubiera emitido en parte legítima para conseguir su cumplimiento mediante la interposición del correspondiente recurso, aunque, la verdad, hemos de reconocer que esta justificación resulta muy forzada y poco satisfactoria porque si el juez dicta una sentencia de

- 1.º) Cuando la práctica de la inscripción haya sido solicitada por el interesado *ex* artículo 6 LH u ordenada por la autoridad judicial o administrativa, la RDGRN estimatoria del recurso gubernativo interpuesto o la sentencia judicial que revoque la calificación registral negativa —y, en su caso, la RDGRN desestimatoria— podrán acordar la práctica de la inscripción, siempre que dichos sujetos hayan ejercitado la pretensión de condena ya analizada en epígrafes anteriores.
- 2.º) Cuando el sujeto recurrente o impugnante sea el notario autorizante o el Ministerio Fiscal, la RDGRN estimatoria del recurso gubernativo interpuesto o la sentencia judicial que revoque la calificación registral negativa —y, en su caso, la RDGRN desestimatoria— no podrán acordar la práctica de la inscripción. Para la práctica de la inscripción será necesario que el sujeto que haya solicitado u ordenado la práctica de la inscripción presente, de nuevo, el título para su inscripción¹⁰¹.

condena crea un título ejecutivo que acompañado de los complementarios que procedan podrá ser inscrita, pero la ejecución efectiva de la sentencia deberá ser instada por el interesado».

Y concluye que esta distinción en cuanto a la legitimación de los sujetos se relaciona con las pretensiones ejercitables por unos y otros en el proceso.

En concreto, la legitimación de los sujetos del segundo grupo —los notarios— es una legitimación limitada en cuanto a lo que puede pretender, pues no pueden «pedir ni administrativamente una resolución que ordene al registrador la práctica de la inscripción, ni judicialmente una sentencia que condene a la Administración a la inscripción del título por ellos autorizado, porque su legitimación no puede extenderse más allá de su propio interés y este se limita a lo que es obra suya, la escritura, a que se declare que esta no adolece de los defectos señalados por el Registrador». En consecuencia, «lo limitado de la legitimación notarial impondrá también, limitaciones concretas en la pretensión que pueda ejercitar ante los tribunales y la tutela judicial que de ellos pueda solicitar».

¹⁰¹ PARDO MUÑOZ, F. J., «Legitimación activa y pasiva en el juicio verbal dirigido contra la resolución expresa o presunta de la DGRN tras la Ley 24/2005, de 18 de noviembre», en AA.VV., *La revisión judicial de la calificación registral* (directores: MARTÍNEZ TRISTÁN, G., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Madrid, CGPJ, 2007, pág. 162, indica que la legitimación activa del notario «no parece pueda llevarse hasta el extremo de que, caso de revocación de la calificación negativa por la DGRN, primero, o por la sentencia civil, después, pueda instar él mismo la inscripción del título —que incluso podría haber sido retirado, con lo que difícilmente podrían cumplirse las previsiones de los arts. 9 de la LH y 51 del RH que exigen tomar las circunstancias del título en cuestión— ya que el interés legítimo que ostenta queda colmado con el reconocimiento por la resolución o por la sentencia de su correcta actuación profesional, lo que no le convierte sin más en legitimado para solicitar la inscripción *ex* artículo 6 de la LH, en el que no aparece mencionado».

También considera la falta de legitimación del notario para instar la inscripción GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., págs. 209, 343-344 y 389-390.

Como indica ÁLVAREZ BUYLLA, P. P., *La impugnación...*, cit., págs. 91 y 107, en estos casos —el resto de legitimados no han impugnado, o la escritura ya está rectificada e inscritos los derechos en el registro— el notario impugna a efectos meramente doctrinales.

Así lo permite el artículo 325.II LH, según el cual, «la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso».

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la SAP de Barcelona (Sección 15.^a), número 327/2007, de 11 de junio, indicando que «no será viable esta pretensión más amplia¹⁰², por el contrario, si proviene de quien no está legitimado para pedir la inscripción, al carecer de ese derecho constitucionalmente protegible (salvo que sea titular del derecho o interés). En estos casos, los notarios o registradores no pueden pedir que se inscriba el título en cuestión, pues ello excede de su legitimación, sino que deberán circunscribirse a lo que es obra suya, agotándose su interés en que se decida definitivamente que la escritura o la calificación no adolecen de los vicios inicialmente detectados» (FD 3.º) y que «por el contrario, si el juicio verbal no ha tenido como objeto ese derecho a la inscripción, ya sea porque el interesado no lo ha pretendido, ya sea porque no está legitimado para hacerlo, sino estrictamente la legalidad de la calificación del registrador, expresada por la DGRN, el proceso presenta un carácter estrictamente revisorio y termina con una sentencia puramente declarativa» (FD 4.º).

Por otra parte, se ha defendido la obligada presencia del registrador en el proceso, como demandado o codemandado, cuando se pretenda la inscripción del título, ya que solo de esta forma estará legitimado para soportar pasivamente la acción de condena a inscribir¹⁰³.

A mi juicio, el registrador solo podrá figurar como demandado cuando se impugne directamente la calificación registral negativa, pero no deberá ser necesariamente demandado cuando se impugne la RDGRN desestimatoria, aunque en el proceso de impugnación se haya ejercitado la acción de condena.

Puede resultar extraño que en este caso no exista una coincidencia exacta entre el sujeto condenado en la sentencia —la Administración del Estado demandada— y el sujeto que debe cumplir materialmente el deber de prestación de hacer impuesto en la sentencia —el registrador que emitió la calificación registral negativa, que no ha sido demandado—, pero la extrañeza desaparece si se recuerda que la demanda se dirigió contra la Administración del Estado,

GARCÍA DE LA CALZADA, M., *La legitimación...*, cit., págs. 175-185, esp. pág. 177, sostiene que no todos los legitimados activos pueden ejercitar las mismas pretensiones en el juicio verbal directo.

La pretensión de condena la podrán ejercitar los sujetos a que se refiere el artículo 325.I, a) LH, puesto que, de acuerdo con el artículo 6 LH, pueden pedir la inscripción.

Dicha pretensión no la podrá ejercitar el notario, pues «la ejecución de una eventual sentencia condenatoria se llevará a efecto al margen, e incluso, en contra de la voluntad de los titulares del derecho a la inscripción». Además, apunta que del artículo 327, XII LH, al establecer que la inscripción resultante de la estimación del recurso gubernativo solo se podrá practicar con el consentimiento del titular del derecho inscrito, se deduce que únicamente este tiene interés legítimo en la inscripción.

Además, si la legitimación del notario se fundamenta en evitar las responsabilidades que puedan derivarse de los defectos advertidos por el registrador e imputados al título, no le parece correcto que pueda interponer una pretensión de condena.

¹⁰² Se refiere a la pretensión de condena a la práctica de la inscripción.

¹⁰³ Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., págs. 371, 393 y 418.

porque la DGRN se incardina en esta Administración y porque el registrador responsable de la calificación registral negativa es un funcionario público de dicha Administración.

Por último, también se ha defendido, aunque no lo comparto, que, para poder solicitar en la demanda la inscripción del título, deben ser emplazados los terceros que puedan resultar perjudicados o afectados por dicha inscripción¹⁰⁴.

VIII. LA SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS O EL DESISTIMIENTO DE LA INSCRIPCIÓN NO IMPIDEN EL INICIO DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN NI SUPONEN SU TERMINACIÓN POR CARENCIA, INICIAL O SOBREVENIDA, DE OBJETO

En primer lugar, emitida una calificación negativa suspensiva por defectos subsanables podrá suceder que el sujeto interesado en la inscripción subsane dichos defectos y obtenga la inscripción solicitada.

Se trata de determinar si la subsanación de los defectos indicados por el registrador y la consiguiente práctica de la inscripción impide el inicio del proceso de impugnación o supone su terminación por carencia, inicial o sobrevenida, de objeto.

Partiendo de la base de que el artículo 22 LEC regula la terminación del proceso por satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida de objeto, podría pensarse que la subsanación de los defectos y la consiguiente práctica de la inscripción supone la pérdida del objeto del proceso de impugnación, y por ello dicho proceso no debería iniciarse o, ya iniciado, debería concluir.

En otras palabras, se podría entender que la práctica efectiva de la inscripción, tras la subsanación de los defectos, implica que el inicio del proceso de impugnación carece de objeto o supone la terminación del proceso ya iniciado por carencia sobrevenida del mismo, ya que con la práctica de la inscripción pretendida desaparece la base de la controversia, que fue motivada precisamente por una calificación registral negativa que denegó la práctica de dicha inscripción.

Sin embargo, la subsanación de los defectos y la práctica de la inscripción no supone la carencia, inicial o sobrevenida, de objeto del proceso de impugnación.

Así se deduce, con claridad, del artículo 325, II LH¹⁰⁵, según el cual, «la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no

¹⁰⁴ En este sentido se pronuncia VALLS GOMBAU, J. F., *La impugnación...*, cit., págs. 209-210 y 234.

¹⁰⁵ Según el artículo 112.II RH, «podrá recurrirse contra la calificación del registrador a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubieren inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota por el registrador».

El artículo 76 RRM, también regula el recurso a efectos doctrinales:

impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso»¹⁰⁶.

Aunque este precepto se refiere al recurso gubernativo, no hay razón alguna para no interpretarlo analógicamente respecto del proceso judicial de impugnación, y entender que la subsanación de los defectos no obstaculizará la interposición de la demanda judicial.

De esta forma, la subsanación del defecto y la práctica del asiento no impide el inicio o la prosecución del proceso para decidir sobre el acierto de la calificación registral.

Existiendo diversos legitimados, podrá suceder que aunque el sujeto interesado en la inscripción subsane los defectos y obtenga la misma, el proceso de impugnación se inicie a instancia de otro legitimado —por ejemplo, el notario— que tenga interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida¹⁰⁷.

Incluso, aun cuando sea el propio interesado en la inscripción del título calificado negativamente el que haya subsanado el defecto alegado, por disposición expresa del artículo 325, II LH se permite a dicho sujeto iniciar o continuar el proceso judicial de impugnación.

Una aplicación de lo expuesto la podemos encontrar en la SAP de Guadalajara (Sección 1.ª), número 179/2008, de 12 de noviembre:

«SEGUNDO.—(...) Antes de comenzar con el examen de la excepción referida apuntar a la posible falta de acción en el Registrador de la Propiedad para postular la nulidad de la

- «1. Cuando se hubiesen inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota del registrador, podrá interponerse recurso gubernativo a efectos exclusivamente doctrinales.
2. Dicho recurso se tramitará de conformidad con las normas establecidas en los artículos anteriores.

No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado, si estima que la cuestión suscitada carece de interés doctrinal, lo comunicará al recurrente y archivará el recurso sin más trámites. En otro caso, lo resolverá en el plazo de un año».

¹⁰⁶ Esta solución ya la defendió GARCÍA GARCÍA, J. M., *La reforma...*, cit., pág. 34.

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J. C., *La tramitación...*, cit., pág. 53, considera que esta norma permite un efectivo control judicial de la actividad de la DGRN y, a mi juicio, también de la del registrador.

BAENA RUIZ, E., *Apuntes...*, cit., págs. 1911 y 1912, considera inaplicable el artículo 22 LEC porque «el objeto del proceso impugnatorio judicial no lo es solo el derecho a inscribir del interesado, que lo es, sino también la Resolución misma de la DGRN, que puede tener otros contenidos de doctrina general vinculante que han de ser también objeto del proceso judicial».

¹⁰⁷ Un ejemplo de esta situación lo podemos encontrar en supuesto de hecho de la STS (Sala 1.ª), número 877/2011, de 3 de enero, en el que quien impugna la calificación en vía gubernativa es el notario, y, cuando se dicta la RDGRN estimatoria revocando la calificación registral negativa, el solicitante de la inscripción ya había subsanado las deficiencias opuestas por la registradora y aquella ya se había practicado.

Se mostraba partidario del «procedimiento judicial a efectos exclusivamente doctrinales», VERGER GARAU, J., *En torno...*, cit., págs. 86-87, esp. pág. 86. En contra, se pronuncia GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El procedimiento...*, cit., págs. 268, 347-348 y 375.

resolución dictada por la DGRN por referirse al asiento registral que ya había sido subsanado por los interesados. Desde el artículo 328 LH en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, permite a la jurisdicción conocer de si la calificación negativa del registrador y, en su caso, las resoluciones expresas o presuntas de la DGRN se ajustan a derecho. Si esto es así habremos de convenir que el Registrador de la Propiedad está legitimado en la forma que establece el artículo 328, y pudo formular demanda para defender, frente a la resolución de la DGRN, que su actuación se ajustaba a derecho. No puede hablarse en otro orden de cosas de una pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento en tanto el propio Notario pudo y efectivamente lo hizo, interponer su recurso, como lo demuestra el último párrafo del artículo 325 LH, cuando establece que “la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que se subsanó, la interposición del recurso» ante la propia Dirección General de los Registros y del Notariado” (...).

En la misma dirección se ha manifestado la SAP de Valencia (Sección 7.^a), número 617/2006, de 25 de octubre:

«PRIMERO.—Carenca sobrevenida del objeto del proceso. El primer motivo de discrepancia del registrador demandante apelante viene referido a la decisión de estimar la carencia sobrevenida del objeto del proceso (...).

Sobre la decisión de dar por terminado el procedimiento por carencia sobrevenida de su objeto.

Este Tribunal acepta la tesis del apelante disintiendo de la adoptada por el juez de instancia. Veamos (...).

Pues bien, puestos en relación los preceptos citados con el contenido del derecho a la tutela efectiva y aplicado ello al supuesto de autos, entendemos que asiste toda la razón al registrador recurrente para entender que en el presente caso no existe una carencia sobrevenida de objeto del proceso, por haberse con posterioridad procedido a la inscripción que se pretendía.

En primer lugar, porque la inscripción posterior, en fecha 14 de febrero de 2006, se hace al haberse subsanado el defecto de falta de inscripción del cargo de administrador, pero no porque el registrador asumiese la decisión de la DGRN.

En segundo lugar por la eficacia en el ámbito jurídico de la decisión recurrida, de obligado cumplimiento para los registradores y que provoca la permanencia en la esfera del derecho de una decisión de importantes consecuencias que se vería inmune a su revisión jurisdiccional de no ser resuelta debidamente. Este carácter vinculante de las Resoluciones de la DGRN, publicadas en el *BOE*, según el artículo 327.10 de la LH, emanadas por tanto por un organismo administrativo, no puede servir para sustentar que la misma se someta al control de los Tribunales de justicia ordinarios.

En tercer lugar porque nunca se puede atender a criterios puramente formalistas, cuando estamos en presencia de la tutela efectiva de jueces y tribunales, que como derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la CE, debe prevalecer, y que en este caso se traduce en el interés legítimo que el registrador demandante está defendiendo.

Y en cuarto lugar, como a continuación expondremos, por que la decisión adoptada por la DGRN no es adecuada a la legalidad, y tanto el principio de legalidad como de seguridad jurídica son esenciales».

En sentido contrario se ha manifestado la SAP de Barcelona (Sección 11.^a), número 341/2007, de 28 de mayo, para la que la práctica de la inscripción supone la carencia sobrevenida del objeto del proceso:

«TERCERO.—(...) En el presente caso, el objeto de la controversia es real y efectivamente, la inscripción registral de un derecho real sobre la finca número 001; acto dispositivo que tiene acceso al Registro a tenor del artículo 1.2 de la Ley Hipotecaria, previa calificación del documento que recoge el acto a inscribir por parte del registrador, artículo 18 de la Ley Hipotecaria. No hay que perder de vista que el hecho objetivo es el acto recogido en el documento público que pretende acceder al Registro a los efectos de su publicidad y efectividad *erga omnes* (art. 38 de la LH). Ello lleva a que efectuada la inscripción registral del acto traslativo del dominio, documentado en escritura pública, el 2 de julio de 2003, desapareció la controversia entre las partes cuando se planteó y solicitó la tutela de los órganos jurisdiccionales. No es la función de estos, emitir informes y dilucidar cuestiones entre órganos administrativos, sino resolver el litigio existente entre partes, litigio que desapareció al haberse practicado la inscripción registral, hecho que eliminó la litis por falta del elemento de hecho esencial de la controversia, la negativa del registrador a que accediese al Registro causando la inscripción correspondiente. Inscrito el documento, desapareció la base fáctica de la controversia. No hay que olvidar que la litis precisa la existencia de los hechos a los que debe aplicarse la normativa legal adecuada para su ejercicio. Lo que lleva a la desestimación del recurso por ausencia de interés y base fáctica».

En estos supuestos el actor podrá ejercitar la pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación de la calificación registral negativa y, en su caso, de la RDGRN desestimatoria, pero no la de condena a la práctica del asiento registral solicitado, y los efectos del proceso judicial de impugnación se limitarán, en consecuencia, a una declaración judicial sobre la corrección o no de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto por parte del registrador y, en su caso, por la DGRN.

Cuando se hubieran inscrito los documentos calificados en virtud de la subsanación de los defectos expresados en la calificación, si, finalmente, se dicta una RDGRN estimatoria —o una sentencia que revoque la calificación registral negativa— la rectificación del asiento precisará el consentimiento del titular del derecho inscrito y surtirá sus efectos sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 LH (art. 327, XII LH).

A mi juicio esta previsión legislativa requiere una matización. Para la rectificación del registro exige el consentimiento del titular del derecho inscrito, presuponiendo que este sujeto es quien ha solicitado la práctica de la inscripción.

Pero la práctica de la inscripción puede haber sido ordenada por la autoridad judicial —jueces, tribunales o secretarios judiciales— o por el funcionario competente de quien provenga la ejecutoria, el mandamiento o el título presentado (arts. 325, I, c] y d] LH; y 99 y 100 RH). En este caso considero que, para la rectificación del asiento, también será necesario el consentimiento de dichos sujetos.

De esta forma, cuando el sujeto que haya interpuesto el recurso gubernativo o la demanda judicial no sea uno de los sujetos que están legitimados para solicitar u ordenar la inscripción de un determinado título en el registro, no se podrá, aun habiéndose dictado una RDGRN estimatoria o una sentencia que

revoque la calificación registral negativa, rectificar el asiento registral sin el consentimiento del titular del derecho inscrito o de quien hubiera ordenado la práctica del mismo.

En segundo lugar, tampoco podrá ser de aplicación el artículo 22 LEC, por considerar que ha desaparecido el objeto de la litis, cuando el sujeto interesado, ante la calificación negativa del registrador, desista de la pretensión de inscripción (art. 433 RH), ya que puede haber otros sujetos legitimados interesados en el control de dicha calificación¹⁰⁸.

En este caso, el demandante podrá iniciar el proceso únicamente a efectos doctrinales, es decir, podrá ejercitar la pretensión declarativa de nulidad o constitutiva de anulación de la calificación registral negativa y, en su caso, de la RDGRN desestimatoria, pero no la de condena a la práctica del asiento registral solicitado.

Lo contrario, podría producir «la paradoja de que la DGRN resuelva estimando el recurso y ordenando, en contra de la voluntad del interesado y desaparecido el asiento de presentación, que se inscriba el título», lo que sería «un aberrante jurídico no admisible»¹⁰⁹.

Lo mismo sucederá si el interesado en la inscripción desiste de la tramitación del recurso gubernativo o del proceso de impugnación, habiendo actuado también otros legitimados activos¹¹⁰.

Parte de las conclusiones expuestas ya estaban contempladas por el artículo 112, II RH en virtud de la redacción establecida por el Real Decreto 1867/1998, que fue declarado nulo, al establecer que «el Notario autorizante podrá igualmente recurrir contra la calificación del registrador a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubieren inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota por el registrador. Igualmente podrá mantener el recurso a efectos doctrinales si el interesado en el recurso desistiera de su tramitación».

¹⁰⁸ Por el contrario, para BAENA RUIZ, E., *Apuntes...*, cit., pág. 1912, «la solución sería la inviabilidad de recurrir gubernativamente cuando el interesado no subsana los defectos sino que desiste de la inscripción».

¹⁰⁹ SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J. C., *La tramitación...*, cit., pág. 54.

¹¹⁰ Esta solución ya la defendió GARCÍA GARCÍA, J. M., *La reforma...*, cit., pág. 34.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La calificación registral negativa, por la que se suspende o deniega la práctica del asiento registral solicitado, constituye un posible resultado del ejercicio de la función de calificación por parte del registrador.

Una de las posibilidades de reacción ante la calificación registral negativa es la impugnación, administrativa y/o judicial, de dicha calificación.

En concreto, dicha impugnación se puede articular interponiendo un recurso gubernativo —de naturaleza administrativa— ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuya resolución es impugnante ante la jurisdicción civil, o presentando directamente una demanda ante los tribunales civiles.

El presente trabajo analiza el objeto de la impugnación judicial de la calificación negativa del registrador, y, en su caso, de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictada al resolver el recurso gubernativo interpuesto contra aquella. Esto es, las diferentes pretensiones procesales que se pueden ejercitar en esos procesos judiciales de impugnación.

Atendiendo a lo expuesto, para estudiar el objeto del proceso judicial que nos ocupa se parte de las siguientes hipótesis posibles:

1.^a) El objeto del proceso cuando se impugna directamente la calificación registral negativa.

2.^a) El objeto del proceso cuando se impugna la RDGRN desestimatoria del recurso gubernativo interpuesto.

ABSTRACT

REGISTRAR'S SCRUTINY LEGAL PROCEEDINGS CHALLENGING A REGISTRAR'S REFUSAL LEGAL PROCEEDINGS CHALLENGING THE DECISIONS OF THE DIRECTORATE-GENERAL OF REGISTRIES AND NOTARIAL AFFAIRS

Suspension or refusal of registration is one possible outcome when a registrar, in the exercise of his or her duty, scrutinizes a submitted document for acceptable form.

One possible reaction to the registrar's decision would be to file an administrative challenge and/or legal proceedings challenging the registrar's findings.

A challenge of this sort may be mounted by filing an administrative appeal with the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs. The DG's decision is subject to challenge in civil court or a claim filed directly in civil court.

This paper looks at the object of challenging a registrar's refusal in court and challenging the DG's decision (if any) on the appeal. In other words, the subject is the different kinds of challenging action that can be brought in court.

The following hypotheses cover the different points at which to start studying the purpose of judicial proceedings:

1) The purpose of proceedings directly challenging a registrar's refusal.

2) The purpose of proceedings challenging a decision by the DG dismissing an appeal against a registrar's refusal.

3) The purpose of proceedings challenging a decision by the DG upholding an appeal against a registrar's refusal.

The paper also looks at the relationship and the boundaries between judicial proceedings to challenge a registrar's re-

3.^a) El objeto del proceso cuando se impugna la RDGRN estimatoria del recurso gubernativo interpuesto.

fusal and judicial proceedings concerning the validity or nullity of the act or title at issue.

Asimismo, en este trabajo se estudia la relación y la delimitación entre el proceso judicial de impugnación de la calificación registral negativa y el proceso judicial sobre la validez o nulidad del acto o del título.

(Trabajo recibido el 18-1-2012 y aceptado para su publicación el 8-1-2013)

Derechos reales y titularidades reales

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN: DERECHOS REALES, TITULARIDADES REALES Y CO-NEXIÓN INTERCONTRACTUAL.
2. LA CONCEPCIÓN PREDOMINANTE DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS REALES:
 - 2.1. LA INMEDIATIVIDAD DEL DERECHO REAL.
 - 2.2. LA ABSOLUTIVIDAD DEL DERECHO REAL.
3. LA ABSOLUTIVIDAD DEL DERECHO REAL ENTENDIDA COMO PROTECCIÓN DEL MISMO MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD:
 - 3.1. PLANTEAMIENTO.
 - 3.2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO MEDIANTE REGLAS DE PROPIEDAD (*PROPERTY RULES*), REGLAS DE RESPONSABILIDAD (*LIABILITY RULES*) Y REGLAS DE INALIENABILIDAD (*INALIENABILITY RULES*).
 - 3.3. REGLA DE PROPIEDAD Y ACCIONES REALES. REGLAS DE RESPONSABILIDAD Y ACCIONES PERSONALES.
 - 3.4. EL DERECHO REAL COMO DERECHO PROTEGIDO POR UNA REGLA DE PROPIEDAD.
 - 3.5. LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL: TANTO LOS DERECHOS DE CRÉDITO COMO LOS DERECHOS REALES ESTÁN PROTEGIDOS, EN PRIMER LUGAR, POR UNA REGLA DE PROPIEDAD Y, SOLO CUANDO NO ES POSIBLE HACERLA EFECTIVA, POR UNA REGLA DE RESPONSABILIDAD:
 - 3.5.1. *Planteamiento.*
 - 3.5.2. *La cuestión en relación a los derechos de crédito.*
 - 3.5.3. *La cuestión en relación con los derechos reales.*
4. EL GRADO DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA DEL DERECHO MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD COMO FACTOR DETERMINANTE PARA SU CONSIDERACIÓN COMO *IUS IN REM*:
 - 4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

- 4.2. EL CONTENIDO MATERIAL Y EL OBJETO DEL DERECHO COMO FACTORES DETERMINANTES DE SU GRADO DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA:
 - 4.2.1. *El contenido material del derecho.*
 - 4.2.2. *El objeto del derecho. Bienes muebles e inmuebles:*
 - 4.2.2.1. Bienes muebles tradicionales: baja protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad.
 - 4.2.2.2. Bienes inmuebles: alta protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad.
- 4.3. BIENES MUEBLES E INMUEBLES: UNA RELACIÓN INVERSA ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO SOBRE LOS MISMOS.
- 4.4. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DIRECTO Y EXCLUSIVO SOBRE BIENES INMUEBLES COMO DERECHOS MÁS SUSCEPTIBLES DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD Y, EN CONSECUENCIA, COMO *IURA IN REM* EN SENTIDO ESTRICTO.
5. LA TIPICIDAD COMO CARACTERÍSTICA PROPIA DE LOS DERECHOS REALES Y COMO LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL:
 - 5.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 5.2. *NUMERUS APERTUS* Y *NUMERUS CLAUSUS*: DOS SISTEMAS APARENTEMENTE CONTRAPUESTOS, PERO SUSTANCIALMENTE COINCIDENTES, PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA MISMA FINALIDAD: EL NIVEL ÓPTIMO DE ESTANDARIZACIÓN DE LOS *IURA IN REM*.
 - 5.3. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES.
 - 5.4. LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD —EN EL LÍMITE, *NUMERUS CLAUSUS*— COMO DISPOSITIVO PARA CONSEGUIR EL NIVEL ÓPTIMO DE ESTANDARIZACIÓN DE LOS *IURA IN REM*. FUNCIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL AL RESPECTO.
 - 5.5. LA CONFIGURACIÓN DE LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.
6. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS REALES:
 - 6.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 6.2. TITULARIDADES OBLIGACIONALES Y TITULARIDADES REALES.
 - 6.3. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL: LOS DERECHOS REALES CON TITULARIDADES OBLIGACIONALES NO SON, PROPIAMENTE, DERECHOS REALES.
 - 6.4. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL: EL CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE UNA ACCIÓN REAL —TITULARIDADES REALES— Y LOS COSTES TRANSACCIONALES.
7. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD INSTRUMENTADA MEDIANTE UNA ACCIÓN REAL —TITULARIDADES REALES— Y LOS COSTES TRANSACCIONALES (O ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS *IURA IN REM*):
 - 7.1. PLANTEAMIENTO.
 - 7.2. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO MOBILIARIO. LA SUPRESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN RELACIÓN A ADQUIRENTES INOCENTES FUNDAMENTADA EN LA ATRIBUCIÓN A LA POSESIÓN DE UNA FUNCIÓN LEGITIMADORA.

7.3. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO. LA SUPRESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN RELACIÓN A ADQUIRENTES INOCENTES FUNDAMENTADA EN LA PUBLIFICACIÓN DEL SISTEMA TRANSMISIVO:

7.3.1. *La imposibilidad de dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria.*

7.3.2. *La necesidad de intervención institucional del Estado mediante la creación del Registro de derechos.*

7.3.3. La publicación del sistema transmisivo:

7.3.3.1. El Registro de derechos como instrumento de intervención del Estado en el sistema transmisivo dirigido a la creación *ex ante* de titularidades inmobiliarias con alcance *erga omnes*.

7.3.3.2. El Registro de derechos como instrumento de intervención del Estado en el sistema transmisivo dirigido a posibilitar el conocimiento de las titularidades reales por quien tenga interés legítimo.

7.3.3.3. Fundamento de la exigencia de que deba adquirirse de un titular inscrito y, además, obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, para quedar protegido por la fe pública registral.

7.3.4. *La superación del conflicto: derechos reales inmobiliarios más seguros y más líquidos.*

8. FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS.

1. PRESENTACIÓN: DERECHOS REALES, TITULARIDADES REALES Y CONEXIÓN INTERCONTRACTUAL

La distinción entre derecho personal —*ius in personam*— y derecho real —*ius in rem*— es nuclear en el Derecho Civil Patrimonial, a pesar de lo cual adolece de una evidente falta de claridad¹.

Este artículo no pretende ser una exposición erudita de las distintas concepciones existentes sobre el particular ni tampoco de las diferentes críticas formuladas al respecto². Por el contrario, parto del supuesto de que el lector es

¹ Para referirse a los derechos personales suelen utilizarse también las expresiones «derechos de crédito», «derechos obligacionales» o «derechos contractuales», entre otras. Igualmente, en el ámbito del análisis económico del derecho suele utilizarse la expresión *property rights* para referirse a todo tipo de derechos reales —según la concepción del *Civil Law*—, incluyendo tanto el derecho de propiedad como cualquier tipo de derecho real limitado.

² Puede verse una excelente exposición de las diferentes concepciones existentes al respecto en PENA LÓPEZ, J. M., *Concepto de derecho real (Revisión crítica de su caracterización en la doctrina moderna)*. Ed. Tórculo, 2009. Asimismo, es usual hacer una exposición de las concepciones fundamentales en torno a la distinción entre derechos personales y derechos reales en las obras generales de Derecho Civil. Entre ellas, destaca Díez-PICAZO, L. *Funda-*

un buen conocedor de las unas y de las otras, por lo que omito su exposición, la cual solo serviría para alargarlo innecesariamente.

Este artículo pretende ser una contribución a la clarificación de ambos conceptos, muy necesaria en el mundo en el que vivimos, caracterizado por la contratación impersonal, esto es, aquella que tiene lugar entre personas que se desconocen entre sí y que, por lo tanto, requiere basarse en reglas e instituciones que hagan innecesario el conocimiento personal del sujeto o sujetos con quienes se contrata.

Clásicamente, el arquetipo del derecho real es el derecho de propiedad y, más concretamente, el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, y el arquetipo del derecho personal o de crédito, es el derecho a cobrar una determinada cantidad de dinero de un determinado sujeto. Desde esta perspectiva, ambos derechos no son sino los extremos opuestos de un *continuum* de derechos subjetivos de carácter patrimonial. La cuestión consiste en determinar cuándo un derecho traspasa la frontera y puede calificarse de real o de personal.

Desde una perspectiva muy general, puede afirmarse que derecho real y derecho personal implican un diferente grado de protegibilidad efectiva del derecho *in natura*, lo que implica, también, una diferente asignación de los riesgos derivados de la contratación para la titularidad del derecho. La protegibilidad efectiva del derecho no depende solamente de la naturaleza de su contenido sino, también, del desarrollo de las tecnologías físicas y jurídicas, de modo que, en ocasiones, un derecho podrá ser real o personal en función de las tecnologías disponibles. Adicionalmente, en la medida en la que derecho personal y derecho real implican reglas distintas de asignación de los riesgos derivados de la contratación, la clarificación de ambos conceptos puede resultar muy útil para facilitar dicha contratación sin, por ello, perjudicar la seguridad jurídica de la titularidad y tenencia de bienes.

La relevancia de la contratación impersonal³, caracterizada por la información insuficiente y asimétricamente distribuida, exige la incorporación del concepto de *titularidad real* como integrante del concepto de derecho real, algo innecesario desde una perspectiva estática, o en un mundo de contratación personal con información completa o incompleta solo marginalmente.

En efecto, la contratación impersonal se caracteriza por una *alta densidad* o, si se prefiere, *frecuencia contractual*, hasta el punto de integrar una red o *nexo de contratos* interdependientes. En este mundo, puede decirse que quien contrata con alguien la adquisición de un bien, en rigor de un derecho real sobre

mentos de Derecho Civil Patrimonial, I (Introducción. Teoría del contrato), págs. 75-90. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

³ NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, pág. 52. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995. Los conceptos de intercambio personal e impersonal son esenciales para entender la evolución institucional y a ellos me referiré repetidamente a lo largo de este trabajo.

un bien, no está contratando solamente con su transmitente sino con todas las personas que, con anterioridad, contrataron la adquisición y posterior transmisión del bien, pues puede verse afectado por las vicisitudes que afecten a tales contratos precedentes y que estén protegidas por una acción real, concebida como instrumento de protección del *ius disponendi* del propietario. La *conexión intercontractual*⁴ implica, por tanto, una interdependencia *inter tertios*, esto es, entre personas que contrataron en relación al mismo bien, pero no entre sí, sino con otras personas en algunos de los sucesivos contratos referentes al mismo bien, y que normalmente se desconocen entre ellas.

El enfoque civil clásico, sin embargo, influido por la tradición del Derecho romano, relega esta perspectiva a un segundo plano, focalizando su atención en la perspectiva *intracontractual*, lo que da lugar a lo que, gráficamente, podemos denominar una concepción *insular del contrato*, de modo que lo relevante, casi lo único existente, son las relaciones entre las partes, hasta el punto de que los efectos del contrato en relación a terceros reciben la denominación de *efectos reflejos* del contrato. Esta perspectiva puede ser adecuada para un entorno de contratación personal con información completa —o incompleta solo en el margen— sobre los diferentes atributos cuyo conocimiento es necesario para contratar, en la que, como consecuencia, no puede haber sorpresas derivadas de contratos anteriores referentes al mismo bien. Pero es inadecuada para un entorno de contratación impersonal al que son consustanciales las asimetrías informativas y, por lo tanto, las incertidumbres sobre tales atributos. El entorno impersonal exige, por ello, que se preste a la vertiente *intercontractual* la misma atención que a la *intracontractual*. El mundo impersonal no está compuesto por un *archipiélago contractual* sino por una *red o nexo de contratos*.

Así, se parte del supuesto subyacente de que los efectos propios del contrato son los efectos *inter partes* y que los efectos frente a terceros son efectos *reflejos* o *indirectos* sin caer en la cuenta de que la propia función de la contratación y, por tanto, del contrato —facilitar la reasignación permanente de recursos— exige prestar tanta atención al contrato como a la conexión intercontractual, especialmente en un contexto de contratación impersonal pleno de asimetrías informativas.

Si se prestara la misma atención a ambos grupos de problemas, tal y como exige un contexto de alta densidad contractual impersonal y, por tanto, de alta conexión intercontractual, se hablaría de *efectos intracontractuales e intercon-*

⁴ Es necesario distinguir la conexión intercontractual a la que me refiero de los denominados contratos conexos. La primera es un hecho derivado de que ciertas vicisitudes contractuales están protegidas por acciones reales, así como el *ius disponendi* de los titulares de derechos reales, mientras que la expresión contratos conexos se refiere a una categoría jurídica. Véase, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994. BERNAD MAINAR, R., «A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos», en *RCDI*, julio-agosto de 2010, núm. 720, págs. 1447-1485.

tractuales, lo que, a su vez, nos permitiría entender mejor el sistema transmisivo de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles y las reglas de protección de tales derechos.

Nuestra doctrina, sin embargo, sigue focalizando su atención en la bilateralidad contractual, como sería lo propio en un contexto de contratación personal y, por lo tanto, de información completa —o incompleta solo en el margen—, lo que evitaría que la conexión intercontractual —de baja frecuencia, por otro lado, en un contexto semejante— pudiera producir consecuencias *desconocidas* para los contratantes. Ello justificaría, en efecto, prescindir del análisis de tales consecuencias en el estudio del proceso transmisivo.

Sin embargo, en un contexto de contratación impersonal —como tal, pleno de asimetrías informativas— no se puede relegar y, menos aún, prescindir del análisis de las consecuencias derivadas de la *conexión intercontractual*, a la hora de articular un sistema transmisivo que cumpla su función, cual es facilitar la permanentemente reasignación de recursos escasos hacia quienes en cada momento se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos, sin poner en riesgo la seguridad del propietario.

Esta exigencia funcional exige situar los problemas derivados de la *conexión intercontractual* al mismo nivel, al menos, que los problemas que plantea la vertiente intracontractual.

Las repercusiones de la *conexión intercontractual* sobre los derechos de propiedad —en el sentido de propiedad y demás derechos reales, en los que centro el estudio— no solo pueden tener lugar por vía de *conexión intercontractual subjetiva* sino también por una vía contractual subjetivamente inconexa, pero *objetivamente* conexas; por ejemplo, cuando un tercero que ha adquirido de un *tradens* distinto reclama la titularidad del recurso. También pueden tener lugar por vía extracontractual: v.gr.: cuando la autoridad embarga un recurso por deudas fiscales.

Focalizaré mi atención, no obstante, en las repercusiones por vía de *conexión intercontractual*, especialmente la subjetiva, es decir, aquella en la que la conexión se da entre las personas en tanto que partes de diferentes contratos ligadas por un tracto contractual relacionado con el recurso. La *conexión intercontractual objetiva* sería aquella en la que el único vínculo que liga a las partes es su pretensión sobre el recurso en virtud de diferentes contratos, sin que exista entre ellas un tracto contractual.

En otras palabras, la propiedad privada sobre la tierra y la libertad de transferencia, instrumentada a través del contrato, implican la concepción del mundo como una red de contratos o como un nexo contractual, y, más exactamente, como un *nexo intercontractual impersonal* en la medida que interconecta a personas que no se conocen entre sí.

En este contexto, si la titularidad sobre un derecho real no es, a su vez, real, esto es, protegida mediante una regla de propiedad frente a las causas de pérdida

de la misma que puedan derivar de las conexiones contractuales *inter tertios*, puede afirmarse que el derecho como tal no lo es, porque, en caso de discutirse la titularidad sobre el mismo, las consecuencias para su titular serían similares a si el derecho fuese personal. Desde una perspectiva dinámica, en el mundo de la contratación impersonal, el concepto de derecho real incluye, pues, el de *titularidad real*, esto es, el de titularidad protegida por una regla de propiedad frente a las causas de ineficacia de la propia adquisición que pudieran derivar de actos y/o contratos precedentes relativos al mismo bien y que el adquirente de buena fe no ha conocido a pesar de haber observado un comportamiento acomodado a la diligencia exigible.

La protección de las titularidades de los derechos reales con acciones reales es el modo adecuado de protección de tales titularidades con una regla de propiedad en un entorno de contratación personal, con información completa sobre titularidades y cargas, o incompleta solo en el margen, pero, sin embargo, el mantenimiento de tales acciones en un mundo de contratación impersonal no solo no es el medio de protección adecuado de tales titularidades mediante una regla de propiedad, sino que la impide, generando inseguridad entre los «presuntos» titulares y produciendo, en consecuencia, un incremento de los costes transaccionales. Por ello, la protección de las titularidades mediante una regla de propiedad en el mundo de la contratación impersonal debe obtenerse mediante tecnologías jurídicas distintas de las acciones reales, de modo que desaparezcan las incertidumbres en cuanto a titularidades y cargas. Ello se consigue suprimiendo la acción reivindicatoria en relación a adquirentes a título oneroso y de buena fe, fundamentando dicha supresión en la atribución de un especial alcance legitimador a la posesión, en el ámbito mobiliario, y en los efectos atribuidos a la inscripción en un Registro de derechos, en el ámbito inmobiliario. Tal conjunto de tecnologías recibe el nombre de Derecho de la seguridad del tráfico jurídico⁵.

⁵ El derecho de la seguridad del tráfico jurídico regula las relaciones *inter tertios*, esto es, los conflictos entre personas de diferentes contratos que se refieren a un mismo bien —o servicio—. Es la tecnología jurídica dirigida a resolver los problemas propios de la contratación impersonal, a la que son consustanciales las asimetrías informativas sobre titularidades y cargas, entre otras. Usualmente, las soluciones del derecho de la seguridad del tráfico jurídico se fundamentan en la protección de la confianza derivada de la apariencia, lo que exige la adopción de medidas para que la apariencia sea veraz. Es la posición común entre civilistas, mercantilistas e hipotecaristas. La formulación de la teoría de la apariencia se debe especialmente a CANARIS, C. W., *Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, 1971.

Recientemente, ARRUÑADA ha abordado desde una perspectiva de Economía Institucional, una explicación de las construcciones jurídicas que regulan estas relaciones.

Distingue entre transacciones originarias y subsiguientes. Enfatiza el análisis de las relaciones *inter tertios* propias de la alta densidad contractual, que denomina contratación secuencial, aspecto esencial de la especialización productiva. Pero mientras los economistas, en general, suelen tratar las transacciones subsiguientes como si fuesen originarias, en el sentido de que prescinden de los efectos que los contratos anteriores pueden tener sobre los posteriores, esto

Por último, me parece necesario realizar una advertencia sobre el alcance de este trabajo. La seguridad de la propiedad, esencial para que pueda cumplir su función, tiene dimensiones públicas y privadas. De las primeras se ocupan la Economía institucional, así como diferentes ramas del Derecho Público (Derecho Constitucional, Administrativo, Urbanístico, Penal, etc). De las segundas se ocupa el Derecho Patrimonial Privado, que se mueve en el ámbito propio del mercado. Este trabajo se sitúa en este segundo ámbito⁶. Desde esta perspectiva, aborda el estudio de los derechos reales —que son los objetos de intercambio—, así como de los derechos obligacionales —que forman parte de los mecanismos de intercambio— así como, por último, de los daños que se pueden producir para el propietario, o para el adquirente, como consecuencia de los fallos de información característicos de la contratación impersonal, si se carece de las instituciones jurídicas adecuadas.

es, de lo que he denominado la *conexión intercontractual*, ARRUÑADA introduce en el análisis económico las consecuencias derivadas de tal conexión y las explica utilizando el lenguaje de la relación principal-agente. Así se explicaría la regulación *inter tertios* de todo tipo de transacciones. Los terceros sufren mayores asimetrías informativas que si la incertidumbre se refiriese solamente a la calidad material del bien —o servicio— que el agente debe entregar. Y esta asimetría informativa sobre el título legal del agente o su poder para contratar debe ser superada para que el mercado pueda funcionar. El Derecho de la seguridad del tráfico jurídico permitiría así reducir los costes de transacción, por lo que disminuirían las posibilidades de actuación impune de los «agentes». En consecuencia, por un lado, los propietarios gozarían de mayor protección, y, por otro, fundamenta la protección de los terceros inocentes. ARRUÑADA, B., *Institutional Foundations of Impersonal Exchange*, especialmente el capítulo primero. Ed. Chicago University Press, 2012. Véase también, JENSEN, M. C. y MECKLING, W. H., «Theory of Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», 1976, *Journal of Financial Economics*, 3, 305-60.

⁶ En este sentido, afirma ARRUÑADA que muchos estudios económicos, influenciados por COASE y NORTH fundamentalmente, se centran en analizar cómo los fallos políticos dan lugar a malas instituciones. Su preocupación fundamental consiste en que la propiedad puede ser dañada por fallos políticos porque muchos gobiernos no solo demuestran ser incapaces de asignar los derechos de propiedad claramente, de prevenir la violencia y de defender los derechos de propiedad contra las invasiones privadas, sino que, además, tienen tendencia a confiscar la propiedad de sus ciudadanos. El *property law*, por el contrario, focaliza su atención en aspectos privados, en particular en el hecho de que la propiedad pueda ser dañada por fallos de mercado, en especial cuando los individuos usan torticeramente las transacciones para quedarse con las propiedades de otros. Esto puede suceder porque los propietarios pueden celebrar contratos de transferencia con varios sujetos. Ello genera una desconfianza que desincentiva la inversión y el comercio. Por ello, una economía de mercado requiere instituciones que provean algo más que una inicial asignación de recursos. Deben proveer también un efectivo *enforcement in rem* y, en consecuencia, lo que en el análisis coasiano se denomina «recurrente asignación de derechos». ARRUÑADA, B., *Institutional Foundations of Impersonal Exchange. Theory and Policy of Contractual Registries*. Chicago University Press, 2012, pág. 23.

2. LA CONCEPCIÓN PREDOMINANTE DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS REALES

Como sintetiza adecuadamente DÍEZ-PICAZO⁷, de acuerdo con nuestra tradición jurídica, el concepto de derecho real viene definido por las coordenadas que forman el carácter *inmediato* y el carácter *absoluto* de este especial tipo de poder jurídico. Con lo primero —carácter *inmediato*— se entiende que el poder del titular se realiza y se ejercita de una manera directa sobre los bienes que constituyen el objeto del derecho sin necesidad de una especial colaboración o intermediación de otras personas. Con lo segundo —carácter *absoluto*— se suele entender que el titular del derecho hace eficaz este y satisface su interés, no solo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros, lo que se define, unas veces, como una efectividad del derecho frente a todos (*erga omnes*) y, otras, como efectividad frente a cualesquiera personas que se puedan encontrar en relación con la cosa objeto del derecho. Esta concepción es la dominante entre la doctrina española y europea continental, como ha puesto de manifiesto PENA LÓPEZ⁸.

De acuerdo con esta concepción, el derecho real confiere a su titular un poder directo e inmediato sobre las cosas e impone a todos —tanto a los extraños como a los que entran en relación con la cosa— un deber de respeto de dicho poder, llamado, por ello, deber universal de respeto, que se traduce, en general, en una conducta pasiva. El derecho personal, por el contrario, no confiere a su titular un poder directo sobre las cosas, sino una facultad para exigir un comportamiento determinado de una persona determinada en virtud de una relación jurídica previa. Se afirma, en consecuencia, que mientras el derecho real tiene un sujeto pasivo universal, el derecho personal tiene un sujeto pasivo determinado, por lo que mientras el primero es un derecho absoluto, esto es, exigible *erga omnes*, el segundo es un derecho relativo, esto es, exigible solo de determinadas personas.

Esta concepción tradicional ha sido objeto de innumerables matizaciones y críticas, pero, a pesar de ello, es la dominante en el pensamiento jurídico, la que late en el fondo de la mayoría de las concepciones vigentes.

⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. III, pág. 82. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008. Abundando en esta misma idea, afirma: «A modo de recapitulación, debe retenerse que denominamos derecho real a un determinado tipo de derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con los terceros, entendiendo por terceros a los posibles adquirentes de la cosa y a las demás personas que se encuentran en relación con ella» (*op. cit.*, pág. 81). *Ibidem*. Sobre esta idea volveré posteriormente.

⁸ PENA LÓPEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 33-67.

2.1. LA INMEDIATIVIDAD DEL DERECHO REAL

Como es sabido, la nota de inmediatividad fue criticada por THON⁹, basándose en que no cabe una relación jurídica directa entre una persona y una cosa, sino solo entre personas. Así, el derecho de propiedad no es tanto una facultad de goce cuanto una facultad de exclusión. La propiedad sobre un jardín no consiste tanto en lo que el propietario pueda hacer directamente en su jardín cuanto en la facultad de vallarlo, como expresión del poder de excluir a los demás del goce del jardín. En el caso de que los demás no respeten la facultad de exclusión, el propietario puede solicitar del Estado que utilice su poder para imponer por la fuerza tal exclusión. La pretensión del propietario va dirigida, en consecuencia, a obtener un determinado comportamiento de quienes entran en contacto con la cosa. Del mismo modo, el propietario que ejercita una acción reivindicatoria, no está ejercitando un poder directo sobre la cosa, sino que pretende obtener un determinado comportamiento del demandado, cual es la entrega de la cosa. No es posible, por ello, establecer una diferencia esencial entre la pretensión de un reivindicante y la de un acreedor, pudiendo llegar a afirmarse que el reivindicante no es sino un acreedor de restitución.¹⁰

Desde esta perspectiva, la propiedad —en tanto que paradigma de los derechos reales— estaría integrada por un conjunto de relaciones jurídicas entre personas en relación al uso y aprovechamiento de las cosas.

En cierto sentido, esta concepción es un precedente de la concepción contractual de los derechos de propiedad, entendidos como derechos reales en general, ampliamente difundida en el ámbito del análisis económico del Derecho, especialmente en el ámbito cultural angloamericano¹¹. Según esta concepción, el

⁹ THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, especialmente págs. 157-159.

¹⁰ Se suele afirmar también que determinados derechos calificados usualmente como reales —por ejemplo, servidumbres negativas— no conllevan ningún poder directo. Véase, PENA LÓPEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 16-18, o DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 79. Sin embargo, este asunto no interesa en este trabajo, pues no se trata de adscribir figuras concretas a una categoría u otra, sino de establecer unos conceptos arquetípicos de derecho real y derecho personal, sin entrar en la discusión sobre si determinadas figuras deben encuadrarse en una u otra categoría.

¹¹ Véase MERRILL, T. H. y SMITH, H. E., «What Happened to Property in Law and Economics», en *The Yale Law Journal*, 2001, Vol 111: 357, págs. 359-360. CLAEYS, E., «Property 101: Is property a thing or a bundle?», en *George Mason University Law and Economics Research Paper Series 0909* (<http://ssrn.com/abstract=id=1338372>). Especialmente instructivos para ver el actual estado de la cuestión, los siguientes artículos aportados al simposium organizado por Econ Journal Watch, para discutir la cuestión *Eric R. Claeys: Bundle-of-Sticks Notions in Legal and Economic Scholarship* <<http://econjwatch.org/766>>. *Robert C. Ellickson: Two Cheers for the Bundle-of-Sticks Metaphor, Three Cheers for Merrill and Smith* <<http://econjwatch.org/751>> *Richard A. Epstein: Bundle-of-Rights Theory as a Bulwark Against Statist Conceptions of Private Property* <<http://econjwatch.org/756>> *Larissa Katz: The Regulative Function of Property Rights* <<http://econjwatch.org/767>> *Thomas W. Merrill: The Property Prism* <<http://econjwatch.org/757>> *Adam Mossoff: The*

propietario puede defender su derecho de propiedad mediante una acción reivindicatoria, la cual puede alcanzar a cualquier persona. Pero si alguien, intencionalmente o no, daña mi propiedad —v.gr.: comete un delito— entonces surge la obligación de indemnizar, del mismo modo que si una persona insulta a otra, y la acción para hacer efectiva la indemnización, en estos casos, es personal. Pues bien, la concepción predominante en el área cultural angloamericana, concibe el Derecho patrimonial en términos de derechos y deberes, y el deber de indemnizar el daño causado por el incumplimiento de un contrato deriva del deber previo de cumplimiento del mismo. Del mismo modo, existe un deber que incumbe a las personas en general de no dañar la propiedad, y, correlativamente, un derecho de los propietarios en relación con las personas en general, que forma parte del contenido del derecho de propiedad. En consecuencia, es una *actio in personam* la que protege el derecho de propiedad, que, por lo tanto, no sería un *ius in rem* sino un *ius in personam* y concretamente, un racimo de derechos —*bundle of rights*— en relación al uso de las cosas, de modo que la clásica distinción entre derechos reales y personales, se diluye, para existir solamente *iura in personam*.

Esta concepción tiene su origen en HOHFELD¹², a principios del pasado siglo, si bien ha sido COASE el que ha contribuido a su hegemonía presente en ese ámbito cultural. En su clásico artículo sobre *El problema del coste social*¹³ parte de la concepción según la cual los derechos de propiedad no tienen más función que la de servir de línea de partida para la contratación o para una imposición colectiva de los derechos de aprovechamiento sobre los recursos, y modela tales derechos de aprovechamiento exclusivamente en términos de disputas bipolares entre A y B, sin considerar que el recurso puede no pertenecer a A —por no haber adquirido del *verus dominus*— o que quien transmitió a A puede ver resuelto su derecho por haber incumplido, a su vez, el contrato de adquisición, o que A puede haber adquirido una obligación con C, que posteriormente incumplió, y C podía embargar el recurso, etc. En otros términos, en el análisis coasiano está ausente la repercusión de la conducta de los terceros

False Promise of the Right to Exclude <<http://econjwatch.org/760>> Stephen R. Munzer: A Bundle Theorist Holds On to His Collection of Sticks <<http://econjwatch.org/749>> James E. Penner: Potentiality, Actuality, and «Stick»-Theory <<http://econjwatch.org/754>> Henry E. Smith: Property Is Not Just a Bundle of Rights <<http://econjwatch.org/762>> *EJW Audio*: Troubles with «Bundle»: <<http://econjwatch.org/768>> Henry E. Smith of the Harvard Law School says that property is complex but nonetheless has core aspects, aspects not aptly handled in «bundle» theory. *EJW Audio*: The Market for Lemmas: <<http://econjwatch.org/748>> Philip Coelho and James McClure discuss their research showing, among other things, that papers with lemmas almost never generate propositions that are tested by any subsequent research.

¹² HOHFELD, W. N., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Law Journal, 16 (1913), citado por MERRILL, T. H. y SMITH, H. E., en *What Happened to Property in Law and Economics*, en *The Yale Law Journal*, 2001, vol. 111: 357, pág. 364. HOHFELD creía que derechos personales y reales eran un mismo tipo de derechos, que diferían únicamente por su duración y por el número de personas englobadas por la relación jurídica.

¹³ Véase COASE, R. H., *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON, 1 (1960).

conectados por vía contractual con alguna de las partes del contrato —A o B—, o, si se prefiere, está ausente la *conexión intercontractual*, o *inter tertios*, y, por lo tanto, el análisis de las implicaciones derivadas de la misma en relación con los derechos y obligaciones —sea cual fuere su naturaleza— que conforman el contenido del contrato¹⁴.

Estas ausencias no supondrían limitación alguna de la concepción coasiana en un mundo de información completa sobre los atributos a los que me acabo de referir, pero, en cambio, en un mundo de alta densidad contractual caracterizado por la impersonalidad y por la información escasa y asimétricamente distribuida en relación a tales magnitudes, tales ausencias suponen una grave deficiencia del análisis coasiano. Ello se revela especialmente grave, precisamente, cuando el contrato entre las partes versa sobre la atribución de derechos de aprovechamiento sobre los recursos, pues, en estos casos, las posibilidades de que surja un conflicto *inter tertios* por la vía de la conexión intercontractual — y aún sin tal conexión— son mucho mayores que cuando el contrato versa sobre *iura in personam* que se limiten a imponer una determinada conducta a una de las partes exigible por la otra, sin relación alguna con el aprovechamiento de los recursos.

Como observan MERRIL y SMITH¹⁵, este planteamiento ha influido ampliamente en la concepción angloamericana de las últimas décadas sobre los derechos de propiedad o *property rights*¹⁶, especialmente entre los especialistas en

¹⁴ Obviamente, las repercusiones sobre los derechos de propiedad —en el sentido de *property rights*, en los que centro el estudio— no solo pueden tener lugar por vía de conexión intercontractual *subjetiva* sino también por una vía contractual subjetivamente inconexa, pero *objetivamente* conexas; por ejemplo, cuando un tercero que ha adquirido de un *tradens* distinto reclama la titularidad del recurso. También pueden tener lugar por vía extracontractual: v.gr.: cuando la autoridad embarga un recurso por deudas fiscales. Focalizaré mi atención, no obstante, en las repercusiones por vía de conexión intercontractual, especialmente la subjetiva, es decir, aquella en la que la conexión se da entre las personas en tanto que partes de diferentes contratos ligadas por un tracto contractual relacionado con el recurso; la conexión intercontractual objetiva sería aquella en la que el único vínculo que liga a las partes es su pretensión sobre el recurso en virtud de diferentes contratos, sin que existe entre ellas un tracto contractual.

¹⁵ Para una explicación pormenorizada, véase MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., «What Happened to Property in Law and Economics», en *The Yale Law Journal*, 2001, vol. 111: 357, págs. 359-360.

¹⁶ Utilizo aquí la expresión *derechos de propiedad*, o su equivalente en inglés, *property rights*, en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no solamente para referirme a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en los que se pueda aplicar la idea de exclusión del aprovechamiento. Incluye, por tanto, no solamente la propiedad, tal y como la define el Código Civil, sino también el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo, hipotecas, patentes, etc. Por el contrario, los bienes considerados de libre acceso son aquellos sobre los que no se aplica exclusión alguna. Ahora bien, que un derecho sea exclusivo no quiere decir que no posea limitaciones, sino que tan solo se halla limitado por aquellas restricciones explícitamente establecidas por la ley. Véase, al respecto, el excelente trabajo de SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, págs. 32 y sigs. Ed. Tecnos, Madrid, 2005. Véase también, ACKERMAN, B.,

análisis económico del derecho, como racimos —*bundle*— de *iura in personam*, de manera que la propiedad sería simplemente un compuesto de relaciones jurídicas que tienen lugar entre las personas y que solo secundaria e incidentalmente afectarían a las cosas. La evolución postcoasiana ha seguido diferentes vías, si bien todas ellas relegan a un segundo lugar —cuando no niegan de plano— el aspecto *in rem* de los derechos de propiedad, es decir, el hecho de ser derechos sobre las cosas, pero no solo en relación a una persona con la que se disputa cualquier aspecto del derecho, sino en relación a todos o *erga omnes*.

Esta visión impide entender la propiedad como institución jurídica y económica, pues, como observan MERRILL y SMITH¹⁷, los derechos de propiedad hacen referencia a un conjunto de relaciones jurídicas entre las personas pero solo como intermediarias hacia la obtención del aprovechamiento exclusivo sobre una cosa, lo cual los dota de una impersonalidad y de una generalidad de la que carecen los derechos personales, por cuya razón no son tan ampliamente personalizables como aquellos, sino que, por el contrario, sobre ellos pesa una exigencia de tipicidad más o menos rígida, como veremos. En todo caso, Coase era consciente de que esta visión contractual de los derechos de propiedad no era adecuada cuando había un amplio número de sujetos afectados, lo cual exigía la intervención pública, pues, de lo contrario, se plantearía un problema masivo de coordinación¹⁸. Precisamente la exigencia de tipicidad propia de los derechos reales es el medio de resolver este problema, como veremos más adelante.

En esta primera aproximación podemos concluir que, ciertamente, las relaciones jurídicas tienen lugar entre personas, no entre personas y cosas, y que tienen por objeto la obtención de comportamientos determinados, por parte de un sujeto o de una pluralidad de sujetos. Pero tales comportamientos pueden

Economic Foundations of Property Law, Little Brown and Company. Igualmente, FURUBOTN, E. G. y RICHTER, R., *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, The University of Michigan Press, Second Edition, 2008.

¹⁷ MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., *Ibidem*.

¹⁸ En efecto, afirmaba COASE: «Ha quedado demostrado que el hecho de que las acciones puedan tener efectos perjudiciales sobre otros, no es obstáculo para la introducción de derechos de propiedad. Pero ello es posible porque los conflictos de interés tienen lugar entre individuos. Cuando hay un amplio número de gente involucrada el argumento para la institución de derechos de propiedad queda debilitado y, por el contrario, queda fortalecido el argumento para una regulación general... Si mucha gente resulta perjudicada y hay varias fuentes de polución, es más difícil alcanzar una solución satisfactoria a través del mercado». COASE, R. H., *La Comisión Federal de Comunicaciones en la empresa, el mercado y la ley*, Alianza Economía, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 107. Ello evidencia las limitaciones de la concepción de los derechos de propiedad como una colección de derechos *in personam* referentes al uso de los bienes. La concepción de los derechos de propiedad como un *bundle of rights* o racimo de derechos personales en relación al aprovechamiento de las cosas puede explicar la resolución de conflictos sobre los usos de los bienes mediante contratos cuando el número de personas implicadas es pequeño, pero cuando ese número aumenta, esta concepción no tiene más solución para solventar el problema de coordinación de intereses que la regulación pública. Véase MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., en *op. cit.*, pág. 174.

estar relacionados con el uso y aprovechamiento de los bienes —escasos por definición— o no. Desde esta perspectiva, la expresión «derechos reales» debería quedar reservada, en una primera aproximación, para aquellas relaciones jurídicas —por tanto, entre personas— que versan sobre el uso y aprovechamiento de los bienes.

2.2. LA ABSOLUTIVIDAD DEL DERECHO REAL

Como he expuesto, la doctrina tradicional considera la absolutividad como un rasgo esencial del concepto del *ius in rem*. Tradicionalmente, ha venido siendo entendida como *ergaomnicidad* —en afortunada expresión de PAU PEDRÓN¹⁹—. Así, según PEÑA²⁰, los derechos reales son los derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto cosas.

Absolutividad del derecho y ergaomnicidad del mismo serían, pues, términos que expresarían el mismo concepto.

Ahora bien, entendida la absolutividad como un *deber universal de respeto*, es preciso hacer notar que los derechos reales comparten esta característica con los derechos personales o de crédito, por la sencilla razón de que la existencia de un deber general de respeto es una característica de todo derecho subjetivo²¹, sea real o personal.

Como hizo notar DE CASTRO, los terceros adquirentes no solamente deben respetar los derechos reales existentes, sino también los de crédito anteriores al suyo²², excepto aquellos, como subraya PEÑA, que, de tener eficacia real,

¹⁹ PAU PEDRÓN, A., «Esbozo de una teoría general de la oponibilidad», en *La publicidad registral*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001, pág. 297. PAU PEDRÓN asimila los conceptos de absolutividad y de ergaomnicidad a lo que considera rasgos estructurales de las situaciones jurídicas.

²⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I, pág. 55. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999.

²¹ Véase Díez-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, pág. 63. Ed. Civitas, Madrid, 1993. El autor sostiene esta posición al criticar la denominada concepción obligacionista del derecho real. En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., siguiendo a DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 58, especialmente nota 3. En el mismo sentido, PEÑA LÓPEZ, J. M., *op. cit.*, especialmente págs. 19-22 y 151-206.

²² DE CASTRO pone varios ejemplos tomados del Derecho Positivo, el cual: 1) reprime la connivencia de los terceros en el fraude de acreedores —régimen de la acción pauliana, delito de insolvencia fraudulenta—; 2) sanciona la mala fe de un segundo comprador (art. 1473 CC); 3) por otro lado, los derechos de crédito, en cuanto bienes integrantes de un patrimonio, están también protegidos *erga omnes* por el artículo 1902 del Código Civil —ejemplo: derecho del arrendatario—, 3.1) ya se trate de actos o contratos con el tercero que menoscaban el crédito en cuanto afectan al débito específico —ejemplo: terceros adquirentes de la cosa o contratantes del servicio a que el derecho de crédito se refiere—, 3.2) ya se trate de actos o contratos con el tercero que menoscaban el crédito en cuanto afectan a la responsabilidad —menoscaban el patrimonio del deudor en perjuicio del acreedor—: cfr. arts. 6-2,1111, inciso

infringirían las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes. Por ejemplo, prohibiciones de disponer establecidas en negocios jurídicos onerosos (art. 27 LH)²³.

Así entendida, la *absolutividad* nos serviría para identificar al derecho real como derecho subjetivo pero no propiamente como derecho real.

Para ello, debemos profundizar en el concepto de absolutividad. Partiendo de que los *iura in rem* no constituyen una relación directa entre los hombres y las cosas sino una relación codificada entre los hombres que se refiere al uso de las cosas, se puede afirmar que tener un derecho real, especialmente el derecho de propiedad, consiste en contar con el acuerdo²⁴ de los demás miembros de la comunidad para actuar de una cierta forma en relación al uso y aprovechamiento de los bienes y confiar en que la sociedad impida que los demás interfieran con sus propias actividades en el ejercicio de ese derecho. En este sentido, tales derechos representan principios de comportamiento que todo el mundo debe observar, mientras que los derechos personales u obligacionales solo permiten exigir un determinado comportamiento de las partes contractualmente implicadas y, además, y, por ello mismo, solo pueden ser exigidos si no violan derechos reales²⁵. En este sentido, los derechos reales serían *absolutos*, mientras que los derechos personales serían *relativos*. Esta visión nos permite avanzar un poco más en la distinción entre uno y otro tipo de derechos subjetivos patrimoniales. Permite también avanzar en la comprensión de por qué existe un amplio margen de libertad en la configuración de derechos obligacionales, mientras que dicho margen se restringe considerablemente cuando se trata de crear derechos reales *ex novo*. Sobre este asunto volveré posteriormente. Por ahora, baste con hacer referencia a ello.

Para avanzar aún más, es preciso seguir profundizando en el concepto de absolutividad, que también se halla conectado con el tipo de protección que el ordenamiento jurídico —es decir, el Estado— dispensa a los diferentes derechos subjetivos patrimoniales, protección que, como veremos, no es igual para todos ellos y, lo que es importante subrayar, no puede serlo, por las razones que expondré posteriormente.

segundo, 1291, 1295-II, 1297 y 1298, 1124 y 1540, 1473, 643, 506, 1029, todos ellos del Código Civil. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.* págs. 58 y 59.

²³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 58, nota 3.

²⁴ Como observa acertadamente DE SOTO, la propiedad —y, por extensión los demás derechos reales— no es sino un consenso social acerca de cómo los activos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados. DE SOTO, H., *El misterio del capital*, Ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 184.

²⁵ Véase TEZÉNAS DU MONTCEL, H., y SIMON, Y., «Théorie de la firme et réforme de l'entreprise», en *Revue économique*, núm. 3, 1977.

3. LA ABSOLUTIVIDAD DEL DERECHO REAL ENTENDIDA COMO PROTECCIÓN DEL MISMO MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD

3.1. PLANTEAMIENTO

La absolutividad definida en relación con el tipo de protección que el ordenamiento jurídico —esto es, el Estado— dispensa a los diferentes tipos de derechos subjetivos patrimoniales, puede servir para aislar el concepto de derecho real, si la entendemos como *protección del derecho mediante una regla de propiedad (property rule)* en lugar de mediante una *regla de responsabilidad (liability rule)*, lo que implica la posibilidad real de protección efectiva de un derecho subjetivo patrimonial, incluida la recuperación *in natura* del bien objeto del derecho, de modo que este no pueda quedar afectado sin consentimiento de su titular, en ninguna de sus dimensiones, esto es, ni en las facultades de aprovechamiento material, ni en las de disposición jurídica del mismo. De hecho, como se deduce del análisis clásico de CALABRESI y MELAMED, lo que denominamos propiedad privada no sería otra cosa que un derecho o un conjunto de derechos de aprovechamiento sobre las cosas protegidos por una regla de propiedad²⁶, al menos en las relaciones *inter privatos*, pues al Estado se le reconoce siempre la posibilidad de expropiación y, por lo tanto, frente a él, el derecho de propiedad privada —y, en general, los *iura in rem*— se halla protegido tan solo por una regla de responsabilidad.

3.2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO MEDIANTE REGLAS DE PROPIEDAD (*PROPERTY RULES*), REGLAS DE RESPONSABILIDAD (*LIABILITY RULES*) Y REGLAS DE INALIENABILIDAD (*INALIENABILITY RULES*)

A fin de explicar con la debida claridad el alcance de la anterior afirmación, me parece conveniente exponer la distinción ya clásica sobre las diferentes reglas de protección de los derechos.

Es esta una distinción que debemos a Guido CALABRESI y DOUGLAS A. MELAMED, los cuales la formularon en un artículo que ha devenido un clásico entre los clásicos del análisis económico del Derecho: *Property Rules, Liability Rules, an Inalienability: One View of The Cathedral*, publicado en el ya lejano 1972 en la «Harvard Law Review»²⁷.

²⁶ Véase CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View on The Cathedral», en ACKERMAN, B. A., *Economic Foundations of Property Law*, Ed. Little, Brawn & Company, pág. 37, publicado originalmente en *Harvard Law Review*, 1089-1178 (1972).

²⁷ La versión que utilizo es la publicada en *Economics Foundations of Property Law*. Ed. Little, Brawn & Company, págs. 31-49. Originalmente fue publicado en la *Harvard Law Review*, 1089-1128.

Parten estos autores de que, en todo momento, el concepto de Estado se halla relacionado con la resolución de conflictos de intereses entre dos o más individuos o entre dos o más grupos de individuos, debiendo decidir a cuál de las partes en conflicto favorece. Si no hay decisión —si no hay Estado— el acceso a los bienes, a los servicios y la vida misma se decidirá sobre la base de que el «poderío hace el derecho» (*might makes right*). En consecuencia, la función fundamental de la ley —es decir, del Estado— consiste en decidir a cuál de las partes en conflicto se le debe conceder el derecho a prevalecer (*entitled to prevail*).

Una vez realizada esta elección, la sociedad debe adoptar decisiones de segundo orden dirigidas a conseguir que el derecho concedido (*entitlement*) sea efectivo, ya que la elección, por sí sola, no evita el problema de que el más fuerte imponga su voluntad. Ello significa que siempre es necesario, al menos, un mínimo de intervención estatal.

Mas concretamente, tales decisiones versan sobre el modo conforme al cual los derechos concedidos son protegidos y sobre si se autoriza a los individuos a vender o comerciar en general con el derecho concedido.

Así, en un conflicto dado, el Estado no solamente debe decidir qué parte gana sino también qué tipo de protección concede al ganador. Esta última decisión, además, configura las relaciones subsiguientes entre el ganador y el perdedor.

Partiendo de estas premisas, consideran que hay tres tipos de derechos —entendidos como *entitlement*—: derechos protegidos por reglas de *propiedad*, derechos protegidos por reglas de *responsabilidad* y derechos protegidos por reglas de *inalienabilidad*. Advierten que estas categorías no son absolutamente nítidas, pero afirman que tal categorización es útil a partir del momento en el que revela algunas de las razones por las cuales se decide proteger ciertos derechos de un modo determinado y no de otro.

Un derecho está protegido por una *regla de propiedad* cuando todo aquel que desee despojar del mismo a su titular, únicamente puede hacerlo adquiriéndolo de él en una transacción voluntaria en la cual el valor del derecho es acordado con el mismo por el comprador o adquirente.

Esta es la forma de derecho que requiere una menor intervención por parte del Estado²⁸: Una vez que el derecho original ha sido asignado, el Estado ya

²⁸ CALABRESI y MELAMED precisan que la protección de un derecho mediante una regla de responsabilidad requiere menos intervención estatal solamente en el sentido de que el Estado interviene para decidir la asignación inicial de derechos y el tipo de protección, pero no para decidir el valor del derecho concedido. De este modo, en el caso de que resulte especialmente dificultoso hacer efectivo (*to enforce*) un particular derecho protegido por una regla de propiedad —por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en las áreas urbanas—, el coste real de la intervención estatal puede llegar a ser muy alto y podría exceder, quizás, del requerido por algunos derechos protegidos por reglas de responsabilidad fácilmente administradas, *op. cit.*, pág. 32.

no interviene para decidir sobre su valor. Por el contrario, deja que las partes decidan cuál es el valor del derecho para cada una de ellas y, si no hay acuerdo, concede al titular el derecho de vetar los deseos del comprador. La regla de propiedad supone, por tanto, una decisión colectiva sobre a quién se asigna inicialmente el derecho pero no sobre el valor del derecho asignado.

Un derecho está protegido por una *regla de responsabilidad* si en cualquier momento cualquiera puede destruirlo pagando por ello una suma objetivamente determinada.

Obviamente, la regla de responsabilidad supone un escalón más en la intervención estatal. En efecto, según CALABRESI y MALAMED, tales derechos se protegen y su transferencia y eventual destrucción se autorizan sobre la base de un valor determinado por algún órgano del Estado antes que por las partes mismas.

Un derecho está protegido por una *regla de inalienabilidad* cuando no está permitida su transferencia voluntaria. A diferencia de las reglas de propiedad y de responsabilidad, la regla de inalienabilidad no solamente protege el derecho sino que lo configura.

De lo expuesto resulta que la mayoría de los derechos concedidos sobre los bienes son mixtos. Si bien la casa de A está protegida por una regla de propiedad cuando B desea comprarla, sin embargo solo se halla protegida por una regla de responsabilidad si es el Estado el que desea adquirirla mediante expropiación forzosa, quedando protegida por una regla de inalienabilidad cuando A está ebrio o ha devenido incapaz.

Una vez que una sociedad ha elegido una asignación de derechos inicial debe determinar también si protege los derechos asignados mediante reglas de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad. En nuestro sistema, muchos de los supuestos incluidos bajo la denominación de propiedad privada son derechos protegidos por una regla de propiedad.

Como veremos, esta categorización de los tipos de protección de los derechos concedidos o reconocidos —realizada sobre la base de la intensidad de la protección suministrada por el Estado a los mismos— resulta de gran utilidad para caracterizar adecuadamente lo que, entre nosotros, se denominan derechos personales o de crédito, por un lado, y derechos reales, por otro.

A los efectos de este estudio, nos interesa básicamente la distinción entre reglas de propiedad y reglas de responsabilidad en tanto que reglas de protección de los derechos subjetivos patrimoniales. En la medida en la que la protección de un derecho mediante una regla de propiedad —*property rule*— pretende que el mismo no pueda ser alterado sin consentimiento de su titular, puede afirmarse que la acción real —*actio in rem*— es un instrumento que pretende ese mismo objetivo, y, por ello, por definición, alcanza a cualquier persona que la posea o pretenda la titularidad del derecho, mientras que la protección del derecho mediante una regla de responsabilidad —*liability rule*— implica que

el obligado puede alterar el mismo contra la voluntad de su titular pagando la correspondiente indemnización, por lo que la acción personal —*actio in personam*— sería un instrumento adecuado para hacer efectiva dicha regla. Ello no quiere decir, sin embargo, que reglas de propiedad y acciones reales, por un lado, y reglas de responsabilidad y acciones personales, por otro, sean conceptos intercambiables, como veremos a continuación.

3.3. REGLA DE PROPIEDAD Y ACCIONES REALES. REGLAS DE RESPONSABILIDAD Y ACCIONES PERSONALES

Planteadas así las cosas, nos colocamos en una situación parecida —solo parecida— a la existente en el Derecho Romano, el cual no distinguió entre derechos personales y reales, sino tan solo entre *acciones in rem* y *acciones in personam*, o lo que es lo mismo, no distinguió entre derechos sino solo entre reglas de protección de los mismos, o, si se prefiere, los romanos, como afirma NICHOLAS²⁹, pensaban en términos de acciones no de derechos, si bien, en sustancia, una *actio in rem* afirma un derecho sobre una cosa, mientras que una *actio in personam* afirma un derecho en relación a una persona, en virtud de una relación jurídica previa. De ahí la posterior dicotomía entre derechos personales y derechos reales.

Obviamente, no puede haber una disputa jurídica entre una persona y una cosa y, por ello, incluso en una *actio in rem* tiene que haber un demandado, pero, en el caso de la *actio in rem*, el demandado no lo es por haber incumplido alguna obligación con el demandante, derivada de una relación jurídica previa entre ellos, sino por haber realizado o estar realizando un acto que niega el derecho del demandante sobre una cosa³⁰. Por ejemplo, en una acción reivindicatoria,

²⁹ NICHOLAS, B., *An Introduction to Roman Law*, pág. 99, Oxford University Press, 1961.

³⁰ Según VOLTERRA, las *acciones in personam* son las dadas para la protección de un derecho subjetivo de obligación, en la cual el sujeto activo que tiene la facultad de exigir una determinada conducta (positiva o negativa), y el sujeto pasivo que está obligado a realizarla, son individualizados sobre la base de una relación existente entre ellos *ex contractu* (esto es, en base a un acuerdo considerado *contractus*, que tuvo lugar entre ellos y que hace que surja una obligación), o bien *ex delicto* (esto es, en virtud de un acto ilícito considerado *delictum*, que hace surgir, a cargo de quien lo ha cometido, una obligación cuyo objeto es el pago de una suma de dinero a título de *poena*). *Acciones in rem* son las dadas para la tutela de un derecho subjetivo real, en el que el sujeto activo tiene la facultad de exigir una determinada conducta (siempre negativa) por parte de cualquier otro, en el derecho de propiedad, y, en los otros derechos reales, por parte de sujetos que pueden determinarse en base a una relación entre ellos y la cosa, conducta que consiste en abstenerse de interponerse entre el sujeto activo y la cosa que es objeto del derecho. En estas acciones, el demandante y el demandado están determinados, pues, no en virtud de una relación jurídica que haya tenido lugar entre ellos, sino en virtud de una relación con la cosa. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, págs. 248-249, Ed. Civitas, 1986.

el demandado posee la cosa y niega la propiedad del demandante. Lo que identifica al demandado, sea quien sea, es su relación con la cosa, la cual niega los derechos que el demandante pretende tener sobre la misma. Se comprende así por qué en las *formulae in rem* —a excepción de la *actio negatoria*— no se menciona en la *intentio* el nombre del demandado —que aparecerá en la *condemnatio*— sino solamente el derecho del demandante sobre la cosa. En este sentido, suele afirmarse que el *ius in rem* se ostenta contra la generalidad de las personas, mientras que el *ius in personam* se ostenta solo en relación a personas determinadas en virtud de una relación jurídica previa.

Pero la cuestión clave, consiste en determinar cuál es la importancia práctica de esta distinción. Probablemente lleva razón NICHOLAS³¹ cuando afirma que la respuesta quizás pueda ser encontrada comparando dos construcciones jurídicas existentes en relación a una venta.

Si A y B celebran un contrato de compraventa por el que A vende a B un libro por un cierto precio, el Derecho Romano reconoce a B un *ius in personam* a que A le entregue el libro —igualmente reconoce a A el correlativo *ius in personam* a que B le entregue el precio—, pero no concede a B ningún *ius in rem* hasta que el libro le ha sido entregado efectivamente. En otros sistemas, sin embargo, B adquiere simultáneamente un *ius in personam* y un *ius in rem* sobre el libro, tan pronto como la venta se ha perfeccionado³². La diferencia entre ambas construcciones descansa en su efecto sobre terceros. A este respecto, podemos distinguir dos situaciones típicas³³:

- (1) A retiene el libro y rehúsa entregarlo. En este caso, no hay diferencia entre que B accione *in rem* o *in personam*. En ambos casos, B obtendría una cantidad de dinero. Pero A podría ser insolvente y entonces la distinción deviene crucial. Si la reclamación de B es solo *in personam*, entonces es un acreedor más junto con todos los demás que tengan algún derecho frente a A, mientras que si B acciona *in rem*,

³¹ NICHOLAS, B., *op. cit.*, págs. 102-103.

³² NICHOLAS pone el ejemplo del Derecho inglés, si bien afirma que hay tantas excepciones que, en la práctica, es un sistema muy parecido al romano, *op. cit.*, pág. 102. Algo parecido sucede en Derecho francés. Véase SAINT-ALARY-HOUIN, *Reflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, Melanges Raynaud, París, 1985, pág. 733. Afirma que: «el principio de transmisión *solo consensu* comienza a declinar, sobre todo, en las transacciones inmobiliarias, de tal forma que se puede dudar incluso de su realidad..., no pudiéndose considerar hoy un principio general del Derecho Positivo francés».

³³ NICHOLAS advierte que hace abstracción de la regulación de la acción reivindicatoria en Derecho Romano, en la que el demandado podía elegir entre restituir la cosa o pagar una cantidad de dinero, si bien el reivindicante tenía la ventaja de que correspondía a él la valoración del bien, por cuya razón el demandado optaba usualmente por la devolución. Este régimen se debe, según NICHOLAS, a la ausencia de medios de *enforcement* suficientes de los derechos por parte de lo que podría denominarse el Estado romano. NICHOLAS, B., *op. cit.*, págs. 100-101.

no le afectará la bancarrota de A y obtendrá una plena satisfacción de su derecho, pues es un propietario, no un acreedor.

- (2) El libro ha pasado de las manos de A a las de C. A ha convencido a B, por ejemplo, de que le pagara el libro anticipadamente y, después, lo ha vendido y entregado a C —este supuesto, con diferentes variantes, es la forma más común de fraude— o C lo ha robado, o lo ha adquirido de un ladrón. En estos casos, el Derecho Romano solamente concede a B acción contra A, mientras que la otra construcción le permite accionar también contra C. Una vez más, esta diferencia es de gran importancia solamente si A es insolvente o ha desaparecido.

Estos ejemplos ponen de manifiesto por qué los derechos reales son más valiosos que los derechos personales. Debe ser destacado que para gozar de una *actio in rem*, en el Derecho romano, debía haberse producido la adquisición de la propiedad y que el proceso transmisivo requería alguna forma de publicidad, sea *mancipatio*, *in iure cessio* o, incluso, *traditio*³⁴, si bien la progresiva espiritualización de esta última y la falta de mecanismos complementarios de publicidad constituye una de las principales debilidades del sistema romano de adquisición de la propiedad, debido a las incertidumbres que genera para quien desea adquirir, lo que es un grave obstáculo para el comercio y, por lo tanto, para la asignación eficiente de recursos.

El problema que el Derecho tiene que resolver, como afirma NICHOLAS³⁵, es la versión legal del eterno triángulo. ¿Cuál de las dos partes debe sufrir las consecuencias del comportamiento deshonesto de un tercero? Puede que no haya ninguna solución enteramente satisfactoria, pero el Derecho debe elegir la que beneficia en mayor medida los intereses de la sociedad. Esta es la clave.

En estos ejemplos suministrados por NICHOLAS se pone claramente de manifiesto la diferencia sustancial entre que un derecho —en rigor, la titularidad de un derecho sobre una cosa— esté protegida por una acción solamente personal o por una acción real. Mientras que la acción personal instrumenta la protección de un derecho subjetivo patrimonial —en estos casos, su titularidad negocial— mediante una regla de responsabilidad, la acción real pretende que el derecho no pueda verse afectado en ninguna de sus dimensiones —en estos casos, la relativa a su titularidad— sin consentimiento de su titular. La acción real, es, por lo tanto, un instrumento para hacer efectiva la protección de un derecho subjetivo patrimonial mediante una regla de propiedad.

No debe confundirse, sin embargo, acción real con regla de propiedad, por dos razones esenciales. En primer lugar, porque una acción real, concretamente la acción reivindicatoria, instrumenta la protección de un derecho subjetivo

³⁴ NICHOLAS, B., *op. cit.*, págs. 103-108.

³⁵ NICHOLAS, B., *op. cit.*, pág. 103.

patrimonial mediante una regla de propiedad solamente en un contexto de contratación personal y, por lo tanto, con información completa sobre titularidades y cargas, o incompleta solo en el margen. Por el contrario, en un contexto de contratación impersonal, al que son consustanciales las asimetrías informativas sobre tales extremos, la acción reivindicatoria produce el efecto contrario: imposibilita la certidumbre sobre si el derecho adquirido negocialmente se halla protegido mediante una regla de propiedad contra las causas de pérdida del mismo derivadas de contratos anteriores relativos al mismo bien³⁶. En este contexto, el único instrumento de protección *ex ante* de la titularidad adquirida negocialmente mediante una regla de propiedad es la fe pública registral, como veremos posteriormente. En segundo lugar, porque la regla de propiedad es un concepto mucho más amplio que abarca todas las medidas del ordenamiento jurídico dirigidas a impedir efectivamente la vulneración de la voluntad del titular de un derecho subjetivo patrimonial y, en consecuencia, a restaurar, *in natura*, en su caso, el derecho subjetivo violado. La regla de propiedad abarca, por tanto, no solo las facultades de disposición, sino las de disfrute material, aunque normalmente focalicemos nuestra atención en las primeras. Por ello, en el orden civil, que es el que focaliza la atención a los efectos de este estudio, y, particularmente, en lo relativo al conflicto de titularidades al que puede dar lugar el tráfico jurídico, especialmente el impersonal, sí existe un mayor paralelismo entre derecho personal, regla de responsabilidad y acción personal, por un lado, y derecho real, regla de propiedad y acción real, por otro, en el sentido de que

³⁶ Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *RCDI*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007, págs. 2133 y sigs. En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho común —por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios *nemo dat quod non habet*, *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, *ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc.—, desde una perspectiva dinámica, esto es en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido de alguien; y, en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños —incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño— y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, paradójicamente, lo que los dueños consideran su principal arma de defensa —la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe— se convierte en su principal flanco vulnerable —pues tal norma actúa bidireccionalmente— sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la irreivindicabilidad ilimitada impide al Derecho común no solo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garantice la irreivindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente. En esa misma vulnerabilidad se subrogan el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan solo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no solo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

se refieren a la protección jurídica de la titularidad de los derechos y no tanto a la protección de su aprovechamiento material.

3.4. EL DERECHO REAL COMO DERECHO PROTEGIDO POR UNA REGLA DE PROPIEDAD

Como observa acertadamente Díez-PiCAZO³⁷, la consideración de un derecho como real se encuentra en función de exigencias prácticas que, a su vez, se relacionan con la protección —en rigor, el grado de protección— que a tal derecho se le quiere conceder.

Esta opinión es, a mi juicio, acertada, si bien con una importante matización: el legislador no goza de un amplio margen de libertad para decidir con qué regla —de propiedad o de responsabilidad— protege un derecho, por dos razones. En primer lugar, porque no todos los derechos subjetivos patrimoniales admiten, de hecho, el mismo grado o tipo de protección en cuanto a su contenido material, como veremos, y, en segundo lugar, porque los derechos reales son los objetos de intercambio, mientras que los obligacionales forman parte de los mecanismos de intercambio.

Así, por lo que se refiere al primer aspecto, en caso de infracción del derecho, determinados derechos admiten su ejecución forzosa *in natura* —esto es, sin o contra la voluntad del infractor, el cual no puede impedir la misma—, pero otros derechos, en caso de ser vulnerados, no admiten la ejecución *in natura* sin el consentimiento del obligado u obligados, por lo que, en caso de negativa de estos, resulta inevitable sustituir la *ejecución in natura* por el *id quod interest*. Por lo que se refiere al segundo aspecto, los derechos obligacionales no suelen ser susceptibles de ejecución *in natura* contra la voluntad del deudor.

En determinados casos cabe, por tanto, la ejecución *in natura* del derecho aun contra la voluntad del infractor. Así, por ejemplo, si alguien entra en una casa ajena y se instala en ella, el dueño tiene derecho a exigir del juez que ordene al intruso que abandone la casa y, en el caso de que el intruso se niegue, tiene derecho a exigir del juez la ejecución forzosa consistente en ordenar a la policía que lo expulse, incluso por la fuerza física. La ejecución forzosa no consiste, en este caso, en forzar al intruso a indemnizar al dueño por haber decidido quedarse en una casa que no es suya, sino en expulsar físicamente al intruso —ejecución forzosa *in natura*—. Además, procederá una indemnización por los daños causados.

En otros casos, sin embargo, la ejecución forzosa *in natura* no es posible. Por ejemplo, si una determinada persona está obligada a observar una determinada conducta para con otra y se niega a ello, dicha conducta, en ocasiones, puede

³⁷ Díez-PiCAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., T. III, págs. 111-112.

ser prestada por el juez —v.gr.: declaración de voluntad substitutiva— o puede forzarse una conducta similar a costa del obligado —v.gr.: obligación de entrega de una cantidad de dinero mediante el embargo y subasta correspondientes, en su caso—, pero, en los demás supuestos, solamente es posible sustituir la conducta debida y no prestada por su equivalente económico.

El mayor grado de protección de un derecho consiste en que el ordenamiento jurídico disponga la ejecución *in natura* en caso de incumplimiento, cuando esta sea posible, por ser la que mejor satisface el interés del titular del derecho. Un grado menor de protección del derecho tiene lugar cuando, en caso de infracción, no es posible la ejecución *in natura* sin consentimiento del deudor.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, la cuestión se centra en que proteger la titularidad de un derecho mediante una regla de propiedad instrumentada a través de una acción real no siempre es posible —v.gr.: la de un bien mueble cuya adquisición no se halle documentada, pues será difícil que pueda prosperar una acción reivindicatoria— y, en ocasiones, puede no ser conveniente —v.gr.: en relación a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe— pues ello puede dificultar excesivamente el tráfico jurídico y, por lo tanto, la eficiente asignación de recursos.

3.5. LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL: TANTO LOS DERECHOS DE CRÉDITO COMO LOS DERECHOS REALES ESTÁN PROTEGIDOS, EN PRIMER LUGAR, POR UNA REGLA DE PROPIEDAD Y, SOLO CUANDO NO ES POSIBLE HACERLA EFECTIVA, POR UNA REGLA DE RESPONSABILIDAD

3.5.1. *Planteamiento*

¿Puede, entonces, afirmarse que la absolutividad de los derechos reales, esto es, su *ergaomnicidad* consiste en que tales derechos están protegidos por una *regla de propiedad*, a diferencia de los derechos personales que lo están solo por una *regla de responsabilidad*? Desde luego, puede afirmarse, y, en general, es una afirmación que forma parte del núcleo de la distinción entre derechos reales y derechos personales, pero tal afirmación debe ser muy matizada, dado que, entre nosotros, la ley dispone que todos los derechos subjetivos patrimoniales —en principio— están protegidos, en primer lugar, por una regla de propiedad y solo subsidiariamente, por una regla de responsabilidad, por lo que tal afirmación, sin más, no nos serviría para distinguir conceptualmente entre derechos reales y derechos personales.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, tal es la disposición legal: ambos derechos —derechos de crédito y derechos reales— están protegidos, en primer lugar, por una regla de propiedad y, subsidiariamente, por una regla de responsabilidad.

3.5.2. La cuestión en relación a los derechos de crédito

En efecto, como afirma Díez-PICAZO³⁸, en nuestro Derecho, en el ámbito de los derechos de crédito, en el caso de que el deudor incumpla la prestación debida, se concede al acreedor —titular del derecho de crédito— la denominada *acción de cumplimiento* que es una acción de condena que entraña la pretensión, formulada ante el órgano jurisdiccional competente, de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido. *Naturalmente, la viabilidad de la acción de cumplimiento presupone que se haya conservado la posibilidad de la prestación.*

La llamada *acción de cumplimiento*, si bien no aparece consignada de una forma categórica por el Código Civil, se encuentra recogida en múltiples preceptos del mismo, formando, por así decirlo, el centro de gravedad del sistema. El ejercicio de la pretensión de cumplimiento y la posterior condena no agotan, sin embargo, los mecanismos necesarios para facilitar o hacer posible la satisfacción del acreedor. Se precisa la ejecución forzosa, la cual tiene lugar, *in natura*, si ello es posible, y, de no serlo, la prestación es sustituida por el *id quod interest*.

El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación viene regulado por los artículos 1094 a 1099 del Código Civil y artículo 526 y siguientes —especialmente arts. 699 y 703— de la LEC.

Tratándose de una *obligación de entrega de un bien inmueble*, la regla general es la condena a entregarlo y la obligación se ejecuta procediendo a poner al acreedor judicialmente en posesión de ella y practicando a este fin las diligencias conducentes a ello (art. 703 LEC). Hay que entender que en el caso de que fuere imposible —ejemplo: destrucción de un piso o que haya surgido un tercero protegido por el art. 34 LH—, la ejecución *in natura* deviene imposible y debe ser sustituida por el *id quod interest*.

Si la obligación consiste en entregar una cosa mueble «cierta y determinada», conforme al artículo 701 LEC, «el tribunal pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos». Pero si la cosa no puede ser habida, entonces «ordenará el tribunal, mediante providencia, a instancia del ejecutante, que la falta de entrega de la cosa o cosas debidas se sustituya por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes». Tales artículos regulan la indemnización por daños y perjuicios.

Si la obligación consiste en la entrega de cosas genéricas y determinadas, el artículo 702 LEC establece una regulación similar³⁹.

³⁸ Díez PICAZO, L., *op. cit.*, T. II, págs. 678 y sigs.

³⁹ Dispone el artículo 702 LEC:

«1. Si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el

Tratándose de la *ejecución forzosa de obligaciones de hacer*, la regla general es, también, la ejecución forzosa *in natura*. Así, según el artículo 705 LEC: «Si el título ejecutivo obliga a hacer alguna cosa, el tribunal requerirá al deudor para que la haga dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran».

En el caso de que el ejecutado no haga lo que debe dentro del plazo concedido al efecto, la LEC distingue según que el *hacer* sea *personalísimo* o no lo sea, procurando la ejecución en forma específica o similar en la medida de lo posible y reconociendo al acreedor el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en todo caso —véanse arts. 701 a 709 LEC—. La LEC sigue, en este punto, la línea seguida con anterioridad por nuestra mejor doctrina que ya venía admitiendo la posibilidad de que el deudor fuera sustituido en su actividad por la autoridad judicial, en aquellos casos en que tal sustitución fuera suficiente para satisfacer el interés del acreedor, como ocurre cuando la obligación del deudor es una prestación de declaración de voluntad —art. 708 LEC—. Cuando lo debido por el deudor sean actos materiales *no personalísimos*, la LEC —art. 706— admite también que el acreedor ejecutante solicite que se le faculte para encargarlos a un tercero.

Si se trata de la *ejecución forzosa de una obligación de no hacer*, la LEC sigue un criterio similar en el artículo 710:

- «1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá a instancia del ejecutante, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con el apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial. Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo.
2. Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuere susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer

requerimiento, el ejecutante podrá instar a que se le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada.

2. Si el ejecutante manifestara que la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo, el tribunal determinará mediante providencia, el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes».

Una solución de este tipo había sido ya reclamada por algunos autores, pues, con anterioridad, la LEC no regulaba de manera directa la ejecución forzosa de obligaciones consistentes en entrega de cosas genéricas. En este sentido, véase Díez PICAZO, L., *op. cit.*, T. II, pág. 680.

lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado».

3.5.3. La cuestión en relación con los derechos reales

En materia de derechos reales —afirma DÍEZ-PICAZO— la violación del derecho real en sentido estricto supone un conflicto entre el titular del derecho real y un tercero extraño a él. Por definición, la violación no es nunca omisiva, pues la pura omisión entraña siempre respeto de la situación jurídica del titular. La violación es siempre positiva y supone un obstáculo o una perturbación en la situación de pacífico ejercicio del derecho⁴⁰.

Para la defensa y protección del derecho real, el ordenamiento jurídico, confiere a su titular las denominadas acciones reales, las cuales se pueden clasificar como sigue⁴¹:

- a) Las acciones *estrictamente posesorias*, mediante las cuales se defiende al titular del derecho real frente a perturbaciones puramente posesorias consistentes en una privación plena de la posesión, una privación parcial o una mera inquietación. Tales acciones pueden ser interdictales —o sumarias— y no interdictales.
- b) Las *acciones declarativas*, mediante las cuales se defiende al titular del derecho real frente a las violaciones del mismo consistentes en su negación o desconocimiento, sin alteración del estado posesorio.

Estas acciones pueden ser:

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. III. 5.ª ed., págs. 975-979. Como afirma este autor: «Un estudio o investigación sobre las características que presenta la violación o lesión de los derechos reales y los diferentes tipos que puede revestir, es algo que está todavía por hacer, por lo cual los resultados a los que en esta materia podamos llegar hay que considerarlos todavía muy provisionales... El incumplimiento en los derechos de crédito lo es de un deber central o primordial, que es el deber de prestación, que integra el derecho del acreedor. Es, por regla general, un deber de carácter positivo, consistente en la adopción del comportamiento previsto como prestación. En cambio, en materia de derechos reales, el incumplimiento que pueda existir lo es de una serie de deberes generales que son puros deberes de conducta y de respeto de la situación jurídica del titular, que contribuyen a que esta se pueda desarrollar pacíficamente, pero que no contemplan de manera directa la satisfacción del interés, pues el interés tutelado lo realiza el titular por sí mismo» (*op. cit.*, pág. 975). Quizá, por ello, algunos autores se centran en el estudio de la defensa del derecho de propiedad, analizando los medios de defensa que configuran su especial *protectio* frente a todos. Por todos, véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T. I, págs. 329-347. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Ibidem*, pág. 979.

- a') *Acciones confesorias*, que son acciones de declaración positiva, en virtud de las cuales el titular pretende que su derecho sea declarado frente a quien lo niegue o desconozca.
- b') *Acciones negatorias*, que son acciones de declaración negativa, por virtud de las cuales quien es titular de un derecho real pretende que se declare que otro carece de un derecho de la misma naturaleza sobre la misma cosa.
- c) Las *acciones petitorias*, mediante las cuales se defiende al titular del derecho real frente a las violaciones en las que el transgresor altera el estado posesorio y esgrime, para justificar su comportamiento, un título jurídico o pretende tener un derecho. El ejemplo más notorio de ellas es la *acción reivindicatoria*.

En materia de acción reivindicatoria, es especialmente importante resaltar, a los efectos de este estudio, (1) que en nuestro ordenamiento jurídico existen supuestos de *irreivindicabilidad*: son los comprendidos en los artículos 34 LH, 464 del Código Civil, 85, 86, 545 CdC, 9 de la Ley del Mercado de Valores, 19-2 y 127 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y (2) que en materia inmobiliaria la irreivindicabilidad no procede en materia de propiedad no inscrita sino tan solo en materia de propiedad inscrita, lo que es decisivo para entender la función de la inscripción en el Registro de derechos o de tráfico que sustituye al Registro de documentos propio del antiguo régimen, el cual no protegía al contratante adquirente a título oneroso y de buena fe con la regla de irreivindicabilidad del bien adquirido.

Todas estas acciones van dirigidas a restaurar el orden jurídico vulnerado —el derecho real violado— y, por tanto, no son sino manifestaciones concretas de la protección del derecho real mediante una regla de propiedad.

Ahora bien, en todos aquellos casos en los que el derecho real haya desaparecido, o se haya extinguido como consecuencia del acto de violación o de lesión, el titular dispone de la posibilidad de reclamación del valor del derecho extinguido. Puede decirse que se transforma así lo que hasta ese momento era un derecho real en un derecho personal o de crédito a la obtención de una prestación pecuniaria y que, ante el fracaso de la protección mediante una regla de propiedad, el derecho ha pasado a estarlo por una de responsabilidad.

En otros términos, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto los derechos de crédito, como los derechos reales están protegidos, primariamente, por una regla de propiedad, y solo cuando esta no resulta efectiva, quedan protegidos por una regla de responsabilidad.

4. EL GRADO DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA DEL DERECHO MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD COMO FACTOR DETERMINANTE PARA SU CONSIDERACIÓN COMO *IUS IN REM*

4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Hechas las consideraciones precedentes, si nos atenemos a la realidad de las cosas, observamos, sin embargo, que no todos los derechos subjetivos patrimoniales son susceptibles, *de hecho*, del mismo grado de protección, o, si se prefiere, no todos los derechos son susceptibles de ejecución forzosa *in natura* en caso de vulneración de los mismos sin el consentimiento de quienes los han destruido, desconocido o vulnerado. Y ello por lo que se refiere tanto al contenido material del derecho como a la titularidad del mismo.

Estaríamos, pues, ante una cuestión de *grado de protegibilidad efectiva* de los derechos. Todos los derechos subjetivos patrimoniales son protegibles, en mayor o menor grado, mediante una regla de responsabilidad pero no todos lo son mediante una regla de propiedad. Ello depende, esencialmente, del *contenido* del derecho y del *objeto* sobre el que recaigan.

4.2. EL CONTENIDO MATERIAL Y EL OBJETO DEL DERECHO COMO FACTORES DETERMINANTES DE SU GRADO DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA

4.2.1. *El contenido material del derecho*

Si el *contenido material* del derecho otorga a su titular un *poder inmediato y exclusivo* sobre una cosa, en principio es más fácilmente protegible tal contenido material por una regla de propiedad que si el contenido del derecho confiere a su titular el *poder de exigir una conducta personalísima* de una persona determinada.

Como sabemos, todo derecho subjetivo impone un deber universal de respeto para con el titular del derecho en cuanto tal, pero determinados derechos —los denominados derechos personales o de crédito— imponen, además, conductas específicas a determinadas personas en virtud de una relación jurídica previa con el titular. En estos casos, si el obligado se niega a observar la conducta debida —dar un inmueble, una cosa mueble, sea determinada o genérica, hacer algo, sea personalísimo o no, o no hacer algo— el ordenamiento no puede forzar físicamente al deudor a observar la conducta debida, sino que, a lo sumo, y solo en determinados casos, puede hacer que el juez o un tercero suplan la conducta del deudor de un modo satisfactorio para el acreedor y, en la mayoría de los casos, tan solo sustituir la prestación debida por el *id quod interest*, esto es, proteger tal tipo de derechos mediante una *regla de responsabilidad*.

Cuando el poder inmediato sobre la cosa incluye todas las posibilidades de aprovechamiento admitidas por el ordenamiento jurídico, se habla de dominio, cuyo sujeto pasivo es universal: todos están obligados a respetar la situación de señorío en que la propiedad consiste y nadie tiene un deber especial de respeto. Cuando el poder inmediato incluye solo alguna de las formas de aprovechamiento admitidas por el ordenamiento jurídico y concedida por el *dominus*, hablamos de derecho real limitado o de *ius in re aliena*.

A menor escala, la situación del titular del *ius in re aliena* es idéntica a la del propietario: su ámbito de poder inmediato debe ser respetado por todos por igual y puede actuarlo directamente sobre la cosa con independencia de quién sea el propietario⁴².

De todo ello resulta que cuando el poder en que todo derecho subjetivo consiste recae inmediatamente sobre una cosa — especialmente cuando esa cosa es difícilmente ocultable o destruible—, atribuyendo a su titular facultades de aprovechamiento exclusivo, la protegibilidad de tal contenido material mediante una regla de propiedad es mayor que cuando, para hacer efectivo el poder que todo derecho subjetivo confiere a su titular, se requiere la colaboración de un sujeto especialmente obligado, el cual puede rehusar su colaboración. Cuando esta puede ser suplida por el juez o, a elección del titular del derecho vulnerado, por un tercero, el derecho es protegible mediante una *regla de propiedad*. Cuando no puede ser suplida, sino únicamente sustituida por el *id quod interest* el derecho solo es protegible mediante una *regla de responsabilidad*.

4.2.2. *El objeto del derecho. Bienes muebles e inmuebles*

Pero, como he expuesto más arriba, la *protegibilidad* de un derecho mediante una u otra regla no depende solamente de su contenido sino también del *objeto* sobre el que recaiga, esencialmente de si el bien sobre el que recae es de naturaleza mueble o inmueble, hasta el punto de que esta ha sido históricamente —y aún hoy— la *summa rerum divisio* en el ámbito del Derecho Civil Patrimonial. Si el contenido material del derecho determina su grado de protegibilidad efectiva, el objeto sobre el que recae condiciona decisivamente el grado de protección efectiva de la titularidad del derecho.

⁴² La situación del titular de un *ius in re aliena* presenta, sin embargo, una diferencia importante con la del *dominus*. Mientras este ostenta el derecho y puede transmitirlo libremente a los herederos, los *iura in re aliena* tienen un límite temporal como consecuencia de las circunstancias que contribuyeron a la formación de la propiedad burguesa. Esta se proclama plena y perfecta, lo que hay que interpretarlo como propiedad libre de las vinculaciones perpetuas propias del antiguo régimen. De ahí la supresión de los mayorazgos, los límites establecidos en el Código Civil para las sustituciones fideicomisarias, considerados, con carácter general, como límite para cualquier tipo de vinculación, o la fijación de un plazo para el derecho de superficie, entre otros ejemplos.

4.2.2.1. Bienes muebles tradicionales: baja protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad

En efecto, los bienes muebles *tradicionales* se caracterizan por su movilidad y su facilidad de ocultación, de sustracción e, incluso, de destrucción por parte de quien los posee, además de por la falta de documentación acreditativa de su adquisición en numerosos supuestos, lo que dificulta la protección de las titularidades de los derechos sobre ellos mediante una regla de propiedad, aun cuando otorguen a su titular un poder directo e inmediato sobre los mismos, pues las características citadas dificultan el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Todo ello entorpece, además, su uso especializado, pues dificulta la separación entre propiedad y control con garantías suficientes. Además, las propias características físicas de tales bienes muebles imponen restricciones a sus posibilidades de aprovechamiento, las cuales dificultan la coexistencia de diferentes derechos de aprovechamiento concurrentes sobre el mismo bien, lo que, sin embargo, genera un efecto positivo desde la perspectiva de la circulabilidad de tales bienes: es poco probable que existan cargas ocultas sobre los mismos no reveladas por la posesión, lo que facilita la simetría informativa necesaria para que las partes puedan coordinar sus intereses y contratar. Tales características permiten dotar a la posesión mobiliaria de un alcance legitimador que facilita la circulabilidad o liquidez de los bienes muebles, sin disminuir, por ello, *de facto*, la seguridad del propietario. Este conjunto de atributos, históricamente, han convertido a tales bienes —los bienes muebles— en especialmente aptos para ser utilizados como *mercancías*.

4.2.2.2. Bienes inmuebles: alta protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad

Los bienes inmuebles —tradicionalmente, la tierra— presentan, sin embargo, caracteres bien distintos. Son bienes inmóviles, duraderos y poco deteriorables y, en ocasiones, son de gran extensión —piénsese en las explotaciones agrarias—. Su adquisición, así como la constitución de derechos sobre ellos, suele estar documentada con mucha mayor frecuencia que en el caso de los inmuebles. En consecuencia, los bienes inmuebles son difícilmente ocultables e, incluso, destruibles —aunque sí puedan serlo las cosechas, por ejemplo—.

Estas características facilitan que las titularidades de los derechos que recaen sobre ellos, especialmente si otorgan un poder directo e inmediato sobre los mismos, puedan ser protegidos por una regla de propiedad, pues la documentación de su adquisición, inamovilidad, inocultabilidad y difícil destructibilidad facilitan el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Este conjunto de características facilita la separación entre propiedad y control y, en consecuencia, la coexistencia de diversos derechos de aprovecha-

mientos sobre tales bienes, lo que, a su vez, posibilita un uso más especializado y productivo de los mismos, especialmente como depósito de valor y como garantía de otras obligaciones⁴³.

Sin embargo, esta posibilidad de concurrencia de diversos derechos de aprovechamiento sobre los bienes inmuebles —protegibles mediante una regla de propiedad— impide dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria, pues, a diferencia de esta, la posesión inmobiliaria no revela siempre, y ni siquiera con la frecuencia suficiente, la propiedad ni los diferentes derechos recayentes sobre los inmuebles —tradicionalmente la tierra—, pues muchos de estos derechos no conllevan posesión, lo que constituye la fuente esencial de las *asimetrías informativas* existentes en relación a los bienes inmuebles, asimetrías que constituyen el obstáculo principal para que las partes puedan coordinar sus intereses y, por lo tanto, contratar. Todo lo cual dificulta la circulabilidad de los bienes inmuebles, o, en otros términos, disminuye su liquidez.

4.3. BIENES MUEBLES E INMUEBLES: UNA RELACIÓN INVERSA ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO SOBRE LOS MISMOS

De modo que los derechos de aprovechamiento sobre los bienes muebles *tradicionales* son, de un lado, más difícilmente protegibles mediante una regla de propiedad —debido a la frecuente falta de documentación acreditativa de su adquisición, de las dificultades para localizarlos en caso de ocultación, lo que, a su vez, exige otorgar a la posesión un papel más relevante que en materia de inmuebles, lo cual tiene como consecuencia, a su vez, dificultar su reipersecutoriedad y, por tanto, su protección mediante una regla de propiedad—, pero, de otro, circulan más fácilmente debido a la práctica inexistencia de asimetrías informativas. *Son derechos menos seguros que los inmuebles pero más líquidos.*

Al menos los bienes muebles tradicionales: su naturaleza impide un mayor nivel de seguridad, pues las medidas dirigidas a ello, en realidad, únicamente disminuirían su liquidez. Otro tipo de «bienes muebles» de más reciente creación, sin embargo —v.gr.: títulos representados mediante anotaciones en cuenta— presentan unas características que permiten un nivel de seguridad semejante al de los bienes inmuebles, sin, por ello, ver disminuida su liquidez, gracias a la técnica registral.

Inversamente, los derechos sobre los bienes inmuebles son, de un lado, más fácilmente protegibles mediante una regla de propiedad —debido a que sus características facilitan su reipersecución—, pero, de otro, tienen mayores dificult-

⁴³ Véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, págs. 46 y sigs. Ed. Palestra. Lima (Perú), 2004.

tades para circular, debido a la existencia de mayores asimetrías informativas, lo que impide dar a la posesión un papel tan relevante como en materia de bienes muebles. *Son derechos más seguros que los muebles tradicionales pero menos líquidos.* Inversamente a lo que sucede con los bienes muebles tradicionales, su naturaleza permite un mayor nivel de seguridad, aunque dificulta su liquidez.

Pero, tal y como sucede con algunos bienes muebles, la técnica registral permite mejorar el punto débil de los *iura in rem* inmobiliarios —la liquidez, al revés que en los mobiliarios, cuyo punto débil es la seguridad—, sin debilitar su punto fuerte —la seguridad, al revés que en los mobiliarios, cuyo punto fuerte es la liquidez—, mejorando sustancialmente la ratio seguridad/liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios así como de los mobiliarios.

4.4. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DIRECTO Y EXCLUSIVO SOBRE BIENES INMUEBLES COMO DERECHOS MÁS SUSCEPTIBLES DE PROTEGIBILIDAD EFECTIVA MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD Y, EN CONSECUENCIA, COMO *IURA IN REM* EN SENTIDO ESTRICTO

Si admitimos —como es doctrina general y con las matizaciones a que hemos hecho referencia— que una de las características de los denominados *iura in rem* consiste en que otorgan a su titular un poder directo, inmediato y exclusivo sobre la cosa, la *absolutividad* de tales derechos hace referencia al *grado de protegibilidad efectiva* de los mismos mediante una regla de propiedad frente a cualquiera que los desconozca, grado de protegibilidad que debe incluir no solo las facultades de aprovechamiento material del bien, sino también las de disposición jurídica del mismo.

Siguiendo la caracterización de CALABRESI y MELAMED, podríamos decir que un derecho es real cuando atribuye a su titular un poder inmediato y exclusivo sobre la cosa susceptible de protección efectiva mediante una regla de propiedad y protegido por el ordenamiento jurídico mediante tal regla, de modo que el derecho no puede ser afectado por actos de sujeto alguno sin el consentimiento de su titular, ni en sus facultades de aprovechamiento material del bien ni en las de disposición jurídica del mismo⁴⁴.

En eso consiste precisamente la protección de un derecho mediante una regla de propiedad. En otros términos, de acuerdo con esta idea, si el derecho es real y es ignorado o vulnerado en cualquiera de las facultades que lo integran, su titular puede actuarlo exigiendo del juez la restauración del orden jurídico vulnerado —que sería el equivalente de la ejecución *in natura* en el ámbito de

⁴⁴ ARRUNADA, B., *op. cit.*, pág. 51. Véase, también, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, págs. 48-50. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

los derechos de crédito—, sin que el infractor pueda impedirlo forzando una ejecución por el *id quod interest*⁴⁵. Ello significa que no puede afectar el contenido del derecho, en ninguna de sus dimensiones, sin consentimiento del titular del mismo. Cuando el derecho, *usualmente*, solo es susceptible de protección *de facto* mediante una regla de responsabilidad, ello significa que el contenido del derecho sí puede verse afectado por los actos del obligado o de un tercero sin consentimiento del titular del derecho y que, por tanto, el derecho no sería real sino personal o de crédito.

Así configurado, el concepto de derecho real se referiría a aquellos derechos subjetivos patrimoniales que otorgan a su titular un poder jurídico directo, inmediato y exclusivo —absoluto— sobre la cosa, especialmente cuando la cosa es un bien inmueble, debido a sus características propias⁴⁶. En materia de bienes muebles difícilmente podría hablarse, con rigor, de derechos reales, pues sus propias características —fácil destructibilidad, ocultabilidad, ausencia de documentación acreditativa de su adquisición, etc.— dificultan que los derechos recayentes sobre ellos sean susceptibles de protección efectiva mediante una regla de propiedad.

Ello explica no solo por qué el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles es considerado el derecho real por antonomasia, sino también por qué la figura de los derechos reales limitados o *iura in re aliena* se ha desarrollado especialmente —si bien no exclusivamente— en el ámbito de los bienes inmuebles.

En efecto, como observa acertadamente Díez-Picazo⁴⁷, puede afirmarse de un modo general que el régimen jurídico de los *iura in re aliena* es casi con exclusividad un régimen jurídico inmobiliario. Una gran parte de los derechos reales limitados necesita los bienes inmuebles como soporte material. Tal es el caso de las servidumbres, los censos, la enfiteusis, la superficie y la hipoteca

⁴⁵ Podría afectar el derecho sin el consentimiento de su titular en caso de destrucción del objeto del derecho, lo que resulta especialmente improbable en el caso de bienes inmuebles, especialmente tratándose de tierra (aun cuando puedan ser destruidas las cosechas o los árboles plantados), o de desaparición del mismo, lo que es posible en el caso de bienes muebles o de que, tratándose de un bien mueble, este hubiese pasado a un tercer poseedor protegido (art. 464 CC y 545 CdC), o tratándose de un inmueble haya aparecido un tercero protegido por el artículo 34 LH, lo cual solamente es posible, en este último caso, si el titular lo «consiente» mediante la no inscripción de su adquisición.

⁴⁶ Por ello, como observa Díez-Picazo: «En la tradición romanista y en la doctrina de los países latinos es usual llevar a cabo un estudio general de todos los derechos reales, haciendo abstracción de que recaigan o puedan recaer sobre cosas muebles o inmuebles. En cambio, en la tradición de los países germánicos y en especial en el Derecho alemán, se estudian con separación el Derecho de Cosas Inmuebles o Derecho Inmobiliario (*Grundstückrecht*, *Liegenschaftsrecht*) y el Derecho de Cosas Muebles (*Fahrnisrecht*). Con gran agudeza se ha observado que hay una total diversidad del régimen jurídico de la propiedad y de los derechos reales, según que las cosas sobre que recaigan sean muebles o inmuebles». Díez-Picazo, L., *op. cit.*, T. III, pág. 203.

⁴⁷ Díez-Picazo, L., *op. cit.*, pág. 204.

clásica o tradicional. Ello es así hasta el punto de que en materia mobiliaria solo existe normalmente el derecho real de garantía consistente en la prenda —ampliada hoy a la llamada hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión—. Y si, en parte, el derecho de usufructo puede recaer sobre bienes de naturaleza mueble, es cierto también que en la mayor parte de los casos —con la significativa excepción de los usufructos sobre títulos valores— este derecho recae también sobre bienes inmuebles.

En segundo lugar, esa *preponderancia inmobiliaria* en materia de *iura in re aliena* se debe a que las especiales características de este tipo de bienes —ser inmóviles, duraderos, poco deteriorables— permiten la coexistencia simultánea de diversos derechos reales sobre un mismo bien, lo que facilita la especialización productiva y el crecimiento económico⁴⁸.

5. LA TIPICIDAD COMO CARACTERÍSTICA PROPIA DE LOS DERECHOS REALES Y COMO LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL

5.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En el ámbito de los derechos de crédito las partes gozan de una amplia libertad de configuración de su contenido⁴⁹. La razón estriba en que, por un lado, las partes contratantes son las que se hallan en mejor posición para evaluar los costes y beneficios de adoptar nuevas fórmulas jurídicas para gobernar sus relaciones y, por otro, la típica relación contractual bilateral que tiene por objeto derechos personales no produce efectos significativos frente a terceros asociados a las fórmulas jurídicas elegidas para gobernar sus relaciones⁵⁰.

En el ámbito de los derechos reales, sin embargo, hay un contenido típico. Esta tipicidad se manifiesta, bien en la configuración de un *numerus clausus*⁵¹, como sucede en un amplio número de países, bien, en el caso de que

⁴⁸ ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, pág. 46. Ed. Palestra. Lima (Perú), 2004.

⁴⁹ El artículo 1255 del Código Civil dispone: «Los contratantes pueden establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

⁵⁰ Véase MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., *The Property/Contract Interface*, Columbia Law Review, Vol. 101: 773, 2001, pág. 776.

⁵¹ En Derecho Romano regía el sistema de *numerus clausus* de acciones *in rem*, sin que en Roma llegara a ser conocido el concepto de *ius in rem*, concepto elaborado por la glosa como fundamento de las acciones *in rem*. En Alemania, el principio de *numerus clausus* —«*Typenzwang*» y «*Typenfixierung*»— es considerado una limitación sustantiva de la definición del derecho de propiedad, implícita en el BGB (parágrafo 854 BGB). Véase JAN WILHELM, *Sachenrecht* 146 (1993) («*Numerus clausus/Typenzwang*»); KOHLER, J., «The Law of Rights

se reconozca a las partes la posibilidad de crear nuevos derechos reales, en la exigencia de su *necesidad* porque se trate de un modo útil y nuevo de satisfacer una necesidad lícita no cubierta de manera similar por ninguna de las figuras existentes o por ninguna combinación de las mismas.

Esta exigencia, en los términos expuestos, opera únicamente en relación con las dimensiones jurídicas o legales de los *iura in rem*, pero no en relación con las dimensiones más físicas o más tangibles de los mismos, lo que no quiere decir, sin embargo, que las partes gocen de una libertad absoluta en relación a estos extremos, aunque sí de un margen mayor de autonomía privada del que gozan en relación a sus dimensiones jurídicas o legales⁵².

En todo caso, la exigencia de tipicidad de los *iura in rem* implica una limitación relevante al principio de libertad contractual, usualmente considerado

in Rem», en *Introduction to German Law*, 227-230 (Werner F. Ebke & Matthew W. Finkin eds., 1996) (*numerus clausus of rights in rem*).

En Japón, el principio de *numerus clausus* —en contraste con lo que acontece en Derecho alemán— es considerado, sobre todo, como una regla limitativa de la *enforceability* del *ius in rem* frente a terceros; viene recogido en el artículo 175 del Código Civil japonés, el cual limita los *iura in rem* a los tipos legalmente admitidos. Por otro lado, la inscripción no es requisito para la creación de un *ius in rem* pero sí para oponerlos a terceros. Véase J. MARK RAMSEYER & MINORU NAKAZATO, *Japanese Law: An Economic Approach*, págs. 25-26 (1999).

En Francia también se reconoce el principio del *numerus clausus*, si bien se discute el alcance de lo dispuesto por el artículo 543 del *Code*. Concretamente si se trata de una limitación sustantiva o derivada de las estrictas formalidades requeridas para la protección de los *iura in rem*. Así, se argumenta que el Derecho francés no prohíbe formalmente la creación de nuevas formas de *iura in rem*, pero las dificulta extremadamente mediante la imposición de límites a su protección, los dispositivos antifragmentación y las exigencias de publicidad. Véase M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*; Maurice PICARD, *Les Biens*, parágrafo 3/48, 52-54 (ed. 1926). En Italia, tras la reforma del Codice Civile de 1942, la doctrina es prácticamente unánime en que rige el sistema de *numerus clausus* (DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, T. III, pág. 133).

En Inglaterra el principio del *numerus clausus* no se halla formalmente reconocido, pero sí existe como regla no escrita en la práctica judicial, al igual que sucede en Estados Unidos. En los países de *Common Law*, el principio del *numerus clausus* funciona como una regla de comportamiento judicial, como una regla de interpretación. Véase MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., «Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle», en *The Yale Law Journal*, Vol. 110, 1, págs. 10-11 y 59-60, 2000.

En Argentina, rige igualmente el sistema del *numerus clausus* en materia de derechos reales, según resulta del artículo 2052 del Código Civil argentino.

Igualmente, en este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO cita los casos de Holanda, Finlandia, Portugal, Suiza y Austria (DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, T. III, pág. 133).

⁵² MERRILL, T. W. y SMITH, H. E., «Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle», en *The Yale Law Journal*, October, 4, 2000, Vol. 110:1, pág. 3. No obstante, los planes de ordenación urbana o la legislación sobre unidades mínimas de cultivo, por ejemplo, imponen severas limitaciones a la autonomía privada en orden a la configuración de la realidad física sobre la que se proyectan los *iura in rem* inmobiliarios. Véase ARNÁIZ EGUREN, R., *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.

como herramienta clave para conseguir una eficiente asignación de recursos⁵³, lo cual exige preguntarse a qué se debe esta exigencia de tipicidad.

Entre nosotros, la doctrina jurídica suele justificar la exigencia de tipicidad de los *iura in rem*, o mejor, las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales, porque favorece la claridad, facilita y hace eficaz el sistema de Registro, da certidumbre a la propiedad y a los gravámenes que sobre ella puedan existir y asegura mejor el interés de los adquirentes⁵⁴.

Parece haber un amplio acuerdo sobre todo ello, pero la cuestión estriba en entender por qué ello es así, porque las razones aducidas son solo una enumeración de *efectos favorables*, pero no una explicación de las razones por las cuales la tipicidad de los *iura in rem* produciría tales efectos. Si convenimos en que la tipicidad en los *iura in rem* es útil porque produce los efectos expuestos, debemos entender por qué los produce, y si, además, convenimos en que la tipicidad se consigue mejor por la vía de la exigencia normativa que por la vía de la libertad contractual, debemos justificarlo, pues la regla general es la libertad contractual por ser la base de la prosperidad, al facilitar el intercambio y la especialización.

Se trata, por tanto, de dos cuestiones distintas: (1) por qué es deseable la tipicidad en materia de *iura in rem*, y (2) por qué, para conseguir dicha tipicidad, es mejor la intervención estatal, que dejar la consecución de dicho objetivo al criterio de la libertad contractual, y, en el límite, por qué dicho objetivo no puede conseguirse sin imponer severas restricciones a la libertad contractual.

⁵³ Así, por ejemplo, LEPAGE afirma: «En nuestra concepción de la propiedad no es solo la propiedad material de las cosas la que se puede ceder libremente. La libertad de la propiedad otorga al propietario no solamente la libertad de enajenar a quien quiera en las condiciones que mejor le convenga, lo que es de su propiedad, sino, igualmente, la libertad de ceder a otros el derecho de ejercer en su lugar, temporalmente, de forma completa o solo parcial, ciertas prerrogativas personales asociadas a dicha posesión o que se deriven de ella. Partiendo de ahí, una de las características más destacables del sistema de la propiedad privada es la de permitir una gran flexibilidad en la forma en la que se pueden organizar y reorganizar, libremente y al gusto de cada uno, por medio de contratos, la asignación de los derechos de control y uso de los recursos productivos que tiene concedidos el propietario. El defecto de la mayor parte de los estudios consagrados a la propiedad es que no llaman suficientemente la atención sobre el conjunto de ventajas que la colectividad puede obtener del respeto de ese atributo fundamental de la moderna concepción de la propiedad que es la libertad contractual». LEPAGE, H., *¿Por qué la propiedad?*, pág. 101, Ed. Instituto de Estudios Económicos, 1986. Ciertamente la libertad contractual es esencial para conseguir una eficiente asignación de recursos y, ciertamente también, el ordenamiento jurídico permite una gran flexibilidad contractual, así como en la combinación de las diferentes formas o tipos de aprovechamiento que admite, pero no así en la configuración de nuevas formas de aprovechamiento exclusivo, es decir, de nuevos *iura in rem*, por lo que ello constituye una importante limitación al principio de libertad contractual.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, T. III, pág. 139. Asimismo, ROMÁN GARCÍA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, págs. 15 a 20. Ed. Montecorvo, Madrid, 1994.

5.2. *NUMERUS APERTUS Y NUMERUS CLAUSUS*: DOS SISTEMAS APARENTEMENTE CONTRAPUESTOS, PERO SUSTANCIALMENTE COINCIDENTES, PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA MISMA FINALIDAD: EL NIVEL ÓPTIMO DE ESTANDARIZACIÓN DE LOS *IURA IN REM*

Pero, antes de intentar responder adecuadamente estas dos cuestiones —y precisamente para ello— es necesario realizar algunas consideraciones sobre los conceptos de *numerus clausus* y de *numerus apertus* con severas exigencias para la admisión de nuevas figuras de derechos reales. Como veremos, no se trata de dos sistemas antagónicos, sino, por el contrario, de dos maneras sustancialmente coincidentes de abordar un mismo problema, cual es el de dotar de tipicidad y, más concretamente, el de dotar de un nivel óptimo de tipicidad a los derechos reales.

El sistema de *numerus apertus* significa que la autonomía privada goza de libertad para la creación de nuevas figuras de derechos reales, pero, en la práctica, dicha libertad es mucho menor que para la creación de derechos personales, como veremos al analizar el caso español, pues, para admitir la creación de una nueva figura de derecho real, se exige que la finalidad perseguida sea lícita y, además, que no pueda ser satisfecha mediante ninguna de las figuras existentes de derecho real ni tampoco mediante ninguna combinación de las mismas.

El sistema de *numerus clausus* significa que las figuras de derechos reales admisibles están taxativamente determinadas por el ordenamiento jurídico sin que quede el menor margen para que la autonomía privada pueda crear nuevas figuras de derecho real, lo que solo sería posible por vía legislativa. Siendo está afirmación formalmente cierta, sin embargo, en la realidad, el ordenamiento jurídico dispone de fórmulas para romper este corsé, que dificulta la evolución adaptativa de la explotación de los bienes y del tráfico jurídico.

Así, en Derecho Romano, donde regía el principio de *numerus clausus*, la característica esencial de los «derechos reales», según ROMÁN GARCÍA⁵⁵, era que existían en la medida en la que aparecían protegidos por las acciones reales correspondientes, y la heterogeneidad con que se manifestaban estas figuras respondía a razones estrictamente pragmáticas y de oportunidad en el

⁵⁵ Véase ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, págs. 24 y 25. Como sabemos, no existía en Roma el concepto de derecho real, sino solo el de acción real. Fueron los glosadores quienes introdujeron el concepto al preguntarse cuál era la causa de la acción real. Es la periodicidad del Edicto la que dota de flexibilidad al sistema, pero, como tal, es de estricto *numerus clausus*. No obstante, como observa el citado autor, es por la vía del procedimiento de constitución de algunas servidumbres por la que se puede advertir un tímido intento de ruptura de un sistema de absoluta tipicidad en la existencia, creación y modificación de los derechos reales, *op. cit.*, pág. 27. En esta misma línea, VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, págs. 287-288, Ed. Civitas, Madrid, 1986. NICHOLAS, B., *An Introduction to Roman Law*, págs. 98-110, Oxford University Press, 1961, y, en general, la doctrina romanista.

otorgamiento, por parte del Pretor, de la acción real que las dotara de contenido jurídico concreto. Modernamente, en el sistema alemán, arquetipo del *numerus clausus*, existe la figura de la *carga real*, que, según PAU PEDRÓN⁵⁶, convierte en ilusorio el sistema de *numerus clausus*. Según este autor, la carga real admite los más variados contenidos imaginables. Esta multiplicidad de contenidos de la carga real ha sido característica típica del Derecho medieval: las más variadas figuras —*Dienste, Zehnten, Grundzinsen, Fronden* y otras muchas— se engloban en el concepto de carga real, limitándose el BGB a decir en el párrafo 1.105 que una finca puede ser gravada con prestaciones⁵⁷, lo que da un amplio margen a la autonomía de la voluntad. Quizá esta afirmación sea excesiva, pero, sin duda, la admisión de las denominadas cargas reales es una grieta en el sistema de *numerus clausus* y, también, una vía que trabaja en la misma dirección en nuestro sistema⁵⁸.

En ambos casos, por lo tanto, la regulación de unos derechos reales determinados, llamados por eso mismo típicos o tipificados, cumpliría la función de ser una presunción *iuris tantum*, más o menos reforzada, de suficiencia de tales derechos reales, especialmente en su modalidad de disfrute y/o de garantía, para conseguir una adecuada explotación de los bienes y de su utilización como garantía para el cumplimiento de obligaciones. Para destruir dicha presunción, las partes deben demostrar que ninguna de las figuras existentes o ninguna combinación entre ellas, es bastante para conseguir dichas finalidades.

En ambos casos, sin embargo, la iniciativa para la creación de nuevas figuras de derechos reales corresponde a los particulares, correspondiendo al Estado la admisión o no de las pretensiones de los particulares al respecto, sobre la base de las premisas expuestas. De este modo, se conseguiría el nivel óptimo de estandarización de los derechos reales que, como veremos, no es equivalente a su nivel máximo.

5.3. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE TIPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

Anteriormente he hecho referencia a los efectos favorables que se derivan del hecho de que los derechos reales sean típicos. Corresponde ahora examinar por qué la tipicidad produce tales efectos.

⁵⁶ PAU PEDRÓN, A., «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *La publicidad registral*, pág. 57, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.

⁵⁷ PAU PEDRÓN, A., *Ibidem*.

⁵⁸ A las cargas reales se refiere nuestro Código Civil, entre otros, en los artículos 336, 778 o 1086, pero, a mi juicio, no son derechos reales de goce, sino un mecanismo de garantía para hacer efectivas determinadas obligaciones, normalmente de prestación periódica. Véase Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. III, *op. cit.*, págs. 96-98.

Como han observado MERRILL, T. H. y SMITH, H. E.⁵⁹, los *iura in rem* afectan a las personas solamente en tanto que son intermediarias hacia alguna cosa, lo que les dota de una *generalidad* y de una *impersonalidad* que están ausentes en los derechos y privilegios que afectan a las personas directamente, es decir, a los derechos de crédito. Así, cuando encontramos alguna cosa que está marcada por un signo convencional de pertenencia a alguien, sabemos que estamos sometidos a ciertos deberes negativos de abstención con respecto a esa cosa —no entrar en ella, no usarla, no tomarla, etc.—. Y sabemos todo esto sin tener ninguna idea sobre quién es el dueño de esa cosa. En efecto, estos deberes universales son comunicados al mundo por la cosa misma, si bien deberíamos precisar que son comunicados por la cosa misma en la medida en la que está ubicada en un espacio territorial dominado por un determinado universo jurídico.

Entre nosotros, tratándose de inmuebles —sean urbanos o rústicos— existe la regla de que no pueden ser *nullius*⁶⁰, por lo que su propia existencia transmite el mensaje de que pertenecen a alguien, sea un particular, sea una administración pública, lo que impone comportarse, en relación a ellos, como pertenecientes a otro. Incluso en el caso de los bienes comunales o de uso común, su propio concepto implica su uso conforme a unas reglas que no impidan el uso ajeno y garanticen su conservación.

Precisamente porque los derechos de propiedad crean deberes universales que atañen a todo el mundo, proporcionan una base de seguridad que permite a los individuos aprovechar los recursos y planear el futuro. Por estas mismas razones, sin embargo, esta característica de la propiedad impone una carga informacional a un amplio número de personas, una carga que va más allá, en relación a los terceros, de los derechos y obligaciones asumidos por las partes en el contrato. Como consecuencia, se requiere que la propiedad sea percibida con un contenido estandarizado de modo que una persona lega pueda captar ese contenido a bajo coste. Esta característica de la propiedad, que implica que tiene un contenido prefijado de manera obligatoria, en contraste con el contenido

⁵⁹ Véase MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., «What Happened to Property in Law and Economics?», en *The Yale Law Journal*, 2001, Vol. 111: 357, págs. 385-388.

⁶⁰ La Ley de Mostrencos, de 9 de mayo de 1835, atribuía al Estado la propiedad de los bienes inmuebles vacantes; pero la publicación del Código Civil —que admite la ocupación de los bienes apropiables, también, por tanto, de los bienes inmuebles (confer.: art. 333 CC)— suscitó la duda de si dicha Ley, en esta materia estaba derogada por el Código Civil. La Ley de Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962 —Texto articulado, D. 15 de abril de 1964— estableció —art. 21— que «los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido» pertenecen desde luego —es decir, inmediatamente— al Estado. Sobre incompetencia de las Comunidades Autónomas para modificar la atribución al Estado, STC 58/1982, de 27 de julio, y 150/1998, de 2 de julio. Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I, págs. 80-81. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

de los contratos que es mucho más individualizable, constituye un principio angular de diseño jurídico que raramente es articulado de un modo explícito⁶¹.

Como sostienen MERRILL, T. W. y SMITH, H. E.⁶², la exigencia de tipicidad —en el límite *numerus clausus*— en los derechos reales se comprende fácilmente si consideramos la costosa carga informacional que impone a los terceros todo sistema de *iura in rem*. Si la característica nuclear del derecho de propiedad es su exclusividad frente al mundo, entonces todo sistema de derechos de propiedad presenta un problema masivo de coordinación. En efecto, para evitar la violación de los derechos de propiedad, un amplio e indefinido número de sujetos obligados a respetarlos tienen que conocer qué restricciones imponen tales derechos a su comportamiento.

Si el sistema legal permitiera una amplia variedad de *iura in rem*, los terceros deberían adquirir y procesar más información en cualquier momento que encontraran cualquier cosa protegida por un *ius in rem*.

Si los *iura in rem* fueran ampliamente personalizables —en el sentido en el que lo son los *iura in personam*— entonces la costosa carga informacional que se impondría a los terceros se convertiría en intolerable.

Cada tercero —*dutyholder*— incurriría en grandes costes en informarse él mismo o se vería obligado a violar, incluso por desconocimiento y contra su voluntad, los derechos de propiedad de todo lo que esté en el mercado, disipando los beneficios de inversión, seguridad y planificación que esos derechos significan.

Si, por el contrario, el ordenamiento jurídico define cuál es el nivel máximo de aprovechamiento de los bienes por los particulares —derecho de propiedad—, los terceros saben que, respetando las facultades que integran dicho nivel de aprovechamiento, no vulneran ni la propiedad ni ningún *ius in re aliena*, que no sería sino una o varias de las facultades integrantes del dominio, el *ius in rem* por antonomasia. Y si, además, en materia de inmuebles, se establece el principio de que no hay bienes inmuebles *nullius*, sino que todo inmueble pertenece a alguien, los costes de información en los que, en otro caso, deberían incurrir los terceros para no violar el contenido material de los *iura in rem*, desaparecen.

La tipicidad, sin embargo, no resuelve todas las incertidumbres que deben ser despejadas: no informa sobre quién es el dueño ni sobre los derechos reales recayentes sobre los bienes no revelados por la posesión y que, de existir, se antepondrían al derecho de un adquirente.

⁶¹ MERRILL, T. W. y SMITH, H. E., observan, además, que el hecho de que el aspecto *in rem* de la propiedad haya desaparecido ampliamente del discurso académico en el mundo angloamericano ha contribuido a que se pueda obviar más fácilmente este principio, *op. cit.*, pág. 359.

⁶² MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, The Yale Law Journal, October, 4, 2000, Vol. 110:1, págs. 38-42.

5.4. LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD —EN EL LÍMITE, *NUMERUS CLAUSUS*— COMO DISPOSITIVO PARA CONSEGUIR EL NIVEL ÓPTIMO DE ESTANDARIZACIÓN DE LOS *IURA IN REM*. FUNCIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL AL RESPECTO

El examen de las razones por las cuales la tipicidad de los *iura in rem* produce determinados efectos deseables —esencialmente, facilita el cumplimiento del deber general de respeto al contenido de las facultades de los *iura in rem*— nos ayuda a comprender por qué la tipicidad se consigue mejor por la vía de la exigencia normativa que por la vía de la libertad contractual.

La mejor manera de enfocar el sistema de *numerus clausus* — o de tipicidad— en los derechos reales para captar su significado consiste en considerarlo como un dispositivo para estandarizar los *iura in rem* y, en consecuencia, reducir los costes de captura y procesamiento de la información impuestos a los terceros por todo sistema de *iura in rem*.

Cuando los individuos se encuentran con *iura in rem* se ven obligados a resolver un problema de medición⁶³. Así, para evitar violarlos, deben averiguar qué sean tales derechos y, si desean adquirirlos, deben medir una amplia gama de atributos —desde la ubicación y lindes de la parcela, en su caso, hasta el contenido exacto del *ius in rem* en cuestión, así como la identidad del propietario y de los titulares de cargas, las responsabilidades del propietario para con otros, como, por ejemplo, los colindantes, etc.—.

Sea cual sea la finalidad perseguida — evitar incurrir en responsabilidad por vulnerar el derecho, o adquirirlo— un individuo incurrirá en *costes de medición* de los derechos de propiedad de que se trate hasta el límite de la utilidad marginal, es decir, hasta que el coste marginal de una medición adicional iguale los beneficios marginales. Si el objetivo es evitar incurrir en responsabilidad por violación del derecho, intentará minimizar la suma del coste de responsabilidad por vulneración del derecho y la del coste de medición necesario para evitar tal vulneración. Si la finalidad perseguida es la adquisición del derecho, incurrirá en costes de medición de los atributos económicamente relevantes hasta que el beneficio marginal derivado de la medición necesaria para evitar errores se iguale con el coste marginal de tal medición.

La necesidad de tipificación o estandarización de los *iura in rem* deriva de una externalidad que impone costes de medición: las partes que crean nuevos *iura in rem* no tienen en cuenta el alcance completo de los costes de medición que imponen a los terceros. Pero, inevitablemente, si, por un lado, la exigencia de tipicidad se fundamenta en evitar costes a terceros, por otro lado, tal exi-

⁶³ Véase MERRIL, T. W., y SMITH, H. E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, op. cit., págs. 9-40. Sigo a estos autores en lo relativo a los costes de medición, por errores, administrativos y de frustración, así como en su observación relativa a la función del Registro al respecto.

gencia impone sus propios costes, pues puede imponer a las partes costes muy altos para conseguir objetivos legítimos. En ocasiones, el sistema de *numerus clausus* frustra los objetivos perseguidos por las partes, pero, muy a menudo, tales objetivos son alcanzables mediante combinaciones complejas de tipos de *iura in rem* estandarizados, las cuales soportan costes de comerciabilidad y, sobre todo, de admisión judicial.

Por un lado, la tipificación extrema frustraría la consecución de muchos de los objetivos para los cuales han surgido la propiedad y los *iura in rem*. Por otro lado, una total libertad en la configuración de *iura in rem* generaría para los terceros altos costes de medición, de responsabilidades derivadas de errores y administrativos. Parece que el término medio entre ambos extremos sería el adecuado.

Para alcanzarlo, es preferible partir de una posición restrictiva en relación a la libertad de creación de nuevos derechos reales, permitiendo la creación de nuevas figuras bajo reglas estrictas, lo cual reduciría los costes de frustración en mayor medida de la que aumentarían los costes de medición, de responsabilidad por error y administrativos. Inversamente, si se partiera desde una posición de libertad absoluta, incrementando progresivamente el grado de estandarización, aumentarían los costes de frustración en mayor medida de la que disminuirían los demás —costes de medición, por error, y administrativos—. Ello significa que hay un conflicto entre costes de medición, derivados de errores y administrativos, por un lado, y costes de frustración, por otro.

Teniendo en cuenta todos estos factores, lo relevante, como sostienen MERRILL, T. W., y SMITH, H. E.⁶⁴, no es conseguir un *nivel máximo* de estandarización de los *iura in rem*, sino un *nivel óptimo*. Desde un punto de vista social, el objetivo debería ser la minimización de la suma de los costes de medición —así como de los necesarios para evitar errores—, de los costes de frustración, y de los costes administrativos.

Desde esta perspectiva, el sistema de *numerus clausus* no debe ser contemplado tanto como una prohibición absoluta de creación de nuevos *iura in rem*, cuanto como un dispositivo que mueve el sistema de *iura in rem* en la dirección del nivel óptimo de estandarización, permitiendo un nivel positivo de diversificación de formas reconocidas de *iura in rem*. Tal dispositivo funciona como una presunción *iuris tantum* de innecesariedad de nuevos tipos de *iura in rem*.

La estandarización por el Estado, sea mediante la renuencia de los tribunales a reconocer nuevas forma de *property rights*, sea mediante el establecimiento de un sistema de *numerus clausus*, como sucede en otros países, es necesaria porque no podemos estar seguros de que se alcance espontáneamente el grado correcto de estandarización.

⁶⁴ *Ibidem*, págs. 38-39.

Sostienen MERRILL y SMITH⁶⁵ que algunos creadores de *iura in rem*, tales como los diseñadores de *securities* o derechos de crédito titulizados⁶⁶, estarían tan preocupados con la comerciabilidad de las mismas, que ello actuaría como incentivo suficiente para adherirse a los estándares. Pero otros podrían desear crear unos derechos llenos de restricciones para mantener la propiedad dentro de un grupo cerrado. Si se les concediera a estas personas plena libertad de creación de nuevos *iura in rem*, el resultado sería la confusión general. Aquellos que se enfrentaran con estos nuevos derechos reales deberían preguntar mucho para evitar violarlos. Más aún, tendrían que asegurarles que esas nuevas formas de *iura in rem* no están infectadas con novedades no queridas, o, en caso contrario, tendrán que tolerar el riesgo de sorpresa si tales idiosincrasias no fueran predecibles e identificables a bajo coste.

Estos argumentos merecen ser acogidos. Por lo que se refiere a los *derechos titulizados*, la reciente experiencia de crisis de los mercados, desatada a partir de 2007, comenzando por el mercado neoyorkino, confirma las tesis de estos autores en cuanto a los riesgos que derivan de la admisibilidad de nuevas formas de *iura in rem*. La comerciabilidad debería haber operado como freno, pero dado que, en un entorno de numerario barato se vendía todo y de que poco importaba el impago porque había un proceso de subida sostenida de precio de los inmuebles, la ausencia de dificultades para la comercialización de cualquier tipo de producto relacionado con los mismos, dio lugar a la elaboración de productos financieros incluso difícilmente inteligibles, lo que se puso de manifiesto cuando se produjo la restricción crediticia en el otoño de ese año. En efecto, era difícil determinar qué derechos incorporaba el título o paquete de títulos que se había comprado. En muchas ocasiones era difícil, incluso, determinar la titularidad de la propia hipoteca.

La ausencia de problemas de comerciabilidad facilitó la aparición de nuevos *iura in rem* que, no obstante, una vez aparecidos se generalizaban, pues eran incorporados rápidamente a sus prácticas comerciales por todos los agentes del mercado entre los que había y hay una gran competencia. La combinación entre feroz competencia y fácil comerciabilidad, facilitó la creación de nuevos *iura in rem* de contenido muy indefinido u oscuro que potenció el desastre cuando la restricción crediticia hizo acto de presencia.

⁶⁵ MERRILL, T. H., y SMITH, H. E., *op. cit.*, pág. 387. Asimismo, para una exposición de las principales objeciones a que sea el poder público y no el mercado el que provea el nivel óptimo de estandarización, véase MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., *Optimal Standardization...*, *op. cit.*, págs. 42-58, pero, como afirman estos autores, ninguno de los argumentos expuestos resultan convincentes.

⁶⁶ Estos derechos de créditos titulizados pueden considerarse, en cierto sentido, reales, pues se pretende que sea el poseedor legítimo del documento —bien mueble— el titular del crédito. Se trata, por tanto, de una propiedad mobiliaria cuyo disfrute consiste en la obtención de una determinada cantidad de dinero.

DE SOTO⁶⁷ puso de manifiesto que el centro del problema radicaba en que todo el proceso podría acabar en una pérdida de confianza en el papel, es decir, en los títulos representativos de unos derechos ininteligibles y que si no se conseguía restaurar la confianza en el papel, el próximo fallo —sea de las tarjetas de crédito o de los bonos para estudiantes— podría acarrear una crisis general de confianza en el papel y poner al sistema económico de rodillas, si tenemos en cuenta que todo lo que posee valor lo poseemos y viaja con nosotros a través de títulos de propiedad. Recomendaba, por ello, se aplicase a las *securities* el mismo régimen que a la propiedad inmueble.

En todo caso, como observan MERRIL y SMITH⁶⁸ —y como se deduce de la tesis de DE SOTO—, entender que los derechos de propiedad son *iura in rem* y no *in personam*, como sostienen los partidarios de la concepción de los derechos de propiedad como *bundle of rights* o *racimo de derechos*, nos permite percibir una característica crítica de los mismos —su estandarización legal, o *numerus clausus*— que permanece oculta en la medida en que la propiedad es percibida, simplemente, como un racimo de *iura in personam*. También permite explicar esta característica en términos de los costes informacionales que los *iura in rem* imponen a un amplio e indefinido número de terceros.

En el ámbito inmobiliario, las cosas se producen de un modo parecido. Durante la Edad Media existía una confusión entre poder político y derechos de propiedad sobre la tierra⁶⁹. Los perfiles de los distintos derechos recaentes sobre la misma eran muy confusos⁷⁰, lo que beneficiaba a la élite dominante⁷¹, pues la confusión siempre juega a favor del poder, la cual configuró formas de aprovechamiento —mayorazgos— que impedían la circulación de los bienes inmuebles y su utilización como garantía, a fin de asegurar que no pudieran salir

⁶⁷ DE SOTO, «Toxic Assets Were Hidden Assets», publicado en el *Wall Street Journal* el día 25 de marzo de 2009.

⁶⁸ MERRILL, T. W., y SMITH, H. E., *What Happened...?* op. cit., pág. 388.

⁶⁹ Véase PESET REIG, M., *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Edersa, segunda edición de 1988, págs. 177-179.

⁷⁰ MARCOS MARTÍN, A., «Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares», en *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*, pág. 19. Coords: DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs. 136-137, así como pág. 139 en relación a las cargas que pesaban sobre la tierra.

⁷¹ Véase NORTH, D. C.; WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. Cambridge University Press, 2009, págs. 78-79. Observan estos autores que al menos a partir del siglo XIII —*Quia Emptores*— una parte de las instituciones del Derecho inglés sobre la tierra evolucionaron para dotar de mayor seguridad al derecho de propiedad sobre la tierra, pero la evolución se produjo de manera que permaneció la ambigüedad acerca de quién era el verdadero propietario a la hora de vender o tras la muerte. Desde nuestra actual perspectiva, percibimos tal ambigüedad como una grieta del sistema, pero, sin embargo, ello facilitaba a la coalición dominante usar el control sobre la tierra para estructurar y ajustar la distribución del poder político y económico al cambio de circunstancias (op. cit., pág. 100).

de los círculos familiares. Tal situación dificultaba la explotación de los bienes y su utilización como garantía y, por lo tanto, la inversión en los mismos, así como su circulación y, por lo tanto, su eficiente asignación.

El triunfo del Estado de Derecho, la proclamación del derecho de propiedad privada individual y libremente transferible, la creación de los modernos sistemas registrales sobre la base de los sistemas de transmisión de propiedad regulados por los modernos códigos civiles, especialmente los registros de derechos, la exigencia de tipicidad en la configuración de los derechos reales, y el reconocimiento del derecho de todo aquel que tenga interés legítimo en acceder al conocimiento de los titulares de los derechos reales inmobiliarios y de la configuración de estos, supusieron la sustitución del antiguo régimen por el Estado liberal democrático y la economía de mercado, las formas organizativas que mayor bienestar han proporcionado a la humanidad. En este contexto, la exigencia de tipicidad cumple la función de evitar la concurrencia confusa de derechos sobre un mismo inmueble, lo que dificulta su explotación así como su circulación, lo que, a su vez, dificulta una eficiente asignación de recursos.

Por último, resaltan estos autores que los sistemas registrales, al disminuir los costes de información, permiten que el *nivel óptimo de estandarización sea menor*, y, al propio tiempo, disminuyan todos los demás costes, comenzando por el de frustración⁷².

5.5. LA CONFIGURACIÓN DE LA EXIGENCIA DE TIPICIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por lo que se refiere a nuestro país, la situación no es muy diferente a la de otros países. No se trata ahora de reintroducir la polémica sobre si nuestro sistema de derechos reales es de *numerus clausus* o de *numerus apertus*. Parece claro que es de este segundo tipo, pero, al propio tiempo, también parece claro y generalmente admitido, que los límites para crear nuevos derechos reales son más angostos que para crear nuevos derechos personales⁷³, porque incorporan reglas de comportamiento que no solamente afectan a las partes sino que invo-

⁷² Véase MERRIL, T. W., y SMITH, H. E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, *op. cit.*, págs. 39-40. Esta constatación, es, por otro lado, un argumento difícilmente rebatible contra el sistema de encasillado de algunos registros, pues significa desaprovechar las posibilidades que ofrece el sistema registral para aumentar las modalidades de *property rights* y, en consecuencia, disminuir los costes de frustración.

⁷³ Puede verse una enumeración de las diferentes posiciones doctrinales al respecto en las diferentes obras generales de Derecho Civil, así como en diferentes monografías. Entre otras, pueden verse, DE LOS MOZOS, J. L., *Estudios sobre Derecho de bienes*, Madrid, 1991. ROMÁN GARCÍA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994. Díez-PICAZO, L., «Autonomía privada y Derechos reales», en *Libro Homenaje a R. M. Roca Sastre*, así como en «Fundamentos...», *op. cit.*, tomos I y III.

lucran a cuantos entren en contacto con el bien, en la medida en la que implican la atribución a sujetos determinados de todas o algunas de las facultades de aprovechamiento del mismo, lo que conlleva la exclusión de todos los demás en relación a tales facultades de aprovechamiento.

Nuestro ordenamiento jurídico es causal⁷⁴ (confer.: art. 1261 CC). En él, la principal fuente de creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas entre particulares, tanto obligacionales como reales, es el contrato, el cual se convierte, a diferencia de lo que sucede conceptualmente —y en un plano más teórico que real— en los denominados sistemas abstractos, en los que el acto o negocio jurídico no forma parte del *iter* transmisivo de los derechos reales *inter vivos*.

En nuestro sistema, el contrato, sujeto o no a determinada forma, es suficiente, por regla general, para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas obligatorias (confer.: art. 1089 CC), o, lo que es lo mismo, de derechos personales, obligacionales o de crédito, pero para la creación, modificación y extinción de derechos reales se precisan, además del contrato o *titulus adquirendi*, ciertos requisitos adicionales (confer.: arts. 609 y 1280 CC, art. 34 LH) no menos importantes.

Todo lo anterior implica (1) que la creación, modificación y extinción de derechos reales requiere un acto o negocio jurídico válido y eficaz, y, además, ciertos requisitos adicionales, (2) que los límites de la autonomía de la voluntad para la creación, modificación y extinción de derechos reales son los que se establecen, con carácter general, para contratar (art. 1255 CC), (3) así como los derivados de los requisitos adicionales para la creación, modificación y extinción de este tipo de derechos (confer.: CC, LH y RH), (4) a los que hay que añadir los derivados de la propia naturaleza de los mismos.

En primer lugar, el negocio jurídico, usualmente el contrato, es el *titulus adquirendi* del derecho real, un requisito necesario pero no suficiente para que tal derecho pueda ser adquirido, modificado o extinguido. Uno de los requisitos esenciales de existencia del negocio jurídico consiste en que debe tener una causa (confer.: art. 1261 CC), la cual, entre otros requisitos, debe ser lícita (art. 1275 CC), para que el negocio jurídico pueda ser eficaz.

⁷⁴ Sin duda alguna, el concepto de causa es uno de los más importantes y, al tiempo, difíciles de aprehender del Derecho Patrimonial. Es muy amplia la bibliografía al respecto. Puede verse, DE CASTRO F., *El negocio jurídico*; Díez-PICAZO, L., «El concepto de causa en el negocio jurídico», en ADC, 1963, así como, «Fundamentos...», *op. cit.*, T. I. DE LOS MOZOS, J. L., «Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico», en RDP, 1970. Uno de los autores que más ha influido en nuestra doctrina y, concretamente, en la concepción de la causa como función económico-social del negocio jurídico ha sido BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943.

Los negocios jurídicos pueden ser típicos o nominados y atípicos o innominados⁷⁵. Los primeros se caracterizan porque están regulados, distinguiéndose unos de otros, en esencia, por su función económico-social, esto es, por su causa entendida como función económico-social del negocio jurídico. Los segundos se caracterizan por no estar regulados, y tienen sentido en la medida en la que desempeñan una función económico-social que, siendo lícita, no está cubierta, o no lo está con la misma eficiencia, por ninguna de las figuras contractuales reguladas.

Nuestro ordenamiento jurídico no exige para la eficacia del contrato que la causa sea típica, sino que sea lícita, entendiéndose por tal la que no se oponga a las leyes ni a la moral (art. 1275 CC), conceptos que, junto con el orden público (art. 1255 CC) marcan los límites de la autonomía de la voluntad en materia negocial.

El hecho de que el ordenamiento jurídico no exija que la causa sea típica para la validez y eficacia del negocio jurídico, sino solo que no sea contraria a la ley ni a la moral (art. 1275 CC), junto con el reconocimiento de la libertad contractual con esos mismos límites más el orden público (art. 1255 CC), es la razón por la cual son admisibles los negocios jurídicos atípicos, esto es, aquellos que carecen de una causa típica, o, si se prefiere, aquellos que carecen de regulación legal, siempre que no vulneren los límites generales impuestos a la libertad contractual con carácter general, así como a la causa contractual, con carácter específico.

Dentro de estos límites conviene resaltar que el orden público económico⁷⁶ veda aquellos negocios atípicos que, aun teniendo una función económico-social lícita, sin embargo, la misma ya se halla cubierta por una figura negocial típica con el mismo nivel de eficiencia que la que las partes pretenden crear⁷⁷, pues ello, además de no servir para satisfacer una función económico-social que no esté ya cubierta, altera la seguridad jurídica, en la medida en que introduce, innecesariamente, incertidumbre sobre la viabilidad jurídica de la nueva figura y dificulta la información por parte de los terceros interesados.

⁷⁵ Véase DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, págs. 205-215. Ed. Civitas, reimpresión 1997.

⁷⁶ Sobre el concepto de orden público como límite de la autonomía privada, véase DE CASTRO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *ADC*, 1982.

⁷⁷ En esta misma línea, ROMÁN GARCÍA, A. —*op. cit.*, págs. 184 y 185—: «...para entender que es posible la creación de un nuevo tipo de derecho real, habrá que reflexionar sobre su causa, admitiéndose solamente si la función económico-social que persigue satisfacer en la realidad negocial responde a una auténtica exigencia del tráfico jurídico que no puede protegerse de otro modo (mediante las categorías típicas ya existentes) siendo por ello merecedora de protección. También Díez-Picazo, L., en «Fundamentos...», T. III, *op. cit.*, pág. 157, el cual afirma: «De algún modo, a esta incidencia causal, en la línea de la función económico-social, es a la que se está haciendo referencia, cuando se señala que, para entender constituido un derecho real, es menester que con este se cumplan o se traten de satisfacer, necesidades jurídicas o económicas que de otro modo no se podrían llenar».

Los contratos atípicos deben ser protegidos en la medida en la que sirven para cubrir nuevas necesidades económicas. En esa medida son un instrumento imprescindible para el desarrollo económico, pero, por la misma razón, cuando para satisfacer una determinada necesidad económica lícita, ya existe una figura contractual que la satisface igualmente, la creación de una nueva figura negocial se revela innecesaria, y el ordenamiento jurídico debe tender a facilitar lo necesario y a vedar lo inútil.

La eficacia del negocio jurídico requiere, por tanto, una causa lícita, que puede ser típica o atípica y, en este segundo caso, su admisibilidad requiere que se trate de una función económico-social no cubierta por ninguna de las figuras contractuales existentes, o, al menos, no con la misma eficiencia. El primer límite a la autonomía de la voluntad para la creación de nuevas figuras de derechos subjetivos patrimoniales, sean derechos personales o derechos reales viene impuesto, por tanto, por la exigencia de *licitud causal* del negocio jurídico del cual derivan⁷⁸.

El hecho de que el contrato sea, usualmente, el *titulus adquirendi* de los *iura in rem*, implica que para la creación de nuevos derechos reales existen los mismos límites que para la creación de negocios jurídicos atípicos, aun cuando carezcan de trascendencia real, lo que no significa que sean los únicos límites, sino solo los derivados del hecho de que el contrato sea su *titulus adquirendi*.

Suele afirmarse que dado que el contrato es una fuente autosuficiente de generación de derechos obligacionales, pero no de derechos reales —cuya generación exige requisitos adicionales—, la causa negocial, entendida como función económico-social, puede bastar para la creación de derechos obligacionales atípicos pero no ser suficiente para la creación de derechos reales atípicos⁷⁹.

En realidad, la voluntad negocial no es nunca suficiente para la creación, por sí sola, de derechos reales, sean típicos o atípicos, pues estos requieren ciertos requisitos adicionales. Dando por supuesto lo anterior, la cuestión consiste en dilucidar si las exigencias para la configuración negocial de un derecho obligacional atípico y de un derecho real atípico son las mismas o no. En un plano formal, son las mismas —ley, moral y orden público—, pero no en un plano

⁷⁸ En esta misma línea, ROMÁN GARCÍA, A., al configurar la tipicidad de los derechos reales en nuestro sistema como una tipicidad causal. Afirma el citado autor: «...en nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de la función asignada a la autonomía privada, no existirá propiamente un concepto de tipicidad legal aplicable a los derechos reales, sino de tipicidad causal. Será la admisión de la legitimidad de la causa la que nos permitirá abogar por la creación de nuevos tipos de derechos reales en nuestro sistema. La caracterización y justificación causal del nuevo tipo de derecho real funcionará como el límite de mayor envergadura para la autonomía privada en este especial ámbito del Derecho privado, al cual habrán de añadirse los derivados de la naturaleza de las cosas, de la existencia de normas imperativas, del orden público sistemático, de la moral social y de la buena fe objetiva», *op. cit.*, pág. 83.

⁷⁹ Véase Díez-PICAZO, L., «Fundamentos...», T. III, *op. cit.*, págs. 156-157. También ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 184.

material pues las limitaciones impuestas por el orden público económico para la creación de derechos reales son mayores debido a sus mayores externalidades. V.gr.: hay mayor margen para las obligaciones de no disponer que para las prohibiciones de disponer.

Ahora bien, lo que hace típico o atípico al negocio jurídico es su función económico-social, la cual viene determinada por el tipo de derecho subjetivo patrimonial, real o personal, que configura. En ambos casos, la función económico social —la causa negocial— debe ser lícita. Determinada función económico-social puede ser lícita si se configura como una relación obligatoria —v.gr.: obligación de disponer—, pero no si se configura como una relación real —prohibición de disponer en negocios onerosos, o más allá de ciertos límites—, debido a sus mayores externalidades, pues, de admitirse las prohibiciones de disponer con efectos reales, se impediría la circulación de los bienes y, por lo tanto, la eficiente asignación de recursos, posibilitando el retorno a la amortización de los bienes.

El segundo límite deriva de lo que he denominado requisitos adicionales necesarios para la creación, modificación y extinción de derechos reales, así como para su adquisición, algo que no debe olvidarse. Así, por ejemplo, no existe en materia de derechos personales un precepto semejante al artículo 609 del Código Civil o 34 LH, en materia de derechos reales. Me centraré en la adquisición de los derechos reales y en los límites que ello impone para la creación de nuevas figuras de derechos reales.

He argumentado cómo la titularidad forma parte del derecho y cómo, en el mundo de la contratación impersonal, un derecho, para ser auténticamente real, debe incorporar una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, una titularidad real. Esta solo se puede conseguir, *ex ante*, mediante la usucapión y la fe pública registral. Dado que esta última es la vía más habitual de conseguirla, me centraré en ella.

La fe pública registral exige la inscripción del derecho real, lo que exige, a su vez, la validez y eficacia del negocio del que deriva⁸⁰ y, además, que este cumpla con todos los requisitos de inscribibilidad exigidos por la legislación hipotecaria. Si no se cumplen estos requisitos, el derecho real no será inscribible, por lo que carecerá de una titularidad real y, en consecuencia, no será, en sentido estricto, un derecho real.

Ello significa que los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para la inscripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles,

⁸⁰ Ello es importante porque significa que el *emptor* adquiere la titularidad del recurso siguiendo el procedimiento legal, lo cual es esencial para mantener el consenso social sobre el uso y aprovechamiento de los bienes, imprescindible para el mantenimiento del sistema de propiedad privada. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, págs. 199-201. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

especialmente los relativos a su especialidad o determinación, a la imposibilidad de restringir la libertad de circulación de los bienes más allá de lo permitido por el Código Civil, a la necesidad de observancia de una determinada forma negocial, así como a la necesidad de descripción detallada y no ambigua de los mismos, operan como exigencias de admisibilidad de todo tipo de derecho real, incluidas las modalidades atípicas que las partes pretendan crear.

Por ello reviste especial importancia la jurisprudencia registral sobre la materia. DíEZ-PICAZO⁸¹, tras un detallado análisis, enumera del siguiente modo las líneas esenciales de dicha jurisprudencia: *a)* La voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles; *b)* Hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad; *c)* La manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos; *d)* Las orientaciones limitativas encierran indudables ventajas porque facilitan la labor de los registradores, favorecen los cálculos de los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos; *e)* para conseguir un derecho real es menester que se de en ello un interés serio y legítimo, entendiendo por tal que debe cumplir una función económico-social para la cual el derecho real sea necesario.

Dos recientes Resoluciones de la DGRN resultan de especial interés en esta materia.

La RDGRN, de 4 de mayo de 2009, afirma que del elevado número de resoluciones sobre la materia «puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real no ha recibido sanción legal hasta la reciente legislación catalana), las situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales; por otra parte, respecto de los derechos reales típicos, y singularmente de los de goce, la autonomía de la voluntad ha ido más bien encaminada a perfilar determinadas características del paradigma legal».

La RDGRN, de 8 de junio de 2011, por su parte, afirma que, conforme a la doctrina del *numerus apertus*, «ningún obstáculo puede existir acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales con arreglo a los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; pero tampoco puede existir ningún obstáculo para que la autonomía de la voluntad pueda adaptar los derechos ya tipificados a las exigencias de la realidad económica y social siempre y cuando se respeten las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o

⁸¹ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...* T. III, especialmente págs. 150 y 151.

posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado».

«Como ha declarado este Centro Directivo —continúa la Resolución— (cfr. Resolución de 31 de diciembre de 2007), en nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 del CC). No solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH) sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del CC y 11, 23 y 37 de la LH) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atenerse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, y 4 de marzo de 1993)».

Es discutible si las líneas marcadas por la jurisprudencia registral constituyen límites adicionales a los marcados por el Código Civil para la creación de derechos reales atípicos. No lo son conceptualmente, son simplemente precisiones a los mismos, si bien con una especial fuerza debido a la función jurídica de los asientos registrales.

El tercer límite para la creación de nuevas figuras de derecho real deriva de la propia naturaleza de este tipo de derechos. En el apartado pertinente he definido el derecho real como aquel que permite un alto grado de protegibilidad efectiva *in natura* del derecho, en función del contenido del mismo y del objeto sobre el que recae, de modo que no puede ser alterado sin consentimiento de su titular, en ninguna de sus dimensiones. Por ello, ciertos contenidos y ciertos objetos no son, *de facto*, susceptibles de ello, con independencia de cuál sea la voluntad de los particulares.

La evolución de la tecnología, tanto física como jurídica, sin embargo, puede permitir un mayor grado de control de ciertos objetos —títulos representados por anotaciones en cuenta, unidades de emisión—, o la configuración de ciertos derechos como claramente reales (ejemplo: arrendamiento u opción de compra, en ambos casos sobre inmuebles, mediante la inscripción de los mismos). Ello no implica, sin embargo, que aumente el margen de actuación de la autonomía contractual para la creación de nuevas figuras de derecho real, sino solo que la ley puede regular nuevas formas de derecho real, o dado que determinados derechos personales —v.gr.: opción de compra sobre bienes inmuebles— pueden

ser protegidos mediante una regla de propiedad debido a la evolución de la tecnología jurídica —v.gr.: registro de derechos—, el legislador puede conceder a las partes la opción de configurarlos bien como derechos personales o bien como derechos reales.

Se impone, por último, una reflexión, por breve que sea, sobre la posibilidad efectiva de creación de nuevos derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de las consideraciones expuestas.

Por lo que se refiere a la propiedad, no parecen admisibles formas atípicas de propiedad por, al menos, dos razones.

En primer lugar, ciertamente, propiedad privada no quiere decir propiedad irrestricta, sino atribución a los individuos⁸² de un poder directo, inmediato y exclusivo sobre los recursos. La profundidad y extensión de ese poder es función de cada ordenamiento jurídico⁸³. La propiedad privada es el poder directo e inmediato, de mayor extensión y profundidad, sobre los recursos reconocido a los individuos por el ordenamiento jurídico⁸⁴. Siendo así, no cabe ninguna forma alternativa de propiedad⁸⁵.

⁸² Como afirma MONTÉS, en la concepción liberal, que inspira nuestro Código Civil, el individuo es la unidad social primaria y básica. El fin de la propiedad es atribuir los bienes al individuo, por lo que la propiedad es remitida al querer del individuo, y no puede ser caracterizada por una destinación típica, que implicaría una diversa estructura de la relación entre el particular y el grupo. Concebido el individuo como ser trascendente, como valor en sí, desgajado e independiente de los grupos sociales —de los grupos intermedios— solo frente al Estado, el ejercicio del derecho se concibió como acto de libertad individual, defendido formalmente y remitido a la determinación de la libertad individual. MONTÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, pág. 54, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

⁸³ Como afirma DEMSETZ, una característica esencial de la propiedad privada es la exclusividad, la cual significa que el propietario puede usar el recurso como le plazca, si bien sujeto a las limitaciones legales, y que quienes no son propietarios no pueden usar el recurso sin permiso del propietario. Véase DEMSETZ, H., «Ownweship and Exchange», en *From Economic Man to Economic System. Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*, pág. 96. Ed. Cambridge University Press, 2008.

⁸⁴ En este mismo sentido puede verse LASARTE, C. según el cual, la propiedad es el «poder de máxima amplitud que el ordenamiento jurídico otorga sobre las cosas». LASARTE, C., «Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad», Bilbao, 1977, en *Estudios de Deusto*, Vol. XXV, enero-junio, pág. 105. Sin embargo, es preciso ser muy conscientes de que —como afirma G. LIBECAP y, en general, la economía neoinstitucional—, cuando los derechos de propiedad no están bien definidos o cuando se hallan atenuados por un grupo o por el Estado, ello conlleva implicaciones negativas para el crecimiento económico. Las restricciones pueden ser desde triviales hasta significativas. La atenuación de los derechos de propiedad sobre un activo afecta a las expectativas del propietario sobre los usos de ese activo, al valor del activo para el propietario y para otros y, consecuentemente, a los términos de un acuerdo. Cualquiera que sea la forma específica que adopte, una atenuación de los derechos de propiedad implica una reducción de las opciones económicas para el propietario del activo y la correspondiente reducción del valor del activo mismo. En cualquier sociedad, la atenuación generalizada de los derechos de propiedad puede tener como resultado una reducción del crecimiento económico.

⁸⁵ En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T. III, pág. 159.

En segundo lugar, la Constitución Española —confer.: art. 33— reconoce el derecho a la propiedad privada, afirmando a continuación que su función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, lo que quiere decir que la determinación del contenido de lo que se entienda por propiedad privada queda fuera del ámbito negocial privado.

En todo caso, el poder en que la propiedad consiste incluye diferentes posibilidades de aprovechamiento —facultades—⁸⁶. Si no caben formas alternativas de propiedad, la posibilidad de crear derechos reales de disfrute *ex novo* queda reducida a encontrar combinaciones de las facultades de aprovechamiento, v.gr.:

⁸⁶ Desde una perspectiva de dogmática jurídica, la doctrina distingue claramente el poder o señorío en que la propiedad consiste, de cada una de sus facultades e, incluso, de la suma de todas ellas. De ese señorío se predicán los caracteres de generalidad, abstracción y elasticidad. ALONSO PÉREZ los define del siguiente modo: «La *generalidad* emanada de esa especie de infinitud dominical predicada por la codificación napoleónica o por el absolutismo conceptual pandectista, significa la totalidad de los poderes que, al menos en potencia, puede el *dominus* ostentar sobre sus propios bienes. La *abstracción*, evocada por la STC de 26 de marzo de 1987, como característica esencial del tipo descrito en el artículo 348 del Código Civil, supone la posibilidad de que el dominio como título jurídico, como derecho individual, viva separado de sus facultades naturales, con las que, abstraídas del derecho dominical, pueden constituirse otros derechos sobre bienes de menor entidad frutiva o posesoria (usufructo, arrendamiento, superficie, etc.). La *elasticidad*, como la goma que tenemos entre las manos, supone que la propiedad se amplía o reduce en mayor o menor cantidad, respectivamente. «El dominio, se ha dicho, atrae y contiene necesariamente cuantas facultades dominicales no estén en poder de persona distinta del dueño. Cualquier facultad, contenido de un *ius in re aliena*, que queda *nullius* o se extingue, se reincorpora forzosa e inmediatamente a la propiedad por virtud de la *vis atractiva* de esta». Véase ALONSO PÉREZ, M., «La propiedad en el Código Civil», en la obra colectiva coordinada por DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E., *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, pág. 496. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. La cita del autor remite, a su vez, a LACRUZ-LUNA-MENDOZA, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1.º 2.ª p., 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1988, pág. 24. En realidad, las facultades no son sumandos, sino contenido o «aspectos parciales del señorío total o poder unitario del propietario» (ALBALADEJO, *Derecho Civil, III, Derecho de Bienes*, vol 1.º, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994, pág. 250). Como ha señalado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, el «dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa y no la suma de facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la interacción potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales» (STS de 2 de octubre de 1975). En principio, estas afirmaciones del Tribunal Supremo hay que entenderlas referidas a la propiedad abstracta definida por el artículo 348 del Código Civil. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en un contexto más amplio ha afirmado —STC de 26 de marzo de 1987— que «la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil... (Es un error) identificar el contenido esencial de la propiedad, atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada» (FJ 2.º).

si a las facultades del usufructo, se añade la de disposición, tenemos el usufructo con facultad de disposición.

Tales combinaciones de las facultades de aprovechamiento, como afirma CAMY⁸⁷, no podrán agotar todas las integrantes del derecho de propiedad, pues, si lo hacen, estamos ante el derecho de propiedad mismo. Ello significa que deben ser siempre derechos reales limitados en cosa ajena.

Llegados a este punto, DíEZ-PICAZO⁸⁸ sostiene que el margen de actuación de la autonomía privada para la configuración de derechos reales atípicos no es el mismo para todos los tipos de derecho real limitado, sino que varía en función del tipo.

Así, dentro de los derechos reales de disfrute distingue entre los derechos reales de disfrute pleno —usufructo— y los derechos reales consistentes en el goce de un servicio limitado de la cosa ajena o servidumbres.

En su opinión, no existe más derecho de disfrute pleno en cosa ajena que el usufructo. Dentro de él podrán existir variantes o modificaciones del régimen jurídico de acuerdo con su título constitutivo, a las que se puede llamar usufructos atípicos —v.gr.: usufructo con facultad de disposición—, aun cuando en tal caso lo atípico no sería el derecho sino su régimen jurídico.

Los derechos reales de goce limitado de especiales servicios de un bien ajeno, entran de lleno dentro del marco genérico de la categoría de las servidumbres, por lo cual tampoco cabría, en puridad, un derecho real atípico, sino que el problema será de incardinación del supuesto concreto dentro o fuera de esa categoría genérica. En suma, se tratará de decidir si lo constituido es o no servidumbre.

Como señala CAMY⁸⁹, los derechos reales limitados de disfrute han de ser siempre temporales, por virtud de lo dispuesto en el artículo 785 del Código Civil, con la sola excepción de las servidumbres respecto de las cuales parece admitirse la perpetuidad (*causa perpetua servitutis*).

En materia de derechos reales de garantía, el margen de actuación de la autonomía privada para la configuración de formas atípicas de garantía real disminuye drásticamente hasta el punto de desaparecer. Así, DíEZ-PICAZO⁹⁰ sostiene que en esta materia impera el *numerus clausus* por la fundamental razón de que los derechos reales de garantía entrañan un derecho de realización de valor y, sobre todo, una suerte de privilegio o de prelación que tienen, por ello, carácter excepcional, ya que suponen una derogación del principio de la *par conditio creditorum*⁹¹.

⁸⁷ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, págs. 171-183, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982, T. I.

⁸⁸ DíEZ-PICAZO, L., «Fundamentos...», T. III, *op. cit.*, pág. 159.

⁸⁹ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Ibidem*.

⁹⁰ DíEZ-PICAZO, L., *Ibidem*.

⁹¹ La citada RDGRN, de 4 de mayo de 2009, por lo que se refiere a la creación de nuevos derechos reales de garantía —en este caso, por la vía de una nota marginal de afección—,

ROMÁN GARCÍA⁹², por su parte, sostiene, en materia de derechos reales de garantía, que existe la prohibición de establecer figuras de garantía que burlen la imposibilidad de establecer pactos comisorios, teniendo en cuenta la regulación establecida en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Sostiene asimismo que resulta imposible el establecimiento de hipotecas contra las múltiples limitaciones que facilitan el crédito territorial⁹³.

parece admitirla, si bien con sujeción a estrictos requisitos, al exigir que se regulen todas las exigencias que la garantía comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. Parece excesiva la permisividad de la DGRN en cuanto a que las partes puedan regular todas las exigencias que la garantía comporta, salvo que se excluyan las procesales, no pactables por las partes. Que las partes deban concretar los aspectos de la figura es, no obstante, fundamental para poder decidir sobre su admisibilidad. En el caso concreto, la DGRN rechaza la pretensión, alegando lo siguiente: «Aunque la figura que se constituye no es totalmente atípica, pues viene establecida en una Ley como es la Ley General de Subvenciones, pero no lo es menos que el mismo artículo 34.4.b de dicha Ley dice que el bien quedará afecto “al pago del reintegro cualquiera que sea su poseedor salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral”, lo que no se regula en dicha Ley es una figura específica que sirva para, mediante la constancia registral de la afección, evitar que surja dicho tercero. Por supuesto que puede la Administración (Estatal o Autonómica) constituir garantías para asegurarse el cumplimiento de la finalidad de la subvención, cualquiera que sea el titular de la finca pero la garantía deberá ser, bien una ya existente (hipoteca o condición resolutoria), bien una nueva pero cuyos perfiles y eficacia deben estar perfectamente delimitados».

La Resolución de 18 de junio de 2012 parece ser más estricta en cuanto a la posibilidad de constituir garantías reales atípicas mediante anotaciones preventivas u otros asientos registrales. Así, afirma:

«...cabría plantearse si la legislación del Registro permite la inscripción, anotación o nota marginal de afecciones atípicas como medidas de garantía. En este aspecto, solo las afecciones legales, o sea, las establecidas por la ley, son las únicas que permiten una constancia registral a través de las correspondientes notas marginales establecidas expresamente. Así, por ejemplo, solo caben las afecciones fiscales al pago de los impuestos, las afecciones urbanísticas al pago de los saldos de las cuentas de liquidación provisional y definitiva y las afecciones por razón de subvenciones a las que se refiere la Ley General de Subvenciones. En ninguno de estos casos cabe incluir la medida cautelar solicitada.

En cuanto a los derechos reales que pueden tener acceso al Registro, ni siquiera por vía de inscripción, es posible la creación de garantías reales no previstas en la legislación vigente. Si bien en materia de servidumbres, de derechos de uso y de determinadas hipotecas, caben nuevas figuras o modificaciones en cuanto a su contenido de las previstas legalmente, porque se mantiene en ellas la regulación general básica propia de esas figuras jurídicas, no es posible crear una garantía real por vía de afección, porque daría lugar a una figura jurídica completamente indeterminada en cuanto a sus requisitos, efectos y procedimientos de efectación de las garantías, no prevista en la legislación vigente e incluso contraria a los tipos legalmente previstos sin conexión ni analogía alguna con ellos. La afección real de la finca como garantía puede conseguirse perfectamente no por la vía de una anotación preventiva sino por la constitución de una hipoteca, como ocurre en la práctica respecto a las garantías en pago de fraccionamientos.

⁹² ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 187.

⁹³ En relación a la hipoteca es especialmente relevante la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2011. Esta Resolución, después de afirmar que en nuestro sistema rige el principio de *numerus apertus* en relación a la creación de nuevas figuras de derechos reales, o de adaptación de las existentes a las nuevas

Ciertamente, toda garantía real supone una derogación del principio de la *par conditio creditorum*, algo solo admisible si tal derogación en relación a determinados bienes es fácilmente cognoscible por los potenciales acreedores, lo que exige su publicidad, por lo que no resultan admisibles garantías reales sin publicidad. Adicionalmente, todo el sistema de garantías reales, especialmente inmobiliarias, se halla gobernado por lo que podríamos denominar el principio de *optimización de los inmuebles como garantía*, lo que significa que no se pueden introducir procedimientos que permitan al acreedor o al deudor una manipulación del precio del bien dado en garantía, ni al acreedor quedarse con el inmueble, sino con muchas limitaciones⁹⁴, pues el valor del mismo, si bien se halla sujeto preferentemente al pago de un acreedor determinado por deudas determinadas, sin embargo, debe optimizarse su valor de adjudicación, pues el sobrante, de haberlo, debe adjudicarse al deudor y, en su caso, ponerse a disposición de acreedores posteriores con garantías reales sobre el mismo bien. El hecho de que las garantías reales produzcan tales externalidades hace que la autonomía privada apenas tenga margen de actuación en este campo.

realidades económicas y sociales, enumera los requisitos necesarios para su admisibilidad. Y, en materia de hipotecas afirma: «Estos límites alcanzan especial significación en relación con la hipoteca, pues se imponen en defensa del deudor y en aras de la facilidad del tráfico jurídico inmobiliario, del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico. Ahora bien, precisamente el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho real que ha de inscribirse (cfr. arts. 104 de la LH y 1857 del CC), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve. Y, por ello, como han declarado las Resoluciones de 15 de febrero de 2000 y 10 de febrero de 2003, al ser la hipoteca accesoria del crédito que garantiza «su titularidad será la misma que la del crédito. Y si en el ámbito de estos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse haciéndose constar tal solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas». Estas Resoluciones no limitan la exclusión de la necesidad de cuotas... al solo caso de las hipotecas en garantía de obligaciones solidarias, sino que con carácter general sienta la doctrina de que la titularidad de la hipoteca queda condicionada y mimetiza la titularidad activa de las obligaciones en cuya seguridad se constituye, obligaciones que en el caso de tales obligaciones eran solidarias. Por tanto, de tal doctrina se desprende que la fijación de las cuotas en la titularidad hipotecaria no será exigible cuando resulten incompatibles con la modalidad concreta en que se haya organizado en cada caso la situación de pluralidad de acreedores en la titularidad activa de los créditos». En consecuencia, la DGRN, admite la hipoteca mancomunada.

Sin entrar ahora en el análisis del acierto o no de la RDGRN en relación a esta cuestión, no es acertado invocar el principio de *numerus apertus* para admitir la hipoteca mancomunada, por la sencilla razón de que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones (art. 105 LH), lo que, en principio incluye a las obligaciones en mano común.

⁹⁴ Los Códigos Civiles modernos recogen la prohibición del pacto de la Ley Comisoria. El Código Civil español la recoge, esencialmente, en los artículos 1859 —prenda e hipoteca— y 1884 —anticresis—. Con base en los citados preceptos, la doctrina tiende a deducir el carácter general de la prohibición, si bien tiende a interpretarla restrictivamente. Véase ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derechos Reales. Los derechos reales limitados*, págs. 104-109, Civitas. 1987.

Resultaría así que, en nuestro Derecho, no cabe configurar un dominio de contenido atípico ni, probablemente, formas atípicas de garantía y, en cuanto a los derechos reales de goce y disfrute, sí es posible realizar configuraciones distintas de las establecidas por la ley, siempre que se cumplan los requisitos expuestos. En todo caso, se tratará siempre de derecho reales limitados, es decir, sobre cosa ajena, que no pueden traspasar las facultades que conforman el dominio.

Podemos concluir, en consecuencia, que el nuestro es un sistema de *numerus clausus* en cuanto a la propiedad y, probablemente, también en cuanto a los derechos reales de garantía, y de presunción *iuris tantum* de *numerus clausus* en cuanto a los derechos reales de disfrute en cosa ajena, o, si se prefiere, de presunción *iuris tantum* de innecesariedad de nuevas figuras de derecho real de disfrute en cosa ajena, salvo que se demuestre que la nueva figura desempeña una función económico-social lícita no satisfecha en absoluto o satisfecha con un nivel menor de eficiencia por las figuras existentes.

De este modo, nuestro sistema, evita caer en los inconvenientes del sistema de *numerus clausus* en sentido estricto, el cual veda a la autonomía privada la adopción de nuevas fórmulas jurídicas de aprovechamiento directo y exclusivo de los bienes protegidos mediante una regla de propiedad, reservando tal potestad al legislador, lo que frena el desarrollo económico y, por otro, evita los inconvenientes de atribuir exclusivamente a la voluntad de las partes tal potestad, debido a las fuertes externalidades producidas por los *iura in rem*, con la finalidad de evitar costes de información para los terceros en cuanto al contenido de los derechos reales, lo que presentaría un problema masivo de coordinación, así como con la finalidad de evitar que grupos determinados eviten la circulación de los bienes y su utilización como garantía, como acredita la experiencia histórica. Ello funciona como un dispositivo muy útil para conseguir una excelente relación entre las exigencias simultáneas de innovación y estandarización en materia de derechos reales.

6. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS REALES

6.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En la sociedad existe un amplio número de personas que son titulares de *iura in rem* las cuales tienen que ser protegidos frente a un número amplio e indefinido de violadores potenciales, y, al mismo tiempo, cada persona debe respetar los *iura in rem* de un número amplio e indefinido de titulares⁹⁵. La *tipicidad* de los *iura in rem* —con la propiedad como *ius in rem* que atribuye el

⁹⁵ Siguiendo a DE CASTRO, por titularidad entiendo «la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que

poder más amplio de aprovechamiento reconocido por el ordenamiento jurídico a favor de una persona— facilita cumplir el deber de respetar los derechos, pero no facilita el conocimiento de la identidad de los titulares de los mismos. Esta característica de los *iura in rem*, como observan MERRIL y SMITH⁹⁶, tiene implicaciones para las restricciones derivadas de los costes de información asociados con el establecimiento de cualquier sistema de derechos que tengan características de *iura in rem*, lo cual nos lleva al análisis de diversos problemas relacionados todos ellos con la titularidad de los derechos reales.

Hasta ahora me he referido a las dos grandes categorías o arquetipos de derechos subjetivos patrimoniales intentando caracterizarlas por su contenido, esto es, por las facultades que atribuyen a su titular, así como por las reglas de protección de dichas facultades y de las posibilidades efectivas de protección de las mismas, las cuales dependen de su contenido concreto y, cuando se refieren al aprovechamiento de bienes, de que estos sean muebles o inmuebles, esencialmente, si bien con las debidas matizaciones. Todo ello relegando a un segundo plano las cuestiones relativas a la pertenencia del derecho.

Me he referido así, principalmente, a supuestos de vulneración de los derechos que afectaban a su contenido material pero sin discutir la titularidad de los mismos, analizando las posibilidades de protección efectiva de los aspectos vulnerados mediante una regla de responsabilidad o de propiedad. Se trata de supuestos en los que los obligados y, en general, sujetos pasivos, simplemente desconocen el derecho —el intruso que entra en una casa y se queda a dormir o roba—, pero no discuten la titularidad del mismo.

La protección de las facultades de aprovechamiento material se lleva a efecto concediendo a los titulares ciertas facultades de autoprotección —v.gr.: vallado de fincas, contratación de servicios de seguridad—, y, sobre todo, mediante la intervención del Estado, a través de (1) las normas penales que tipifican como delito las conductas que las vulneran y (2) la existencia de una policía con una actividad dirigida tanto a evitar que se cometan delitos contra tales facultades de aprovechamiento, como a detener a los delincuentes.

En cierto sentido, he intentado realizar lo que podríamos denominar una caracterización estática de los derechos subjetivos patrimoniales y, particularmente, de los derechos reales. En tal escenario estático, se realiza una abstracción de la titularidad porque esta no se discute, lo que puede llevarnos a la errónea conclusión de que las reglas de protección de la titularidad no forman parte del contenido del derecho ni, por lo tanto, son relevantes para su caracterización o no como derecho real.

por ella se le atribuyen». DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, págs. 564-565, Ed. Civitas, Madrid, 1984.

⁹⁶ Véase MERRIL, T. W., y SMITH, H. E., *The Property/Contract Interface*, Columbia Law Review, Vol. 101:773, pág. 788, 2001.

Este enfoque es admisible —como otros— en un escenario de información completa —o incompleta solo en el margen— sobre titularidades de derechos reales, pero no en un escenario de información incompleta y asimétrica al respecto, cual es inevitable en el mundo del intercambio impersonal. En este, las asimetrías informativas sobre tales titularidades y la alta frecuencia contractual producen necesariamente *conflictos de titularidades*.

Si, ante tal eventualidad, propia del intercambio impersonal, no existe la posibilidad de proteger la titularidad negocialmente adquirida mediante una regla de propiedad, entonces, dado que nadie puede estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, nadie puede estar seguro tampoco de no ser privado de su titularidad negocial, puesto que esta solo puede estar protegida, precisamente por ser solo negocial, mediante una regla de responsabilidad.

6.2. TITULARIDADES OBLIGACIONALES Y TITULARIDADES REALES

Del mismo modo que se distingue entre derechos obligacionales, también denominados personales o de crédito, y derechos reales, debemos distinguir entre titularidades obligacionales y titularidades reales. Las primeras son las que se hallan protegidas por una regla de responsabilidad y, por lo tanto, el titular puede verse privado de su titularidad contra su voluntad percibiendo la correspondiente indemnización. Las segundas son aquellas que se hallan protegidas por una regla de propiedad en las relaciones *inter privatos* y, por lo tanto, su titular no puede verse privado de su titularidad sin su consentimiento, supuesto que el sistema institucional funcione correctamente.

En consecuencia, en un plano estrictamente teórico, la titularidad de cualquier derecho subjetivo patrimonial, sea personal o real, puede ser, a su vez, obligacional o real, lo que implica que es posible —entre otras variantes— que la titularidad de un derecho real sea obligacional, esto es, que se halle protegida por una regla de responsabilidad.

Ello significa que si se produce un conflicto de titularidades sobre un mismo derecho real y una de ellas es una titularidad obligacional y la otra real, prevalecerá esta última. Si ambas titularidades son obligacionales, prevalecerá la que se halla fundada en un mejor derecho. Por último, por hipótesis, no puede haber conflicto entre titularidades reales⁹⁷.

DE CASTRO⁹⁸ ya hizo notar la dificultad de proteger las titularidades en general mediante una «acción de restitución», es decir, mediante una regla de

⁹⁷ En la práctica, en el ámbito inmobiliario, tal conflicto puede producirse en el caso de doble inmatriculación. De ahí la importancia de recurrir a los medios técnicos que puedan evitarla, aun cuando se trate de un supuesto estrictamente marginal.

⁹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Ibidem*, pág. 565, nota 1.

propiedad, lo que, a su juicio, es una razón importante para el reconocimiento de la acción declarativa. Esta observación es especialmente cierta en un entorno de contratación impersonal.

6.3. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL: LOS DERECHOS REALES CON TITULARIDADES OBLIGACIONALES NO SON, PROPIAMENTE, DERECHOS REALES

Ello plantea la cuestión de si, desde el punto de vista del mercado, un derecho subjetivo patrimonial que reúnan las características de derecho real pero cuya titularidad sea obligacional, es o no un derecho real.

Como he dicho anteriormente, esta cuestión no tendría la menor importancia en un mundo con información completa —o incompleta solo en el margen— sobre las titularidades de los derechos reales y las características de estos, por la sencilla razón de que, debido, precisamente, a la existencia de tal información completa, no podrían plantearse conflictos de titularidades. En tal situación, las titularidades serían funcionalmente reales, aunque fueran solamente negociales, porque la ausencia de conflictividad sobre las titularidades las dota de una fortaleza semejante a las de las titularidades protegidas por una regla de propiedad cuando entran en conflicto con titularidades obligacionales en un entorno de contratación impersonal.

Sin embargo, en el mundo de la contratación impersonal, tal cuestión reviste una gran relevancia, debido a la existencia de información incompleta sobre tales extremos y a la imposibilidad de los particulares de obtenerla por sus solos medios, lo que genera el riesgo constante de adquirir de quien no es el *verus dominus* a pesar de haber desplegado toda la diligencia exigible.

El mundo de la contratación impersonal —la economía de mercado— se caracteriza por una alta frecuencia contractual que hace que el titular de un derecho real deba ser contemplado como el adquirente de ayer y el transmitente de mañana⁹⁹. A lo largo del tiempo, suelen haber diferentes contratos entre diferentes personas relativos al uso y aprovechamiento del mismo bien.

La alta frecuencia contractual se caracteriza por lo que he denominado *conexión intercontractual*, por cuya virtud las vicisitudes de un contrato anterior protegidas mediante una acción real pueden hacer ineficaz la adquisición de la titularidad del bien mediante un contrato posterior referente al mismo bien¹⁰⁰. La *conexión intercontractual*, convierte al mundo del intercambio impersonal en

⁹⁹ ARRUÑADA ha denominado a este fenómeno «contratación secuencial». ARRUÑADA, B., *Institutional Foundation of Impersonal Exchange. Theory and Policy of Contractual Registries*, pág. 4. Ed. The University of Chicago Press, 2012.

¹⁰⁰ O, sencillamente, como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal, por cuya virtud todos los bienes de un sujeto de derecho funcionan como garantía del cumplimiento de las obligaciones que contraiga en virtud de diferentes contratos con

una red o *nexo de contratos* impersonales e interdependientes entre sí. Y este es el fundamento de que las asimetrías informativas sobre ciertas magnitudes jurídicas y económicas esenciales para contratar sean un fenómeno consustancial con la economía de mercado.

En efecto, por simples que pudieran ser, los contratos deben reunir ciertos requisitos para ser válidos y eficaces. Sucede, además, que los contratos no suelen ser simples, sino que suelen incorporar cláusulas que inciden o pueden incidir en la efectividad de la transmisión —vgr.: condiciones suspensivas o resolutorias, plazos, modos, garantías, etc.—. Es cierto que los contratos solo producen efecto entre las partes contratantes, lo que significa, en última instancia, que no pueden privar a nadie que no haya prestado su consentimiento de un derecho que le pertenezca, pero sí pueden producir efectos sobre contratos futuros referentes al mismo bien, cuando las vicisitudes que afecten a su validez y eficacia se hallen protegidas por una regla de propiedad. De modo que, si bien la conexión intercontractual es la vía de concatenación de las titularidades sobre los bienes, es también la vía a través de la cual ciertas titularidades negociales pueden quedar frustradas como consecuencia de las vicisitudes que puedan afectar a contratos anteriores sobre el mismo bien, cuando tales vicisitudes se hallan protegidas por una regla de propiedad, esto es, por una acción real.

Y el conocimiento de todo ello es de imposible acceso para un particular por sus propios medios, lo que tiene como consecuencia que las asimetrías informativas sobre las titularidades de derechos reales sean un fenómeno consustancial con la contratación impersonal, esto es normalmente, con la economía de mercado.

En última instancia, la razón por la cual los particulares no pueden resolver por sí mismos estas asimetrías radica en que la propiedad es una función del Estado: es propietario aquel a quien el Estado reconoce como tal, por lo que solo una institución del Estado puede atribuir titularidades. Dicha atribución no es arbitraria, sino que está sometida a Derecho. El Estado solo debe atribuir la propiedad a quien la haya adquirido de acuerdo con el procedimiento establecido por el propio Estado, por lo que en lugar de atribución suele hablarse de reconocimiento, pero hasta que dicho reconocimiento no se produzca no hay propiedad en sentido estricto, sino solo posesión. En el caso de que se discuta la propiedad, tan solo cabe conjeturar quién será reconocido como propietario. Por ello, las partes no pueden resolver por sí solas esta incertidumbre, sino que se requiere una institución estatal¹⁰¹.

diferentes personas. La vertiente de la conexión intercontractual que nos interesa ahora, sin embargo, es la primera.

¹⁰¹ Como afirma OLSON, si bien puede haber Estado sin propiedad privada, no puede haber propiedad privada sin Estado. OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231. En esta línea, NORTH y THOMAS sostienen que el Gobierno es, ante todo, un acuerdo institucional

Si consideramos, además, que la vía de adquisición de una titularidad sobre un derecho real en el mercado es la negocial, entonces la única titularidad posible es solo negocial, por lo que esta será siempre una titularidad relativa —pues relativo es el alcance del contrato— y, por tanto, amenazada siempre por la posibilidad de que aparezca alguien que alegase una titularidad mejor fundada, lo que privaría de su titularidad a quien creía haberla adquirido negocialmente, transformándose en una titularidad sobre un derecho a obtener el equivalente económico más la indemnización correspondiente.

En una situación así, propia de una economía de mercado, nadie puede estar seguro de que su titularidad sobre un derecho real se halle protegida por una regla de propiedad por lo que, *de facto*, su titularidad será siempre obligacional. Si nadie puede estar seguro de ser el *verus dominus*, el mercado lo considerará un titular relativo, es decir, un titular obligacional.

En este contexto, el del intercambio impersonal, la consecuencia sería que el derecho como tal no podría ser considerado real porque no habría seguridad de que una de sus dimensiones esenciales —la titularidad—, estuviera protegida por una regla de propiedad y, en consecuencia, no pudiera ser alterada sin consentimiento del titular. Aunque en el resto de dimensiones, el derecho cumpliera los requisitos para ser considerado real, sin embargo, el mercado no le daría más valor que si fuera un derecho personal, pues las consecuencias serían semejantes.

El mercado operaría como si no hubiese adquisiciones de derechos reales con efectos reales, sino solo con efectos personales lo que, a fin de cuentas, vendría a significar lo mismo: los bienes serían menos valiosos porque no existiría la seguridad de que un tercero no pudiera anular la adquisición o alterar algunos de los atributos jurídicos del bien adquirido que representan funciones de utilidad para el comprador, por lo que disminuirían sus posibilidades de uso especializado y, por tanto, más productivo.

Una sociedad así, en la que las *titularidades* sobre los derechos adquiridos —sean de la clase que sean según la opinión común— nunca son suficientemente seguras se ve afectada por todo un conjunto de consecuencias negativas para sus propias posibilidades de crecimiento: la falta de seguridad de los derechos sobre bienes inmuebles dificulta las transacciones con los mismos, su utilización como garantía de otras obligaciones y, en general, el desarrollo constante de una mayor especialización en su utilización.

que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a efecto monopolizando la definición y aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos. NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*, págs. 157-160. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991. NORTH ha afirmado que es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad. NORTH, D. C., *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza Ed., Madrid, 1994, pág. 22.

6.4. EL INTERCAMBIO IMPERSONAL: EL CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE UNA ACCIÓN REAL —TITULARIDADES REALES— Y LOS COSTES TRANSACCIONALES

Si se quiere que el derecho real conserve todo su valor, la titularidad del mismo ha de ser, pues, una titularidad real, lo cual significa que no se pueden realizar actos de disposición del derecho sin consentimiento de su titular.

En consecuencia, identificar al titular del derecho real que se desea adquirir es una *conditio sine qua non* para poder obtener su consentimiento, pero tal identificación no puede realizarla ningún particular con seguridad debido a la imposibilidad de conocer con certeza las titularidades vigentes, característica de un entorno de contratación impersonal, como consecuencia de la existencia de una alta frecuencia contractual y de las repercusiones prospectivas de la *conexión intercontractual*, a las que me he referido anteriormente. A todo ello hay que añadir que, dado que suele ser provechoso que muchas personas ostenten derechos sobre el mismo bien, con el fin de alcanzar las ventajas de la especialización, la cuestión de identificar a todos quienes deben prestar el consentimiento a fin de evitar la pérdida del derecho negocialmente adquirido, tiende a complicarse.

Y puede complicarse hasta tal punto —puede hacerse tan costosa— que no solo no resulte rentable sino ni siquiera posible la explotación de los bienes mediante titularidades de derechos reales protegidas por acciones reales y sea únicamente posible su explotación mediante titularidades protegidas por una regla de responsabilidad, con lo cual se perderían parte de las ventajas derivadas de la mayor eficacia de los derechos reales. Esto es exactamente lo que sucede en un entorno de contratación impersonal gobernado por las reglas del Derecho común.

De hecho, ya CALABRESI y MELAMED habían advertido, en un plano general, que la protección efectiva de un derecho mediante una regla de propiedad hace que el mismo sea más eficaz, pero, a cambio, puede exigir unos costes de transacción mayores, por lo que, cuando tales costes devienen excesivamente elevados, puede ser preferible otorgar al derecho una protección mediante una regla de responsabilidad en lugar de mediante una regla de propiedad¹⁰².

¹⁰² CALABRESI y MELAMED ya habían precisado que la protección de un derecho mediante una regla de propiedad requiere menos intervención estatal solamente en el sentido de que el Estado interviene para decidir la asignación inicial de derechos y el tipo de protección, pero no para decidir el valor del derecho concedido. De este modo, en el caso de que resulte especialmente dificultoso hacer efectivo (*to enforce*) un particular derecho protegido por una regla de propiedad —por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en las áreas urbanas—, el coste real de la intervención estatal puede llegar a ser muy alto y podría exceder, quizá, del requerido por algunos derechos protegidos por reglas de responsabilidad fácilmente administradas, *op. cit.*, pág. 32.

ARRUÑADA, partiendo de esta idea, se ha referido a la existencia de un conflicto entre la fortaleza en la protección de un derecho y su facilidad de transmisión o adquisición, de modo que si se protege un derecho real, con una acción real, ello puede generar costes de transacción elevados, lo cual puede hacer preferible disminuir el grado de protección de tales derechos¹⁰³. Aunque se refiere a la protección del derecho, en rigor, el conflicto se produce entre el grado de protección de la adquisición de la *titularidad derivativa* de un derecho real y la facilidad de adquisición de tal titularidad, de modo que si se protege a la adquisición derivativa de la titularidad sobre un derecho real, con una acción real, genera costes de transacción elevados en un entorno de contratación impersonal.

El conflicto existe, pero la solución no consiste en disminuir el grado de protección de tales derechos —en rigor, como hemos visto, de las titularidades de tales derechos— protegiéndolos solo mediante una regla de responsabilidad. Y no es la solución porque el conflicto no se da entre la protección de tales derechos mediante una regla de propiedad *in genere* y los costes transaccionales, sino entre la protección de las titularidades de tales derechos mediante la acción reivindicatoria en un entorno de contratación impersonal y los costes transaccionales. Y la acción reivindicatoria no es sino una modalidad concreta de la protección de un derecho mediante una regla de propiedad, pero no agota las posibilidades de instrumentación de esta.

En efecto, paradójicamente, es la protección de tales titularidades mediante una acción real en un entorno de contratación impersonal lo que impide que existan titularidades reales debido a la imposibilidad de conocer con exactitud cuáles son las titularidades vigentes en un entorno de contratación impersonal, lo que tiene como consecuencia que, *de facto*, tales titularidades solo estén protegidas por una regla de responsabilidad aunque, aparentemente, lo estén por una regla de propiedad, precisamente por instrumentarse tal protección mediante la acción reivindicatoria, pues ello sitúa a todos los titulares negociales en riesgo de perder la titularidad negocialmente adquirida.

Por ello he sostenido en trabajos anteriores que el mantenimiento de la acción reivindicatoria en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas sobre titularidades de los *iura in rem*, es la causa de la existencia

¹⁰³ ARRUÑADA plantea la cuestión referida a los derechos —según sean reales o personales— en lugar de a la titularidad sobre los mismos. Sin duda, tal cuestión tiene importancia, pero, a mi juicio, por las razones expuestas anteriormente, es mucho más relevante aplicar tal distinción a la regla de protección de la titularidad derivativa sobre los derechos que a los derechos mismos, pues estos son reales o personales con independencia de la regla de protección que, en ambos casos, es, en primer lugar, una regla de propiedad, si perjuicio de que, en el ámbito de los derechos personales, tal regla pueda resultar inoperante de hecho en numerosos supuestos. Véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación...*, *op. cit.*, pág. ...

de un conflicto entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* en general y de los recaentes sobre bienes inmuebles en particular¹⁰⁴.

El desarrollo económico exige la superación del conflicto de referencia, entendido como conflicto entre, por un lado, la protección de las titularidades mediante una regla de propiedad instrumentada a través de la acción reivindicatoria y, por otro, los costes transaccionales. La titularidad del propietario debe ser protegida para incentivar la inversión y los costes transaccionales deben ser disminuidos para incentivar el comercio y, de ese modo, la asignación eficiente y la especialización de los recursos¹⁰⁵.

La solución del conflicto pasa, por tanto, por identificarlo correctamente, lo que nos sitúa en condiciones de arbitrar algún tipo de mecanismo que nos permita superarlo. Conforme a lo expuesto, la solución exige la supresión de la acción reivindicatoria en relación a los adquirentes inocentes, pero, si bien ello facilitaría las transacciones, sería a costa de disminuir el valor de los derechos reales, específicamente en el caso de los inmuebles, como veremos, en mayor medida de lo que aumentaría como consecuencia de la mayor facilidad para contratar, lo que implicaría una pérdida neta de capital.

Para que no se produzca este efecto negativo, es necesario arbitrar un mecanismo que nos permita conocer las titularidades vigentes en un entorno de contratación impersonal, lo cual exige la intervención del Estado *ex ante*, de modo que la misma pueda servir de base para el siguiente contrato y así sucesivamente. Una vez que es posible conocer las titularidades vigentes, la acción reivindicatoria solo tiene una utilidad residual, porque cualquier adquirente puede conocer quién es el propietario, si tiene poder de disposición, y, por tanto de quién debe adquirir. Y la función de la acción reivindicatoria —protección del *ius disponendi* «*ex post*», es decir, una vez consumado el negocio transmisivo por un no titular que se hace pasar por tal— puede ser cumplida con ventaja por mecanismos de protección del *ius disponendi* «*ex ante*». Sucede, además, que cualquier solución normativa y/o institucional que se genere para suministrar las titularidades vigentes debe prescindir de la acción reivindicatoria en relación a quien adquiera a título oneroso y de buena fe de tales titulares, pues, de pervivir tal acción, pervivirían igualmente las incertidumbres sobre tales titularidades.

¹⁰⁴ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, págs. 81-84. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

¹⁰⁵ ARRUÑADA, B., *Institutional Foundations...*, *op. cit.*, pág. 3.

7. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE UNA REGLA DE PROPIEDAD INSTRUMENTADA MEDIANTE UNA ACCIÓN REAL —TITULARIDADES REALES— Y LOS COSTES TRANSACCIONALES (O ENTRE SEGURIDAD Y LIQUIDEZ DE LOS *IURA IN REM*)

7.1. PLANTEAMIENTO

La forma característica de protección efectiva de la titularidad del derecho real por antonomasia, en la tradición romanista, se condensa en la regla *nemo dat quod non habet*, cuya vulneración supone la atribución al titular de la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria —fórmula recogida en el art. 348 CC—. Bajo esta fórmula, si A vende a B, y posteriormente a C, contratante de buena fe, B es el *verus dominus* y, en consecuencia, su titularidad se halla protegida por una acción real —y, por tanto, por una una regla de propiedad— concretamente, por la acción reivindicatoria contra C, además de por las acciones de todo orden que pueda ejercitar contra A, tanto penales como indemnizatorias. C tiene acciones penales e indemnizatorias contra A, pero su titularidad negocial decae ante la de B porque está protegida solo por una regla de responsabilidad frente a quien demuestre tener un mejor derecho, y B tiene mejor derecho que C porque adquirió del *verus dominus*, mientras que C adquirió de un *non dominus*, el cual no puede transmitir lo que no tiene.

Este sencillo esquema del Derecho común cumple adecuadamente la función perseguida en un entorno de muy baja transaccionalidad y con información completa sobre las titularidades, especialmente las inmobiliarias, o con información incompleta solo en el margen. Sin embargo, el mantenimiento de la acción reivindicatoria ilimitada, esto es, incluso contra terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, como fórmula más efectiva de protección de las titularidades de derechos reales en un entorno de contratación impersonal se convierte en el origen del conflicto entre la fortaleza en la protección de dichas titularidades y los costes transaccionales.

En efecto, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de asimetrías informativas, propio de la contratación impersonal, provocará, en primer lugar, que la adquisición derivativa de la titularidad de un derecho real nunca pueda considerarse segura y, en segundo lugar, que las medidas que se adopten para incrementar la seguridad de las adquisiciones de tales titularidades, lo consigan, en su caso, a costa de disminuir su liquidez; inversamente, las medidas que se adopten para incrementar la liquidez, lo conseguirán, en su caso, a costa de disminuir su seguridad¹⁰⁶.

¹⁰⁶ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Fundamentación económica...». *Ibidem*.

En una primera aproximación, esta solución parecería significar que, en el ámbito propio del mercado, no cabrían titularidades reales, pues las incertidumbres generadas por las asimetrías informativas reinantes en torno a la identidad de los titulares se ven incrementadas, precisamente, por el mantenimiento de la acción reivindicatoria ilimitada —las asimetrías informativas dan lugar a que nadie pueda saber con seguridad si ha adquirido su titularidad del *verus dominus* y la pervivencia de la acción reivindicatoria ilimitada lo sitúa en riesgo permanente de ver revocada su adquisición— lo que tiene como consecuencia que, de hecho, las titularidades no sean consideradas reales y, además, un incremento de los costes transaccionales.

Sin embargo, un análisis más detenido demuestra que sí puede haber titularidades protegidas por una regla de propiedad en un entorno de contratación impersonal, a condición de que el instrumento para conseguir dicha protección no sea la acción reivindicatoria.

La solución del conflicto pasa por arbitrar algún tipo de mecanismo que permita conocer las titularidades vigentes, de modo que pueda existir información completa al respecto —como sucede en un entorno de contratación personal—. Una vez que es posible conocer las titularidades vigentes, la acción reivindicatoria solo tiene una utilidad residual, porque cualquier adquirente puede conocer quién es el propietario, si tiene poder de disposición, y, por tanto, de quién debe adquirir. Sucede, además, que cualquier solución normativa y/o institucional que se genere para suministrar las titularidades vigentes debe prescindir de la acción reivindicatoria en relación a quien adquiriera a título oneroso y de buena fe de tales titulares, pues de pervivir tal acción pervivirían igualmente las incertidumbres sobre tales titularidades.

Para que pueda existir certeza sobre cuáles son las titularidades vigentes, estas deben quedar a salvo no solo de la acción reivindicatoria sino de todas las acciones de alcance real derivadas de contratos anteriores referentes al mismo bien, es decir, tales titularidades deben ser *inatacables*. Ello exige, al propio tiempo, que se arbitren medios que protejan al propietario si alguien dispone de su derecho en relación a un tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, pues, en este caso, no dispondría ya de la acción reivindicatoria para proteger su *ius disponendi*, el cual quedaría protegido solo por una regla de responsabilidad —de naturaleza civil y/o penal—.

Como veremos, la tecnología jurídica ideada en sustitución de la acción reivindicatoria ilimitada para resolver este conflicto no disminuye la protección efectiva de las titularidades mobiliarias y aumenta el de las inmobiliarias y, además, en ambos casos disminuyen los costes transaccionales.

Básicamente, tal tecnología jurídica —usualmente conocida con el nombre de Derecho de la seguridad del tráfico jurídico— tiene dos componentes, a saber: (1) En primer lugar, la derogación de la regla *ubi rem meam invenit ibi vindico*, o lo que es lo mismo, de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, en relación a

las titularidades adquiridas mediante actos de mercado, esto es, actos y negocios jurídicos a título oneroso y de buena fe entre personas materialmente distintas, manteniéndola tan solo para los actos que no son propios del mercado por no ser onerosos¹⁰⁷ (v.gr.: donación) o mediar mala fe (ejemplo: enajenación en fraude de acreedores con complicidad del contratante adquirente) o no tener lugar entre sujetos de derecho materialmente distintos; (2) En segundo lugar, la adopción de medidas sustitutivas de la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* en el ámbito del mercado a fin de que no disminuya la protección efectiva de las titularidades como consecuencia de dicha derogación. Tales medidas son: (2.1) la regla de que la posesión de buena fe equivale al título, en el ámbito de los bienes muebles y, más concretamente, de las mercaderías, y (2.2.) la introducción del Registro de derechos con sus efectos característicos, singularmente, la denominada fe pública registral, en el ámbito de las titularidades inmobiliarias.

Mientras que la primera medida es estrictamente normativa, la segunda es, además, institucional e implica la intervención directa y *ex ante* del Estado en el proceso de creación y transmisión de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, lo cual es inevitable, pues en el Estado de Derecho, la propiedad es una función del Estado; a él corresponde el monopolio del reconocimiento y atribución del derecho de propiedad y demás derechos reales y mientras no se producen tales reconocimiento y atribución no hay propiedad sino tan solo posesión¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Si el adquirente lo es a título gratuito no sufre ningún perjuicio si no se le protege y, conforme al principio *qui certat de damno evitando antepoenendus est qui certat de lucro captando*, ha de preferirse a aquel que trata de evitar un daño —el deudor— frente a quien trata de conseguir un lucro —el adquirente a título lucrativo—, consideración esta a la que hay que añadir la débil protección que el legislador dispensa a las adquisiciones gratuitas. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *RCDI*, septiembre-octubre de 2007, núm. 703, pág. 2128.

¹⁰⁸ Sin dicho reconocimiento formal puede haber posesión —incluso pública y pacífica— o propiedad en sentido económico, pero no propiedad en sentido jurídico. Una situación intermedia se plantea cuando el Estado se limita a definir las reglas que es necesario cumplir para ser reconocido como propietario en caso de conflicto, y se generan situaciones posesorias bajo el supuesto de que el poseedor ha cumplido esas reglas y, por lo tanto, en caso de conflicto, sería reconocido como propietario por el Estado. En estos casos, se podría hablar de propiedad aparente, propiedad contractual o negocial, propiedad presunta, incluso de propiedad en un sentido económico, pero no de derecho de propiedad en sentido estricto pues esta, de acuerdo con la formulación expuesta, requiere un reconocimiento formal por parte del Estado. La razón estriba en que, sin dicho reconocimiento formal, en caso de conflicto, no está garantizada la protección del derecho mediante una regla de propiedad, sino tan solo mediante una regla de responsabilidad. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708, julio-agosto de 2008, págs. 1501 y sigs. En el mismo sentido, NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad», en *Teoría y Derecho*, núm. 5, 2009.

7.2. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO MOBILIARIO. LA SUPRESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN RELACIÓN A ADQUIRENTES INOCENTES FUNDAMENTADA EN LA ATRIBUCIÓN A LA POSESIÓN DE UNA FUNCIÓN LEGITIMADORA

Los bienes muebles, debido a sus características, son los objetos típicos de comercio. Su enorme variedad les permite satisfacer necesidades humanas muy diversas. Pueden, además, cambiar de manos con facilidad y, en pocas transacciones, recorrer grandes distancias. Todo lo cual, por un lado, los convierte en especialmente aptos para convertirse en *mercaderías*, pero, por otro, hace que comiencen a surgir —mucho antes que en materia de inmuebles, entendiendo por tales, esencialmente, la tierra— asimetrías informativas obstaculizadoras de las transacciones en relación a determinados atributos básicos, concretamente en relación a la identidad del titular del mueble que se ofrece en venta. El adquirente no tiene medios de asegurarse sobre si quien le ofrece el mueble es el verdadero titular y, además, el Derecho Común, de tradición romanista, concede al *versus dominus*, al igual que tratándose de inmuebles, el derecho a reivindicar el bien de quien lo posea aun cuando sea un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe.

La combinación de ambas circunstancias dificulta la liquidez de los muebles debido a la inseguridad de los derechos sobre los mismos y, por lo tanto, el desarrollo del comercio. Así, por ejemplo, el que el Derecho común no protegiera a los compradores de buena fe obligaba a examinar los títulos de propiedad de las mercancías hasta el dueño original, lo que significaba un problema obvio para los comerciantes¹⁰⁹, pues el coste y el tiempo requeridos para realizar tal indagación eran prohibitivos para ellos y, en consecuencia, incompatibles con la celeridad requerida por el mercado.

El Derecho Común, pues, no proporcionaba a las operaciones la seguridad y certeza que necesitaban los comerciantes con la agilidad requerida por el comercio. Y fueron estos los que, en Europa occidental, al menos, fueron generando sus propias soluciones —*soluciones endógenas*—¹¹⁰ a las necesidades que les eran propias y que el Derecho Común no estaba en condiciones de satisfacer.

¹⁰⁹ Como resalta Díez-PICAZO, la existencia —o no— de títulos documentales sobre los muebles está en función de la rapidez del tráfico y también de la importancia económica de los bienes de que se trate. Véase Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pág. 236. Dadas las características de muchas mercaderías es lógico conjeturar que en muchas ocasiones no existiera título alguno de propiedad. Asimismo cuanta mayor sea la movilidad de un mueble mayor diligencia posesoria es exigible a su dueño como medio de retención de su propiedad. Por lo tanto, cuanto menor sea su importancia económica individualizada y mayor su movilidad, en mayor medida tienden a confundirse propiedad y posesión en materia mobiliaria.

¹¹⁰ Como observa BERMAN acertadamente, es concebible que los doctos romanistas de las universidades europeas de finales del siglo XI y los siglos XII y XIII hubiesen podido crear un nuevo cuerpo de Derecho Mercantil con base en los textos romanos así como, con

Puesto que el Derecho Común se revelaba un obstáculo para el desarrollo del comercio y los bienes muebles mostraban ser los más aptos para el desarrollo del mismo, se hacía preciso liberarlos del régimen jurídico propio del Derecho común.

La protección de quien adquiría de buena fe a título oneroso de un comerciante contra las reclamaciones del propietario original fue, pues, la primera *regla diferencial* de la *Lex Mercatoria*¹¹¹ respecto del Derecho Común, regla

base en dichos textos, crearon un nuevo cuerpo de Derecho Civil. También resulta concebible que los juristas canónicos de las mismas universidades, junto con sus colegas de las cancillerías papal y episcopales, hubiesen podido hacer lo mismo, sobre todo en vista del hecho de que las corporaciones eclesiásticas se dedicaban intensamente a actividades comerciales. Sin embargo, es característico de esa época el hecho de que el desarrollo inicial del Derecho Mercantil fuese dejado en gran parte —aunque no por completo— en manos de los propios mercaderes, quienes organizaban ferias internacionales y mercados, formaban tribunales mercantiles y establecían oficinas de comercio en las nuevas comunidades urbanas que brotaban por toda Europa Occidental.

En ocasiones, se recababan y hacían circular reglas de Derecho Mercantil creadas por los comerciantes. Uno de los primeros ejemplos fue una colección de leyes marítimas adoptadas en la época de la primera cruzada (1095) por la República de Amalfi, conocida como Tabla Amalfitana. Su autoridad llegó a ser reconocida por todas las ciudades de la República de Italia. Cerca del año 1150, una compilación de juicios marítimos del tribunal de Olerón, isla situada frente a la costa atlántica de Francia, fue adoptada por las ciudades portueñas del océano Atlántico y del Mar del Norte, incluso por las de Inglaterra. Las leyes de Wisby, Puerto situado en la isla de Gotlandia, en el mar Báltico, fueron adoptadas cerca del año 1350. Eran similares a las Leyes —o Rollos— de Olerón —posiblemente derivadas de ellas— y obtuvieron difundida autoridad por los países bálticos circundantes. Por la misma época, el *Consolat de Mar*, colección de costumbres marítimas observadas en el tribunal consular de Barcelona y basadas, parcialmente, en las anteriores colecciones y, parcialmente, en estatutos y compilaciones de las ciudades italianas, llegó a ser aceptado como ley gobernante en los centros comerciales del Mediterráneo. Todas estas colecciones tratan exclusivamente de Derecho Marítimo, incluyendo contratos de transporte de bienes por mar. Al mismo tiempo se creaba un extenso cuerpo de Derecho que gobernaba el comercio por tierra. Véase BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, págs. 356-357. Ed. Fondo de Cultura Económica, México. 1996.

¹¹¹ El Derecho Mercantil occidental adquirió a finales del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del siglo XIII el carácter de un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones comerciales llegarían a ser interpretados conscientemente como partes integrantes de todo un cuerpo de Derecho, la *Lex Mercatoria* —o *Merchant Law*—, la cual incluía, entre otros, los siguientes principios: 1. La marcada separación de la ley de muebles —cosas— de la de inmuebles —tierra y cosas inseparables de la tierra—. 2. El reconocimiento de derechos en el comprador de buena fe de bienes muebles, de derechos superiores a los del verdadero propietario. 3. La creación de un derecho de posesión de muebles independiente de su propiedad. 4. El desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés y su transformación en los llamados *contratos abstractos*, en los que el documento no solamente era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el contrato y se le podía demandar *independientemente*. 5. El desarrollo del concepto de negociabilidad de las letras de cambio y pagarés, por la cual quien hacía la transferencia de buena fe, tenía derecho a que le pagara el librador, aún cuando este pudiera oponer ciertas defensas —como la de fraude— contra el pagador original. BERMAN, H. J., *op. cit.*, págs. 365-366.

diferencial que operaba únicamente tratándose de bienes muebles —mercaderías—, adquiridos de un comerciante, mediante un acto de tráfico, es decir a título oneroso y de buena fe, pues la lógica del mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe.

Dicha *regla diferencial* significaba una importante derogación del Derecho Común en materia de acción reivindicatoria, pues suponía sustituir la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, por la de la *reivindicabilidad limitada*, que excluye la acción reivindicatoria en los supuestos en los que se hubiese adquirido de un comerciante mediante un acto de tráfico.

Esta modificación conllevaba un efecto muy profundo, pues significaba una *inversión de las reglas de protección* de los derechos del *verus dominus* y de los terceros que habían contratado la adquisición de tales derechos mediante un acto de tráfico respectivamente, en relación a las reglas de protección establecidas por el Derecho Común. En efecto, mientras el Derecho Común, en todo caso, protegía al primero mediante una regla de propiedad y a los segundos mediante una regla de responsabilidad, la *Lex Mercatoria* invertía estas reglas para el supuesto de adquisición mediante un acto de tráfico de un comerciante, en cuyo caso el *verus dominus* pasaba a estar protegido por una regla de responsabilidad y el tercer adquirente mediante una regla de propiedad. A pesar de ello, como veremos, no disminuye *de facto* la protección del propietario.

En efecto, conforme a la *Lex Mercatoria*, en el ámbito mobiliario, el conflicto entre el grado de protección de la titularidad de un derecho y los costes transaccionales, se supera atribuyendo a la posesión mobiliaria un especial alcance legitimador en relación a terceros adquirentes mediante actos de mercado —esto es, a título oneroso y de buena fe—, en relación a los cuales la posesión equivale al título. Así, si A vende a B y después a C, adquirente inocente, a quien entrega la posesión, C queda protegido frente a la reivindicatoria que podría ejercitar B en aplicación de la regla *nemo dat quod non habet*, bien de un modo absoluto, bien obligando a B a entregar a C el precio pagado por ella. En general, cuando se adquiere de un comerciante, y, sobre todo, cuando adquiere otro comerciante, la protección del adquirente frente a la acción reivindicatoria es absoluta.

Así¹¹², la regla de protección de los compradores de buena fe de bienes muebles contra su propietario, se expresa en el Derecho alemán con la regla *Hand wahre Hand* y en el Derecho francés con la regla *Meubles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés la regla queda limitada a las transacciones en el *open market*. En nuestro Derecho hay una doble tradición germanista, que deriva de los Fueros Municipales que caen en desuso y romanista, derivada de

¹¹² Véase Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...* T. III, págs. 751 y sigs., cuya línea expositiva sigo en este punto y con cuyas conclusiones coincido esencialmente, si bien realizando las matizaciones pertinentes en materia de propiedad inscrita.

la recepción del Derecho Romano Canónico. Ello plantea dificultades de interpretación del artículo 464 del Código Civil, según se siga la tradición romanista o la germanista¹¹³. En todo caso, constituye una regla especial limitativa de la reivindicatoria para los bienes muebles. El propietario únicamente podría ejercitar la acción reivindicatoria en los supuestos de pérdida o de privación ilegal, pero no en aquellos casos en los que la transferencia la hubiese realizado un poseedor a quien el propietario hubiese transferido la posesión aunque no lo hubiera hecho en concepto de dueño —comodatario, depositario—. Hay acuerdo doctrinal en que el artículo 464 del Código Civil proviene del *Code*, concretamente del artículo 2279, según el cual: «*En fait de meubles, possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été vole une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il l'a trouvée; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel la tient*». Nuestro Código, sin embargo, sustituye la expresión «vol» por «privación ilegal», por lo que todo depende de lo que se entienda por «privación ilegal». En opinión de Díez-PICAZO —que comparto—, desde el punto de vista gramatical, la expresión «privación ilegal» hace pensar que la ilegalidad debe haberse producido en el acto por el cual el propietario reivindicante fue privado o desposeído de la cosa, lo que no ocurre en los casos de abuso de confianza en que él la entregó voluntariamente. Lo que está claro es que el artículo 464 del Código Civil limita la reivindicación mobiliaria, con mayor o menor extensión, según la tesis que se siga, pero la limita. Como ya argumentó NAVARRO AMANDI —citado por Díez-PICAZO—, el artículo 464 del Código Civil contiene una regla de limitación de la reivindicación que constituye una excepción a lo dispuesto por el artículo 348 del Código Civil. Por regla general, el propietario de una cosa tiene acción contra el poseedor y el tenedor de una cosa para reivindicarla. Este presupuesto se aplica rigurosamente cuando se trata de bienes inmuebles —en realidad de bienes inmuebles no inscritos protegidos por el art. 34 LH, como veremos más adelante—. En cambio, cuando se trata de bienes muebles, el propietario no puede reivindicarlos si un tercero los posee de buena fe. Rige, pues, tratándose de muebles, un precepto contrario al aplicable a inmuebles —no inscritos, debe añadirse—. Estos pueden reivindicarse

¹¹³ Existe una abundante bibliografía sobre este tema. Entre otros muchos, destacan los siguientes trabajos. IGLESIAS ATOCHA, *Sobre la interpretación romanística y germanística del artículo 464*, Foro Gallego, 1951; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios a los artículos 446 a 448; 451 a 458 y 464 del Código Civil*, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VI, Madrid, 1980; MARTÍNEZ CALCERRADA, «Adquisición de la posesión de bienes muebles del artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1977, pág. 693; MIQUEL GONZÁLEZ, «La génesis del principio *Hand wahre Hand*», en *RDN*, 1979; «Comentarios a los artículos 446 a 464 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; VALLET DE GOYTISOLO, *La equivalencia de la posesión y título del artículo 464.1 del Código Civil*, Estudios T. Carretero, Madrid, 1985.

siempre —si no están inscritos, debe añadirse de nuevo—. Aquellos no pueden reivindicarse salvo en caso de despojo ilegítimo debidamente probado por el propietario. De acuerdo con Díez-PICAZO, cuya opinión suscribo en este punto, en la reivindicación mobiliaria el demandado está amparado por la posesión, que el actor solo puede atacar probando: *a)* la pérdida o extravío; *b)* la privación ilegal; *c)* la falta de buena fe en la adquisición. Lo cual puede producir, como efecto derivado, una adquisición *a non domino*.

Los párrafos segundo tercero del artículo 464 del Código Civil contiene dos normas especiales:

«Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiere empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos».

Es decir, en estos casos, el propietario no queda privado de la acción reivindicatoria, pero debe abonar el precio pagado, en el primer caso, y la cantidad empeñada y los intereses vencidos, en el segundo.

Por ultimo, la norma del artículo 464 del Código Civil no es aplicable a las cosas muebles «adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos», en cuyo caso, «se estará a lo que dispone el Código de Comercio», según establece el artículo 464 del Código Civil.

En esta materia el artículo 85 del Código de Comercio dispone: «La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiera indebidamente»¹¹⁴.

Obsérvese que, respecto del supuesto de hecho contemplado por el precepto —adquisición de mercaderías en un comercio— el Código de Comercio establece el principio de protección del comprador con una regla de propiedad y del propietario desposeído con una de responsabilidad. Es decir, la protección del comercio —del tráfico jurídico— exige eliminar las excepciones establecidas por el artículo 464 del Código Civil a la protección de los adquirentes de muebles mediante una regla de propiedad —pérdida o privación ilegal—, en sus primeros párrafos.

¹¹⁴ Dicho precepto aparece completado por los artículos 86, 545 CdC, 19 y 22 de la LCCh.

Si prescindimos, a efectos explicativos, de la remisión del Código Civil (art. 608) a la LH en materia de inmuebles, así como de lo dispuesto por la LH al respecto, las normas de protección de la propiedad mobiliaria establecidas por el Código de Comercio son las inversas a las establecidas por el Código Civil para la protección de la propiedad inmueble, porque el primero incorpora las reglas del Derecho de la seguridad del tráfico, mientras que el segundo —hecha abstracción de su remisión a la LH— sigue anclado en las reglas del Derecho común, de tradición romanista. Así:

- a) En la propiedad inmueble no inscrita, el propietario ve protegido su derecho por una norma de propiedad en todo caso en relación a los actos dispositivos realizados por un tercero sin consentimiento del dueño. Respecto de los fallos en el título adquisitivo de su *tradens* o de un *tradens* anterior, se halla protegido por una regla de responsabilidad.
- b) En la propiedad mueble, la regla general es que el propietario únicamente se halla protegido por una regla de responsabilidad respecto de los actos dispositivos de su derecho realizado por un poseedor sin su consentimiento, salvo que hubiese perdido la cosa mueble o hubiese sido privado ilegalmente de ella, en cuyo caso puede reivindicarla, salvo, a su vez, que el tercero la hubiese adquirido en almacenes o tiendas abiertas al público, en cuyo caso se le vuelve a privar de la posibilidad de reivindicación, y vuelve a estar protegido únicamente por una regla de responsabilidad. Respecto de los fallos en el título adquisitivo de su *tradens* o de un *tradens* anterior se halla protegido por una regla de propiedad, salvo en el caso de que el propietario original hubiese perdido la cosa o hubiese sido privado ilegalmente de ella, excepto que, incluso en estos casos, hubiese adquirido en almacén o tienda abierta al público.

Esto es así porque el Código de Comercio aplica las reglas del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, mientras que el Código Civil —abstracción hecha de su remisión a la LH en materia inmobiliaria— sigue anclado en el Derecho común, de tradición romanista.

Como veremos, lo que hace la Ley Hipotecaria es trasladar al ámbito inmobiliario las reglas de protección del tráfico jurídico contenidas en el último párrafo del artículo 464 del Código Civil y 85 del Código de Comercio, convirtiendo al Registro de la Propiedad en el instrumento del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario.

Esta solución aumenta la liquidez del tráfico jurídico mobiliario, sin disminuir, *de facto*, la seguridad jurídica del propietario, pues las características de los muebles (1) permiten que estos pasen por muchas manos en poco tiempo recorriendo grandes distancias, lo que puede hacer difícil seguir su rastro, (2) facilitan su

ocultamiento o destrucción (3) dificultan la concurrencia simultánea de derechos reales sobre los mismos, por lo que su posesión suele revelar la identidad del propietario, (4) salvo que sean muy valiosos, se observa una frecuente carencia de pruebas de su adquisición. Todo ello impide, *de facto*, el ejercicio exitoso de la acción reivindicatoria. Por ello, tradicionalmente, la *vindicatio* se considera un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario.

Como observa ARRUÑADA¹¹⁵, esta regla está justificada por las siguientes razones: (1) Si el vendedor es un comerciante, es usualmente más difícil para el comprador investigar la propiedad del bien, porque, en muchos casos, habrá tenido lugar una larga cadena de transacciones; (2) Tanto las economías de escala como las economías de especialización en actividades comerciales reducen los costes de protección física de la posesión; (3) Los comerciantes se hallan en mejores condiciones de proteger su propiedad porque muchos de los riesgos emergen cuando se entrega la posesión a un tercero, y los comerciantes tienen ventajas comparativas en tales transferencias de posesión, pues adquieren conocimiento por la experiencia ya que realizan transacciones repetidamente y pueden adoptar cautelas para minimizar riesgos.

Por ello, la supresión de la acción reivindicatoria —o su condicionamiento al reembolso por el reivindicante del precio pagado por el adquirente inocente o de la cantidad empeñada y los intereses vencidos— no disminuye *de facto* la seguridad jurídica del propietario, al tiempo que facilita su comercio. En nuestro Derecho, como hemos visto, si se adquiere de un comerciante, el *verus dominus* carece de acción reivindicatoria contra un adquirente inocente sin perjuicio de poder ejercitar las acciones indemnizatorias y/o penales que procedan contra quien vendió indebidamente.

7.3. LA SUPERACIÓN DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO. LA SUPRESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN RELACIÓN A ADQUIRENTES INOCENTES FUNDAMENTADA EN LA PUBLICACIÓN DEL SISTEMA TRANSMISIVO

7.3.1. *La imposibilidad de dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria*

En el ámbito inmobiliario, la superación del conflicto también exige la limitación de la acción reivindicatoria, de modo que esta no pueda ser utilizada contra adquirentes inocentes. Pero, a diferencia de lo que sucede en el ámbito mobiliario, no puede basarse en dotar a la posesión de una especial eficacia legitimadora en relación a tales adquirentes, dadas las características de los bienes inmuebles.

¹¹⁵ ARRUÑADA, B., *Institutional Foundations...*, *op. cit.*, pág. 79.

Los inmuebles son duraderos y difícilmente destruibles u ocultables. Adicionalmente, las transacciones sobre bienes raíces suelen estar documentadas. Todo ello permite su *reipersecutoriedad* y, además, su propia naturaleza permite y aún facilita la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre los mismos —cada uno con sus propias titularidades—, no todos los cuales son visibles, además, por no llevar aparejada posesión o porque la posesión que conllevan puede resultar engañosa como signo de propiedad, pues no siempre lo es a título de dueño

La aplicación, también, a los derechos de propiedad sobre la tierra de la regla de la *reivindicabilidad limitada*, no puede fundamentarse, pues, en la atribución a la posesión inmobiliaria del mismo alcance jurídico que el conferido a la posesión mobiliaria.

En efecto, si se derogara, en materia inmobiliaria, la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* sin haber encontrado el procedimiento de neutralización de las asimetrías informativas sobre la identidad de los titulares de los *iura in rem* recayentes —y, en su caso, concurrentes— sobre bienes inmuebles, así como sobre la delimitación de su contenido, el resultado sería una disminución del valor de los mismos, como consecuencia de su inseguridad, difícilmente compensable por el aumento de valor debido al incremento de liquidez derivado de la derogación de dicha regla, lo que tendría como consecuencia una pérdida neta de capital. Y, como sabemos, una de las misiones esenciales del Estado es la creación de capital, no su destrucción¹¹⁶.

Imaginemos que se establece, en materia inmobiliaria, la regla de la *reivindicabilidad limitada*, fundamentada en que la posesión de buena fe equivale al título, con el mismo alcance que tiene dicha regla para las mercaderías. En tal situación, la buena fe del adquirente consistiría en la creencia en que el poseedor a título de dueño lo es efectivamente y, a lo sumo, en exigir el documento contractual del que deriva su *ius possidendi*¹¹⁷. En tales condiciones, si adquiere del poseedor a título de dueño, adquiere de buena fe, y si lo hace a título oneroso, se convertirá en dueño, despojando de su derecho, en su caso, al denominado *verus dominus*, el cual conservaría únicamente una acción indemnizatoria —en el orden civil— contra el poseedor que se ha hecho pasar por dueño —además de la correspondiente acción penal—, pues la regla de la *reivindicabilidad limitada* conlleva una inversión de las reglas de protección

¹¹⁶ Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708, págs. 1497-1591. Asimismo, DE SOTO, H., *El misterio del capital*, Ed. Península, Barcelona, 2001.

¹¹⁷ En la medida en la que las transacciones inmobiliarias suelen estar documentadas en más casos que las mobiliarias tradicionales y que muchas mercancías. Pero podría el poseedor a título de dueño que desea transmitir carecer de título documental alguno, en cuyo caso, al adquirente le bastaría con observar que posee pública y pacíficamente a título de dueño para actuar de buena fe.

del derecho de propiedad —singularmente, del *ius disponendi*— respecto de las establecidas por el Derecho común.

Bajo tal regla, sería muy peligroso para cualquier propietario de un bien inmueble no ejercer su *ius possidendi*, pues correría el riesgo de perder su titularidad dominical, lo que dificultaría —en realidad, impediría— un uso especializado de tales bienes. Asimismo, su utilización como garantía conllevaría necesariamente su traspaso posesorio pues, en otro caso, el acreedor correría el riesgo de que el deudor poseedor enajenase el bien como libre de cargas a un tercero de buena fe, el cual devendría propietario de un bien libre de cargas. Todo ello disminuiría el valor de los bienes inmuebles en mayor medida de lo que aumentaría como consecuencia del incremento de liquidez derivado de la aplicación de la regla de *reivindicabilidad limitada* en tales condiciones.

7.3.2. *La necesidad de intervención institucional del Estado mediante la creación del Registro de derechos*

Si la supresión de la acción reivindicatoria en relación a los adquirentes inocentes es necesaria para la superación del conflicto entre la robustez en la protección de la titularidad de un derecho real y los costes transaccionales necesarios, si, además, dicha supresión no puede fundarse, en el ámbito inmobiliario, en la atribución a la posesión del mismo alcance legitimador que en el ámbito mobiliario, no queda más opción que una intervención institucional del Estado dirigida a eliminar las incertidumbres sobre las titularidades inmobiliarias, de modo que la supresión de la acción reivindicatoria en relación a los adquirentes inocentes, se pueda fundamentar en la institución creada por el Estado facilitando, de ese modo, el comercio, pero sin disminuir —al menos— la seguridad jurídica del propietario.

Esta institución estatal —o pública— es el Registro de derechos con todos sus efectos, singularmente el conocido con el nombre de fe pública registral. El Registro de derechos es el instrumento que permite la introducción del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, en sustitución del Derecho común de tradición romanista, y ello es lo que permite la superación del conflicto de referencia en el ámbito inmobiliario. Para comprender adecuadamente el fundamento de la necesidad de esta intervención estatal, es preciso hacer una referencia a las debilidades del Derecho común, de tradición romanista, en el ámbito de la contratación impersonal.

Una de las características del Derecho común es que solo puede suministrar títulos —en su doble acepción material y formal— y, por tanto, titularidades negociales y, por consiguiente, con la eficacia relativa propia de los negocios jurídicos, usualmente contratos. Es más, las sentencias dictadas en litigios sobre titularidades solo producen efectos entre las partes litigantes. Si A vence a B en

una reivindicatoria es porque ha conseguido acreditar un mejor derecho, pero la sentencia favorable no le garantiza que si C ejerce la reivindicatoria contra él no pueda ganarle. Solo las sentencias favorables obtenidas en un procedimiento judicial dirigido a acreditar una adquisición por usucapión tienen eficacia *erga omnes* —así como las dictadas en un juicio universal de purga en los sistemas en los que se admite este procedimiento—. No deja de ser una paradoja que, siendo la propiedad y demás *iura in rem*, derechos que atribuyen facultades de aprovechamiento que implican exclusión de todos los demás —*erga omnes*—, el sistema jurídico del Derecho común no sea capaz de producir títulos capaces de acreditar indubitadamente la titularidad *erga omnes* de tales derechos, salvo por procedimientos judiciales —usucapión y, en su caso, purga—, con unas exigencias incompatibles con las necesidades del mercado.

Esta limitación no plantea problemas en un entorno de contratación personal, con información completa sobre las titularidades que, idealmente, es el entorno originario del Derecho común. Supuestas ciertas titularidades originarias, que sirven de línea de partida para la contratación, las titularidades derivativas se adquieren negocialmente y, supuesto que se conoce indubitadamente la cadena transmisiva así como todas las incidencias intercontractuales —información completa—, basta con un título negocial porque se sabe quién es el *verus dominus* y, habiendo adquirido del *verus dominus*, el adquirente está seguro, pues nadie puede exhibir un título que acredite un mejor derecho. Las anomalías derivadas de la existencia de una información incompleta residual se subsanan mediante remedios específicos, v.gr.: una transmisión realizada por un *non dominus* sin consentimiento del *verus dominus*, se remedia mediante la acción reivindicatoria. En este entorno, un título negocial junto con la facultad de reivindicar confieren al titular seguridad suficiente sin dificultar la contratación —por otro lado, escasa—.

Pero la evolución hacia la contratación impersonal convierte esta limitación en una debilidad capital del sistema. En efecto, en un entorno en el que no se conocen ni se pueden conocer con exactitud las cadenas de titularidades ni las posibles incidencias intercontractuales —información incompleta—, la pervivencia de la *vindicatio*, junto al hecho de que el sistema jurídico solo pueda producir títulos que acrediten las titularidades con un alcance estrictamente negocial, genera unas incertidumbres y, por tanto, una inseguridad y, en consecuencia, unos costes transaccionales de tal magnitud que exigen una evolución del sistema dirigida a superar tales inconvenientes, de modo que las titularidades puedan ser lo suficientemente seguras como para incentivar las inversiones a largo plazo, y el comercio lo suficientemente poco costoso como para facilitar la reasignación eficiente de recursos.

Se requiere, por tanto, un sistema que sea capaz de generar *ex ante* —esto es, sin necesidad de litigio previo—, títulos —en su doble acepción material y formal— que acrediten las titularidades —de derechos reales inmobiliarios— con efectos *erga omnes*, esto es, con un alcance no meramente negocial sino real.

7.3.3. La publicación del sistema transmisivo

Solo el Estado puede conferir títulos —en su doble acepción— y, por tanto, titularidades, con un alcance *erga omnes*, pero la superación del conflicto de referencia exige que deban ser conferidos *ex ante*, de modo que los adquirentes puedan sentirse seguros, y a través de un procedimiento compatible con las exigencias del mercado, de modo que se facilite el comercio, y no solo *ex post*, tras un procedimiento judicial —usucapión, purga—, no compatible con las exigencias del mercado, como sucede en el Derecho común. Para ello es necesario que el Estado intervenga de forma directa en el proceso transmisivo, pues mientras se base en la sola intervención de los particulares solo son posibles títulos y, por tanto, titularidades, negociales.

Esta intervención del Estado implica la *publicación* del sistema transmisivo en un doble sentido: (1) creación de títulos y de titularidades de alcance *erga omnes* reconocidos por el Estado *ex ante* y (2) acceso público al conocimiento de tales títulos y titularidades para quien tenga interés legítimo en ello, lo que elimina las incertidumbres al respecto.

El Registro de derechos es el instrumento a través del cual el Estado interviene en el proceso adquisitivo inmobiliario con la doble finalidad descrita. Ello supone la modificación de conceptos y de reglas propios del Derecho común. Analizaré dicha intervención centrándome en nuestro sistema jurídico.

7.3.3.1. El Registro de derechos como instrumento de intervención del Estado en el sistema transmisivo dirigido a la creación *ex ante* de titularidades inmobiliarias con un alcance *erga omnes*

Si prescindimos de las remisiones del Código Civil a la legislación hipotecaria —especialmente de la contenida en el art. 608 CC—, observamos que el sistema de adquisición de bienes inmuebles establecido por el mismo es el característico del Derecho común en cuanto que exige título en el sentido material junto con la *traditio* (art. 609), concebida causalmente, de modo que las vicisitudes que afecten al título material afectan a la *traditio* y, por tanto, a la adquisición. Rigen las reglas *nemo dat quod non habet* y *ubi rem meam invenit ibi vindico* (art. 348 CC). En consecuencia, cuando alguien (A) vende una cosa a una persona (B), realiza la *traditio* y, a continuación, la vende a otra (C), haciéndose pasar por dueño, es considerada *verus dominus* la que adquirió en primer lugar (B), pues *nemo dat quod non habet*, y la primera venta seguida de *traditio* extinguió el poder de disposición del *dominus* (A).

Obsérvese que la expresión *verus dominus*, que se usa habitualmente para referirse al primer adquirente en el conflicto descrito, es engañosa, pues solo lo es en relación al segundo contratante, pero no *erga omnes*, pues no podemos saber

si el transmitente adquirió, a su vez, de un *verus dominus*, o si lo hicieron los transmitentes anteriores hasta completar el tiempo necesario para la usucapión. En rigor, significa solo que el primer adquirente ve protegida su titularidad por una regla de propiedad en su conflicto con el segundo contratante; y que este solo ve protegida su titularidad negocial mediante una regla de responsabilidad que debe hacer efectiva contra su transmitente. Y ello es así porque la venta seguida de *traditio* extingue el poder de disposición del transmitente —supuesto que lo tuviera por ser el verdadero dueño—.

Todo este proceso tiene lugar *inter privatos*, en nada compromete al Estado, y, además, no es de conocimiento público, por lo que los potenciales adquirentes futuros se encuentran con un grave obstáculo para saber qué consentimientos deben exigir para poder adquirir.

La implantación del Registro de la Propiedad permite, a quien lo desee, la obtención de un título, en su doble acepción, y, por lo tanto, de una titularidad de alcance *erga omnes*¹¹⁸. Para ello, se parte del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso contrato más *traditio*, pero con la exigencia de tres requisitos complementarios: (1) el adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir, (2) debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe. La buena fe significa que, en el caso anterior, si el titular registral ha dispuesto con anterioridad del derecho inscrito, el adquirente desconoce tal acto de disposición, y, además, no ha podido conocerlo, a pesar de haber consultado el Registro, por no constar en él la adquisición derivada del mismo y (3) debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

Si el proceso adquisitivo cumple todos estos requisitos, la inscripción queda dotada de fe pública (art. 34 LH), y ello la convierte en un título acreditativo de la titularidad del derecho real inmobiliario con alcance *erga omnes*, esto es, con alcance real. Ello obliga a precisar qué se entiende por alcance real en este contexto.

En el conflicto planteado anteriormente, la solución es distinta en el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico. Así, como hemos visto, conforme a las reglas del Derecho común, si A, titular registral, vende a B, adquirente a título

¹¹⁸ En rigor, tales título y titularidad solo son *erga omnes* en sentido estricto en los sistemas en los que la fe pública registral opera también *inter partes*, pero no en aquellos sistemas en los que solo opera *inter tertios*, como el nuestro, en los que la fe pública registral no convalida los vicios del propio título adquisitivo. Véase STS de 22 de julio de 2001. Con esta salvedad seguiré utilizando la expresión *erga omnes*, porque, una vez implantado el Registro de Derechos, la inscripción es necesaria —además de contrato y tradición— para que el adquirente quede protegido mediante una regla de propiedad frente a los actos de su transmitente. Mientras no surja un tercero subsiguiente, protegido por la fe pública registral, *inter partes* se requiere que el negocio sea válido y eficaz para que la adquisición tenga lugar. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada...*, op. cit., págs. 125-130.

oneroso y de buena fe, que no inscribe, y posteriormente a C, también adquirente a título oneroso y de buena fe que solicita y obtiene la inscripción de su derecho, en el conflicto entre B y C, vencería B, el cual sería el *verus dominus* porque, cuando A vendió a C ya no era dueño y, en consecuencia, carecía de poder de disposición. Sin embargo, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico, es decir, una vez introducido un Registro de derechos, vencería C, como consecuencia de la fe pública registral (art. 34 LH).

La explicación tradicional afirma que la protección de C es necesaria para proteger la confianza de los terceros, pero que ello implica una adquisición *a non domino* porque el *verus dominus* es B, al igual que conforme a las reglas del Derecho común. Esta explicación, sin embargo, no parece aceptable, salvo para el caso de error del Registro, en cuyo caso debe ser protegida la confianza de los terceros. En mi opinión, la tesis generalizada de la adquisición *a non domino* solo es explicable por la pervivencia de las inercias conceptuales propias del Derecho común, lo que dificulta la adecuada inteligencia de la racionalidad subyacente del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico y de la función que desempeña el Registro dentro del mismo¹¹⁹.

Conforme a las reglas del Derecho común, el *verus dominus* es B, porque la venta seguida de *traditio* extingue el poder de disposición de A. Sin embargo, conforme a la racionalidad subyacente del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario —instrumentado por el Registro de la Propiedad— la venta seguida de *traditio* no extingue el poder de disposición del titular registral; este solo se extingue cuando el adquirente obtiene la inscripción a su favor. Al igual que conforme a las reglas del Derecho común, el poder de disposición del *dominus* no se extingue por el contrato sino que requiere, además, la *traditio*, en el Derecho de la seguridad del tráfico, se requiere, además, la inscripción a favor del adquirente. La razón es clara: hasta que no se produce la inscripción, no hay reconocimiento por parte del Estado de la titularidad negocialmente adquirida, un reconocimiento no definitivo porque es susceptible de impugnación, pero sí un reconocimiento que se prolonga hasta que se produce una nueva inscripción a favor de una persona distinta.

Como sabemos, la principal fuente de inseguridad en la contratación impersonal deriva del hecho de no poder conocer las consecuencias que pueden derivarse, para la propia adquisición, de las conexiones entre los diferentes contratos referentes al mismo bien y, en última instancia, de quién es el verdadero dueño y si existen causas de posible pérdida de su derecho que puedan afectar a la propia adquisición. A pesar de ello, el sistema transmisivo del Derecho común carece de remedios contra estos riesgos retrospectivos. El Derecho de la seguridad del tráfico jurídico sí tiene un remedio, cual es la fe pública regis-

¹¹⁹ Para un tratamiento más amplio de esta cuestión, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica...*, op. cit., págs. 139-149.

tral, la cual implica que para que se produzca una reasignación de titularidades reales, tanto en el ámbito contractual como en el intercontractual, se requiere la inscripción, esto es, haber adquirido de un titular inscrito e inscribir, a su vez, la titularidad negocial¹²⁰.

Ahora bien, la fe pública registral protege al adquirente contra los riesgos retrospectivos mediante la supresión de la acción reivindicatoria en relación al adquirente que cumple todos los requisitos para ser protegido por la misma. Como afirma NOGUEROLES PEIRÓ¹²¹, el Registro es la institución que nos permite contratar sin temor a perder lo adquirido por evicción.

¿Significa ello que el titular registral queda desprotegido frente a transmisiones incontinentes de su derecho? No, porque las reglas del Registro de la Propiedad dificultan —prácticamente impiden— que si un tercero pretende hacerse pasar por el titular registral y dispone de su derecho, el contratante adquirente pueda inscribir su adquisición. Para ello deben producirse dos fallos¹²²: (1) que el fedatario público falle en la identificación de los intervinientes y/o (2) que el registrador falle en el control del tracto sucesivo (art. 20 LH)¹²³,

¹²⁰ Una vez implantado el Registro de Derechos, la fe pública registral implica que, una vez inscrito un derecho, para adquirir sobre el mismo una titularidad real, se requiere la inscripción, por lo que, incluso frente al transmitente, no basta para ello con contrato más tradición sino que se requiere, además, inscripción, aunque no sea considerada explícitamente como constitutiva por el ordenamiento jurídico, probablemente porque, *inter partes*, y mientras no haya un tercero subsiguiente, se requiere que el contrato sea válido y eficaz para que haya adquisición. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación jurídica...*, op. cit., págs. 125-130. En una línea semejante, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., para quien la inscripción en un Registro de Derechos protegida por la fe pública registral es constitutiva. *El sistema español de Registro Inmobiliario* (I), pág. 56. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012.

¹²¹ NOGUEROLES PEIRÓ, N., op. cit., pág. 47.

¹²² En cuanto a la identificación como función esencial del notario, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., op. cit., págs. 209-211. La RDGRN de 27 de diciembre de 1960 afirma que la identificación de los otorgantes es «el acto más trascendental de cuantos emite el notario».

¹²³ Dado que el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico implica la pérdida de la acción reivindicatoria ilimitada para el propietario, la pérdida de tal facultad debe ser compensada introduciendo un mecanismo que asegure al propietario que nadie podrá disponer del derecho sin su consentimiento. Solamente de ese modo, los propietarios podrán aceptar tal trueque, es decir, la inversión de las reglas de protección de su derecho que implica la introducción del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, lo cual tiene el efecto adicional e imprescindible en una sociedad impersonal, de eliminar las asimetrías informativas entre los contratantes.

Para ello, el Estado introduce una regla característica del Registro de derechos: la *exigencia de tracto sucesivo*, la cual determina el cierre del Registro para los actos dispositivos realizados por (1) un titular registral sin facultades para disponer, (2) por un representante del titular registral sin facultades suficientes y (3) por persona distinta del titular registral sin estar legitimada para ello *ex lege*, atribuyendo al propio Registro la competencia para supervisar que tal regla es cumplida, lo que es de todo punto lógico, pues el Registro de derechos es el instrumento que vertebra el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario, lo que implica la competencia para denegar las pretensiones de inscripción de derechos adquiridos negocialmente contraviéndola. Ya la Resolución de la

y, además de estos fallos, que el adquirente, una vez obtenida la inscripción, transmita a un tercero a título oneroso y de buena fe que obtenga la inscripción a su favor. En última instancia, su titularidad quedaría protegida por una regla de responsabilidad. Ello no debilita la protección de la titularidad registral respecto de la titularidad negocial del Derecho común. Por el contrario, la aumenta. En efecto, las reglas de protección del Derecho común son las más adecuadas para un entorno de contratación personal —y, por tanto, con información completa o incompleta solo en el margen—, en el que los principales riesgos no derivan del desconocimiento acerca de la identidad del titular y, en general, de las incidencias que pudieran derivarse de los contratos anteriores relativos al mismo bien, sino de que alguien distinto del dueño disponga del derecho sin su consentimiento. Por ello, frente al primer tipo de riesgos, el adquirente está protegido por una regla de responsabilidad y frente al segundo por una regla de propiedad —acción reivindicatoria—.

En cambio, en el mundo de la contratación impersonal, los principales riesgos son los inversos, derivan del desconocimiento acerca de la identidad de los titulares y de las posibles incidencias que pudieran derivar de los contratos anteriores relativos al mismo bien de tal naturaleza que pudieran privar de eficacia a la adquisición negocialmente efectuada, por lo que se arbitra una solución institucional —Registro de derechos— que permita proteger al adquirente con una regla de propiedad frente a tales riesgos retrospectivos, a cambio de lo cual, ciertamente, pierde la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria, pero su *ius disponendi* queda protegido por las salvaguardias exigidas por el sistema registral y, en última instancia, por una regla de responsabilidad.

7.3.3.2. El Registro de derechos como instrumento de intervención del Estado en el sistema transmisivo dirigido a posibilitar el conocimiento de las titularidades reales por quien tenga interés legítimo

De este modo, mediante el Registro de derechos, el Estado consigue crear títulos y, por tanto, titularidades *ex ante* con un alcance *erga omnes*, sin poner en riesgo la seguridad de los propietarios. Pero para poder superar el conflic-

DGRN, de 5 de mayo de 1882, destacó este fundamento del tracto sucesivo al decir que «*la rigurosa sucesión y encadenamiento que el tracto sucesivo implica, no solo es para dar la publicidad debida a tales actos, sino además, para impedir que el que no es dueño o no resulte serlo de una cosa disponga de ella en perjuicio del que la tiene inscrita a su favor*. Sobre la importancia del tracto sucesivo como instrumento protector del *ius disponendi* del titular registral, privado de acción reivindicatoria, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el control del tracto sucesivo*, especialmente págs. 189-192. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

to entre el grado de protección de las titularidades inmobiliarias y los costes transaccionales, es preciso que el mercado pueda conocer las titularidades *erga omnes* creadas por el sistema registral.

La *publicación* del sistema transmisivo inmobiliario significa, por ello, en segundo lugar, carácter público de tales títulos y titularidades para quien tenga interés legítimo, lo que elimina las incertidumbres y, por lo tanto, los riesgos retrospectivos.

Significa, por tanto, que la identidad del titular reconocido por el Estado como tal, y, por tanto, el titular, puede ser conocida por quien tenga interés legítimo *sin consentimiento del mismo*, mediante una simple consulta a la institución del Estado que tiene atribuida la función de realizar tal reconocimiento, y que el conocimiento así obtenido basta para disipar las incertidumbres retrospectivas en cuanto a la titularidad, cargas y extensión del derecho.

Es preciso subrayar que para que pueda tener lugar la *publicación* en este segundo sentido, es preciso que tenga lugar la *publicación* en el primer sentido. En otros términos, solo porque tiene lugar la *publicación* del sistema transmisivo inmobiliario en el primer sentido, puede tener lugar la *publicación* en el segundo.

En efecto, la razón por la cual, la simple consulta al Registro de la Propiedad permite conocer la identidad del titular registral —conforme a lo expuesto, el titular real— así como la delimitación del contenido del derecho inscrito es, precisamente, porque un Registro de derechos no tiene por función publicar documentos que contienen actos y/o negocios jurídicos de finalidad traslativa del dominio —que se habrán consumado o no extrarregistralmente—, sean o no contradictorios entre sí, sino que el Registro es parte decisiva del proceso de creación del *ius in rem* inmobiliario mediante el efecto fe pública registral. Como consecuencia de ello, la propia inscripción es el título en las relaciones *inter tertios*, y el acto que protege al adquirente frente al transmitente registral mediante una regla de propiedad en las relaciones *inter contrahentes*.

Por todo ello, coincido con MARTÍNEZ MARTÍNEZ¹²⁴ cuando afirma que la finalidad esencial del Registro, como instrumento estatal de intervención en el tráfico jurídico inmobiliario, es la de constituir titularidades reales que sirvan de referente objetivamente fiable en el mercado de los inmuebles.

¹²⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *El sistema español de Registro Inmobiliario* (I), pág. 54, Ed. Thomson-Reuters. Cizur Menor, 2012.

7.3.3.3. Fundamento de la exigencia de que deba adquirirse de un titular inscrito y, además, obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, para quedar protegido por la fe pública registral

¿Por qué se exigen ambos requisitos? La razón hay que buscarla en el significado de la inscripción en un Registro de derechos o de tráfico como el nuestro.

La inscripción es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, de la extensión del mismo, así como de las reglas de protección del derecho adquirido, adoptada tras el procedimiento legalmente establecido. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1-3 LH) y concede a la persona a cuyo favor se realiza el reconocimiento el derecho a exigir la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho reconocido frente a cualquiera que lo perturbe (art. 41 LH).

La inscripción es un acto estatal —*Hoheitsakt* lo denomina la doctrina alemana—¹²⁵ que contiene una decisión también estatal¹²⁶ que, en nuestro sistema, se plasma en el acta de inscripción¹²⁷, la cual debe recoger, entre otros extremos, el derecho que se inscribe y la persona a cuyo favor se inscribe (arts. 9 LH y 51 RH), lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad real o inatascable, si concurren las circunstancias exigidas por el sistema registral.

Tal declaración no es firme, puesto que puede ser revisada por los tribunales a solicitud de persona interesada, a quien se traslada la carga de la prueba de

¹²⁵ WESTERMAN, H. P.; EICKMAN, D., DINGER, W., *Sachenrecht*, 6.ª ed., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, págs. 100 y sigs. WOLFF-RAISER utilizan la expresión *acto estatal* en Derecho de cosas, en el Tratado de Derecho Civil, ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. III, 1.º Traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1971, pág. 226. Y es un acto estatal con independencia de que el sistema legal configure o no la inscripción como requisito integrante del proceso adquisitivo *inter partes*, lo que es decisivo para entender la naturaleza del sistema de constitución, transmisión, modificación y extinción de *property rights* inmobiliarios en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico instrumentado en el ámbito inmobiliario mediante el Registro de derechos. Más extensamente sobre este asunto, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, *op. cit.*, págs 138 y sigs.

¹²⁶ *Entscheidung* la denomina la doctrina alemana. Así G. MEIKEL, W. INHOF, y H. REIDEL, *Grundbuchrecht*, t. 3, Frankfurt-München, 1988, pág. 2159 y, en general, todos los comentaristas del parágrafo 71, ap. 1 GBO. El carácter de decisión que tiene la inscripción es el que determina, según los autores, la necesaria independencia del registrador. Citados por PAU PEDRÓN, A., en «El acta de inscripción», artículo recogido en la obra *La publicidad registral*, pág. 798. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.

¹²⁷ Sobre el acta de inscripción, véase PAU PEDRÓN, *op. cit.*, págs. 791-813. Según PAU, el acta de inscripción es el núcleo del asiento, parte del mismo que refleja el tránsito del acta a la situación jurídica. Según FIGUEIRAS DACAL sería el equivalente al «fallo» de una sentencia. FIGUEIRAS DACAL, M., «La publicidad del acto registrado (como función social) y la fórmula del acta de inscripción (como protección jurídica)», en *RCDI*, núm. 552, septiembre-octubre de 1982, págs. 1202 y sigs.

cuantas afirmaciones contradigan la declaración registral, pero es difícilmente modificable si el procedimiento registral ofrece las garantías suficientes.

Como afirma PEÑA¹²⁸, los asientos registrales son documentos públicos que contienen declaraciones oficiales —en el sentido de estatales o públicas, se entiende— que proclaman en presente y *erga omnes* la titularidad y el contenido de los derechos reales inmobiliarios. Su eficacia jurídica decansa en el carácter oficial —también se entiende que en el sentido de estatal o público— de tales declaraciones, que han de ser adoptadas con el sistema de garantías ideado por la ley.

Tales declaraciones tienen *prima facie* cierta eficacia análoga a la de las sentencias, pues proclama la verdad oficial —también en el mismo sentido de estatal o pública— con los consiguientes efectos legitimadores —entre otros, los derivados de los arts. 38 y 34 LH— que son, en principio, inmovibles (art. 1-III, LH), aun cuando, a diferencia de las sentencias firmes, no tienen carácter definitivo, pues prevalecen las decisiones judiciales adoptadas en juicio ordinario.

Sin embargo, también a diferencia de las sentencias, los pronunciamientos del Registro tienen la ventaja de que valen «a todos los efectos» y *erga omnes*.

Ciertamente, pronunciada una sentencia, se crea una presunción de que la cosa juzgada es verdad (art. 1251-II CC), pero es una presunción que solo vale entre las partes del litigio y para la cuestión ventilada en el proceso (art. 1252 CC). Si la sentencia es contraria a los pronunciamientos del Registro, prevalece la decisión judicial; pero debe advertirse que, dictada la sentencia de rectificación, todavía puede prevalecer respecto de terceros la declaración del Registro frente a la declaración de la sentencia (art. 40 *in fine* LH); es decir, la propia sentencia rectificatoria del Registro necesita un pronunciamiento registral para adquirir plena eficacia *erga omnes*.

Por declaración oficial —en el sentido de estatal o pública— hay que entender, más bien, la declaración por parte del Estado de a quién protegerá (*entitlement*) en caso de conflicto y cuáles son las reglas de dicha protección. Así, en caso de conflicto de un tercero no inscrito con el titular registral, prevalecerá siempre el titular registral, salvo que este sea vencido en juicio, en el que, simultáneamente, se haya entablado la correspondiente acción de rectificación del Registro; si el titular registral reúne las condiciones del artículo 34 LH, no puede ser vencido; si no las reúne, sí puede ser vencido, pero corresponde la carga de la prueba a quien discuta su titularidad.

La inscripción es, así, el instrumento a través del cual el Estado suministra al mercado la identidad del *verus dominus*, que no es otro que el *dominus*

¹²⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, págs. 523-525. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 3.ª ed. Madrid, 1999.

reconocido como tal por el Estado, pues el adquirente negocial no inscrito es solo eso, un adquirente negocial. De este modo, la inscripción en un Registro de derechos elimina las asimetrías informativas sobre titularidad de dominio y cargas propias de la contratación impersonal, lo cual permite fundamentar en la misma la inversión de las reglas de protección del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, dotando de *liquidez* al mismo, sin merma de la *seguridad* del propietario.

Todo ello justifica la exigencia de que quien pretenda adquirir un bien inmueble beneficiándose de la inversión de las reglas de protección, haya de adquirirlo de un *titular registral*, es decir, de un *titular reconocido por el Estado como tal*.

¿Debería bastar con ello? No y por ello se requiere, además, que inscriba su adquisición, es decir, que solicite que el Estado le reconozca explícitamente como dueño. ¿A qué se debe este requisito? Se debe a varias razones.

En primer lugar, se debe a que mientras un adquirente no obtenga una declaración por parte del Estado de que lo reconoce como dueño, no es propiamente tal, pues lo único que puede exhibir son las razones —documento de haber adquirido de un titular registral— por las cuales cree que, en el caso de que se plantee un conflicto, el Estado le hará prevalecer. Es decir, únicamente puede exhibir los argumentos por los cuales cree ser propietario.

En segundo lugar, se debe a que no puede asegurar, sin embargo, que el titular registral no haya transmitido —antes o después— a un tercero que haya adquirido a título oneroso y de buena fe, el cual puede inscribir y, de este modo, despojarlo del derecho que creía haber adquirido, pues, mientras no inscriba, su *ius disponendi* queda protegido tan solo por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral a favor de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe que inscriba su derecho.

Si el Estado protegiese su *ius disponendi* con una regla de propiedad frente a los actos de tráfico realizados por el titular registral del que adquirió, incluso aunque no inscribiera su adquisición, entonces el Estado desautorizaría sus propias declaraciones de reconocimiento de titularidad —inscripciones— y, en consecuencia, se volverían a generalizar las asimetrías informativas preexistentes, reapareciendo, en consecuencia, el conflicto entre seguridad y liquidez del derecho.

En tercer lugar, se debe a que el Estado no puede realizar una declaración de reconocimiento y protección de un derecho, especialmente de un derecho de propiedad o de un derecho real limitado, singularmente si recae sobre un bien inmueble, simplemente porque quien se lo solicite haya realizado un acto o contrato de finalidad adquisitiva con el titular reconocido por el Estado como tal —titular registral—; además, ha de comprobar que quien pretende ser reconocido como dueño ha respetado las normas imperativas que enmarcan las diferentes vías de adquisición.

En un Registro de derechos, la inscripción significa el reconocimiento por parte del Estado del derecho de propiedad sobre un inmueble a favor de una determinada persona con exclusión de los demás, lo que constituye una suerte de adjudicación en régimen de monopolio de los beneficios reales o potenciales generados por el recurso. El Estado solo puede realizar tal reconocimiento previa comprobación de que quien se lo solicita ha respetado, en la adquisición del derecho cuyo reconocimiento postula, los límites marcados por las normas imperativas.

Eso es precisamente lo que justifica la existencia de un procedimiento registral dotado de unas garantías mínimas inderogables: la necesidad de comprobar que la configuración del derecho adquirido, así como su mecanismo de adquisición, no violan norma imperativa alguna —que, precisamente por serlo, configura derechos a favor de los demás— antes de conceder al adquirente contractual un documento —la inscripción registral— del que deriva una intensa protección frente a las pretensiones de terceros, la cual fundamenta el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho adquirido frente a cualquiera que lo perturbe (arts. 1-3, 38 y 41 LH)¹²⁹.

Además de estas razones, hay una última de suma importancia. La fuerza jurídica de la inscripción descansa en las garantías que ofrezca el procedimiento registral, las cuales deben ser suficientes para que, en caso de impugnación, prevalezca el titular registral. En caso contrario, el mercado no confiará en los pronunciamientos registrales, pues la experiencia le habrá demostrado que no son aceptados como pruebas incontrovertibles —*de facto*— por los tribunales, por lo cual no pueden funcionar como *inputs* incuestionables en la práctica contractual.

En cuanto al requisito de la buena fe, me limitaré a constatar que es un requisito que viene exigido por el artículo 34 LH, sin entrar en el análisis del mismo, por ser ajeno al objeto de este estudio, ni en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. STS de 7 de septiembre de 2007). En el Derecho alemán, la buena fe exigida presenta contornos más precisos. Respecto de cuál sea la buena fe exigible para que el titular registral quede protegido por la fe pública registral, el parágrafo 932.2.º del BGB dispone: «*el adquirente no es de buena fe si es conocido para él, o desconocido a consecuencia de culpa grave, que la cosa no pertenece al enajenante*». En el mismo sentido se pronuncian el parágrafo 366 del Código de Comercio y el parágrafo 892 del BGB en relación a bienes inmuebles, con la peculiaridad, como señala CUENA CASAS¹³⁰, de que en el ámbito inmobiliario se centra en la inexactitud registral y la ignorancia por culpa lata no se equipara —como sucede con los bienes muebles— al conocimiento y ello, como señala WOLFF-

¹²⁹ Esta idea se desarrolla más ampliamente en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708 (2008), págs. 1497-1589.

¹³⁰ CUENA CASAS, M., *op. cit.*, pág. 198.

RAISER¹³¹, porque en el Registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión.

7.3.4. *La superación del conflicto: derechos reales inmobiliarios más seguros y más líquidos*

El hecho de que el sistema registral produzca titularidades con alcance *erga omnes*, las dota de una gran fortaleza y, por tanto, seguridad superior a la seguridad de la que gozan las titularidades en el ámbito del Derecho común y, por otra parte, el hecho de que las mismas puedan ser conocidas por los interesados, disminuye los costes de investigación sobre titularidades y posibles incidencias derivadas de los contratos anteriores referentes al mismo bien, reduciéndolos al coste de la información registral. Dicha información registral, además, suministra un conocimiento seguro, a diferencia de los resultados de una investigación retrospectiva en el ámbito del Derecho común que, a lo sumo, puede proporcionar certidumbre, pues no hay pronunciamiento alguno *ex ante* del Estado sobre las titularidades y, en consecuencia, ninguna investigación puede proporcionar una información segura al respecto, sino tan solo un pronóstico de quién vencería en un eventual conflicto de titularidades conforme a la información recogida. El coste de producción de las titularidades registrales se limita al coste del procedimiento registral, notablemente inferior al de los demás costes transaccionales que elimina. A ello hay que añadir que dicho procedimiento proporciona títulos y titularidades inmobiliarias más valiosas que las proporcionadas por las reglas del Derecho común, pues no son títulos ni titularidades *relativas* o meramente *oponibles* con un alcance estrictamente *negocial*, sino títulos y titularidades *absolutos*, con un alcance *erga omnes*, pues la inscripción no es una prueba que compita con otras para obtener una resolución del Estado sobre la titularidad, sino la propia resolución del Estado dictada en una primera instancia¹³².

La intervención del Estado en el sistema transmisivo inmobiliario, mediante la implantación del Registro de derechos, proporciona títulos y titularidades seguros con costes de transacción mucho más bajos, con lo que supera el conflicto entre la fortaleza en la protección de las titularidades de derechos reales inmobiliarios y los costes transaccionales, inevitable en el ámbito inmobiliario en ausencia de un Registro de derechos. Por ello, las titularidades —y, por extensión, las demás magnitudes— de los derechos reales inmobiliarios son más seguras y, al propio tiempo, más líquidas.

¹³¹ WOLFF-RAISER, «Derecho de cosas», en *El Tratado de Derecho Civil*, ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. III, 1.º, Barcelona, 1971, pág. 274. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER.

¹³² MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica...*, *op. cit.*, págs. 149-152.

Los particulares no podrían crear un Registro de derechos, en primer lugar, porque, al ser la propiedad una función del Estado, ello excede de sus competencias. En segundo lugar, porque aparecerían los problemas característicos de la acción colectiva¹³³. En efecto, una vez operativo, los individuos se beneficiarían de la existencia de un Registro confiable, pero cada individuo se beneficiaría más si el Registro fuera confiable selectivamente, siendo, por ejemplo, permisivo con unos individuos y riguroso con sus contrapartes¹³⁴.

Todo ello pone de manifiesto que, como afirma BARZEL, el *enforcement* del Estado como una tercera parte independiente facilita la transferibilidad a bajo coste de los derechos. Y, a menor coste de transferencia de la propiedad, mayor es el número de transacciones que puede esperarse y con ello mayor el alcance del Estado¹³⁵. Es lógico, pues si la creación del Estado se justifica por razones de economía de escala en la protección de los derechos de propiedad, dicha protección no debe entenderse referida únicamente a la nota de *absolutividad* del derecho de propiedad, sino también a la de *circulabilidad* del mismo, pues la propiedad privada no se justifica solamente por su nota de *exclusividad*, la cual incentiva las inversiones a largo plazo, sino también por su nota de *transferibilidad*, la cual permite una constante reasignación de los bienes hacia quienes más eficientemente los usen en cada momento.

8. FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

Todo lo expuesto pone de manifiesto cuáles son las funciones esenciales del Registro de la Propiedad en relación a los derechos reales inmobiliarios: (1) posibilitar la existencia de titularidades reales sobre los mismos, es decir, de titularidades protegidas por una regla de propiedad y, por lo tanto, con muy escasas probabilidades de verse transformadas en un derecho a reclamar el equivalente económico, pues las titularidades protegidas por la fe pública registral son las que corren menor riesgo de verse transformadas en un derecho de crédito —titularidades firmes e inatacables denomina LACRUZ a las titularidades registrales¹³⁶, titularidades inatacables con la garantía del poder

¹³³ ARRUÑADA, B., *Institutional Foundations...*, *op. cit.*, pág. 28. Sobre los problemas de la acción colectiva, véase OLSON, M., *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1971.

¹³⁴ ARRUÑADA, B., *Ibidem*.

¹³⁵ Véase BARZEL, Y., *A Theory of The State: Economic Rights, Legal Rights, and The Scope of The State*, pág. 32. Ed. Cambridge University Press, 2002.

¹³⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 161, Jose María Bosch Editor, 1964.

público, las define NOGUEROLES PEIRÓ¹³⁷, o titularidades reales MARTÍNEZ MARTÍNEZ¹³⁸; (2) posibilitar el conocimiento de tales titularidades —y demás aspectos que conforman el derecho real inmobiliario— por quien tenga interés legítimo en ello.

La inscripción registral, por crear titularidades *erga omnes* y ser pública para quienes tienen interés legítimo, facilita el comercio inmobiliario, ahorrando costes de investigación retrospectiva siempre insegura, lo que dota de mayor liquidez a los *iura in rem*.

A través de estas dos funciones, el Registro de la Propiedad consigue superar el conflicto entre la fortaleza en la protección de la titularidad de un derecho real inmobiliario y los costes transaccionales, esto es, las dificultades para transmitirlos, logrando, de este modo, que los *iura in rem* inmobiliarios, sean, al tiempo, más seguros y más fácilmente transmisibles, esto, es más líquidos¹³⁹.

No son estas, sin embargo, las únicas funciones que desempeña el Registro de la Propiedad en relación con los derechos reales inmobiliarios.

En primer lugar, como he argumentado anteriormente, en un entorno de contratación impersonal, sin un Registro de derechos, no hay propiamente titularidades reales, pues las asimetrías informativas reinantes lo impiden, lo que significa, en última instancia, que no hay tampoco derechos reales, pues la titularidad forma parte del contenido del derecho y si aquella solo está protegida por una regla de responsabilidad frente a los principales riesgos del entorno impersonal —los riesgos retrospectivos—, no puede hablarse, en rigor, de titularidad real, ni, por tanto, de derecho real. En este sentido, puede afirmarse que el Registro de la Propiedad posibilita la existencia de derechos reales inmobiliarios en un contexto de contratación impersonal.

Este es el sentido de la afirmación —general en nuestra doctrina— de que el derecho real inmobiliario no es plenamente derecho real si no se halla inscrito en el Registro de la Propiedad¹⁴⁰.

¹³⁷ NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad», en *Teoría y Derecho*, núm. 5/2009, pág. 40.

¹³⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *El sistema español de Registro Inmobiliario* (I), pág. 54. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012.

¹³⁹ Una vertiente importante de este efecto consiste en que, como observa NOGUEROLES PEIRÓ, el registro de derechos permite un mayor *enforcement* de los derechos a menor coste, pues las garantías de la inscripción dan lugar a que el ordenamiento admita menores causas de oposición. NOGUEROLES PEIRÓ, N., *Ibidem*, pág. 48. Observa que el control público en el momento de la constitución del derecho se compensa con una facilidad mayor para la ejecución, como se observa con el derecho real de hipoteca.

¹⁴⁰ Véase, v.gr.: Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...* T. III, *op. cit.*, 204. AMORÓS GUARDIOLA afirma que «la absolutividad o eficacia *erga omnes* de estos derechos justifica la necesidad de su publicidad como medio técnico para conseguir esa eficacia oponible». *La teoría de la publicidad registral y su evolución*. Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, pág. 27.

En segundo lugar, la existencia del Registro de la Propiedad permite, además, que ciertos derechos subjetivos patrimoniales que no son reales porque su titularidad carece de protección alguna contra los actos dispositivos del dueño —v.gr.: arrendamiento, opción de compra—, puedan ser derechos reales porque la inscripción registral permite la protección de tales titularidades mediante una regla de propiedad y el resto del contenido de tales derechos es susceptible de protección efectiva también mediante una regla de propiedad.

Así, v.gr.: en materia de arrendamientos, en cuanto al arrendamiento de local de negocio, rige el principio *venta quita renta* consagrado por el artículo 1571 del Código Civil, lo que convierte al arrendamiento en un derecho personal, pues ello significa que, mediante la venta, puede afectar al derecho concedido sin que el titular del derecho arrendaticio pueda evitarlo. Pero las partes pueden pactar un periodo de duración e inscribir el contrato en el Registro, lo que tiene como efecto que el tercer adquirente haya de respetar el contrato celebrado entre su transmitente y el arrendatario. La inscripción convierte el derecho del arrendatario en real, pues el arrendador no puede alterarlo sin que medie la voluntad del arrendatario, es decir, la inscripción implica la protección de la titularidad del arrendatario mediante una regla de propiedad¹⁴¹.

En cuanto a la opción de compra, sucede algo parecido. En el supuesto de que el concedente de la opción venda a un tercero antes de que el beneficiario ejerce su derecho, este puede ver convertido su derecho en el *id quod inte-*

¹⁴¹ En relación a la vivienda, el artículo 14 de la LAU/1994 dispone: «Enajenación de vivienda arrendada. 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 solo 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 solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años». Ello significa que durante los cinco primeros años el arrendador no puede afectar el derecho del arrendatario contra su voluntad, lo que lo convierte en derecho real, conforme a la definición dada; una vez transcurridos los cinco primeros años, deja de estar protegido por tal clase de regla. No parece conveniente desde ningún punto de vista que la configuración del derecho del arrendatario como real durante los cinco primeros años de vigencia del contrato se haga al margen del Registro, pues ello altera los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico, con perjuicio para adquirentes y acreedores especialmente. Para un análisis detallado de esta cuestión, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria como instrumento para el desarrollo del mercado de arrendamiento de viviendas», en *Estudios sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, ORTÍ VALLEJO, A. (director) y ROJO-ÁLVAREZ MANZANEDA, R. (coordinador). Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.

rest, sin posibilidad de obtener la ejecución *in natura*. No obstante, si inscribe su derecho, aunque el concedente de la opción la enajene a un tercero, dicha enajenación no impedirá al beneficiario ejercitar la opción, pues la inscripción implica la protección de su derecho mediante una regla de propiedad¹⁴².

En tercer lugar, en ocasiones excepcionales —v.gr.: hipoteca— la inscripción es necesaria para la propia existencia del derecho real, pero, salvo en estos casos, la inscripción no modifica las facultades de goce y disfrute material que conforman los diferentes derechos reales, las cuales son las mismas con independencia de que el derecho se halle inscrito o no. Por ello, en este orden de cosas no puede afirmarse que sin la inscripción el derecho real no sea plenamente real.

En cuarto lugar, el Registro de la Propiedad desempeña una función crucial como instrumento al servicio de la consecución del nivel óptimo de estandarización o tipificación de los derechos reales inmobiliarios.

Como hemos visto, un derecho real no es plenamente tal mientras no conste inscrito en el Registro porque hasta entonces la titularidad sobre el mismo no es real. Ello significa que la creación de derechos reales inmobiliarios atípicos —al igual que la de los derechos reales inmobiliarios típicos— está sujeta, no solo a los límites derivados del contenido del derecho, sino también a los mismos límites que para la creación de negocios jurídicos típicos, y, por tanto, también a los derivados de los requisitos exigidos por la legislación registral para la

¹⁴² El artículo 14 del Reglamento Hipotecario especifica los requisitos necesarios para la inscripción del derecho de opción de compra. Son los siguientes: *a)* que exista convenio expreso de las partes para que se inscriba; *b)* que se determine el precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción; *c)* que se establezca el plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años. También regulan el derecho de opción las Leyes 460 y 517 de la Compilación de Navarra, y la inscripción del mismo la Ley 461. También lo regulan en Cataluña los artículos 568-1 a 568-12. Se regula expresamente la posibilidad de que se configure como derecho real o personal. En el caso de que se configure como un derecho real y recaiga sobre bienes inmuebles, se exige escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 568-2). Por otro lado, La RDGRN, de 7 de septiembre de 1982, se ocupó de la posibilidad de la configuración del derecho de opción de compra como derecho personal o derecho real. La STS, de 10 de septiembre de 1998, considera que, al permitir el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del contrato de opción de compra, ello viene a significar la naturaleza real del derecho de opción sin que se desconozca ese carácter por el hecho de que no proceda la cancelación de las anotaciones de embargo posteriores a la inscripción de la opción, pues no cierra el Registro, ya que el propietario puede, después de la inscripción de la opción, enajenar o gravar la finca. El alcance *erga omnes* de la opción significa que, cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, esta surte efecto contra ese comprador. La opción no inscrita afecta al tercero que adquiere el bien inscrito e inscribe su adquisición si se prueba su mala fe, según la STS de 24 de octubre de 1990. Para una información exhaustiva de la jurisprudencia al respecto, véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, T. I, págs. 453-561. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009. Las referencias jurisprudenciales citadas las he tomado de la antedicha obra.

inscripción de un derecho real inmobiliario, especialmente los relativos a la descripción del derecho y a la necesidad de determinación del mismo.

He expuesto también que el nuestro es un sistema de *numerus clausus* en cuanto a la propiedad y, probablemente, también en cuanto a los derechos reales de garantía, y de presunción *iuris tantum* de *numerus clausus* en cuanto a los derechos reales de disfrute en cosa ajena, o, si se prefiere, de presunción *iuris tantum* de innecesariedad de nuevas figuras de derecho real de disfrute en cosa ajena, salvo que se demuestre que la nueva figura desempeña una función económico-social lícita no satisfecha en absoluto o satisfecha con un nivel menor de eficiencia por las figuras existentes o por cualquier combinación posible entre las mismas. Por último, he expuesto que la iniciativa para la creación de nuevas figuras de derechos reales corresponde a los particulares, correspondiendo al Estado la admisión o no de las pretensiones de los particulares al respecto, sobre la base de las premisas expuestas. De este modo, se conseguiría el nivel óptimo de estandarización de los derechos reales.

Corresponde así al Registro de la Propiedad, en primera instancia, la función de calibrar si las iniciativas de los particulares dirigidas a la creación de nuevas figuras de derechos reales inmobiliarios se acomodan o no a las exigencias estructurales de nuestro sistema jurídico. La interactuación entre las iniciativas de los particulares y la calificación registral —confirmada, revocada o modificada parcialmente en última instancia por la pertinente resolución judicial— es la vía a cuyo través se van modulando los derechos reales existentes —v.gr.: hipoteca con titularidad mancomunada— o la aparición de alguna nueva figura —v.gr.: *leasing* inmobiliario—, de modo que el sistema tiende a conseguir un nivel óptimo de estandarización, acomodado, en cada momento, a las exigencias de la realidad y a las posibilidades ofrecidas por el desarrollo jurídico.

El negocio jurídico es la vía ordinaria para la creación de derechos reales y, al amparo de la libertad de pacto, las partes suelen acordar modificaciones del régimen jurídico de derechos reales típicos, o bien determinadas cláusulas a las que pretenden dar trascendencia real, o bien, simplemente, no especifican qué alcance pretenden dar a lo acordado por ellas. Ello obliga al registrador a realizar un cuidadoso análisis de cada uno de estos supuestos para decidir si caben dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, si pueden tener alcance real o no, pues determinados acuerdos pueden ser lícitos si se les pretende dar un alcance estrictamente personal, pero ilícitos si se les pretende dotar de un alcance real¹⁴³.

¹⁴³ Según ROMÁN GARCÍA, en un sistema abstracto, como el alemán, la desconexión entre negocio jurídico y negocio dispositivo posibilita un sistema de *numerus clausus* absoluto, lo que es un sustitutivo del control de legalidad por parte del registrador. Esta opinión no puede ser compartida, porque, en todo caso, habrá que ver si el negocio dispositivo lo es de un

En este punto, la línea seguida por la jurisprudencia registral es claramente restrictiva en orden al reconocimiento de efectos reales, lo cual resulta comprensible, pues el interés de las partes es dotar del mayor alcance en relación a terceros a sus acuerdos sobre el aprovechamiento de los bienes, pero ello genera los peligros de volver a situaciones propias del antiguo régimen, como sucede, por ejemplo, en aquellos contratos de adhesión —ejemplo: hipotecas— en los que una de las partes es un gran agente del mercado y la otra un individuo aislado, o en determinados actos de disposición de bienes reglamentados con la finalidad de impedir que salgan de un determinado círculo familiar.

Debe recordarse que la libertad de transferencia, las restricciones impuestas a la imposición de derechos reales en cosa ajena, la exigencia de tipicidad en los derechos reales en los términos expuestos, y, en general, las líneas angulares que configuran nuestro sistema jurídico real obedecen, en gran medida, a intentar evitar las vinculaciones y restricciones de todo tipo propias del antiguo régimen, las cuales impedían las inversiones a largo plazo en la tierra e inmuebles en general, y, además, impedían el comercio de los bienes pertenecientes a determinados grupos familiares, vía mayorazgos y vinculaciones de todo tipo, impidiendo una eficiente asignación de recursos.

Además y por último, como tal sistema registral, disminuye drásticamente los costes de información, y, en consecuencia, permite que el nivel óptimo de estandarización se consiga con un menor nivel de tipificación, lo que baja los costes de frustración y, además, todos los demás costes —de medición, por responsabilidades derivadas de errores de medición y, por último, administrativos—.

RESUMEN

DERECHOS REALES
TITULARIDADES REALES
REGLA DE PROPIEDAD
REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El artículo tiene por objeto contribuir a perfilar el concepto de derecho real. Sostiene que para que un derecho pueda ser calificado de real es necesario que pueda ser protegido de forma efectiva por una regla de propiedad en todos sus aspectos, incluida la titularidad sobre el mismo. En

ABSTRACT

REAL RIGHTS
REAL TITLE
RULE OF PROPERTY
PROPERTY REGISTRY

This article endeavours to help profile the concept of real rights. In order for a right to be considered real, all aspects of the right must be effectively protected by a rule of property, including title in the right. In this sense, it may be said that a right is not actually real if title in that right is not

derecho catalogado como real por el ordenamiento jurídico o no. Además, como he expuesto en páginas anteriores, pese a las apariencias, mediante el mecanismo de la carga real, queda bastante difuminado el sistema de *numerus clausus*, *op. cit.*, pág. 95.

este sentido, puede afirmarse que un derecho no es propiamente real si la titularidad sobre el mismo no es también real, en el sentido de estar protegida también por una regla de propiedad. Se argumenta seguidamente por qué los derechos reales, a diferencia de los de crédito, han de tener un contenido más o menos estandarizado y por qué el grado de estandarización deseable es el óptimo, no el máximo. A continuación, se aborda la cuestión en el Derecho español.

En un contexto de contratación impersonal, la forma clásica de protección de las titularidades sobre derechos reales —la acción reivindicatoria— ve transmutados sus efectos y, en lugar de posibilitar la existencia de titularidades reales, la impide, debido a las asimetrías informativas existentes. Por ello, es necesario articular la protección mediante reglas de propiedad acudiendo a instrumentos distintos de la acción reivindicatoria. En el ámbito inmobiliario, tal instrumento es la fe pública registral, lo que implica la publicación del sistema transmisivo mediante la creación del Registro de derechos.

El artículo finaliza analizando las funciones del Registro de derechos en relación a los derechos reales inmobiliarios. Entre ellas están la creación de titularidades reales así como posibilitar que el nivel óptimo de estandarización sea más bajo lo que suministra mayor margen a la autonomía privada.

real also, in the sense of being protected also by a rule of property. What follows is an argument explaining why real rights, unlike creditors' rights, ought to have more or less standardized terms and why the desirable degree of standardization is the optimum degree, not the maximum degree. Spanish law's approach to the issue is examined.

In a context of impersonal contracts, the classic way to protect title in real rights is to take action for recovery of possession. The effects of doing so, however, are self-defeating: Instead of making it possible for real title to exist, action of this sort prevents real title from existing, due to information asymmetry. Property rules therefore must be organized as a means of affording protection using instruments other than action for recovery of possession. For real property, the instrument to use is conclusive registrar-attested title, which implies that the conveyance system is made public through the creation of a title registration system.

The article winds up with a review of the title registration system's functions in connection with real rights in immovable property. One such function is the creation of real title, and another is to make it possible for the optimum level of standardization to be the lowest level of standardization, which affords greater room for private autonomy.

(Trabajo recibido el 11-11-2012 y aceptado para su publicación el 8-1-2013)

El artículo 223.2.º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad

por

DR. ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Acreditado como Catedrático de Universidad

Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de La Rioja

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES MÁS RECIENTES DE LA AUTOTUTELA EN NUESTRO DERECHO COMÚN.
 - II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE AUTOTUTELA.
 - III. LA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE DE LA PERSONA QUE ORDENA LA AUTOTUTELA.
 - IV. LA FUTURA INCAPACITACIÓN DE LA PERSONA QUE ORDENA LA AUTOTUTELA.
 - V. FORMA DE LA AUTOTUTELA.
 - VI. CONTENIDO DE LA DELACIÓN DE LA AUTOTUTELA.
 - VII. PUBLICIDAD DE LA AUTOTUTELA.
 - VIII. CONCLUSIONES.
-
- I. ANTECEDENTES DOCTRINALES MÁS RECIENTES EN NUESTRO DERECHO COMÚN

El sistema de tutela de autoridad ha propiciado, durante mucho tiempo, el rechazo a toda interferencia de la autonomía privada, impidiendo la presencia, hasta fechas recientes, de la autotutela en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La autotutela se introduce en el Código Civil mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria. Para entonces, la autotutela no era una novedad doctrinal puesto que ya se había planteado el contemplar esta figura en nuestro Código Civil a comienzos del siglo XX, incluso fue debatida su inclusión con motivo de los debates parlamentarios con ocasión de la reforma en materia de tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Además en uno de los Derechos Civiles españoles —el Derecho Civil catalán—, desde 1996 estaba ya vigente la autotutela, con la Ley de Tutela e Instituciones¹.

En la doctrina tomo, por tanto, como punto de partida, el planteamiento realizado en los años veinte del pasado siglo por Diego María CREUHET DEL AMO, quien se refirió a la tutela fiduciaria², para acoplarla en el Código Civil cuando, en su momento se realizase su reforma, añadiéndola a las tres modalidades tradicionales de tutela previstas en nuestro Código Civil —testamentaria, legítima y dativa—. Sin embargo, conocedor del trabajo de Diego María CREUHET DEL AMO, fue Eloy SÁNCHEZ TORRES quien acuñó el término «autotutela» en el Derecho patrio, recomendando su introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico. Para justificar la posibilidad de introducir la autotutela en nuestro Derecho, tomó como punto de partida el supuesto resuelto por los Tribunales rusos, recogido en las crónicas de Derecho extranjero de la *Deutsche Juristen Zeitung*. Se trataba del caso de un joven ruso, Ivon Cnimzo, que sufría una enfermedad hereditaria degenerativa incurable ligada a la edad. El mismo día en que alcanzaba la mayoría de edad autorizó un documento privado en el que nombraba tutor a un vecino amigo suyo para el caso de que el temido momento de su locura aconteciera, como así ocurrió. En el documento dispuso que «por si en mi naturaleza encuentra exteriorización en su día, la enfermedad, en mi probablemente latente, de mis padres, yo, ciudadano ruso, mayor de edad, declaro mi deseo de que si algún día es preciso..., sean mis tutores...».

¹ Sobre este particular de los antecedentes, vid. BADOSA COLL, F., «La autotutela», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Tomo segundo, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, pág. 903 y sigs.; DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Algunas reflexiones para autodesignar el cargo tutelar. La “autotutela” en Cataluña», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-febrero de 2000, pág. 17 y sigs.

² CREUHET DEL AMO, D. M.^a, *La tutela fiduciaria* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Editorial Reus, Madrid, 1921, pág. 10, para quien el término fiduciaria equivale a confianza «y aunque este sentido debe inspirar todas las clases de tutela en que es elegible, nunca en ellas es tan expresiva y peculiarmente cargo de confianza cual en la que se defiera el futuro o posible tutelado: como que este encomienda la guarda de sí y de sus bienes para el momento luctuoso en que pierde su capacidad. En ninguna otra forma de tutela el efecto de fe, de satisfacción, en cuanto al tutor, se dibuja con caracteres tan vigorosos y firmes, porque aquí lo perfila y magnifica la voluntad del que ha de quedar sometido a la guarda, a la vigilancia de aquel a quien el que necesita ser guardado y vigilado constituye en guardián y vigilante».

Llegado el momento de locura, se planteó ante la justicia rusa la validez de tal estipulación: ¿una persona mayor de edad podía nombrar para el futuro a su propio tutor? La justicia resolvió reconociendo la legalidad del documento suscrito por Ivon Cnimzo, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales³.

La posibilidad de la figura de la autotutela la vuelve a plantear, unas décadas después, defendiendo su admisión en nuestro Derecho, RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, quien propone lo que denomina un «mandato tutelar», que no sería contractual sino unilateral, ya que al ser la tutela una institución obligatoria y de orden público, no necesitaría la aceptación del llamado dejando a salvo las excusas señaladas por ley, *«independientemente de que dicho acto no podría ser otorgado más que por personas mayores de edad y de que surtiría efectos jurídicos en vida del que lo realizó, por lo demás guardaría grandes similitudes con la designación testamentaria del tutor, por lo que también se podría denominar cuasi-testamento. De este modo, sería factible de renovación, ínterin no se iniciase el procedimiento para pronunciar la incapacidad del otorgante, ya que, si la voluntad humana es mudable hasta la muerte, no hay razón para que no tengan eficacia las mudanzas expresadas en acto unilateral que no afecta en cada una de sus manifestaciones a tercero, sino que solo en la última manifestación ha de existir con éste el nexo obligatorio de la tutela»*⁴. Por tanto, en este sentido, entendía que más allá de la incapacidad del tutelado, hay que respetar en lo posible la voluntad de lo que dispusiera siendo capaz, pues ante y sobre todo se trata de cumplir su mandato —lo importante es el contenido de la voluntad—, siendo fieles al destino que imprime tanto en su vertiente personal como patrimonial. Pero además este autor pone especial énfasis en evidenciar la dimensión negativa de la autotutela, consistente en la posibilidad de que el presunto incapaz formulase su oposición a que determinada persona desempeñe el cargo de tutor en el supuesto de futura incapacidad, ya que según el autor, *«...constituye el ejercicio de una facultad potestativa por parte de*

³ SÁNCHEZ TORRES, E., «Una nueva modalidad tutelar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, págs. 345-348, trasladando su posibilidad en nuestro Derecho, era favorable, considerando el parangón de la autotutela con las herencias a favor del alma, señalando la identidad de su fundamento y fines. Además expresa que «la autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona».

⁴ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, págs. 350-352. Justificaba la tutela fiduciaria no solo en el criterio que inspira toda institución tutelar de que siempre se debe apreciar el interés del tutelado, sino también en la posibilidades que expresamente ofrece nuestro Código Civil, ya que si unos extraños pueden nombrar tutor al menor o incapacitado en virtud del artículo 207 del Código Civil, si también el menor de edad y mayor de catorce años (art. 663.1 del CC) e incluso el demente, en el caso y con las formalidades del artículo 665 del Código Civil, y el pródigo *ex* artículo 221.2.º del Código Civil, tienen posibilidad de hacer esta designación, con mayor razón la persona plenamente capaz ha de poder nombrárselo a sí misma antes de ser incapaz.

persona individual, que no está en contradicción con el carácter social de la institución tutelar, en cuanto ésta tiene como finalidad principal, la protección de la persona e intereses del incapaz. Luego la sociedad por su propio bien, no puede imponerle a una persona, el que sufra la potestad de un tutor que él ha reprobado de antemano, porque ello significaría una coacción moral intolerable en el ámbito inviolable de la libertad individual»⁵.

Posteriormente, ni en los más destacados planteamientos doctrinales, ni en la reforma legal de la tutela de 1983, triunfó la figura de la autotutela⁶. En la doctrina, en destacados estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, no se trató, al menos de forma expresa, la cuestión⁷. Por su parte, en la reforma legislativa de la tutela en 1983, por razones diversas, fundamentalmente de prudencia legislativa —como se pone de manifiesto en los trámites parlamentarios— no prosperó la propuesta de introducir la autotutela en nuestro Código Civil⁸. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ pone de manifiesto que entre los argumentos utilizados en contra de la admisión de la autotutela en

⁵ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?», *op. cit.*, pág. 362.

⁶ Esta carencia no era exclusiva del Derecho español, sino que la situación era la misma que en otros países, fuesen o no de nuestro entorno. Salvo en Suiza, en cuyo Código Civil —art. 381—, se contemplaba la autotutela («A menos que justos motivos no se opongan a ello, la autoridad tutelar nombrará tutor a la persona designada por el padre o la madre o por el incapaz»), muy pocos Estados de nuestra órbita contemplan la posibilidad de que una persona, en previsión de una incapacitación, pudiera disponer de alguna medida que adquiriera eficacia posteriormente a la incapacitación, y allí donde existe, salvo el caso suizo, no es precisamente la autotutela sino la previsión del mandato válido para después de la incapacitación prevista —parágrafos 1896 y 1897.4 del B.G.B. alemán—.

⁷ Díez-PICAZO, L. (Dir.), *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales (SEREM), Madrid, 1977, págs. 22, 23 y 38. En estos estudios se contemplaba la incapacitación voluntaria —arts. 211 y 212 del proyecto de varios autores—, bajo cuya rúbrica se prevé la posibilidad de que personas en las que concurren determinadas circunstancias invalidantes pero que no han adquirido la entidad de causa legal de incapacitación, puedan voluntariamente someterse a incapacitación, y pudiesen así quedar sometidas a la tutela, según el funcionamiento y delación general del Código Civil.

⁸ El diputado señor Canellas propuso que cualquier persona, en documento público o notarial, pudiera ordenar respecto de sí misma la delación de la tutela. La enmienda fue rechazada, si bien a la luz de las discusiones parlamentarias cabe concluir que «*nada hay en el debate de esta enmienda que nos haga pensar que fue la voluntad del legislador prohibir o hacer radicalmente ineficaz esta conducta; antes bien, el rechazo a la introducción de la autotutela en nuestro derecho positivo obedeció a razones de prudencia legislativa*», sobre estos debates parlamentarios de la reforma de la tutela del año 1983, vid. a ZAPATERO GONZÁLEZ, R., «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983», en *Estudios sobre la tutela (en torno a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela)*», dir.: GARCÍA CANTERO, Editorial Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. 259, Madrid, 1986, págs. 72 a 76; GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «La autotutela en el Derecho Común español», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, Colegio Notarial de Granada, 1998, págs. 202-204.

nuestro Derecho con ocasión de la tramitación parlamentaria de la Ley 11/1983, de 24 de octubre, el más importante fue la posible captación de la voluntad del autotutelado por la persona que designaba tutor para sí. Esto es, se consideraba que si una persona estaba casi incurso en causa de incapacitación, esto es era ya un presunto incapaz, su voluntad era fácilmente captable, en particular por quien podía ser designado para ser tutor. Sin embargo, manifiesta este autor que «*la autotutela lo que persigue es que una persona que todavía se encuentra en perfectas condiciones, es decir, sin merma de su capacidad, pueda decidir —positiva o negativamente— lo que considere necesario en previsión de su eventual incapacitación*»⁹, esto es, en previsión de una incapacidad aún no acaecida.

No tendría que pasar mucho tiempo para incorporar al Código Civil una posibilidad tan lógica y aconsejable como la consistente en permitir que, estando todavía en plenitud de razón, sea el propio sujeto quien, con el fin de prevenir las consecuencias negativas de una futura disminución de sus facultades, pueda ordenar la protección de su persona y bienes para esa eventual situación¹⁰.

Con motivo de la declaración por parte del Consejo de la Unión Europea del año 2003, como Año Europeo de las personas con discapacidad, se retomó jurídicamente el debate sobre la autotutela, teniendo finalmente reflejo normativo la figura en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de la modificación del Código Civil¹¹, en virtud de la cual se modificaron, entre otros, los artículos 223, 234 y 239 del Código Civil.

⁹ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2001, pág. 941.

¹⁰ BRANCÓS NÚÑEZ, E., «La procuration irrevocable et l'étude des dispositions pouvant être prises pour organiser sa propre incapacité dans l'avenir», en *Notarius International*, vol. 5, núm. 1, 2000, pág. 25, entiende que se evitaría además la paralización de la actividad jurídica y económica de la persona que, entrada en plena fase de decadencia, se encuentra en una situación entre la plenitud de sus facultades racionales y la incapacidad.

¹¹ En España, por primera vez se reguló legalmente la autotutela en el Derecho catalán mediante la Ley 11/1996, de 29 de julio (art. 5.1), que modificó la anterior Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela e Instituciones Tutelares; luego el Código de Familia de Cataluña —Ley 9/1998, de 15 de julio—, la reguló en su artículo 172, y actualmente la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en cuyo artículo 222-4, contempla las «delaciones hechas por uno mismo». Sobre estos antecedentes del Derecho catalán, vid. PARRA LUCÁN, M.ª A., «El régimen de tutela e instituciones tutelares en el Derecho catalán (I)», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 20, abril de 1994, págs. 77 y sigs., de esta misma autora y sobre el mismo tema, vid., «Voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 77 y sigs.

En el Derecho francés, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Apoderamiento preventivo y autotutela», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 125, alude como institución cercana a la autotutela, la carta de intenciones (*lettre d'intention*) en la que el futuro incapaz solicita del juez que nombre a una determinada persona como su tutor.

Hemos de felicitarnos porque se regule la autotutela, puesto que estamos ante una figura de manifiesta utilidad para que la persona que se encuentra con plenas facultades mentales proceda a designar a quien se ocupará de su tutela, estableciendo además los órganos de control y fiscalización que estime oportunos. Sin embargo, nos enfrentamos ahora con el reto de vertebrar la inveterada tutela de autoridad, con el muchísimo mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad que la reforma ha introducido en nuestro Código Civil y que encuentra su punto de fricción en lo dispuesto en el artículo 234, apartado primero —que sigue utilizando la expresión «se preferirá» para el nombramiento de tutor— y segundo —de acuerdo con el cual, excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del apartado 1.º del artículo 234 e incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, incluso al designado por el propio tutelado, si el beneficio de este así lo exigiere—.

II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE AUTOTUTELA

1. CONCEPTO

CREHUET DEL AMO, quien, en los años veinte del siglo pasado, abogó por introducir esta figura de la autotutela en nuestro Derecho Civil, perfiló sus elementos esenciales, y la definió como «*la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella, antes de haber incidido en incapacidad. Es pues la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz*»¹². En esta misma línea, más recientemente, BADOSA, define la autotutela como «*la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación*»¹³.

¹² CREHUET DEL AMO, D. M.^a, *La tutela fiduciaria* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Editorial Reus, Madrid, 1921, pág. 9 y sigs. Esta definición la recoge también RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 26, abril-junio de 1998, pág. 156. En cuanto a la denominación de esta figura, la cuestión no ha sido pacífica en la doctrina, si bien el término autotutela en el sentido ceñido al nombramiento de tutor por el tutelado para el caso de futura incapacitación fue el que se impuso, sin embargo, no faltaron quienes identificaban la autotutela con la «incapacitación voluntaria», reservando la expresión «autodelación de la tutela» para referirse a la facultad de designar al propio tutor. En este último sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, op. cit., pág. 128. También es partidario del término «autodelación» para referirse a la autotutela, ROMERO CANDAU, P. A., «Posibilidades de autoprovisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1995, págs. 458-460.

¹³ BADOSA COLL, F., «La autotutela», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, pág.

Sin embargo, hay quien no comparte el planteamiento de que solo, en su caso, los mayores de edad pudieran designar tutor por sí mismos y además tampoco son partidarios de que la definición de autotutela se ciña a la denominada autotutela positiva excluyendo la negativa. Por eso, ROMERO CANDAU la definió como la *«posibilidad de una persona para designar su propio tutor o excluir a alguien del cargo»*¹⁴. En este mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ conceptúa esta institución como *«la facultad de que goza una persona para designar a su propio tutor, o para excluir a alguien de tal cargo, en previsión de su eventual incapacitación»*¹⁵.

Pasando del plano doctrinal al plano legislativo, en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria con esta finalidad, se dice que en el contenido de esta Ley *«se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad...»*

De ellas destaca, en primer lugar, la regulación de la autotutela, es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de las enfermedades degenerativas.

Efectivamente, si ya los padres pueden adoptar las medias que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado.

Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil, consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, y ello

903. En parecidos términos, para CARPIO GONZÁLEZ, I., «Primera regulación de la autotutela en Derecho Español: La Ley catalana 11/1996, de 29 de julio», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 189, Ilustre Colegio Notarial de Granada, noviembre de 1996, págs. 2811, la autotutela *«es la posibilidad de que una persona mayor de edad, para el caso, de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la declaración del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)»*.

¹⁴ ROMERO CANDAU, P. A., «Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1995, pág. 457.

¹⁵ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2001, pág. 944.

en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela, y en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así se convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación».

Por tanto, siguiendo el susodicho planteamiento legal, la autotutela se define por VAQUER ALOY como *«la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente»*. En este sentido, el mismo autor destaca que el rasgo distintivo de la autotutela es que «se trata de la organización de la tutela sobre sí misma por parte de una persona cuando todavía goza de plenas facultades cognoscitivas y para el momento en que va a carecer de ellas siendo objeto de incapacitación judicial»¹⁶.

En definitiva, la autotutela, según el artículo 223.2.º de nuestro Código Civil, es la institución en virtud de la cual cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, puede en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor¹⁷.

Así pues, mediante la autotutela la persona con capacidad de obrar suficiente puede adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor¹⁸, haciéndola ella para sí misma y para el caso de ser declarada incapaz en el futuro.

¹⁶ VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Diario La Ley*, núm. 5961, Sección Doctrina, 24 de febrero de 2004, págs. 1 y 2.

¹⁷ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 53, escribe que ante la autotutela «nos hallamos ante un mecanismo por medio del cual se reconoce al sujeto que conserve capacidad suficiente el derecho de designar a quien quiere como tutor, a través de la expresa manifestación, en escritura pública, antes de llegar al grado de no poderse gobernar por sí mismo».

¹⁸ En la designación de tutor no hemos de olvidar que según el artículo 242 de nuestro Código Civil: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados». Conviene recordar la existencia de personas jurídicas especializadas en el cuidado de personas aquejadas de una concreta afección, esto es, cuentan con una especialización en la atención y cuidado de una afectación determinada: conocen la afección, el modo de tratarla y de los cuidados que requiere. Por todo ello, puede resultar interesante designar para sí mismo como tutor a una persona jurídica especializada en tratar a personas aquejadas por el mismo tipo de enfermedad que pudiera sufrir la persona que prevé su tutela y ordena su autotutela. Por otra parte, en ocasiones los jueces nombran un tutor de la persona y otro de los bienes, así LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, Colegio Notarial de España, Madrid, 1997, pág. 115, ha escrito: «...en el caso de que el patrimonio que los padres dejen al disminuido sea muy complejo, puede ser conveniente acogerse a esta posibilidad, nombrando tutor de la persona a un familiar de confianza y tutor de los bienes a una persona técnica o

2. NATURALEZA JURÍDICA

El sistema actual de nuestro Código Civil es el de tutela de autoridad, lo que significa que esta se ejerce bajo control o salvaguarda de la autoridad judicial, la cual está investida de un amplio margen de discrecionalidad limitada únicamente por el beneficio del tutelado. En este contexto, la autotutela es una declaración de voluntad unilateral del propio interesado que no necesita para su perfección la aceptación de nadie, siendo la declaración contenida en documento público notarial válida desde su otorgamiento; es personalísima, puesto que solo puede ser ejercitado este derecho por el titular, no se puede delegar en nadie para hacer la designación (no cabe representación dada la importancia que reviste el juicio de capacidad en la manifestación de esta voluntad¹⁹); produce sus efectos en vida del declarante —*inter vivos*—; es recepticia, en cuanto que para que produzca sus efectos es necesario que sea dada a conocer a otra persona —a la autoridad judicial que entienda del proceso para el nombramiento del tutor y más tarde a conocimiento del designado, que podrá aceptar la designación o excusarse habiendo causa para ello—²⁰; y se trata de una declaración solemne —recogida en documento público notarial²¹— y, por último, revocable al ser la

perita en el tipo de administración de los bienes de que se trate (v.gr., valores mobiliarios, fincas rústicas...), pero en la mayoría de los casos, lo normal será que un solo tutor realice ambas funciones...».

¹⁹ JIMÉNEZ CLAR, A. J., «La autotutela y los apoderamientos preventivos», en *Jornadas sobre la nueva ley de Protección Patrimonial de los discapacitados*, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Colegio Notarial de Valencia, 2005, pág. 130.

²⁰ Si bien de la elección voluntaria de tutor se predicen las notas de unilateralidad, en el sentido de no ser precisa otra voluntad distinta de aceptación para su perfección, de tal carácter unilateral no cabe deducir su naturaleza no recepticia como defiende SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 65, ya que cabe entender, por el contrario, el carácter recepticio por cuanto para que produzca efectos es necesario que la declaración de voluntad sea dada a conocer a otra persona (al nombrado y a la autoridad judicial, cfr. arts. 231, 234 y 259 y concordantes del CC) como ha defendido MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «La autotutela en el Derecho Civil común», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, pág. 161 y sigs.

²¹ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 66, se pregunta: ¿Por qué no permitir que el sujeto acuda directamente ante el encargado del Registro Civil para manifestar por comparecencia a quien prefiere como tutor? Este autor entiende que lo determinante es que exista una manifestación de voluntad fehaciente que pueda hacerse de otras maneras distintas del documento público; en concreto entiende como momento y forma adecuados la exploración que del presunto incapaz tiene que hacer el juez en el procedimiento de incapacitación. En este sentido alude a la SAP de Navarra (Sección 3.ª) 108/2005, AC 2005/1813. También trae a colación la emancipación por concesión de los padres que según lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, «se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del registro». Ignacio SERRANO GARCÍA llega incluso a afirmar que: «afinando el discurso, habría que decir que parece muy conveniente la escritura cuando estamos ante una autotutela compleja, en la que además de designación de tutor existan otras disposiciones acerca de la persona y bienes, por la mayor seguridad que aporta la intervención notarial. En una autonomía simple, con designación únicamente de tutor, no

voluntad de la persona mutable, en este caso, hasta el momento de la pérdida de la capacidad²². El documento de autotutela puede modificarse mientras se conserve la capacidad suficiente requerida legalmente²³.

3. FUNDAMENTO DE LA AUTOTUTELA

La razón de existir la autotutela hay que buscarla en la facultad de autorregulación, respetando la plena libertad personal, que nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce a todo sujeto con capacidad suficiente, lo que permite a una persona prever su propia incapacidad y establecer las medidas necesarias para cuando esta se produzca.

Con arreglo al artículo 223 del Código Civil, se permitía ya a los padres establecer la tutela de sus hijos menores e incapacitados. Si eso era así, que lo era, por qué no reconocer que el autotutelado tenga esa capacidad, en su propio beneficio, en relación con su propia tutela para designar a la persona que le inspira confianza, excluyendo a aquellas que no se la inspira.

El fundamento de la autotutela, por tanto, se encuentra en la facultad de autorregulación que el Ordenamiento Jurídico reconoce a cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser en el futuro incapacitada judicialmente. Esta facultad permite a una persona —el propio interesado— prever la propia incapacidad y así establecer las medidas precisas para cuando tal incapacidad se produzca. En principio, nadie mejor que el propio interesado —que conserva la capacidad de obrar suficiente— para designar a la persona que desea como tutor o para excluir a las personas que no desea para tal cargo²⁴.

parece imprescindible, a mi modo de ver, la intervención notarial. Más sencillez aún podría tener una autotutela negativa, en la que el sujeto se limita a expresar que no quiere como tutor al designado judicialmente, o que no quiere a aquel al que correspondería el desempeño de la tutela según el orden del artículo 234. Una voluntad negativa respecto de una concreta persona o grupo de personas (por ejemplo, los parientes de determinada rama), entiendo que es relevante sin importar la forma en que se manifieste, siempre que sea indubitada». Por otra parte, GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «La autotutela en el Derecho Común español», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, 1998, págs. 202 y sigs., propuso como documento público en el que puede constar esta voluntad, la escritura, el testamento y el acta de notarial de manifestación.

²² Sobre las características de la autotutela, vid. DÁVILA HUERTAS, E., «La autotutela. Estudio», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, Colegio Notarial de Granada, núm. 227, abril de 2000, págs. 1311 a 1313.

²³ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 68, entiende que «la revocación puede ser expresa, conteniendo el documento público notarial posterior una manifestación explícita de dejar sin efecto la primera designación o exclusión, o bien a través de un documento posterior que, sin contener una derogación expresa de la manifestación anterior, contenga disposiciones incompatibles con el documento anterior».

²⁴ TAJANA DE BRANDI, N. A., y LLORENS, L. R., «El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión», en *Revista del Notariado*, julio-septiembre de 1999, pág. 22,

La autotutela prevista en el artículo 223.2 del Código Civil²⁵ zanja la polémica doctrinal acerca de la posibilidad de la autotutela con la redacción precedente de nuestro Código Civil²⁶. La mayoría de la doctrina, atendiendo al

dicen: «si todo ser humano puede disponer de sus bienes para después de su muerte, ¿cómo no admitir que lo pueda hacer para cuando aún está en este mundo...? Partimos del convencimiento de que todo ser humano en el ejercicio de su más inalienable libertad y del más elemental derecho de propiedad tiene derecho a prever estas cuestiones (autoprotección de su persona y bienes en previsión de su futura incapacidad), como a intentar solucionarlas de antemano y al efecto de dictar y estipular pautas para su gobierno, en el supuesto de que en un futuro ya no pueda hacerlo por sí... decisiones... tomadas siendo capaz, para ser ejecutadas en una eventual circunstancia de incapacidad».

²⁵ Que se introduce por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esa finalidad.

²⁶ También se dieron argumentos por quienes entendían que con la anterior situación normativa procedente de la reforma de nuestro Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, existían ya suficientes argumentos como para admitir la autotutela en el entonces Derecho Común: la capacidad de autorregimiento que ha de ser reconocida a toda persona, la aplicación del argumento analógico a la facultad reconocida a los padres para nombrar tutor «en testamento o documento notarial» a sus hijos menores o incapacitados. ROMERO CANDAU, P. A., «Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1995, págs. 461 y 462; y CAMPO GÜERRI, M. A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, 2000, págs. 24 y 25. DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Algunas reflexiones para autodesignar el cargo tutelar. La “autotutela” en Cataluña», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-febrero de 2000, pág. 24, afirma: «Sobre la base de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 234 del Código Civil se puede respetar la designación hecha por el interesado, aunque legalmente no esté regulada la autotutela. El juez al encontrar una disposición de un incapaz, regulando su tutela cuando todavía tenía capacidad para ello, podrá mediante resolución motivada alterar el orden legal de delación a favor de lo dispuesto por el interesado. O incluso, atender el juez las indicaciones hechas por el sujeto, alegando que altera el orden en “beneficio” del incapacitado». MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Apoderamiento preventivo y autotutela», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 132, entendía que a la vista de la entonces redacción de nuestro Código Civil, los argumentos a favor de la autotutela con efectos propios —vinculantes o parcialmente vinculantes para la autoridad judicial, al modo de las disposiciones paternas— son de suficiente entidad.

También admiten el juego de la autonomía de la voluntad en la institución tutelar, en particular en cuanto a la atribución de bienes a incapacitados estableciendo un régimen de administración específico de ellos, artículos 223 y 227 del Código Civil, RIVAS MARTÍNEZ, «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 1998, págs. 178 y sigs.; CASTILLO TAMARIT, J., «Tutela. Autotutela. Protección de menores», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2001, págs. 40-43; FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F., «La autotutela», en SERRANO GARCÍA, I. (coord.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003, págs. 62 y sigs.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a B., «La autotutela», en *Actualidad Civil*, 2002, pág. 1277. Sin embargo, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2001, pág. 947, entiende antes de la reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esa finalidad, que «estos argumentos no ofrecen la consistencia suficiente como

tenor literal de nuestro Código Civil, se oponían a tal posibilidad²⁷, sin dejar de reconocer a la vez las ventajas que supondría su reconocimiento en nuestro Código Civil.

En la propia Exposición de Motivos de la susodicha Ley 41/2003 se justifica la autotutela declarando que: «Si los padres pueden adoptar medidas que consideren oportunas respecto de las personas y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ve obstáculo para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí misma para el caso de ser incapacitado». Por todo ello, se añade por la Ley 41/2003, el párrafo segundo al artículo 223 del Código Civil: «*Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*».

para considerar que hoy en día un juez español pueda admitir, a la vista de ellos, cualquier supuesto de autotutela, excluida, naturalmente, la aplicación del Derecho catalán».

²⁷ Argumentos en sentido contrario a entender que con la anterior situación normativa procedente de la reforma de nuestro Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se podía admitir la autotutela en el entonces Derecho Común: 1.º Tras la reforma de 1983, el régimen de la autotutela aparece constituido por norma de fuerte carácter imperativo que dificulta interpretaciones extensivas y aplicaciones analógicas, reduciendo el marco de la autonomía de la voluntad dado que el poder decisorio lo tiene el juez y no los particulares; 2.º el Código Civil seguía contemplando con carácter único, las tres formas tradicionales de delación de la tutela —legítima, testamentaria y dativa—, sin que apareciera la autodelación de la tutela; 3.º En el elenco de personas fijado en el artículo 234 del Código Civil para el nombramiento de tutor, no figuraba la persona o personas designadas por el interesado, no en vano las Cortes Generales no quisieron incluir la autotutela en la reforma de 1983. 4.º La posible captación de voluntad del presunto incapacitado. En este sentido, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2001, pág. 949, entiende que: «Estas razones —y algunas otras derivadas de la falta de adecuación de la actual normativa de la tutela en nuestro Código Civil a una figura como la autotutela, que fue rechazada por nuestro legislador de 1983— nos inclinan a considerar la necesidad de que el legislador español afronte *ex novo* y decididamente la regulación de esta figura, que, por otra parte, nos parece tan adecuada y beneficiosa para un número creciente de personas en los momentos actuales. Pienso, además, que una iniciativa legislativa en este sentido caería de lleno en el ámbito del artículo 9.2 de nuestra Constitución, conforme al cual: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad... del individuo sea(n) real(es)”. No en balde el Preámbulo del Código de Familia de Cataluña afirma, en su apartado II (“Principios de la presente Ley”), que “en este mismo marco del respeto de la autonomía de la voluntad puede incardinarse la institución de la autotutela”. Expuesto lo anterior, parece indudable que en nuestro Derecho común no existe una norma que expresamente autorice o prohíba la autotutela. Del silencio de los artículos 234 y 235 del Código Civil en relación con esta figura, se puede extraer la definitiva conclusión de que nuestro Código Civil todavía no la ha dado acogida. De estos dos preceptos solo se desprende que la delación de la tutela continúa adoptando en nuestro Código las tres formas tradicionales: testamentaria, legítima y dativa».

Como consecuencia de este añadido al artículo 223, se modificó el párrafo primero del artículo 234 del Código Civil para que, dado el supuesto del artículo 223.2 del Código Civil, en el nombramiento de tutor se prefiera a la persona designada por el propio tutelado.

Mediante esta figura, se concede al propio interesado una amplia facultad de auto-regulación que va más allá de la mera designación de tutor y que alcanza a organizar la tutela de la persona, por sí misma cuando todavía tiene plenas facultades mentales de cara al momento en que careciendo de ellas se le incapacite judicialmente. Por tanto, dos son los presupuestos fundamentales de la autotutela: la capacidad de obrar suficiente de la persona que ordena la autotutela y la previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro. A estos dos elementos, hemos de añadir un requisito o presupuesto formal: el documento público notarial a través del cual adoptará cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

III. LA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE DE LA PERSONA QUE ORDENA LA AUTOTUTELA

Autotutela significa que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente puede adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida su propia tutela —designación de tutor—, en previsión de ser incapacitada en el futuro.

El interesado, además de designar tutor para el caso de su eventual incapacidad, puede en el documento público notarial de delación de autotutela, designar curador a otra persona distinta del que ha designado como tutor, para el supuesto de que sea revisada su incapacidad por el juez dictando una nueva resolución que sustituye el régimen de tutela por el de curatela. Ahora bien, el artículo 292 dispone que sustituido judicialmente el régimen de tutela por el de curatela, «desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiera sido su tutor, a menos que el juez disponga otra cosa». Por tanto, el juez no está obligado a nombrar curador a la persona designada por el autotutelado, a menos que así lo estime procedente por considera que es lo más adecuado al interés del incapacitado. Por otra parte, conforme a los artículos 234 y 235 del código civil la designación que hace el autotutelando —de tutor o curador— no son vinculantes para el juez.

En cuanto a los requisitos de capacidad para la validez de la autotutela, *cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente*, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes incluida la designación de tutor (el nombramiento de tutor corresponde al juez al constituir la tutela y de ese nombramiento depende la eficacia de la designación de tutor). Por capacidad de obrar suficiente ha de

entenderse la capacidad natural de entender y de querer cuando se designa al tutor o se adopta cualquier otra previsión en atención a la futura incapacitación²⁸. Se presume esta capacidad de obrar suficiente a las personas en tanto en cuanto no se dicte una sentencia firme de incapacitación, presunción que admite prueba en contrario en el caso de las personas que en el momento del otorgamiento del documento público notarial estuviese afectada de una enfermedad degenerativa²⁹. En suma, por capacidad de obrar suficiente, en mi opinión, no ha de entenderse solo mayoría de edad, puesto que si así lo hubiere querido el legislador hubiese empleado tal expresión o hubiese exigido la plena capacidad de obrar³⁰. No se trata por tanto, de una capacidad plena, sino si la persona sabe lo que quiere, entiende aquello que se expresa y si se da cuenta de las consecuencias de su manifestación en relación con la elección de tutor que quiere efectuar. Se trata por tanto de interpretar la expresión legal en el sentido más favorable a la propia eficacia de la declaración³¹. Así, en este sentido, en el momento de designar la autotutela en documento público notarial, el disponente debe tener capacidad de entender y querer las consecuencias del acto. Corresponde al notario autorizante emitir su juicio sobre esa capacidad, analizando la capacidad de la persona otorgante³².

En suma, los mayores de edad —salvo que careciesen de esa suficiente capacidad de obrar, en tanto en cuanto no se dicte una sentencia firme de incapacitación— pueden ordenar la autotutela: tienen la facultad para designar a

²⁸ FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, «La autotutela», en *La protección jurídica del discapacitado* (SERRANO GARCÍA, I., coord.), Valencia, 2003, págs. 62 y sigs.; MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Apoderamientos preventivos y autotutela», en *La protección jurídica de incapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (MARTÍNEZ Díez, R., dir.), Madrid, 2000, págs. 128, 129 y 131; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 1998, págs. 178 y sigs.

²⁹ Pensemos en el supuesto de ejercicio de la autotutela cuando ya se ha presentado la demanda de incapacitación del presunto incapaz, así FERRER RIBA, J., «Les institucions tutelars en el Codi de Família», I, en *La Llei de Catalunya*, num. 239, de 18 de enero de 1999, pág. 3.

³⁰ PEREÑA VICENTE, M., «La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, núm. 6665, 6 de marzo de 2007, pág. 3. De esta misma autora en relación con el tema, vid., «Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor», Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, y «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007, págs. 2235 a 2253. Por otra parte, SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 69 y 70, escribe que: «Es conveniente, para bien entender la cuestión, tener en consideración que lo único que hay en la delación hecha por uno mismo, es una manifestación de voluntad, sin eficacia inmediata, y que solo adquiere eficacia si el juez la estima. Por ello parece poco relevante la capacidad del sujeto... Y tampoco es decisivo encontrarse en una situación de plena capacidad de autogobierno o de ausencia de ella, por estar la persona en una incapacidad de hecho».

³¹ En este sentido coincido con SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 70.

³² Artículos 145, 156.8 y 167 del Reglamento Notarial.

quien haya de regir su persona y/o bienes para el caso de que su misma persona pueda resultar posteriormente incapacitada. Lo mismo puede afirmarse de los menores emancipados³³ en el bien entendido de que en el artículo 323 del Código Civil no se incluye este acto de autotutela entre los que requieren asistencia de los padres o del curador. La capacidad de los menores de edad emancipados se asimila a los de mayor de edad, salvo los actos que puedan provocarles un empobrecimiento patrimonial, rigiéndose como mayores de edad en la esfera personal³⁴. Cuando la emancipación es por matrimonio —art. 48 del CC—, se adelanta respecto del resto de emancipaciones, la edad a partir de la cual se tiene capacidad para ordenar la autotutela³⁵.

Más dudoso es que tengan esa capacidad de obrar suficiente para ello ciertos menores no emancipados mayores de catorce años.³⁶ Ahora bien, si el artículo 223.1 del Código Civil, autoriza a los padres, sin especificar su edad³⁷, a

³³ El emancipado tiene capacidad suficiente a los efectos de la autotutela, sin necesidad de asistencia de padres o tutor, vid. a PEREÑA VICENTE, M., «La autotutela. ¿Desjudicialización de la tutela?», en *Diario La Ley*, núm. 6665, 2007, pág. 49. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «La autotutela en el Derecho Civil Común», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, pág. 161 y sigs., quien entiende que: «el menor emancipado es persona a quien la Ley equipara con el mayor de edad, con las limitaciones que enumera el artículo 323.1.º del Código Civil —que han de ser consideradas números *clausus* y no susceptibles de ampliación analógica—; que hay que estar siempre a la mayor capacidad de la persona; y, por último, que las incapacidades y las prohibiciones han de ser interpretadas restrictivamente». En este mismo sentido, vid. a PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, especialmente pág. 60 y sigs.

³⁴ Artículos 323, 1263.1 a contrario, 164 y 267 del Código Civil, sobre el particular, ALONSO PÉREZ, M., «Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de Familia», en *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, págs. 22 y 23, a la vista del artículo 323 del Código Civil ha afirmado que *la emancipación es un estado civil autónomo dentro de la minoría de edad, aunque su poder patrimonial está sometido a importantes limitaciones que constituyen un número clausus y no son susceptibles de ampliación analógica. Cualquier hipótesis dudosa debe interpretarse pro emancipado, es decir, a favor del reconocimiento de su capacidad como si fuera mayor*.

³⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 73.

³⁶ No falta quien defiende la existencia de analogía entre la capacidad para testar (gozan de capacidad para otorgar testamento notarial —art. 663.1 del CC—) y la requerida para la autotutela cuando se trata de un mayor de catorce años, y en este caso, considera que cuentan con la capacidad suficiente para nombrar a su tutor, así SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 71, ha escrito: «Como, en mi opinión, es posible la designación de tutor para sí mismo en testamento, y la testamentifacción activa se adquiere a los catorce años, la autotutela puede efectuarse con esa edad, siempre que el vehículo documental elegido sea el testamento abierto», aclarando después en nota a pie que «no cabe autotutela en los testamentos cerrados y ológrafos, por que solo se conocería la manifestación de autotutela con el testador fallecido, que ya no requiere de tutor».

³⁷ MAJADA, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Barcelona, 1985, pág. 45, entiende que la facultad de designar al tutor descansa en el caso de los padres en la patria potestad. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «Artículos 223-227», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, pág. 284, indica que «al no excluir el artículo 223 a los padres menores, estos pueden ejercitar la facultad allí concedida si tienen la capacidad

designar a las personas que han de ser tutor de sus hijos menores o incapacitados, porque no se va a autorizar a ese padre menor de edad, mayor de catorce años, para designar tutor para sí mismo, siempre con las debidas cautelas y con el filtro judicial³⁸.

Además, si por imperativo del artículo 231 del Código Civil, el juez está obligado a escuchar al tutelado, siempre que este sea mayor de doce años y cuando tenga suficiente juicio para la remoción de tutor —art. 248 del CC—, significa que antes de estar emancipado el menor tiene cierta capacidad, se tiene juicio por lo que se ha de escuchar al juez. Entonces, si para designar tutor el menor que tenga suficiente juicio ha de ser escuchado por el juez como tutelado, nada impide que el menor mayor de catorce años pueda otorgar el documento público notarial de autotutela ya que la misma no impide la intervención definitiva del juez quien finalmente nombrará al tutor —arts. 224 y 234 del CC— en beneficio del menor.

En definitiva, respecto a los mayores de catorce años, si pueden organizar la tutela de sus hijos en testamento, también tendrán capacidad para ordenar la autotutela³⁹. Ahora bien, en este caso ha de tenerse presente que siempre el juez puede acordar en su lugar la prórroga de la patria potestad del menor⁴⁰ si lo considera más beneficioso —art. 234.2 del CC—.

Por último, los menores de catorce años carecen de suficiente capacidad para otorgar una escritura notarial de autotutela⁴¹.

Por otra parte, pasando al supuesto de una persona incapacitada parcialmente, ¿está legitimada para disponer la autotutela? Pensemos en el supuesto en que una persona ha sido sometida a la intervención de un curador para actos de especial transcendencia económica, limitándose la intervención del curador a determinados aspectos patrimoniales. Esa persona podrá designar tutor previendo su incapacitación total. Puesto que la sentencia de incapacitación —que le nombró curador— no alcanzó a modificar la capacidad de obrar sobre su persona —sometió a la persona a curatela porque no tenía ausencia total de

requerida para otorgar el acto —testamento o documento— que ha de contener las disposiciones sobre la tutela».

³⁸ CAMPO GÜERRI, M. A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, abril-junio de 2000, págs. 25 y 26. Vid. artículos 48, 314 y 157 del Código Civil.

³⁹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 26, abril-junio de 1998, págs. 199 y sigs. En Cataluña, GARRIDO MERLERO, M., «Artículo 172», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua* (coord.: EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, J., dirs.), Madrid, 2000, págs. 773 y 774.

⁴⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 75, entiende que «entre la tutela y la patria potestad debe ser preferida la patria potestad prorrogada, por ser institución natural frente a la tutela que, precisamente en la minoría sustituye a la patria potestad...».

⁴¹ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 75.

capacidad—, podría tener capacidad de obrar suficiente para designar tutor ante una futura incapacidad total⁴². El notario valorará, en el caso concreto si esa persona tiene o no la capacidad de obrar suficiente requerida por el artículo 223 del Código Civil.

La capacidad del designado tutor se regirá por las reglas generales de la tutela —arts. 241, 242, 245 del CC—, así como las causas de inhabilidad —normas *ius cogens*— salvo las causas de los artículos 243.4 y 244.4 del Código Civil, si al tiempo de la designación del tutor, el autotutelado las conocía y a pesar de ello designa para este cargo al que se encontraba incurso en ellas, salvo que en virtud del artículo 246 del Código Civil, el juez determine lo contrario.

Al designado tutor le corresponden las funciones de representación y administración legal del incapacitado —arts. 267 y 270 del CC—.

IV. LA FUTURA INCAPACITACIÓN DE LA PERSONA QUE ORDENA LA AUTOTUTELA

Según el apartado segundo del artículo 223, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

La autotutela existe y es válida desde el otorgamiento, pero eso no significa que tenga eficacia automáticamente el cargo de tutor, para ello ha de tener lugar la incapacidad judicial del disponente, el nombramiento por el juez, en su caso —art. 234.2 del CC—, del designado en la autotutela como tutor y la aceptación del designado como tutor.

Por tanto, se requiere que se pronuncie una sentencia firme de incapacidad de la persona, puesto que es precisamente en previsión de que una persona sea incapacitada judicialmente en el futuro, que se establece entre otras previsiones la posibilidad de designarse tutor. Solamente dictada la sentencia firme de incapacidad de la persona, la autodelación de la tutela tendrá efectos jurídicos. En otras palabras, la autotutela depende de la ulterior incapacidad judicial del disponente a través del correspondiente procedimiento (que pudiera promover el propio interesado que va a ser incapacitado si aún contase con capacidad de obrar suficiente, aun cuando pudiera v.gr., estar avanzada su enfermedad degenerativa, si bien, no vincula al juez quien al dictar sentencia resolverá únicamente con arreglo a la Ley y no a las previsiones del interesado) sobre la extensión de la incapacidad y en su caso, sobre el régimen de guarda que procediere.

⁴² ARROYO AMAYUELAS, E., «Artículo 239 del Código de Familia», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua* (coord.: EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, J., dirs.), Madrid, 2000, pág. 980.

Ahora bien, el juez no está vinculado a nombrar como tutor a la persona designada por el interesado —art. 234 del CC—, si bien excepcionalmente no nombrará al designado en la autotutela⁴³, mediante resolución motivada (argumentando con razones por qué no nombra al designado en la autotutela), y todo ello cuando el beneficio del incapacitado así lo exigiese.

Por tanto, la sentencia judicial que incapacita al autotutelado y lo declara sometido a tutela, así como la extensión y límites de esta, es el presupuesto de la eficacia de la autotutela, pues sus previsiones producirán efecto tras la firmeza de la susodicha sentencia.

Si la extensión de incapacitación de acuerdo con la sentencia judicial es de curatela mientras que la persona en documento notarial prevé el nombramiento de un tutor, el juez puede tener presente la voluntad expresada y nombrar curador a la persona que se designó como tutora en el documento público notarial, aunque también puede —art. 234 del CC— prescindir de tal persona si el beneficio del incapacitado así lo exigiere⁴⁴.

V. FORMA DE LA AUTOTUTELA

Se requiere documento público notarial⁴⁵ para que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro pueda adoptar la designación de tutor —art. 223 del CC—. Se requiere, pues, un documento público notarial para revestir el acto de las garantías y seguridad que proporciona la intervención notarial.

El documento público notarial puede tener como destino exclusivo regular la autotutela⁴⁶, aunque también se puede encontrar la ordenación tutelar en un

⁴³ Puesto que la regla general será que el juez nombrará al designado en la autotutela.

⁴⁴ VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Diario La Ley*, núm. 5961, Sección Doctrina, 24 de febrero de 2004, pág. 3, considera que: «en estos casos procede conceder la máxima eficacia posible a la voluntad del sujeto, en consonancia con la finalidad de la institución, e integrar la voluntad expresada adecuándola a la realidad imprevista, de modo que, en el ejemplo propuesto, se nombra curador a la persona designada tutora en el documento público, sin que sea de recibo una interpretación estrictamente literal de la voluntad del interesado».

⁴⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 81 y sigs., entiende que «la escritura pública aporta un plus de garantía que no tienen el resto de posibilidades de expresión de voluntad. La intervención del notario en la escritura no es pasiva, en el sentido de limitarse a recoger y dar fe de una voluntad ajena, sino que interviene en el documento, no sustituyendo o completando la voluntad del sujeto previsor, pero sí, aconsejando primero, y negándose, posteriormente, a reflejar disposiciones que entienda contrarias a las leyes...», y añade después: «Para mayor seguridad es conveniente, por tanto, que la elección de tutor se haga en escritura pública...».

⁴⁶ CAMPO GÜERRI, M. A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, 2000, pág. 27.

documento público notarial no autónomo —sin que especialmente haya de tener por objeto la ordenación tutelar— y no por ello dejará de ser válida la susodicha ordenación, puesto que el artículo 223 de nuestro Código Civil no requiere, a tales efectos, que se trata de un documento notarial autónomo.

Ahora bien, ¿cabe utilizar el testamento como documento que contuviere disposiciones de autotutela? Entiendo que no por dos razones. En primer lugar, porque el propio artículo 223.2 del Código Civil menciona únicamente el documento público notarial a efectos de la autotutela. En segundo lugar, porque el testamento no produce efectos hasta la muerte de su autor y en tal momento de nada servirían ya las previsiones de autotutela⁴⁷.

El notario hará constar que a su juicio el autotutelado se halla con la capacidad legal necesaria para designar tutor de sí mismo. Este juicio de valor que emite el notario da lugar a una presunción *iuris tantum* de aptitud del autotutelado, que admite prueba en contrario por quien solicite la nulidad de la autotutela.

En definitiva, la forma para adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor, tiene que ser en «documento público notarial» —art. 223.2 del CC—, que puede tener como único contenido las susodichas medidas adoptadas o bien tener además otra finalidad —v.gr., el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales—. Se excluye, por contraposición al artículo 223.I del Código Civil, el testamento⁴⁸, aún cuando sea notarial que se reserva para delación de la tutela para otras personas distintas de los otorgantes. Por consiguiente solo cabe el documento notarial *inter vivos*, puesto que se excluye también el documento privado.

VI. CONTENIDO DE LA DELACIÓN DE LA AUTOTUTELA

Las facultades de auto-organización de la tutela se encuentran previstas en el propio artículo 223 del Código Civil, cuando dispone que el autotutelado «podrá, en documento público notarial, adoptar cualquier disposición relativa

⁴⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, pág. 351. En contra, SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 67, considera que estamos ante una «declaración entre vivos, aunque se contenga en testamento. A semejanza del testamento no tiene eficacia inmediata, sino que despliega sus efectos cuando se produce el acontecimiento del que se hace depender, que en el caso de tutela voluntaria, es la sentencia de incapacitación y el sometimiento a tutela».

⁴⁸ La autotutela está llamada a desplegar sus efectos en la vida del sujeto y no a su fallecimiento, como ocurre con el testamento, como bien señala MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Apoderamiento preventivo y autotutela», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 131.

a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»⁴⁹ —designar la persona que se quiere como tutor o excluir la que no se quiere que sea—, que pueden ser una pluralidad de tutores 236.4 del Código Civil, actuando mancomunada o solidariamente (art. 237 del CC) y nombrando sustitutos de estos⁵⁰.

De la redacción del artículo 223 se deduce la posibilidad de que el documento público notarial de autotutela no se designe tutor, por incluir solamente «cualquier disposición relativa a su persona y bienes». También cabe que en otros casos en el susodicho documento solo se incluya la designación de tutor sin referencia a disposiciones sobre la persona y bienes⁵¹.

Aún cuando el artículo 223.II del Código Civil no lo contempla expresamente, debe entenderse implícita la designación —o exclusión— de curador (al igual que una persona tiene la posibilidad de nombrar tutor de sí misma con vistas a su eventual incapacidad, del mismo modo puede nombrar curador de cara a esa precisa situación. Quien puede lo más —designar tutor—, puede lo menos —designar curador—)⁵² y de cualquier otro organismo tutelar previsto legal-

⁴⁹ Estas previsiones son establecer órganos de fiscalización de la tutela, designación de las personas que han de integrar estos órganos y ordenar disposiciones sobre su persona y bienes, en este sentido SEGURA ZURBANO, J. M.^a, «La autoincapacitación, la autotutela y los poderes preventivos de la incapacidad», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, pág. 61 y sigs.

⁵⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 99 y 100, escribe que: «La posibilidad de ordenar cualquier disposición puede ser acerca del cuidado de la persona o de la gestión de los bienes. Dentro de esta segunda puede ser que haya disposiciones de carácter general o disposiciones concretas... el Código Civil prevé la posibilidad de separar el cuidado de la persona del de los bienes, encargándose a personas distintas cada una de estas cuestiones. Es lo que se llama tutela real y tutela personal». Más adelante añade: «La disposición preventiva puede contener varias designaciones en previsión de que los designados ejerzan la tutela conjuntamente, señalando a una, para que cuide de su persona y a otra para que lo haga respecto de sus bienes. En esta previsión el juez puede disponer una tutela plural. Si bien, cabe también que se designe a varios para que ejerzan la tutela conjuntamente... La pluralidad de señalados puede serlo, asimismo, en sustitución uno de otro, siendo uno sustituido del primeramente llamado; por ello entraría como tutor el llamado en sustitución del primero para el caso de que el primero llamado no quiera o no pueda desempeñar el cargo».

⁵¹ Hay que tener presente lo afirmado por SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 52: «En verdad nadie puede disponer acerca de su sometimiento a tutela porque esta situación, que está íntimamente relacionada con la capacidad, y por tanto con el estado civil, queda fuera de la autonomía de la voluntad. Es la autoridad judicial la que establece una figura de guarda (tutela u otra) y a quien se defiere aunque en caso de documento de autotutela, el juez que no nombre al designado debe motivar la elección de persona distinta del elegido, teniendo siempre en cuenta el mayor interés del incapaz. En este sentido entra más en la lógica del sistema, el establecimiento de previsiones acerca de la decisión de entablar respecto de sí mismo un procedimiento de incapacidad», que el mismo autor ha llamado a la figura «autoincapacitación».

⁵² El artículo 291 del Código Civil establece que son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores, en este sentido por la

mente —v.gr. tutor de los bienes—, órgano de fiscalización y control —control, acreditar, vigilar colaborando con la autoridad judicial de la tutela⁵³—, personas que hayan de integrarlos, sus funciones, modo de ejercerlas y sustitutos para el supuesto en que las personas designadas para ocupar los susodichos cargos no quieran o no puedan ocuparlos⁵⁴ y ordenar cualquier otra disposición sobre su persona o bienes propios.

Por tanto, el disponente puede establecer órganos de fiscalización (para imponer obligaciones adicionales al tutor de cara a lograr así una efectiva protección del tutelado, v.gr., presentar informes previos en lo que se muestre el parecer de esos órganos, antes de la conclusión de los negocios jurídicos que requieran autorización judicial), así como designar las personas que hayan de integrarlos (a los que, en principio, le serán de aplicación las normas que regulan la capacidad, remoción y excusa de los tutores), sin perjuicio de la función de vigilancia y control que en todo caso corresponde al juez y al Ministerio Fiscal (cfr. arts. 232, 233 y 271 del CC, norma imperativa que no puede verse afectada por la autonomía de la voluntad) como garantía del buen funcionamiento de la institución.

Las facultades de regulación de la tutela alcanzan también a su organización, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales. Así, el disponente puede adoptar medidas concretas de funcionamiento del organismo tutelar: v.gr., la asignación a este de los frutos de los bienes del tutelado a cambio de la prestación de alimentos (art. 275 del CC), y quizá, incluso la exclusión de la fianza (art. 260 del CC). Además, cabe que el disponente designe o excluya a la persona o personas para ser tutores —art. 245 del CC— (autotutela positiva y negativa), ordenar el ejercicio conjunto o solidario en el caso de pluralidad de tutores —art. 237 del CC— y ordenar que se dispensen las causas de inhabilidad para ser tutor contempladas en los artículos 243.4 y 244.4 del

doctrina mayoritaria, vid. a GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 791.

⁵³ Si así se prevé en el apartado primero del artículo 223 para la delación de la tutela de personas distintas del propio otorgante, también se tendrá que prever para el caso de la autotutela, pero sin alterar las competencias judiciales, ya que es al juez a quien le corresponde la supervisión última del ejercicio del cargo tutelar en beneficio del incapacitado, artículos 174.1, 232, 233 y 234 del Código Civil.

⁵⁴ En este sentido, VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Diario La Ley*, núm. 5961, Sección Doctrina, de 24 de febrero de 2004, pág. 3, quien considera más detallado el artículo 172.1.c) del Código de Familia de Cataluña que establece que: «cualquier persona en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva».

Código Civil (art. 246 del CC)⁵⁵. Sin embargo, no cabe la exclusión voluntaria de la tutela administrativa cuando se produce una situación de desamparo (arts. 222.4 y 239 del CC).

1. Si ponemos en relación el artículo 223.II del Código Civil —el cual en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, establece que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor— con el artículo 245 del mismo texto legal que dispone que «tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado», hemos de entender que en el artículo 223.II no solo se incluye la autotutela positiva (designación de la persona que ocupe el cargo de tutor) sino también la autotutela negativa —exclusión de determinadas personas del cargo—. Para defender este planteamiento acudimos a las mismas razones que se aducen en la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 para justificar la autotutela: «Si los padres pueden adoptar medidas que consideren oportunas respecto de las personas y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ve obstáculo para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí misma para el caso de ser incapacitado». Por tanto, si de acuerdo con el artículo 245 del Código Civil, el padre o la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, pueden excluir a ciertas personas como tutores expresamente, salvo que el juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado, no hay motivo para que una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí misma para el caso de ser incapacitado pueda excluir expresamente a ciertas personas como tutores suyos.

Por consiguiente, en la tutela negativa, la persona que ordena la autotutela tiene la facultad para excluir a quienes crea conveniente de los cargos tutelares, incluso sin designar a persona alguna para ejercer esos cargos, o bien realizar esa exclusión y además indicar la persona concreta que debería ejercer el cargo. No obstante, otra cosa es que el juez, excepcionalmente y en resolución motivada —art. 234, párrafo 2.º, del CC—, nombre tutor a quien ha sido excluido por el autotutelado, si el beneficio del incapacitado así lo exigiere⁵⁶.

⁵⁵ Si el artículo 246 del Código Civil permite a los padres que designen tutor de sus hijos a personas que estén incursas en alguna causa de inhabilidad (únicamente el apartado 4 del art. 243 y el apartado 4 del art. 244 del CC) cuando tales causas fueran conocidas por los mismos, ha de entenderse que esas excepciones son aplicables a la autotutela.

⁵⁶ En contra, CASTILLO TAMARIT, J., «Tutela. Autotutela. Protección de menores», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2001, págs. 42-43, y BADOSA COLL, F., «La autotutela», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch Editor, S. A. Barcelona, 1993, págs. 930-931.

En cuanto a las concretas personas designadas para ocupar el cargo, quien dispone su autotutela, al contar con las mismas facultades que se reconocen a los padres por el artículo 223 del Código Civil, puede excluir las causas de inhabilidad para desempeñar el cargo tutelar previstas en el apartado 3.º del artículo 243 y 4.º del artículo 244 —ambos de nuestro Código Civil—, cuando le fueran conocidas al disponer su autotutela, salvo que el juez disponga otra cosa en beneficio del incapacitado y mediante resolución motivada —art. 246 *in fine*—.

En principio, ha de atenderse la voluntad expresada en la autotutela, salvo que excepcionalmente, el juez, en resolución motivada prescinda de la persona designada por el propio tutelado, conforme a lo establecido en el artículo 234.2 del Código Civil, o lo impida alguna causa legal —inhabilidad, arts. 243 y 244 del CC; excusa del designado, art. 251 del CC, o se modifiquen las circunstancias previstas por la persona designada—.

La voluntad de quien organiza la tutela sobre su propia persona y bienes ha de respetarse en lo posible, pues así lo quiere la Ley al regular la autotutela. Sin embargo, el establecimiento, por ejemplo, de órganos de fiscalización y control por parte del interesado no afecta a las facultades del juez para establecer medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado —arts. 224 y 233 del CC—. Es el control judicial el que velará por el interés sometido a tutela. Por tanto, el juez adoptará las medidas que estime pertinente para la protección de los intereses del incapacitado.

Si se produce un cambio de las circunstancias en el tiempo que media entre lo establecido por el sujeto legitimado para ordenar la autotutela y la eficacia de esta —v.gr., se modifica la confianza depositada en el designado o la capacidad de este—, tal modificación no conduce necesariamente a la ineficiencia de la autotutela, sino a que únicamente desplieguen sus efectos aquellas disposiciones que no se vieron afectadas por la alteración sobrevenida de las circunstancias⁵⁷. Igualmente, si el juez declarase nulas algunas disposiciones en relación con la administración o disposición de sus bienes por ser, por ejemplo contrarias al artículo 271 del Código Civil, no por ello se invalidaría la autotutela, si no que se tendrán por no puestos por nulidad parcial de la autotutela.

En todo caso, será el juez, quien en beneficio del incapacitado, podrá desvincularse de lo dispuesto por el autotutelado —art. 224 del CC—. Esto es, el juez, en la medida de lo posible y hasta donde sea necesario, constituirá la tutela, protegiendo a la persona incapacitada y salvaguardando su voluntad expresada. No obstante, si se produce esa alteración de las circunstancias fácticas que pudieran modificar la previsión realizada por el propio autotutelado y aún

⁵⁷ VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Diario La Ley*, núm. 5961, Sección Doctrina, de 24 de febrero de 2004, pág. 7.

así el juez, conforme al artículo 234 del Código Civil, nombra al designado en su momento por el propio incapacitado, los parientes legitimados para promover la incapacidad y las personas llamadas por Ley a ejercer el cargo de tutor, podrían impugnar tal nombramiento por no ajustarse ya ese nombramiento a la voluntad expresada en su momento en las previsiones de la persona del propio autotutelado —art. 231 y 248 del CC—.

2. En cuanto al número de tutores que puede designar la persona que prevé su futura incapacidad, el artículo 236 contempla diversos supuestos de pluralidad de tutores. Concretamente, en su apartado primero, se permite esa pluralidad de tutores, *«cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, 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, si bien las decisiones que concierna a ambos deberán tomarlas conjuntamente»*. Nadie mejor que quien ejerce la autotutela y conoce bien sus circunstancias personales y patrimoniales para designar ambos cargos.

Por otra parte, el artículo 236 en su apartado cuarto permite la pluralidad de tutores *«cuando el juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente»*. No se alcanza a comprender por qué no permitir a la persona que ordena su autotutela gozar de esa libertad de designación de la tutela, de modo que pueda designar una pluralidad de tutores ya sean con las mismas funciones que ejercerán conjuntamente —y en su caso con carácter solidario, art. 237 del CC—, ya sea distribuyendo las funciones correspondientes entre las esferas persona y patrimonial.

3. La persona que ejerce la autotutela, podría indicar, aún cuando no puede fijar la remuneración que haya de percibir el cargo tutelar por el ejercicio de sus funciones, ya que el artículo 274 del Código Civil establece que corresponde al juez fijar su importe. Si cabe, como señala el artículo 275 del Código Civil para los padres, que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del autotutelado a cambio de prestarle alimentos, salvo que el juez en resolución motivada disponga otra cosa.

4. En el supuesto de la existencia de sucesivas designaciones de autotutela, aplicando lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil —que contempla el supuesto de designaciones realizadas por separado en documento público notarial—, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. Si no lo fueran, se adoptarán por el juez, en decisión motivada, las que considere más conveniente para el tutelado.

VII. PUBLICIDAD DE LA AUTOTUTELA

Para la efectividad de la designación de la autotutela es preciso que el juez la conozca (ha de conocer si existe alguna designación por parte del propio incapacitado) en el momento de nombramiento de tutor. Para ello, esa designación ha de contar con la debida publicidad. Para ello se recurre al Registro Civil.

En relación a la publicidad de los documentos públicos a los que se refiere el artículo 223 del Código Civil, se establece en el párrafo tercero de ese mismo precepto que *«se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado»*. A su vez, en el párrafo cuarto de ese mismo artículo, se dispone que a los efectos de comprobar la existencia de las susodichas disposiciones de autotutela, *«en los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil..., a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo»*. Ahora bien, hemos de tener presente que según el artículo 46 bis de la Ley de Registro Civil de 1957 —en la redacción dada por la Ley 1/2009—, los documentos públicos notariales de autotutela se inscriben donde se anotan los cargos tutelares —Sección Cuarta del Registro Civil, Tutelas y Representaciones legales— y no en la inscripción de nacimiento del interesado —Sección Primera del Registro Civil, Nacimientos y General— como indica el artículo 223.3 del Código Civil. Por último, señalar que el artículo 77 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, establece que: *«Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y de apoderamiento preventivo previsto en la legislación civil»*.

VIII. CONCLUSIONES

La autotutela es beneficiosa en nuestra sociedad. Es razonable que el propio interesado se preocupe de disponer lo necesario para hacer frente con garantías para su persona y bienes ante una futura incapacitación por razones de edad, enfermedad, alcoholismo, toxicomanías...

La autotutela nos permite designar a nuestro futuro tutor —o curador— o rechazar a quienes no queramos que ejerzan esas funciones, así como establecer los órganos de control y fiscalización de esas personas propuestas para desempeñar esos cargos tutelares, pero todo ello dentro del régimen de tutela de autoridad por el que optó nuestro Ordenamiento Jurídico tras la reforma en él introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y de lo dispuesto en el Código Civil mediante la reforma realizada mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria.

RESUMEN

AUTOTUTELA
CÓDIGO CIVIL
DISCAPACIDAD

La autotutela se introduce en nuestro Código Civil mediante Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad que modificó, entre otros, los artículos 223, 234 y 239 de nuestro Código Civil. Es por ello, que he creído conveniente analizar con cierto detenimiento, entre otros, los siguientes aspectos sobre la figura: las razones que han impedido hasta fechas recientes la autotutela en nuestro Código Civil; el propio concepto de la autotutela; los antecedentes de esta institución; su naturaleza jurídica, su fundamento; la capacidad de obrar suficiente de la persona que ordena la autotutela; la futura incapacitación de la persona que ordena su autotutela; el requisito de forma que precisa la figura, el propio contenido de la delación de la autotutela y la publicidad de la institución. Para finalizar el artículo, se ofrecen unas breves conclusiones.

ABSTRACT

GUARDIANSHIP PROVISIONS
CIVIL CODE
INCOMPETENCE

The possibility of making one's own guardianship provisions in the event of future incompetence was introduced into the Spanish Civil Code by Act 41/2003 on the protection of the assets of incompetent persons, which amended, inter alia, sections 223, 234 and 239 of the Spanish Civil Code. I therefore feel it advisable to take an unhurried look at certain aspects of guardianship provisions, such as: the reasons why our Civil Code disallowed guardianship provisions until recently; the very concept of making one's own future guardianship provisions; the concept's background; the legal nature and foundations of guardianship provisions; the provision-maker's capacity to take legal action; the provision-maker's future incompetence; the requirements of form; the contents of the guardianship appointment provisions and the necessary publicity. The article ends with a number of brief conclusions.

(Trabajo recibido el 8-11-2012 y aceptado para su publicación el 8-1-2013)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina urbanística y protección de los terceros en caso de demolición

por

BASILIO J. AGUIRRE FERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

I. SILENCIO ADMINISTRATIVO:

- a) NOVEDADES QUE INTRODUCE LA REFORMA.
- b) ACTOS A QUE AFECTA.
- c) ACTUACIÓN QUE DEBE SEGUIR EL REGISTRADOR.
- d) VALORACIÓN CRÍTICA.

II. OBRAS NUEVAS CON LICENCIA:

- a) OBRAS NUEVAS EN CONSTRUCCIÓN.
- b) OBRAS NUEVAS TERMINADAS.

III. OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD:

- a) ¿A QUÉ SUPUESTOS SE APLICA?
- b) FORMA DE ACREDITAR LA ANTIGÜEDAD DE LA OBRA.
- c) COMPROBACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FINCA.
- d) INEXISTENCIA DE ANOTACIONES DE EXPEDIENTES DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.

- e) DOCUMENTO ADMINISTRATIVO RELATIVO A LA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN:
 - 1. *¿Qué es lo que se está exigiendo?*
 - 2. *¿Cuándo debe aportarse ese acto administrativo?:*
 - f) COMUNICACIÓN QUE DEBE EFECTUARSE AL AYUNTAMIENTO.
- IV. COMPLEJOS INMOBILIARIOS:
- a) *¿A QUÉ SUPUESTOS SE APLICA?*
 - b) *¿EXISTÍAN ANTECEDENTES?*
 - c) ENCAJE DEL PRECEPTO.
 - d) CONCLUSIÓN.
- V. DISCIPLINA URBANÍSTICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ¿QUÉ HACEMOS CON LOS TERCEROS CUANDO HAY QUE DEMOLER LA EDIFICACIÓN?:
- a) EL SUPUESTO DE HECHO.
 - b) *¿QUÉ DICE EL TRIBUNAL SUPREMO?*
 - c) POSICIONES DOCTRINALES QUE MANTIENEN ESTA MISMA LÍNEA.
 - d) MI OPINIÓN PERSONAL:
 - 1. *Alcance de la protección registral sobre el objeto del derecho inscrito.*
 - 2. *Eficacia de la fe pública respecto de la ilegalidad de la licencia.*
 - 3. *Contenido estatutario de la propiedad.*
 - 4. *Subrogación en los deberes urbanísticos.*
 - 5. *Concepto de los derechos de propiedad en un sistema de Registro de derechos.*
 - 6. *Referencia a algunas leyes autonómicas.*
 - 7. *Calificación registral de la licencia.*
 - e) NOVEDADES QUE INTRODUCE LA REFORMA:
 - 1. *Inscripción de actos administrativos firmes anulatorios.*
 - 2. *Obligatoria anotación de la incoación de expedientes de disciplina urbanística.*
 - 3. *Comunicaciones que debe realizar el Registrador.*
 - 4. *¿Por qué creo que estas medidas son claramente insuficientes?*
 - f) MI PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

El Capítulo V del Real Decreto-ley viene a introducir una serie de medidas que tienen como objetivo la consecución de un más elevado nivel de seguridad jurídica en el ámbito urbanístico. Como es de suponer, estas medidas van a afectar de manera muy directa a la práctica registral, en tanto, como la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley reconoce, el Registro de la Propiedad tiene especial trascendencia en el cumplimiento de los objetivos propuestos por la reforma legal. Voy a analizar las principales novedades y trataré de plantear la interpretación más razonable y que mejor pueda encajar en la dinámica de funcionamiento de la oficina registral.

I. SILENCIO ADMINISTRATIVO

El artículo 23 establece: Silencio negativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa.

1. Los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo que se indican a continuación requerirán del *acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo* según la legislación de ordenación territorial y urbanística:

- a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.
- b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.
- c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.
- d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje.
- e) La primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra c) anterior.

2. El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo.

a) NOVEDAD QUE INTRODUCE LA REFORMA

Se viene a establecer el silencio administrativo negativo de todos los casos que se enumeran, frente a la regla general del silencio positivo que establece el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

b) ACTOS A QUE AFECTA

Entre los actos que se ven afectados por esta norma reguladora del silencio administrativo se encuentran buena parte de los que más habitualmente son objeto de acceso a los Registros de la Propiedad. Así se incluyen:

- Actos de división de fincas: segregaciones y divisiones, pero también cualesquiera otros actos que se encuentre equiparados a estos efectos por la legislación urbanística. Además de otros casos que puedan prever las diferentes leyes autonómicas, se incluyen los casos señalados en los apar-

tados segundo y sexto del artículo 17 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (enajenación sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore el mismo derecho de utilización exclusiva, y la constitución o modificación de un complejo inmobiliario).

- Declaraciones de obra nueva, cualquiera que sea el tipo concreto de construcción, incluyendo la de casas prefabricadas o instalaciones similares, tanto permanentes como provisionales.
- La primera ocupación o utilización de las edificaciones cuya declaración de obra nueva pretende acceder al Registro.

Es importante resaltar que expresamente se deja fuera la aprobación de los *proyectos de reparcelación*. El legislador no ha querido contravenir las disposiciones que recogen la posibilidad de aprobación por silencio positivo de estos proyectos de reparcelación, y que se encuentran en algunas leyes autonómicas (por ejemplo, en Andalucía lo establecen específicamente los arts. 101.1, 104.2 y 136.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía). Resulta llamativo que no pueda obtenerse por silencio administrativo una simple licencia para segregar una pequeña finca, y sin embargo sí sea posible aprobar por esta vía todo un proyecto de reparcelación que afecte a una extensa superficie de terreno.

c) ACTUACIÓN QUE DEBE SEGUIR EL REGISTRADOR

Creo que ahora no hay duda de que si alguno de estos actos se presenta a inscripción sin que se acredite la obtención de la preceptiva aprobación o autorización administrativa, lo procedente es *suspender la inscripción* hasta que se aporte la misma. Carece ya de sentido la doctrina recogida por la DGRN, en Resoluciones como las de 15 de septiembre de 2009 (*BOE* de 7 de octubre), 17 de junio y 27 de octubre de 2010 (*BOE* de 9 de agosto y de 27 de noviembre), y 14 de mayo de 2011 (*BOE* de 22 de julio), que consideraba como procedimiento más adecuado en estos casos el de acudir al complejo expediente del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, precepto que muchos hemos considerado desde hace tiempo claramente ilegal¹. Queda la duda de si en los casos de acreditación por silencio administrativo de la aprobación de un

¹ Puede verse, en este sentido, mi trabajo, *El Registro de la Propiedad y las unidades mínimas de cultivo: comentario del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, a la luz de la reciente jurisprudencia de la DGRN*, publicado en el Boletín del Colegio de Registradores, núm. 109, noviembre de 2004, págs. 3331 y sigs.

proyecto de reparcelación sí que seguiría vigente la necesidad de notificar al ayuntamiento correspondiente, por aplicación del citado artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Creo que no, porque, al margen de las importantes dudas de legalidad que ofrece el mencionado precepto, la naturaleza del proyecto de reparcelación y las normas que lo regulan hacen impensable la aplicación de un procedimiento previsto para actos individuales de concesión de licencia.

d) VALORACIÓN CRÍTICA

La Exposición de Motivos del Decreto-ley justifica la medida en los siguientes términos: *se confirma la regla, ya contenida en la Ley estatal de Suelo, de la imposible adquisición por silencio administrativo, de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, y que culminan determinando la nulidad de pleno derecho de estos actos. La sentencia de 28 de enero de 2009, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha fijado como doctrina legal que el artículo 8.1.b) de la citada Ley de Suelo constituye una norma con rango de ley básica estatal, con los mencionados efectos. Para ello, nada mejor que explicitar el carácter negativo del silencio en los procedimientos más relevantes de declaración de conformidad, aprobación o autorización administrativa en dichos ámbitos, lo que sin duda contribuirá a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquiera concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo.* Es decir, se trataría de una mera plasmación legal de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 8.1.b) de la Ley del Suelo.

A mí me parece una decisión excesivamente restrictiva que implica un claro perjuicio a los administrados y que, por otro lado, parece ir en contra de la línea, más favorable al silencio positivo, que se ha sentado en la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo), cuyo artículo 40.1 señalaba expresamente que *con el fin de agilizar la actuación de las Administraciones Públicas, el Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general.* Es cierto que la situación anterior originaba una elevada inseguridad jurídica, por cuanto el interesado que había obtenido una licencia por silencio positivo estaba siempre sujeto a la posibilidad de que la Administración *a posteriori* no reconociera dicha licencia por entender que era contraria a la legalidad urbanística, sin necesidad de acudir a la revisión de oficio de los actos administrativos. Pero la solución adoptada va a suponer un claro perjuicio para los ciudadanos que, ante la negativa a contestar

por parte de la Administración, se verán abocados a un largo proceso judicial y al consiguiente retraso en el desarrollo de sus proyectos. Por ello creo que hubiera sido más adecuado reafirmar el silencio positivo, y solo advertir que no se entendería concedida la licencia en los casos en que la solicitud no reuniera los requisitos de documentación esencial previstos para cada caso.

No debemos olvidar, por otro lado, que la reforma genera dudas en cuanto a su constitucionalidad. Como muy acertadamente expone GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO², dos son los aspectos que pueden viciar el Real Decreto-ley en este extremo:

- En primer lugar, por el hecho de haber utilizado la vía del Decreto-ley. Como bien sabemos, el artículo 86 de la Constitución exige la concurrencia de razones de *extraordinaria y urgente necesidad* para autorizar al Gobierno a usar este instrumento legislativo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha delimitado los aspectos que pueden ser susceptibles de control respecto de la decisión gubernamental de optar por el Decreto-ley. Podemos citar, entre las más recientes, la sentencia 31/2011, de 17 de marzo, en cuyo tercer fundamento de derecho afirma: *Así pues, dos son los aspectos que conforme a nuestra doctrina (por todas, STC 329/2005, de 15 de diciembre [RTC 2005/329], F. 6) hemos de tener en cuenta en la determinación de la concurrencia de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigida por el artículo 86.1 CE a efectos de determinar la validez constitucional de la regulación que examinamos. En primer lugar, los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada (SSTC 29/1982, de 31 de mayo [RTC 1982/29], F. 3; 111/1983, de 2 de diciembre [RTC 1983/111], F. 5; 182/1997, de 20 de octubre [RTC 1997/182], F. 3; y 137/2003, de 3 de julio [RTC 2003/137], F. 4) y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo [RTC 1982/29], F. 3; 182/1997, de 20 de octubre [RTC 1997/182], F. 3; 137/2003, de 3 de julio, F. 4; y 189/2005, de 7 de julio [RTC 2005/189], F. 4). En lo que respecta a la primera de las cuestiones mencionadas, la exigencia de que el Gobierno explicita de forma razonada los motivos que le impulsan a acudir a la figura del Decreto-ley para dar respuesta a una determinada situación, hemos partido tradicionalmente del examen del propio preámbulo del Decreto-ley impugnado, del debate parlamentario de convalidación y de su propio expediente de elaboración para valorar conjuntamente los factores*

² GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «El fin del silencio positivo en las licencias», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 268, septiembre-octubre de 2011.

que han llevado al Gobierno a acudir a esta concreta fuente del Derecho (SSTC 29/1982, de 31 de mayo [RTC 1982/29], F. 4, y 182/1997, de 28 de octubre [RTC 1997/182], F. 4).

- Pero quizá la cuestión más problemática, en relación con la constitucionalidad del precepto, venga del conflicto entre las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas. La Disposición Final Primera, punto 1, letra d), del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, funda su legitimidad constitucional en este punto en lo establecido en el artículo 149.1, reglas 1.^a y 18.^a de la Carta Magna, que atribuyen al Estado competencia exclusiva en: *1.^a La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; y 18.^a Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.* No podemos olvidar que desde la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, el Tribunal Constitucional ha reconocido a las Comunidades Autónomas un altísimo nivel de competencia en toda la materia urbanística. Parece que en ese esquema no resulta admisible que el Estado, al amparo de la competencia para fijar las bases del procedimiento administrativo común, pueda modificar *de facto* lo establecido por una ley urbanística autonómica. El régimen de las licencias urbanísticas es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Y ese régimen no solo incluye determinar qué actos están o no sujetos a licencia, sino la fijación de todo el procedimiento que debe seguirse para la concesión de la misma, determinando los documentos que han de aportarse en la solicitud, los trámites específicos que deban observarse, y, lógicamente, cuándo ha de entenderse concedida y si cabe estimar que dicha concesión puede producirse por vía de silencio positivo. La STC 227/1988, de 29 de noviembre (RTC 1988/227), en su trigésimo segundo fundamento de derecho nos aclara a este respecto que: *«La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que esta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran, en todo caso, estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejer-*

cicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a esta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias».

II. OBRAS NUEVAS CON LICENCIA

El artículo 24 del Decreto-ley que comentamos da una nueva redacción al artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo. En los tres primeros puntos se regula la inscripción de las obras nuevas realizadas al amparo de la preceptiva licencia o autorización administrativa: «1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, *la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo*. Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, *los documentos que acrediten los siguientes extremos: a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente*. 2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior. 3. En aquellos casos en los que la descripción de la obra terminada no coincida con la que conste en el Registro, por haberse producido modificaciones en el proyecto, la constancia registral de la terminación de la obra se producirá mediante un asiento de inscripción, cuya extensión quedará sujeta a lo previsto en el apartado primero en relación con los requisitos para la inscripción de las obras nuevas terminadas.

a) OBRAS NUEVAS EN CONSTRUCCIÓN

Para la inscripción de la obra nueva en fase de construcción no se ha introducido ninguna novedad. El texto del nuevo artículo 20 coincide, palabra por palabra, con la redacción anterior a la reforma. Consecuentemente, y al margen de las especialidades que pudiera prever alguna normativa autonómica, se debe seguir exigiendo la acreditación de la obtención de la preceptiva licencia o autorización administrativa, y el certificado técnico correspondiente. Se puede plantear la duda de si cabe sustituir la certificación del técnico por su comparecencia en la escritura, como prevé el artículo 49 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. La cuestión ha sido muy discutida en Andalucía a raíz de la aprobación del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Disciplina Urbanística, en tanto que en su artículo 27.2 exigía para las obras nuevas en construcción, al igual que para las terminadas, que el certificado del técnico estuviera visado por el colegio profesional correspondiente. Al margen de la conclusión a que se pueda llegar en el caso andaluz³, pienso que de la letra del artículo 20 de la Ley del Suelo no puede deducirse la imposibilidad de seguir aplicando el criterio más flexible recogido en el citado artículo 49 del Real Decreto 1093/1997. Pensemos que cuando se aprobó el Real Decreto de 1997, la redacción de la Ley del Suelo entonces vigente (art. 37 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo), era prácticamente la misma que la que tenemos ahora. Por tanto, si no hemos tenido dudas en la aplicación del citado artículo 49 durante todos estos años, parece ilógico plantearlas ahora.

Igualmente se ha planteado la necesidad de que el certificado técnico de obra en construcción esté visado por el colegio profesional correspondiente. El Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, no recoge en su artículo segundo este supuesto entre los casos en que es imprescindible el señalado visado. Consecuentemente, *el visado del técnico competente no es necesario en la declaración de obra nueva en construcción*.

En cuanto a la forma de aportar el certificado técnico, sigue vigente lo establecido en el artículo 49 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Por tanto, podrá incorporarse a la escritura matriz y reproducirse en sus copias, o aportarse como documento complementario. En ambos casos es imprescindible *que el Notario legitime la firma del técnico*, dado que es la única manera de garantizar su identidad, y sin que este requisito pueda ser sustituido por el

³ Como ocurre en otras cuestiones que más adelante comentaremos, en todo caso la interpretación de las normas de una comunidad autónoma en relación con los requisitos para que un determinado acto acceda al Registro debe siempre someterse a lo previsto en la legislación estatal que es la competente en materia de Registros públicos. Pero a este extremo me refiero *in extenso* en apartados posteriores de este trabajo.

visado colegial. Así lo ha defendido en varias Resoluciones la DGRN (como más reciente puede citarse la de 11 de marzo de 2009 —BOE de 1 de abril—).

b) OBRAS NUEVAS TERMINADAS

Para la declaración de terminación de la obra nueva sí que se han introducido novedades. En principio se siguen exigiendo los mismos requisitos que establecía la anterior redacción del artículo 20: certificación del técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto; cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación de ordenación de la edificación, que en el ámbito estatal (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación) se concretan en la exigencia del seguro decenal y en el depósito notarial del libro del edificio (Resolución Circular de la DGRN de 26 de julio de 2007). Con respecto a la certificación del técnico competente, debe recordarse que el artículo 2, letra b), del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, establece expresamente que será obligatorio el visado del certificado final de obra. Este requisito ya se había exigido por alguna disposición autonómica como el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. Por supuesto aquí también rige lo dicho antes sobre la necesidad de legitimación notarial de la firma del técnico certificador.

Además se concreta y aclara un requisito que antes quedaba bastante en duda en la anterior redacción del artículo, y se añade uno nuevo. En primer lugar, creo que ya queda suficientemente claro que es necesario acreditar obtención de la generalmente denominada licencia de primera ocupación o utilización. En efecto, en la anterior redacción del precepto se hablaba de manera bastante críptica de *las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística*. Esta ambigua expresión dio pie a que la DGRN (en diferentes Resoluciones como, por ejemplo, las de 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de enero de 2009 —BOE de 7 de febrero—) sostuviera que no era necesario aportar la licencia de primera ocupación o utilización para la inscripción de una obra nueva terminada. Tan clara es la intención del legislador que la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley lo confiesa sin ambages: *Además, se precisan los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que, además de contar con la licencia de obras y la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto, no posean la licencia de primera ocupación*. Debe advertirse que la licencia de primera ocupación puede en muchas ocasiones evitar que deba aportarse en el momento de la firma de la escritura o acta notarial de terminación de obra el certificado del técnico, en tanto la misión que

dicho certificado cumple queda suplida por el control que los propios técnicos municipales han realizado al conceder dicha licencia⁴.

⁴ Así se ha encargado de aclararlo la DGRN en su resolución de 16 de febrero de 2012 (BOE de 13 de marzo), cuyos fundamentos de derecho señalan: 1. *El presente recurso versa sobre la inscribibilidad de un acta de fin de obra nueva de una vivienda, previamente declarada en construcción en virtud de una escritura otorgada en el año 2001, sobre una finca sita en la Comunidad Autónoma andaluza, que presenta las siguientes particularidades: a) no se acompaña el certificado oficial de fin de obras expedido por el arquitecto director de las obras; b) se acompaña, a pesar de ser una acta otorgada por los «autopromotores de una única vivienda individual para uso propio», el suplemento del comienzo de la garantía del seguro decenal, suscrito por persona cuya firma está legitimada notarialmente, en la que se identifica la finca concernida y se consignan sus datos registrales, figurando como fecha de término de la obra el de 14 de marzo de 2002; c) se acompaña fotocopia compulsada (al parecer por el secretario del Ayuntamiento de La Redondela) de la comunicación del decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Isla Cristina, de 21 de mayo de 2002, expedida en esa fecha por el secretario accidental de este último Ayuntamiento, por el que se resuelve conceder licencia de primera ocupación a la vivienda objeto del acta; y d) en dicho decreto municipal, cuya fotocopia compulsada se aporta, se hacen constar, entre otros extremos, que se han «visto» los siguientes documentos: i) certificado final de obras; ii) informe favorable de los servicios técnicos municipales... (del que resulta la visita de comprobación correspondiente); y iii) Informe favorable de la Asesora Jurídica del Servicio de Obras y Urbanismo de este Ayuntamiento.* 2. *Este Centro Directivo, en Resolución de 26 de febrero de 1996, ya tuvo ocasión de declarar que la finalidad de la certificación (prevenida entonces en el art. 37, núm. 2, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, precepto que tenía el carácter de legislación básica, conforme a la disposición final de la citada Ley) era la de garantizar, mediante aseveración responsable de técnico especializado, que la obra nueva que pretende acceder al Registro se ajusta a las condiciones especificadas en la licencia preceptiva, pues ello, cuando la licencia se ajustó a su vez a la ordenación urbanística en vigor, supone la incorporación de dicha obra al patrimonio del propietario respectivo (vid. arts. 23 y 37.1 de la Ley del Suelo de 1992).* 3. *Congruentemente con la consideración anterior, la Resolución de 10 de abril de 1995, había establecido que no había muchas dificultades en admitir la sustitución de aquella certificación por cualquier otro documento administrativo que lleve implícita o presuponga esa misma aseveración por técnico especializado, máxime si ese otro documento es expedido por organismo competente en materia urbanística, como ocurre en el caso de los Ayuntamientos, supuesto en el que claramente ha de entenderse incluida la certificación objeto de discusión en el presente recurso. A mayor abundamiento, deben tenerse en cuanto las siguientes consideraciones: a) la inclusión en el concepto de «técnico competente» de los arquitectos municipales (cfr. arts. 208 de la LH y 308 de su Reglamento); b) la preceptiva participación de los técnicos municipales en la tramitación de procedimientos y expedientes urbanísticos (vid. arts. 4, 20, 21, 26 y 32, núm. 2, del Reglamento de Disciplina Urbanística y 172 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales); c) las amplias facultades que en cuanto a custodia de documentación y fe pública otorga, en el ámbito municipal, nuestra legislación a los secretarios de las Corporaciones Locales (vid. arts. 204 y 205 del Reglamento de Organización citados, y artículo 2 del Reglamento sobre Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional); d) la admisión expresa de otros medios alternativos al certificado final de obras al objeto de considerar totalmente terminadas unas obras, como la licencia de ocupación y la certificación administrativa ad hoc (vid. art. 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística y las Resoluciones de este centro directivo de 4 de febrero de 1992 y 17 de junio de 1993); y e) el valor que a la certificación administrativa en materia urbanística como título formal*

En segundo término, se introduce un nuevo requisito para la inscripción de las obras nuevas terminadas. En concreto se exige ahora la acreditación de los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa

de acceso al Registro de la Propiedad se otorga, como regla general, por el artículo 308 de la Ley del Suelo, lo que ha de entenderse no solo para la titulación principal, sino también para la complementaria.

4. Que actualmente el artículo 20 de la Ley de Suelo (en virtud de la redacción que le dio el art. 24 del RD-Ley 8/2011, de 1 de julio) encarga a los notarios, con ocasión de la autorización de documentos en los que se deje constancia de la terminación de una obra, que exijan la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, además de otros documentos acreditativos, entre los que se encuentran el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable. Aunque de su dicción literal parece que se ha de presentar directamente al notario el certificado final de obras expedido por el técnico competente, independientemente de los otros documentos que acrediten otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino previsto en el planeamiento, lo cierto es que su finalidad, tal y como en su día interpretó la resolución citada en el fundamento segundo respecto de la normativa entonces vigente, sigue siendo la de garantizar, mediante aseveración responsable de técnico especializado, que la obra nueva que pretende acceder al Registro se ajusta a las condiciones especificadas en la licencia preceptiva. Por esa razón sería susceptible de ser sustituida aquella certificación por cualquier otro documento administrativo que lleve implícita o presuponga esa misma aseveración por técnico especializado, máxime si ese otro documento es expedido por organismo competente en materia urbanística, como ocurre en el caso de los Ayuntamientos. Esta interpretación la viene a confirmar el propio artículo 20 de la Ley de Suelo, en su apartado 4.º a), pues al referirse al control registral, establece como requisito alternativo la «certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente», por cuanto que señala que «se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título». 5. Ciertamente el artículo 27.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía exige cumulativamente, para el acceso registral de la terminación de una obra nueva, licencia de primera ocupación y el certificado técnico del fin de la obra. Mas la dicción literal del precepto no se debe contraponer a la finalidad del mismo —criterio hermenéutico de superior jerarquía— máxime si se tiene en cuenta, además de los términos en que se expresa el artículo 176 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía (precepto que es el desarrollado por la citada norma reglamentaria), que con arreglo al artículo 7 de dicho Reglamento, la licencia de primera ocupación tiene por objeto la comprobación de que el uso previsto para un edificio se corresponde con la ordenación urbanística «y la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada». Por eso, a la luz de esta normativa autonómica, especialmente de su interpretación teleológica, no parece objetable el acceso tabular del acta notarial que se examina en este expediente. A todo ello debe añadirse que el artículo 50.4 del Real Decreto de 1093/1997 considera expresamente técnico competente al técnico municipal del Ayuntamiento competente y que del documento municipal incorporado al instrumento público objeto de este recurso resulta explícitamente que para conceder la licencia de primera ocupación se tuvo a la vista, además del certificado final de obras, el informe favorable de los servicios técnicos municipales (del que resulta incluso que se realizó una visita de comprobación al inmueble).

vigente. El problema es saber a qué se refiere. Lo más razonable es acudir a la normativa que regula todo lo relativo a la eficiencia energética de las nuevas edificaciones. A este respecto debemos remitirnos al Real Decreto 47/2007, de 27 de enero, por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción. Este Real Decreto, en aplicación de la Directiva 2002/91/CE, regula los certificados de eficiencia energética de los edificios. Conviene destacar de su contenido los siguientes extremos:

- Conforme a su Disposición Transitoria primera, no será de aplicación a:
 - a) A los edificios que a la entrada en vigor de este real decreto estén en construcción, ni a los proyectos que tengan solicitada licencia de obras.
 - b) A los proyectos supervisados y aprobados por las Administraciones Públicas competentes o visados por colegios profesionales antes de la fecha de entrada en vigor de este real decreto, siempre que la licencia legalmente exigible se solicite en el plazo de un año a partir de la referida fecha de entrada en vigor. *El Real Decreto entró en vigor el día 1 de mayo de 2007.*
- Ahora bien, conforme a la Disposición Final segunda, la aplicación del procedimiento básico para la obtención del certificado de eficiencia energética fue voluntario durante un periodo de seis meses. Por tanto, respecto de los edificios cuya licencia se solicitara entre el 1 de mayo y el 1 de noviembre de 2007, o cuyos proyectos técnicos fueran supervisados y aprobados por las administraciones públicas competentes o visados por los colegios profesionales entre esas dos fechas, no cabe exigir el correspondiente certificado de eficiencia energética.
- Desde el punto de vista objetivo; el artículo segundo dispone que el procedimiento de certificación sobre eficiencia energética será aplicable a: a) edificios de nueva construcción. b) modificaciones, reformas o rehabilitaciones de edificios existentes, con una superficie útil superior a 1.000 m² donde se renueve más del 25 por 100 del total de sus cerramientos. Sin embargo, deja fuera de su ámbito, entre otros casos, los edificios aislados con una superficie útil inferior a 50 m².
- En lo que ahora nos interesa, el artículo primero recoge en su punto 3, letra f), una definición especialmente importante: *Certificado de eficiencia energética del edificio terminado*: Documentación suscrita por la dirección facultativa de la obra como resultado del proceso de certificación, que incluye la calificación de eficiencia energética del edificio terminado, señalada en la escala de eficiencia energética.
- Por último, el artículo 7.5 establece: *El certificado de eficiencia energética del edificio terminado se incorporará al Libro del edificio.*

A la vista de estas normas extractadas del citado Real Decreto, y aún reconociendo que la redacción de la letra b) del apartado primero del nuevo artículo 20

de la Ley del Suelo no es un ejemplo de claridad, pienso que puede entenderse que lo que ha querido exigir como *requisito nuevo añadido a los anteriores para las declaraciones de obra nueva terminada es la necesidad de que el Libro del edificio incorpore el preceptivo certificado de eficiencia energética del edificio terminado*. Entender que, al amparo de la interpretación puramente literal del precepto, este requisito solo será exigible cuando así lo imponga la correspondiente norma autonómica, es contrario a la finalidad perseguida con esta reforma. El propio carácter de legislación básica que el Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal tiene, nos inclina a pensar que los requisitos que en el mismo se imponen deben considerarse exigibles en todo caso y con independencia de la concreción que se haga en cada una de las normas autonómicas.

Partiendo de esta interpretación, surge una duda desde el punto de vista de la calificación registral. *¿Debe el registrador comprobar que en el contenido incluido en el Libro del edificio está comprendida esta certificación?* En aquellas comunidades autónomas en las que, como ocurre en Andalucía, la propia legislación ha impuesto como obligatorio el depósito del citado Libro en el Registro de la Propiedad, parece evidente que corresponde al registrador la obligación de comprobar que el Libro del edificio recoge todos los contenidos exigidos por la normativa vigente. Por el contrario, en el resto de comunidades en las que sigue vigente el depósito notarial del Libro del edificio (Resolución Circular de la DGRN de 26 de julio de 2007), pienso que sería suficiente con que en el acta de depósito indique el Notario que en efecto están incorporados al Libro todos los contenidos exigidos por la normas que lo regulan. En cualquier caso cada vez se hace más patente la conveniencia de que el legislador imponga con carácter general la necesidad del depósito del Libro del edificio en el Registro, como única manera de garantizar el acceso a su contenido de cualquier adquirente presente o futuro de los diferentes departamentos del edificio.

III. OBRAS NUEVAS POR «ANTIGÜEDAD»

Mucho más novedosa es la regulación que ahora se establece para la inscripción de las denominadas «obras nuevas por antigüedad». Hasta ahora solo teníamos sobre esta materia la referencia en las diversas leyes autonómicas al plazo de duración de las acciones que corresponden a la administración para iniciar actuaciones frente a edificaciones no ajustadas a la normativa urbanística, en conexión con lo establecido en la Disposición Transitoria quinta del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (*Edificaciones existentes. Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística*

que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular) y la regulación explícita recogida en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio: Reglas aplicables a otras construcciones. Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurran los siguientes requisitos: Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación.

Ahora se ha introducido un punto cuarto en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: 4. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento: a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general. b) El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido. c) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación.*

La reforma parte en gran medida de lo establecido en la normativa anterior, pero también introduce novedades importantes para garantizar el mayor grado posible de seguridad jurídica. Sin embargo, la letra del precepto no es precisamente un paradigma de claridad, y surgen grandes dudas en su interpretación que esperemos se resuelvan con prontitud por algún desarrollo reglamentario o por

la interpretación que haga la Dirección General en sus resoluciones. Entretanto intentaré avanzar unas pautas de aplicación.

a) ¿A QUÉ SUPUESTOS SE APLICA?

El precepto restringe su ámbito a obras *respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística* que impliquen su demolición, *por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes*. Por el contrario, el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se refiere a todas las edificaciones en las que se acredite *la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante*. Es verdad que la nueva redacción es más precisa técnicamente cuando elude utilizar la expresión *infracción en que hubiera podido incurrir el edificante*, porque no interesa la prescripción de la acción para sancionar al edificante, sino la relativa a las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. Pero hubiera sido mejor aludir a tales medidas, con independencia de si implican la necesaria demolición o, por el contrario, se admite la legalización de la obra. Debemos tener presente que la realización de una obra sin licencia habilita a la administración a iniciar acciones dirigidas al restablecimiento de la legalidad infringida, pero para ello no siempre es necesario llevar a cabo la demolición de la obra. Por ejemplo, si analizamos lo establecido en el artículo 182 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, vemos que si la obra realizada sin licencia es compatible con la ordenación urbanística vigente, lo que resulta prioritario es intentar su legalización, antes que su demolición. Sin embargo, la Dirección General, ateniéndose a la letra del precepto, señala en su Resolución de 8 de mayo de 2012, que *lo cierto es que el artículo 20.4 de la Ley de Suelo vigente solo exige para su aplicación que se haya producido la prescripción de las acciones de disciplina cuyo ejercicio pudiera provocar la demolición de la edificación declarada, y no de aquellas otras que, dando lugar a la imposición de una sanción, no impliquen el derribo de lo construido*.

Con independencia de la desafortunada redacción del precepto (que en este punto ha copiado a la de la Disposición Transitoria quinta del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, antes transcrita), creo que este sistema es aplicable a la inscripción de cualquier obra nueva realizada sin licencia, y respecto a la cual hayan prescrito las acciones administrativas para la reposición o restablecimiento del orden jurídico perturbado, ya sea a través de la demolición o de la legalización.

b) FORMA DE ACREDITAR LA ANTIGÜEDAD DE LA OBRA

Se ofrecen cuatro mecanismos o instrumentos para acreditar la antigüedad de la edificación cuya declaración se pretende inscribir: certificación del ayuntamiento, de un técnico competente, acta de notoriedad y certificación catastral descriptiva y gráfica. Como puede verse son los mismos que ya preveía el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Creo, no obstante, que se deben hacer algunas precisiones:

- Se sigue exigiendo que se trate de un «técnico competente». En los términos del artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, considerando que en las obras antiguas no contamos con un proyecto técnico de la misma, podrá certificar cualquier técnico cuyo colegio profesional le reconozca con facultades suficientes para ello. En la práctica esta exigencia se solventa con el correspondiente visado colegial. Hasta ahora el referido visado solo era preciso para estos efectos. Sin embargo, de acuerdo con el ya citado artículo segundo del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, entiendo que el certificado técnico debe estar visado en todo caso.
- Cuando el medio utilizado sea el acta de notoriedad, si, como cabe suponer, incorpora certificados técnicos, estos deben estar debidamente visados por su respectivo colegio profesional.
- En la medida en que, como ahora veremos, es posible que se aporte un acto administrativo acreditativo de la situación de fuera de ordenación, creo que la antigüedad de la obra se determine precisamente en ese acto administrativo.

Naturalmente, como señala el artículo 20.4, también debe comprobarse que la descripción que resulta de estos documentos acreditativos de la antigüedad de la obra es coincidente con la que se hace en el título que ahora se pretende inscribir. A este respecto debe advertirse que, especialmente en el caso de la certificación catastral, la descripción de la edificación es muy sucinta. De hecho solo suele especificarse los metros construidos, concretando en ocasiones la parte de ellos que se destinan a los diferentes usos a que se dedica el edificio. Como es lógico debe entenderse que el legislador considera suficiente estos extremos para apreciar esa identidad de contenido descriptivo.

No es infrecuente que se acredite la antigüedad y la descripción con un certificado de un técnico, pero que también se incorpore a la escritura una certificación catastral descriptiva y gráfica (téngase en cuenta que el artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro, tras la modificación introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, obliga a que se incorpore dicha certificación

en todos los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos por ley). ¿Qué ocurre si los datos resultantes de la certificación del técnico no coinciden con los del Catastro? Creo que debe atenderse a lo que se señale en la certificación técnica, porque no es en absoluto infrecuente que el contenido del Catastro no se corresponda con la realidad. De hecho la citada Ley de Economía Sostenible ha introducido en el artículo 18 de la Ley del Catastro un procedimiento encaminado a que, con la intervención del Notario, se rectifique el Catastro para ajustarlo a los datos descriptivos reales. Lógicamente en estos casos se inscribirá la declaración de obra nueva pero no se consignará la referencia catastral de la finca, como se deduce de los artículos 38 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Catastro. Este mismo criterio es el que ha sostenido la reciente resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2011 (BOE de 4 de enero de 2012).

También con respecto a la utilización de la certificación catastral como medio de acreditación de la antigüedad de la obra, se ha planteado la cuestión de cómo apreciar la concordancia con la descripción de la edificación que se hace constar en la escritura, teniendo en cuenta que las certificaciones del Catastro se limitan a expresar los metros construidos y la antigüedad de la obra. La Dirección General en distintas Resoluciones⁵, señala que la coincidencia no debe de ser plena como en las inmatriculaciones y que basta que no haya duda de la identidad de la finca, además de que quede acreditada la realidad de la obra y su antigüedad.

c) COMPROBACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FINCA

Ahora el Registrador no solo debe comprobar las circunstancias de antigüedad de la edificación, sino que también debe cerciorarse de que el suelo sobre el que se ha realizado la obra no esté afectado por determinadas limitaciones. En concreto la letra a del artículo 20.4 dice que el Registrador comprobará *que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general*. Pero, ¿con qué medios cuenta el Registrador para realizar esta comprobación? Pues en realidad cuenta con los que habitualmente utiliza en su labor de calificación, y que son los que señala el artículo 18 de la Ley Hipotecaria: los documentos presentados y los libros del Registro. Entre los documentos presentados hay algunos que le servirán especialmente en esta tarea. Por ejemplo, el certificado del técnico que deberá describir con detalle la obra realizada y la finca sobre la que se ubica; la certificación catastral descriptiva y gráfica que

⁵ Pueden verse las de 15 de septiembre de 2009 (BOE de 7 de octubre) y la de 14 de diciembre de 2010 (BOE de 27 de enero de 2011).

debe acompañarse, bien para acreditar la antigüedad de la obra, bien por simple cumplimiento del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro, que obliga a la incorporación de dicha certificación; y, sobre todo, el acto administrativo a que se refiere la letra b del propio artículo 20.4, en los casos en que se aporte al tiempo de presentar la escritura de declaración de obra nueva. De los libros registrales también puede obtenerse información que ayude a determinar si la finca sobre la que se levanta la edificación ocupa suelo de dominio público o está afectado por servidumbres de uso público, sobre todo si se tiene en cuenta que no son pocos los Registros de la Propiedad que cada vez avanzan más en la incorporación de bases gráficas respecto de las fincas registrales.

Al margen de esto, no debemos olvidar que en determinados casos la propia ley exige la adopción de medidas especiales para evitar la invasión del demanio. En concreto en la legislación costas se prevén actuaciones precautorias en este sentido, que deben ser tenidas en cuenta por el Registrador al calificar las declaraciones de obra nueva⁶.

A propósito de esta loable intención del legislador de garantizar la protección del demanio, cabría recordar a las administraciones públicas la obligación que tienen de inscribir todos sus bienes, tanto patrimoniales como demaniales (puede verse lo establecido en el art. 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, o en los arts. 85 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Régimen Local y 36 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales).

d) INEXISTENCIA DE ANOTACIONES DE EXPEDIENTES DE DISCIPLINA URBANÍSTICA

Siguiendo lo que ya establecía el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, el nuevo artículo 20.4 de la Ley del Suelo obliga al registrador a comprobar también que sobre la finca objeto de la construcción no existe *anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística*. En principio lo relevante es que exista anotación en el Registro, con independencia de la realidad administrativa del expediente. De hecho pueden darse diferentes casos.

Puede que en su momento se hubiera practicado dicha anotación, pero que luego el expediente administrativo hubiera decaído por algún motivo (que no se encontrara supuesto de infracción urbanística, que por vía de recurso se hubiera anulado la correspondiente resolución administrativa...). En estos casos resulta imprescindible que con carácter previo a la inscripción de la obra

⁶ Así lo reconoce la DGRN en sus Resoluciones de 9 de mayo de 2008 (BOE de 4 de junio) y 16 de julio de 2011 (BOE de 7 de octubre).

nueva se cancele la anotación. A veces esa cancelación podrá realizarse de forma simultánea por haber incurrido la anotación en caducidad. Recordemos que conforme a los artículos 61 y 62 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, la anotación tendrá un plazo de duración de cuatro años y podrá prorrogarse un año más a instancia de la administración actuante. También cabe la prórroga si se interpone recurso contencioso, en cuyo caso la administración podrá pedir al Tribunal que la anotación quede prorrogada hasta que haya recaído resolución administrativa firme en el procedimiento. Recordemos que, como la Dirección General de los Registros ha recordado hasta la saciedad (entre otras muchas pueden citarse las resoluciones de 30 de junio y 19 de julio de 2007 —BOE de 31 de julio y 6 de agosto, respectivamente—, 25 de junio de 2009 —BOE de 25 de julio— y 20 de julio de 2010 —BOE de 18 de septiembre—), la caducidad opera *ipso iure* y supone que la anotación carezca de efectos jurídicos. Por eso no cabe negarse a la inscripción de la obra nueva si la anotación ha caducado.

Pero también puede suceder que en el Registro no exista anotación preventiva, y sin embargo se haya tramitado el correspondiente procedimiento administrativo. Si el registrador no tiene conocimiento de ello, ningún obstáculo existe para inscribir la obra. Ahora bien, la duda se plantea si del acto administrativo a que se refiere la letra b) del artículo 20.4, y siempre que se haya acompañado junto con la documentación que se presenta para la inscripción, resulta que en efecto la administración ha tramitado o está tramitando el señalado expediente. En mi opinión, el registrador debe atenerse a lo que resulte de este documento administrativo, caso de que sea aportado al tiempo de practicar la inscripción. Solo cabría practicar la inscripción de la obra si de dicho acto administrativo resulta con claridad que la eventual infracción urbanística ha prescrito porque, aunque en su momento se inició el expediente, el mismo no concluyó con el reconocimiento de la existencia de dicha infracción, y luego han pasado los plazos correspondientes para que se pueda considerar verificada la prescripción de la misma. En cualquier otro caso el expediente administrativo, aunque nunca haya sido anotado, sí que ha interrumpido la prescripción, con lo que ya no se cumpliría el requisito primero y esencial que establece el primer párrafo del propio artículo 20.4. No obstante, considerando que, como luego sostendré, no creo que la aportación de este documento administrativo sea requisito indispensable para la práctica de la inscripción, es evidente que el registrador no tiene que realizar ninguna averiguación complementaria si en el Registro no aparecen anotaciones preventivas.

e) DOCUMENTO ADMINISTRATIVO RELATIVO A LA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN:

Este es, sin duda, el punto que más dificultades de interpretación está generando. La redacción es poco clara y no existen precedentes en la legislación anterior. De ahí que tengamos que intentar aclarar las dos cuestiones fundamentales que se están discutiendo sobre la aplicación práctica de este requisito:

1. *¿Qué es lo que se está exigiendo?*

La letra del artículo nos habla de la necesidad de aportar un *acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido*. El texto no puede ser más desafortunado. En primer lugar porque hace alusión a una situación administrativa (la de fuera de ordenación) cuya delimitación corresponde hacerla a la legislación de cada comunidad autónoma. Baste el ejemplo de la legislación andaluza. De acuerdo con lo establecido en el artículo 34.b) y en la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, solo cabe hablar de obras en situación de fuera de ordenación cuando estemos en casos de edificaciones que al tiempo en que se ejecutaron eran conformes al planeamiento vigente, pero que, debido a un cambio posterior del mismo, devienen contrarias a la ordenación. Para el supuesto que ahora nos ocupa (obras que fueron ejecutadas en su día contraviniendo la legalidad urbanística, pero respecto de las cuales no procede el ejercicio de las potestades para la protección de dicha legalidad por el transcurso del tiempo fijado para su ejercicio) la legislación andaluza tiene prevista su declaración en *situación de asimilación a la de fuera de ordenación* [el mismo art. 34.b) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, en la redacción que le ha dado la Ley 2/2012, de 30 de enero, y el artículo 53 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística].

Consecuentemente la referencia que establece el artículo 20.4 de la Ley del Suelo a un *acto administrativo* debe necesariamente interpretarse a la luz de la normativa autonómica.

2. *¿Cuándo debe aportarse ese acto administrativo?*

La respuesta a esta pregunta está generando un intenso debate. La verdad es que existen argumentos para sostener razonablemente cualquiera de las dos posturas que se están barajando. Por un lado existe una corriente de opinión que sostiene que la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley, de 1 de

julio de 2011, lo que ha querido es favorecer la inscripción de las obras nuevas antiguas, pero reforzando al mismo tiempo los controles posteriores que puede realizar la administración. Desde ese punto de vista, el requisito al que se refiere la letra b) del artículo 20.4 de la Ley del Suelo solo cabría interpretarlo como una posibilidad que la ley ofrece a la administración que ha tenido noticia de que se ha llevado a efecto la inscripción, para que pueda remitir al Registro una resolución en la que se declare la obra en situación de fuera de ordenación y se delimite las consecuencias y efectos de tal situación administrativa. Dicen quienes así opinan que exigir que el acto administrativo de declaración de la situación de fuera de ordenación se aporte antes de practicar el asiento y como requisito previo al mismo, supone dejar sin sentido lo establecido en la letra c) del artículo 20.4 de la Ley, puesto que sería absurdo notificar la realización de la inscripción de obra nueva al ayuntamiento que con carácter previo se ha manifestado ya sobre la situación urbanística de la misma.

En esta línea interpretativa, la Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento, a través de la Subdirección General de Urbanismo, en respuesta a una solicitud de aclaración interpretativa realizada por el Colegio de Registradores, emitió en el pasado mes de enero un Informe en el que también se inclinaba por este criterio. Parte de los objetivos que, según la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley de 1 de julio de 2010, se persiguen con la regulación introducida en el artículo 20.4 de la Ley del Suelo: la protección de los terceros adquirentes y también de los propietarios de este tipo de edificaciones respecto a las que ya no se pueden iniciar acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística. A continuación reconoce que ya partíamos de un contexto previo favorable a la inscripción de estas obras (el recogido en los artículos 52 y 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio), y que la nueva redacción dada al artículo 20.4 de la Ley del Suelo no ha tenido como finalidad limitar esa situación normativa precedente, en detrimento de la protección ya otorgada a los propietarios de esta clase de construcciones, sino fortalecer dicha protección para evitar, en un contexto desfavorable para la inversión en el sector inmobiliario, la desconfianza y la inseguridad jurídica que acompañan a determinadas situaciones fácticas que, derivadas de una inactividad administrativa previa, se consolidan en el tiempo sin más constancia pública que la de su sola existencia. Con estas premisas llega a la conclusión de que la regla contenida en la letra b) del artículo 20.4, en su nueva redacción, intenta reforzar la protección que se otorga a los propietarios de estos inmuebles y también a sus futuros adquirentes, de tal manera que, solo en el caso de que así lo declare el Ayuntamiento, la constancia y publicidad registral en la inscripción de estas obras nuevas, permitirá, de un lado, identificar el verdadero alcance de la situación de fuera de ordenación (que podría afectar solo a alguna parte del inmueble, obvien a todo él), y de otro, los límites que dicho régimen incorpora, con su contenido exacto. Por ello considera que la situación

de fuera de ordenación se puede hacer constar en el momento de inscribir la declaración de obra nueva, si se acompaña en ese momento certificación del acto administrativo que delimita tal situación y su alcance, o bien podrá hacerse constar con posterioridad, cuando el Ayuntamiento, notificado al efecto por el Registrador de conformidad con la letra c) del artículo 20.4, así lo interese del Registro, con remisión del acto administrativo pertinente.

Por otro lado encontramos la tesis que sostiene que el acto administrativo por el que se declara la situación de fuera de ordenación constituye un requisito previo para practicar la inscripción de obra nueva. Se manejan varios argumentos para sustentar esta opinión. En primer término el argumento de la interpretación literal. Se utilizan expresiones claramente imperativas: *El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación, o, a tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido*. No es posible que el *asiento de inscripción* deje constancia de dicha situación de fuera de ordenación si, con carácter previo no se aporta el acto administrativo que la declare. Por otro lado, atendiendo a un criterio de interpretación sistemático, concluyen quienes defienden esta tesis que, al igual que en las obras nuevas con licencia el legislador ha querido no solo controlar la legalidad de la obra (cosa que ya venía haciendo antes con la exigencia de la licencia de obras y el certificado del técnico), sino también que el uso al que se va destinar es acorde con el planeamiento (obligando a aportar licencia de ocupación), resulta razonable pensar que en las obras nuevas antiguas se haya pretendido que el Registro publique la verdadera situación urbanística de las mismas. Y no menor peso tiene el argumento teleológico. Como queda meridianamente claro en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley de reforma de la Ley del Suelo, esta batería de reformas hacen *especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario*. En concreto, respecto a la inscripción de estas obras antiguas, la Exposición de Motivos las denomina edificios fuera de ordenación, y señala que con la reforma se *consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica*. Para conseguir este fin es imprescindible que la situación de fuera de ordenación o la equivalente que determine la legislación autonómica correspondiente, se hagan constar en la propia inscripción, sobre la base del acto administrativo que necesariamente debe aportarse junto con los demás requisitos que prevé la ley. Desde esta perspectiva, el argumento esgrimido por la Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento, respecto a que la reforma no ha querido restringir las posibilidades recogidas en el Real Decreto 1093/1997, no tiene sentido, porque el hecho de

exigir que se aporte ese acto administrativo al tiempo de realizar la inscripción no supone restringir derechos de los propietarios, sino simplemente añadir una mayor claridad a la publicidad registral de la obra nueva que van a inscribir sobre su finca. El propio Informe de esta Dirección General reconoce que la reforma ha introducido otros requisitos que antes no existían (que el registrador compruebe que la edificación no está situada sobre suelo semanal o afectado por servidumbres de uso público o general, y que la comunicación al Ayuntamiento se haga en todos los casos, con independencia del documento aportado para acreditar la antigüedad de la obra), pero no por ello considera que esos nuevos requisitos restrinjan la situación anterior. Por supuesto este informe no tiene más alcance que el de una mera opinión de un órgano administrativo que, por lo menos, reconoce también que la redacción final de la norma no es especialmente afortunada y que eso está dando lugar a diferentes interpretaciones.

Precisamente por esta posibilidad de distintas interpretaciones es por lo que no solo hay discrepancias entre los autores que están analizando la reforma, sino que también entre las distintas administraciones se plantea la divergencia. En este sentido conviene traer a colación el escrito remitido por la Dirección General de Inspección de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda a la Dirección General de los Registros y del Notariado el 15 de septiembre de 2011. En opinión de este otro órgano administrativo, el pronunciamiento de la administración, con carácter previo a la inscripción, se torna imprescindible. Entiende la Consejería andaluza que con dicho control administrativo previo se garantiza, no solo la determinación de la situación urbanística de la edificación (si la situación de asimilación a fuera de ordenación afecta a la totalidad o parte de la obra y las consecuencias de ello), sino también que ya no es posible ejercer acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística y que no se invade suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público o general.

Una lamentable redacción legal, unida a la ausencia de una mínima coordinación entre las Administraciones afectadas por la aplicación de esta reforma, coloca a los Ayuntamientos, a los registradores, y, lo que es aún peor, a los propietarios afectados, ante la difícil tesitura de saber cuál es el criterio correcto. La decisión no es fácil, porque, como ya apunté antes, las dos posturas que se han planteado tienen sólidos argumentos que ofrecer. En mi opinión se enfrentan las exigencias que impone el sentido común y la lógica, y la desafortunada literalidad de la norma. En efecto, si nos atenemos a una interpretación literal, creo que la única salida es considerar que se ha impuesto otro requisito a la inscripción de las obras nuevas antiguas, y que por tanto, es necesario aportar ese misterioso acto administrativo para que se pueda realizar el asiento registral. Sin embargo, pienso que todas las demás herramientas de interpretación nos conducen a una solución distinta. Así, carece de sentido obligar al interesado a obtener con carácter previo del Ayuntamiento un pronunciamiento concreto sobre la situación urbanística de la edificación, y al mismo tiempo obligar al

registrador a que *a posteriori* comunique a ese mismo Ayuntamiento que ha realizado la inscripción de la obra en cuestión. Eso sería tan ridículo como imponer la citada comunicación al Ayuntamiento en los casos de inscripciones de obras nuevas realizadas con licencia y proyecto. Por otro lado, si estamos en supuestos en los que se supone que la Administración ya no puede iniciar acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística, y lo que el legislador pretende es facilitar a los propietarios de esas obras su acceso al Registro, qué razón puede haber para que se condicione la inscripción a la obtención de una nueva resolución que ha de dictar precisamente la Administración que durante varios años ha sido incapaz de iniciar un expediente de disciplina urbanística. Además, teniendo en cuenta el nuevo régimen del silencio administrativo, se dejaría en manos del Ayuntamiento el acceso al Registro de la citada obra, porque le bastaría con seguir haciendo gala de la misma inacción administrativa que ha venido exhibiendo en todos los años anteriores para impedir la práctica de la inscripción. En definitiva, habría prescrito la acción administrativa para la reposición de la legalidad urbanística, pero le concedemos al Ayuntamiento la facultad de obstaculizar e impedir la efectividad del derecho que tiene el ciudadano a inscribir la obra nueva. El objetivo que confiesa perseguir el Real Decreto-ley, de 1 de julio de 2011, es el de aumentar la seguridad jurídica y la protección de titulares y terceros. En esa línea se encuadra una de sus «medidas estrella», cual es la obligación de los Ayuntamientos (bajo pena de asumir la responsabilidad de los daños que sufran los terceros) de instar la anotación de los expedientes de disciplina urbanística (medida que estudiaré más tarde). Pues considero que, en coherencia con esta medida, debemos entender que lo que se ha querido con la introducción de la letra b) del artículo 20.4 de la Ley del Suelo es que los Ayuntamientos que reciban una comunicación de un Registrador de la Propiedad relativa a la práctica de una inscripción de una obra nueva antigua, estén obligados a aportar al Registro *un acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido*. Creo que esta es la única interpretación plausible de una norma que, por su falta de precisión técnica, podría llegar a bloquear en la práctica la inscripción de este tipo de obras nuevas.

Por fortuna la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado ya sobre la cuestión. La reciente Resolución de 17 de enero de 2012 (BOE de 9 de febrero) realiza importantes precisiones que debemos comentar con detenimiento:

- En primer término delimita con gran claridad la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia. Así nos dice el primero de sus fundamentos de derecho que corresponde a las Comunidades *determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden im-*

poner y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo, o la necesidad de determinación por parte de la legislación autonómica del plazo de prescripción de la posible infracción urbanística o, en su caso, su imprescriptibilidad. Creo que el razonamiento es impecable y nos permite interpretar armónicamente las aparentes contradicciones existentes entre las normas estatales y las autonómicas. Así, no habría ningún problema en que la normativa autonómica, prevea, por ejemplo, la necesidad de que una edificación en situación de asimilación a la de fuera de ordenación deba obtener la licencia de primera ocupación para que legalmente pueda destinarse al uso concreto para el que vaya a utilizarse, y que si no se cumplimenta este requisito se pueda incurrir en alguna infracción urbanística. Pero eso no significa que para la inscripción en el Registro sea necesario acreditar la obtención de dicha licencia, puesto que el Estado, único competente para determinar los requisitos de inscripción, no ha querido imponer esta exigencia para el acceso al Registro.

- En segundo lugar se aborda la cuestión de la aplicación temporal de las normas relativas a los requisitos de inscripción de las obras nuevas. La conclusión que sienta el Centro Directivo es que, con independencia de la fecha de realización de las obras, e incluso de la fecha de otorgamiento de la escritura, como lo que regula la ley son los requisitos para la inscripción, el Registrador debe calificar aplicando las normas vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro. En consecuencia, la nueva redacción del artículo 20 es aplicable a una escritura otorgada antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. Quizá esta interpretación sea demasiado extrema. Pensemos en escrituras otorgadas hace cuarenta años, cuando ni la legislación urbanística ni la hipotecaria exigían requisito alguno para la inscripción de una obra nueva, ¿no resulta algo exagerado pedir ahora el cumplimiento de todo lo que la Ley del Suelo requiere para el acceso al Registro?
- Por último se aborda la cuestión clave: la interpretación de la letra b) del artículo 20.4 de la Ley del Suelo. Comienza la Dirección General analizando la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2011, destacando la parte en la que el legislador manifiesta que *se permite el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de resta-*

blecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. De esta manera, se consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica. A continuación reconoce que la nueva normativa no es muy distinta de la recogida en los artículos 52 y 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, siendo la principal novedad lo establecido en la letra b), cuyo encaje con la regulación preexistente es la que plantea el principal problema interpretativo.

- Y estudiando el sentido que puede tener este nuevo requisito, lo primero que plantea esta resolución es que la letra del artículo no es técnicamente correcta. Así reconoce que el legislador parece partir de la idea de que todas las obras antiguas están en situación de fuera de ordenación, cuando *lo cierto es que no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, pues no cabe duda, y de hecho ocurre con frecuencia, que sobre la base de su consolidación por antigüedad se declaran obras de edificaciones que están dentro de ordenación y en cuya inscripción, por tanto, no puede hacerse constar, no obstante el mandato legal, situación alguna de fuera de ordenación.* Se recuerda que la situación urbanística de fuera de ordenación está actualmente regulada por las diferentes leyes autonómicas. De hecho, en Andalucía, como ya he expuesto con anterioridad, de acuerdo con los artículos 34.b) y Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística, y 53 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, las obras nuevas antiguas no encajan en la categoría de las de fuera de ordenación, sino en la de asimiladas a fuera de ordenación. Por esa variedad de posibilidades que se pueden dar en las diferentes leyes autonómicas es por lo que creo que se equivoca el Centro Directivo al pretender dar una clasificación de supuestos en el fundamento de derecho sexto, distinguiendo entre las obras antiguas que son lícitas, las ilícitas que se encuadran en algún régimen análogo al de fuera de ordenación, y las que, siendo igualmente ilícitas la ley las incluya en alguna categoría expresa de fuera de ordenación. En Andalucía (Comunidad Autónoma en la que se ubica la finca objeto del caso tratado) la categoría de fuera de ordenación solo está prevista para obras erigidas con anterioridad a que resulten disconformes con la nueva ordenación. Para las que se ejecutaron al margen de la legalidad urbanística (es decir, sin licencia o sin cumplir las condiciones de dicha licencia), y respecto de las cuales haya prescrito la correspondiente acción administrativa solo cabe su inclusión en el grupo de las asimiladas a fuera de ordenación. Por eso hubiera sido

mucho más correcto que la Ley del Suelo hablase de hacer constar en el Registro la situación urbanística en la que se encuentre la edificación objeto de la declaración de obra nueva por antigüedad, según lo previsto por la respectiva ley autonómica.

- Una vez que ya se ha dejado claro que lo que persigue la ley es facilitar la inscripción de las obras antiguas, aunque se trate de edificaciones en situación de fuera de ordenación o asimiladas, y que lo establecido en la letra b) del artículo 20.4 de la Ley del Suelo es solo un mandato imperativo para que se haga constar registralmente tal situación en virtud de un acto administrativo concreto, el fundamento de derecho séptimo concluye afirmando que este requisito puede ser cumplido con carácter previo a la inscripción (si se aporta la pertinente certificación administrativa con la escritura de declaración de obra), o con posterioridad a esta. Y lo basa en una serie de razones: 1) *Porque puede ocurrir que la construcción no se encuentre fuera de ordenación*; 2) *Porque resulta contradictorio admitir que la fecha de terminación de la construcción pueda acreditarse no solo por certificación del Ayuntamiento, sino también por certificación de técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral, e inmediatamente después exigir que se aporte con carácter previo el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación*; 3) *Que la publicidad registral, en garantía de los terceros, es suficiente con la expresión, en el cuerpo de la inscripción y en la nota de despacho (cfr. art. 20.4.c del Texto Refundido de la Ley de Suelo), de la forma en que se ha practicado la inscripción y de la notificación al Ayuntamiento*; 4) *Existiendo una manifestación formal del Ayuntamiento en relación con la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico resultaría superfluo imponer al registrador que exija justificación de su antigüedad y que compruebe que el suelo no es demanial ni afectado por servidumbres de uso público*; 5) *Existiendo una manifestación formal previa del Ayuntamiento en relación con la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico resultaría igualmente superflua e inútil la notificación de la inscripción realizada al Ayuntamiento, pues este no solo tiene ya conocimiento de la obra declarada, sino que ha dictado un acto administrativo expreso cuyo contenido se ha hecho constar en el Registro*; y 6) *Que con ello se posibilita la manifestación contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, logrando la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su*

carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica, para lo cual será preciso que se aporte el correspondiente acto administrativo en el que se delimite su contenido.

A los pocos días de haberse dictado esta resolución de la DGRN, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha publicado dos reformas que inciden en la cuestión. La primera, aunque publicada en el BOJA unos días más tarde (BOJA, núm. 26, de 8 de febrero) afecta a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Se trata de la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. En lo que ahora nos interesa la reforma da nueva redacción a la letra b) del artículo 34 de la Ley, recalcando la diferencia entre la situación de fuera de ordenación y la situación de asimilado a fuera de ordenación. En concreto el párrafo tercero de este precepto establece: *Para las instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas al margen de la legalidad urbanística para las que no resulte posible adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística ni el restablecimiento del orden jurídico perturbado, reglamentariamente podrá regularse un régimen asimilable al de fuera de ordenación, estableciendo los casos en los que sea posible la concesión de autorizaciones urbanísticas necesarias para las obras de reparación y conservación que exijan el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble.* Creo que es una modificación pertinente porque recoge con rango de ley una distinción que hasta ahora se establecía con más claridad en el Reglamento de Disciplina Urbanística que en la propia Ley.

Más problemática es la reforma que se ha realizado en el citado Reglamento de Disciplina Urbanística a través del Decreto 2/2012, de 10 de enero. Se da nueva redacción al artículo 53 de dicho Reglamento. Destacaremos dos novedades. En primer lugar, en el punto cuarto del artículo 53 se prevé el procedimiento de declaración en situación de asimilación a fuera de ordenación: *El reconocimiento particularizado de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación respecto de instalaciones, construcciones o edificaciones terminadas se acordará por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, previo informe jurídico y técnico de los servicios administrativos correspondientes. La resolución que ponga fin a este procedimiento deberá identificar suficientemente la instalación, construcción o edificación afectada, indicando el número de finca registral si estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad, y su localización geográfica mediante referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada; igualmente habrá de acreditar la fecha de terminación de la instalación, construcción o edificación, así como su aptitud para el uso al que se destina. Una vez otorgado el reconocimiento, podrán autorizarse las obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble.* Hasta aquí

todo correcto y nada que objetar. Sin embargo el problema se plantea cuando el Decreto trata de llevar a norma reglamentaria los planteamientos interpretativos que la propia Junta de Andalucía había sostenido en relación con el artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal, y que ya he examinado antes al reseñar el escrito remitido por la Dirección General de Inspección de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda a la Dirección General de los Registros y del Notariado el 15 de septiembre de 2011. En efecto, queda claro que la Junta de Andalucía se inclina por la tesis de que el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, al reformar el artículo 20.4 de la Ley del Suelo ha querido imponer un nuevo requisito para inscribir las obras nuevas antiguas: que se acompañe el documento o resolución administrativa por la que se declare que la edificación está en situación de fuera de ordenación o asimilada. Por ello se introduce una Disposición Transitoria Tercera al Reglamento de Disciplina Urbanística, en la que se reconoce que las obras nuevas antiguas que se inscribieron antes del citado Real Decreto-ley no necesitaban este requisito, por lo que se ordena a las administraciones competentes que insten la constancia registral de esta situación. Dice literalmente la citada Disposición Transitoria: *Acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación con anterioridad al Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. En el caso de que una edificación declarada en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, sin mención expresa de las condiciones derivadas de este régimen, la Administración competente deberá instar dicha constancia en la forma y a los efectos previstos en la legislación notarial y registral correspondiente.* Y para todas las inscripciones que se vayan a practicar en el futuro, el apartado quinto del artículo 53 del citado Reglamento de Disciplina Urbanística, en su nueva redacción, dispone: *Conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujeta la misma.*

El conflicto está servido. La DGRN mantiene un criterio abiertamente contrario al recogido en una norma reglamentaria andaluza. ¿Qué hacemos los registradores? ¿Nos atenemos a lo establecido en esta norma reglamentaria aún a riesgo de perder los recursos que se planteen ante el Centro Directivo?

A primera vista, la nueva redacción del punto quinto del artículo 53 del Reglamento andaluz es palmariamente ilegal. La Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía no prevé en ningún precepto la necesidad de este requisito para la inscripción en el Registro. De hecho, la reciente reforma de la misma, llevada a cabo por la Ley 2/2012, de 30 de enero, no ha querido introducir semejante medida. ¿Existe entonces alguna alternativa interpretativa que permita conservar

este artículo sin tener que tacharlo de ilegal? Pienso que sí. Para ello debemos tener en cuenta estos razonamientos:

- Como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997, de 20 de marzo, *en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.º de la Constitución Española..., es al Estado al que compete establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción..., al previo cumplimiento de ciertos requisitos*. Basándose en este criterio veíamos antes como la DGRN en la reciente Resolución de 17 enero de 2012 nos aclaraba que corresponde a las Comunidades *determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos*. Por el contrario, sigue afirmando el Centro Directivo, *corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo, o la necesidad de determinación por parte de la legislación autonómica del plazo de prescripción de la posible infracción urbanística o, en su caso, su imprescriptibilidad*. Por eso es entendible que la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía no haya establecido requisitos nuevos para la inscripción en el Registro.
- Y si la Ley ha respetado escrupulosamente la competencia que corresponde a la Comunidad Autónoma, parece razonable pensar que no se va a querer invadir el ámbito de las competencias exclusivas del Estado precisamente a través de un Reglamento. Por ello creo que el primer inciso de este nuevo punto 5 del artículo 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía contiene la clave para encajar el precepto dentro del marco de la legalidad constitucional. Comienza utilizando la expresión *conforme a la legislación notarial y registral en la materia*. Debemos interpretar estas palabras como una remisión a lo que disponga la normativa estatal. Y en la actualidad esa normativa *notarial y registral* en la materia está constituida por el artículo 20.4 de la Ley del Suelo. Y además los Registradores en su actuación habrán de estar a la interpretación que de dicho artículo hagan la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que por el momento no se ha pronunciado) y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por tanto, la exigencia referida en el artículo 53.5 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía solo tendrá alcance efectivo cuando se modifique el artículo 20.4 de la Ley del Suelo del Estado, o se

imponga en los Tribunales, o en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado la línea interpretativa que considera que el acto o resolución administrativa por el que se declara la obra en situación de fuera de ordenación o asimilada, debe aportarse como requisito previo para la práctica de la inscripción. Mientras eso no ocurra, la previsión recogida en este artículo no puede tener aplicación directa, y, por tanto, no implica el establecimiento de un requisito adicional para la inscripción de las obras nuevas antiguas que la legislación estatal no prevé.

- Siendo esto así, parece razonable estimar que, mientras el artículo 53.5 no sea aplicable, debe extenderse a todas las obras nuevas antiguas que tengan acceso al Registro lo establecido en la nueva Disposición Transitoria Tercera del Reglamento de Disciplina Urbanística, quedando obligados los Ayuntamientos, una vez que reciban la comunicación a que alude el artículo 20.4.c) de la Ley del Suelo, a instar la constancia de la situación de asimilado a fuera de ordenación en el Registro.

Si se insiste en querer interpretar este artículo como la imposición de un requisito para la inscripción, nos encontraremos con un problema, porque resultaría evidente que se trata de una disposición reglamentaria ilegal. Es ilegal por dos motivos. Primero por regular cuestiones que corresponden a la competencia exclusiva del Estado. Y, en segundo término, por carecer de amparo y cobertura en la propia Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Y, ¿qué hacemos entonces los registradores en Andalucía? ¿puede un registrador no aplicar una norma reglamentaria claramente ilegal? Esta cuestión ya la abordé en trabajos anteriores⁷. Como allí expuse, se trata de un asunto discutido. Podemos encontrar Resoluciones de la DGRN que, como las dos dictadas con fecha 19 de abril de 2006 (*BOE* de 30 de mayo), consideran que *resulta palmario que, lo que en ningún caso, compete al registrador es analizar la legalidad de las disposiciones que ha de aplicar*. En relación con las normas de rango inferior a la Ley, tal posibilidad *solo compete a los órganos jurisdiccionales a través de los cauces legalmente previstos y, en su caso y respecto de dichas disposiciones infralegales a la propia Administración autora de las mismas* «ex» artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, a través de los cauces de la revisión de oficio. Sin embargo, también existen otros fallos de la propia Dirección General, como las de 16 de diciembre de 1991 (*BOE* de 26 de marzo de 1992) o 21 de febrero de 2002 (*BOE* de 18 de abril), mantuvieron la postura opuesta. En concreto en la última de las resoluciones citadas, nos dijo el Centro Directivo a propósito de la aplicación del artículo 35 del

⁷ *Los bienes de las entidades locales y el Registro de la Propiedad*, libro publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, año 2008, páginas 52 a 54.

Reglamento de Costas: pese a ser esta la solución legal, el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley, aprobado por Real Decreto 1471/1999, de 1 de diciembre, ha remitido en su artículo 35 a las mismas exigencias que para las inmatriculaciones a todos los supuestos de segundas y posteriores inscripciones. Esta norma, como ya señalara la Resolución de 16 de julio de 1998, no solo carece de cobertura legal, quebrantando el principio de jerarquía normativa —arts. 9.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 23 de la Ley del Gobierno— sino que va en contra de los mismos principios que inspiran la Ley que desarrolla y que son coincidentes con los que rigen en el sistema hipotecario en orden a llamar en aquellos expedientes que puedan desembocar en una modificación de la situación registral a los titulares de derechos inscritos. Los Registradores (y todos los funcionarios públicos) están, no solo facultados, sino absolutamente obligados a realizar un juicio de legalidad previo a la aplicación de cualquier norma reglamentaria. Yo creo que es evidente que los Registradores (y todos los funcionarios públicos) deben inaplicar en el caso concreto cualquier norma reglamentaria que estimen que es contraria a disposiciones de rango legal. Conviene en este sentido traer a colación la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ⁸. Por la contundencia y claridad de su contenido y por el indiscutible magisterio de sus autores creo conveniente transcribir parte de sus razonamientos: *El deber de observancia de la Ley y de correlativa inaplicación del Reglamento que la infringe alcanza también —es forzoso repetirlo frente a las creencias habituales— a los mismos funcionarios administrativos. Los funcionarios no están vinculados a los Reglamentos como consecuencia de su subordinación jerárquica, sino en cuanto que dichos Reglamentos forman parte del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo. No están, pues, obligados a aplicar los Reglamentos ilegales en todo caso, porque ello supondría reconocer en los Reglamentos un deber de observancia superior a la Ley. No hay dos ordenamientos jurídicos: uno, el que afecta a los ciudadanos y sancionan los jueces, en que estaría presente el principio de superioridad de la Ley; otro, el que administran los funcionarios, en que esa superioridad no entraría en juego. Es obvio que el ordenamiento no puede ser más que uno y el mismo.*

En conclusión, cualquiera que sea nuestra interpretación sobre este apartado del artículo 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, debemos considerarlo inaplicable, bien por entender que su misma letra se condiciona a que la legislación estatal establezca este requisito para la práctica de la inscripción, bien por estimar que se trata de una norma reglamentaria ilegal.

La DGRN ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este conflicto normativo que en apariencia genera el artículo 53.5 del Reglamento de Disciplina

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, vol. I, pág. 225.

Urbanística de Andalucía. La Resolución de 5 de marzo de 2012 (BOE de 7 de mayo) trata de solventar la cuestión. Aunque su planteamiento general es bueno, comete luego, en mi modesta opinión, dos graves errores que sin duda añaden todavía más complicación al ya enrevesado procedimiento de inscripción de obras nuevas por antigüedad. Veamos:

- Buen comienzo: Comienza el Centro Directivo reafirmando el criterio ya recogido en su Resolución de 17 de enero de 2012 sobre la no necesidad de aportación de la resolución administrativa relativa a la situación de fuera de ordenación de la edificación para que pueda practicarse la inscripción correspondiente. A continuación se enfrenta a la interpretación del conflictivo artículo 53.5. Como digo parte de una correcta premisa: es competencia del Estado la fijación de requisitos para la inscripción de los documentos, por lo que la aplicación de este precepto procede hacerla partiendo de una interpretación conjunta y coherente de la normativa notarial y registral (el propio artículo lo establece, cuando dice *conforme a la legislación notarial y registral*), normativa que, en este caso, está constituida básicamente por el artículo 20.4 de la Ley del Suelo estatal. Por tanto, razonamiento impecable que debería conducir a la inaplicación práctica del precepto.
- Primer error: en el último párrafo del noveno fundamento de derecho nos sorprende la Dirección General diciendo que como la reforma del artículo 53.5 se ha llevado a cabo en el marco del Decreto 2/2012, de 10 de enero, que regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable, solo debe tener aplicación en esta clase de suelo. Es sorprendente esta afirmación, porque lo que se hace no es introducir una norma *ex novo* para las edificaciones en suelo no urbanizable, sino reformar un artículo de un reglamento de carácter general sobre disciplina urbanística que, por supuesto, afecta a toda clase de suelos. Si se hubiese querido limitar la aplicación de esta nueva redacción el artículo 53.5 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía al suelo no urbanizable, se habría dicho expresamente.
- Segundo error: decía yo antes que si el razonamiento que sirve de premisa es que el artículo 53.5 debe aplicarse conforme a la legislación notarial y registral, lo coherente es inaplicar el precepto. Pues parece que no. O, al menos, eso es lo que piensa nuestro Centro Directivo. Y uno se pregunta cómo aplicar un artículo que dice que *Conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que*

se sujeta la misma, si esa legislación notarial y registral está constituida por el artículo 20.4 de la Ley del Suelo, y este artículo, según la propia Dirección General, no exige que la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación sea necesaria para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad. Pues la solución que se plantea la DGRN para aplicar un precepto inaplicable es bien curiosa. Parte de la invocación de un artículo de esos que en la Ley de Procedimiento Administrativo recoge principios generales para dicho procedimiento. En concreto se coge la expresión contenida en el primer apartado del artículo 41 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos) para inventar un procedimiento nuevo: los registradores deberán, en estos supuestos, reclamar del presentante, los interesados y las autoridades urbanísticas competentes la aportación de la correspondiente resolución sobre la declaración de la obra en situación de fuera de ordenación o asimilada a la misma, quedando, entre tanto, en suspenso el término establecido en la ley para la práctica de la inscripción, con indicación de que, si no aportaren la resolución en el plazo de diez días, se procederá a extenderla, haciendo constar en el asiento la notificación o notificaciones realizadas y la falta de aportación de la resolución dentro del plazo concedido. Todo ello sin perjuicio de practicar además la notificación prevista en la letra c) del artículo 20.4 de la Ley del Suelo. La solución me parece rocambolesca, y la fundamentación legal de la misma, totalmente inadecuada. Se dice que esta solución resulta aplicable por aplicación analógica de tres artículos legales. En primer término se cita el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo: Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42. Tenemos que recordar en este punto que, como puso de relieve la importante sentencia 887/2010 de la sala primera del Tribunal Supremo, de 3 de enero de 2011 (RJ 2011/2010), intentando sentar doctrina legal frente a los diferentes criterios sostenidos por las distintas audiencias provinciales respecto al alcance de la deses-

timación por silencio negativo del recurso gubernativo ante la DGRN, *la función de calificación presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas. Estas particularidades justifican secularmente su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisprudencial.* El acto de calificación del registrador *no puede ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho Administrativo.* En consecuencia, *si no puede partirse de una aplicación automática del régimen administrativo, parece razonable esperar del legislador una remisión específica a los aspectos que considere aplicables a la función registral.* Desde luego, con esta doctrina del Supremo parece cuando menos atrevido el paso que da esta Resolución de la Dirección General de aplicar directamente el artículo 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo, o de acudir a la analogía para trasladar al campo de la calificación registral lo establecido en el artículo 71 de esa misma Ley. Además, la aplicación analógica en este caso es, a mi juicio, incorrecta. Como dice el artículo 4.1 del Código Civil, *procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.* Como hemos visto, el artículo 71 tiene por objeto habilitar un plazo para subsanar defectos que se hayan apreciado en la instancia por la que se inicia el procedimiento. Pero se trata de defectos en el contenido de la instancia, o casos en que resulta necesario acompañar documentos complementarios, unos y otros esenciales para poder seguir adelante con el procedimiento. Por eso se prevé que, caso de no subsanarse el problema, al solicitante se le tendrá por desistido de su petición. El caso ahora planteado por esta resolución de la DGRN es completamente distinto, porque, como en los anteriores fundamentos de derecho aclara el mismo Centro Directivo, el documento administrativo que declara la edificación en situación de fuera de ordenación o asimilada, no es un requisito necesario para poder continuar el procedimiento registral y practicar la inscripción de obra nueva. De hecho, lo que se hace es exigir al registrador que requiera a presentante, interesado y administración, pero advirtiéndole que si no se aporta el citado documento la inscripción se practicará en cualquier caso. Consecuentemente, ni hay identidad de razón que justifique la aplicación analógica, ni realmente se termina aplicando el artículo 71 en sus propios términos, ya que la no aportación de los documentos requeridos no lleva consigo el efecto que en dicho precepto se prevé.

f) COMUNICACIÓN QUE DEBE EFECTUARSE AL AYUNTAMIENTO

Con esta comunicación se permite al Ayuntamiento conocer la inscripción y cumplir con su obligación de remitir al Registro la resolución administrativa por la que se determine la situación urbanística concreta en que se encuentre la edificación. Es cierto que la comunicación que prevé la letra c) del artículo 20.4 puede quedar algo redundante si el Ayuntamiento ya conoce la existencia de la obra que se ha inscrito, en el caso de que haya certificado la antigüedad de la misma, o que haya expedido la resolución por la que declara la edificación en situación de asimilada a fuera de ordenación, o que incluso haya concedido licencia de ocupación (recordar lo antes dicho sobre esta posibilidad en la legislación andaluza), pero incluso en estos casos puede tener algo de sentido. De esta forma, si en el futuro se intentan hacer obras no permitidas en dicha edificación, el ayuntamiento podrá identificarla registralmente para solicitar la anotación preventiva de un eventual expediente de disciplina urbanística.

IV. COMPLEJOS INMOBILIARIOS

El artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, comienza introduciendo un nuevo apartado en el artículo 17 de la Ley del Suelo. En concreto se establece un nuevo apartado sexto con el siguiente tenor: *«La constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida, o el testimonio notarial de la misma»*.

Como vemos se somete a licencia la constitución y modificación de complejos inmobiliarios. En el análisis de este precepto se deben destacar las siguientes consideraciones:

a) ¿A QUÉ SUPUESTOS SE APLICA?

Como es lógico para determinar el ámbito objetivo de aplicación del precepto debemos acudir a la definición legal de complejo urbanístico que establece el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal. A su tenor los citados complejos inmobiliarios deben reunir dos requisitos fundamentales:

- Estar integrados *por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí*, cuyo destino principal sea la vivienda o locales.

- Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una *copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios*.

A efectos de la correcta delimitación del supuesto, conviene traer a colación la Resolución de 3 de diciembre de 2009 (BOE de 19 de enero). Se trataba de un caso sometido a la legislación urbanística canaria, que no contempla expresamente la necesidad de licencia para la propiedad horizontal (solo exige licencia para las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquier otro acto de división de fincas o predios). La Dirección General consideró que una segregación de parte de una parcela integrada en un conjunto inmobiliario, era equiparable a una parcelación sometida a licencia. Lo más interesante es la delimitación que hace el Centro Directivo entre el concepto de conjunto inmobiliario y de propiedad horizontal tumbada. Merece la pena reproducir parte de sus fundamentos de derecho: *«El régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la Ley especial que si bien su artículo 2 declara de aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también, a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley, no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal. El artículo 24, que integra el nuevo Capítulo III de la Ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea vivienda o locales. Y la única especialidad es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan solo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes. Por eso, bajo el calificativo de “tumbada”, que se aplica a la propiedad horizontal, suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se atribuye dicho adjetivo tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal. La formación de*

las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad ob rem otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito (cfr. art. 17.3.º del Texto Refundido de la Ley del Suelo). Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos». Por tanto, la clave para identificar un verdadero caso de conjunto inmobiliario está en el hecho de que el suelo sobre el que asientan las diferentes edificaciones no tenga el carácter de elemento común. Solo entonces sería exigible la licencia que prevé el nuevo artículo 17.6 de la Ley del Suelo.

Hay otros casos que son dudosos. Pensemos en el supuesto recogido por las Resoluciones de la DGRN de 24, 26 y 27 de febrero de 2007 (BOE de 4 de abril), siguiendo la estela de la de 5 de abril de 2002 (BOE de 30 de mayo). Partiendo del concepto de propiedad volumétrica, se permite la configuración de utilidades independientes de suelo y subsuelo mediante dos posibles alternativas jurídicas: *si se quiere segregar totalmente un volumen subterráneo para configurar una finca totalmente independiente del suelo-vuelo, ...será necesario —como exige la registradora— una operación de modificación hipotecaria, la segregación, previa licencia administrativa correspondiente y con especificación clara del volumen edificable subterráneo que se segrega y va a configurar como finca totalmente independiente; si se pretende —dentro de la misma finca física— tan solo un desdoblamiento del régimen jurídico de suelo-vuelo y subsuelo... pero sin segregación material de un volumen determinado, será necesario articular las relaciones entre el suelo y vuelo público y subsuelo privado, a través de la técnica de la división horizontal aplicable a los complejos inmobiliarios, por existir cuando menos un elemento común entre suelo y subsuelo, que es precisamente la línea de separación entre uno y otro, normalmente a través de un forjado. Con más razón será necesaria esa articulación si existen otros elementos o servicios comunes a ambos.* La duda ahora es si también cuando se opte por la segunda de las posibilidades ofrecidas, se necesita también licencia al amparo de la reforma que ahora comentamos. La cuestión no está clara, pero yo me inclino por exigir también licencia en este caso, sobre todo si se tiene en cuenta las especiales características que se dan en este supuesto y la conveniencia de contar con la seguridad de que no se está vulnerando la legalidad urbanística.

b) ¿EXISTÍAN ANTECEDENTES?

Los principales antecedentes que podemos citar, los encontramos en algunas normas urbanísticas autonómicas que equiparan la utilización de los esquemas organizativos de la propiedad horizontal a una auténtica segregación o división a la hora de exigir la preceptiva licencia. Por ejemplo, el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, considera como acto revelador de una posible parcelación urbanística la constitución en propiedad horizontal, cuando puedan existir diversos titulares a los que corresponda el uso individualizado de una parte del inmueble.

Pero sobre todo debemos volver a citar la doctrina de la DGRN, sentada en Resoluciones como la que antes hemos comentado de 3 de diciembre de 2009, que ya había equiparado, a los efectos de exigir la pertinente licencia, la constitución de un conjunto inmobiliario con una auténtica parcelación.

c) ENCAJE DEL PRECEPTO

Resulta algo chocante que no se haya retocado el punto tercero del propio artículo 17. Dicho apartado señala: *La constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de esta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior.* Conforme a este punto, se excluyen de la necesidad de licencia prevista en el apartado segundo los casos de división horizontal y de conjunto inmobiliario. Es curioso que ahora se imponga la autorización administrativa para los conjuntos inmobiliarios y no se constate la contradicción que resulta de este apartado anterior del mismo artículo 17.

d) CONCLUSIÓN

Podemos decir que a partir de la reforma, en todas las comunidades autónomas será exigible licencia para constituir o modificar un conjunto inmobiliario en sentido estricto.

V. DISCIPLINA URBANÍSTICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ¿QUÉ HACEMOS CON LOS TERCEROS CUANDO HAY QUE DEMOLER LA EDIFICACIÓN?

Vamos ahora a ocuparnos de los aspectos relacionados con la disciplina urbanística que se han visto afectados por esta reforma. Como veremos, se trata de la parte que más polémica está levantando entre la doctrina, entre las distintas salas del Tribunal Supremo e, incluso, en los foros internacionales. La cuestión esencial es saber qué grado de protección se le otorga a quienes de buena fe y confiando en el Registro adquieren derechos sobre inmuebles que luego se ven afectados por medidas administrativas o judiciales que cuestionan la legalidad urbanística de las edificaciones existentes en dicho inmueble, o de la configuración de la finca en sí.

El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, trata de introducir medidas en esta materia dando nueva redacción al artículo 51 de la Ley del Suelo. En realidad solo se plantean tres novedades en el texto. En lo demás el citado artículo conserva la redacción anterior. Antes de analizar esas medidas concretas creo conveniente estudiar cuál es la situación en la que nos encontramos, a la vista de la postura de la sala tercera del Tribunal Supremo. A continuación examinaré las distintas posiciones doctrinales mantenidas al respecto. Finalmente veremos el alcance de estas medidas concretas y valoraremos si son o no suficientes para solventar los graves problemas que nos aquejan.

a) EL SUPUESTO DE HECHO

Pensemos en un caso tipo: una persona adquiere algún derecho sobre una finca que ha sido creada como consecuencia de un proyecto de reparcelación, o derivada de una segregación autorizada por el Ayuntamiento con la pertinente licencia, o sobre una edificación realizada en virtud de una licencia municipal y cumpliendo todos los requisitos (proyecto de un técnico visado por su colegio profesional, certificaciones de ese mismo técnico, licencia de ocupación, seguro decenal...). El adquirente es un tercero de buena fe que ha confiado, no solo en la apariencia de legalidad de los actos administrativos habilitantes, sino en la publicidad del Registro, en el que, previa la calificación realizada por el registrador, que ha debido controlar que se han cumplido todos esos requisitos de forma adecuada, se publica una finca con la configuración concreta que resulta de ese proceso parcelatorio o de edificación al que nos hemos referido. Mientras tanto, al margen del Registro se ha ido desarrollando un procedimiento administrativo o judicial que ha concluido con la anulación del proyecto de reparcelación o de la licencia que sirvió de fundamento para crear la finca que ese tercero ha adquirido.

Pues bien, la cuestión es determinar si esa anulación debe no ser oponible al citado tercero, impidiéndose así la demolición de las obras realizadas y supliendo esta medida por una ejecución por sustitución a costa del promotor que en su momento se amparó en la licencia ilegal, o si, por el contrario, se considera que frente a la ilegalidad urbanística ninguna barrera puede existir, debiendo los terceros aceptar plenamente las consecuencias y soportar si procede la demolición de su finca.

b) ¿QUÉ DICE EL TRIBUNAL SUPREMO?

La Sala Tercera de nuestro Alto Tribunal ha ido perfilando una línea interpretativa que parte de la invocación de supuestos valores intocables, como la protección de la legalidad urbanística. En el ara de esos etéreos intereses generales no ha tenido inconveniente en sacrificar los concretos y tangibles derechos individuales de diferentes personas. Quizá este sea el mayor problema. Hemos olvidado que los derechos son siempre de titularidad individual. Existen principios generales que garantizan los concretos derechos de cada persona. En efecto se puede hablar del principio general de respeto a la legalidad urbanística, que no es otra cosa que una aplicación específica del principio de legalidad que caracteriza a un estado de derecho. Pero cada ciudadano tiene derecho a que la ley se aplique en su totalidad, porque tanto respeto merece el plan de ordenación urbana de una ciudad, como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Pues bien, esa alegación al estricto respeto de la legalidad urbanística parece que lo legitima todo. Así, numerosas sentencias de esta Sala (podemos citar, a título de ejemplo, las de 12 de mayo y 4 de octubre de 2006 —RJ 2006/3646 y 2007/4579, respectivamente—, 6 de febrero y 9 de julio de 2007 —RJ 2007/8557 y 2007/8072, respectivamente—, 18 de marzo de 2008 —RJ 2008/1756—, 29 de diciembre de 2010 —RJ 2011/1066—, y 14 de junio de 2011 —RJ 2011/5310—, entre otras) confirman la idea de que las sentencias han de ejecutarse en sus propios términos, en tanto esto es consecuencia directa del principio de tutela judicial efectiva. Frente a esta regla general solo caben contadas excepciones, entre las cuales no se encuentra la existencia de terceros protegidos por el artículo 34. Las razones que utiliza el Supremo para fundamentar la improcedencia de aplicar este artículo de la Ley Hipotecaria:

- Los terceros de buena fe, frente a sentencias que declaran la demolición de la obra por haber sido anulada la licencia, no están protegidos por el artículo 34 porque *este protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente, pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico.*

- El principio de subrogación legal en los deberes urbanísticos prevalece sobre la protección que brinda el Registro. Es por ello que al tercero se le impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado. (...) frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no solo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquel hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a estos.

c) POSICIONES DOCTRINALES QUE MANTIENEN ESTA MISMA LÍNEA

No son pocos los autores que se han sumado a la defensa de este mismo criterio sostenido por el Tribunal Supremo. Para ello, además de ratificar los argumentos utilizados por la Sala Tercera, añaden otros que pretenden sustentar la idea de que el Registro no puede proteger a quienes en su publicidad confían frente al cumplimiento de la legalidad urbanística. Veamos las principales razones que se aducen:

- ARNÁIZ EGUREN⁹ nos recuerda que la razón por la que la fe pública registral no tiene aplicación para estos casos hay que buscarla en que la excepción a la aplicación del principio protector nace de que tal principio nunca se extendió al objeto del derecho. Es decir, la clásica afirmación de que el Registro no protege en relación con los datos o circunstancias de hecho, sino solo y exclusivamente con respecto a la titularidad jurídica.
- También justifica este autor la no protección de los terceros por el hecho de que la edificación afectada por una ilegalidad urbanística deja de estar en el comercio de los hombres, siendo por tanto un objeto de tráfico ilícito (art. 1271 del CC).

⁹ ARNÁIZ EGUREN, Rafael, *Terreno y edificación. Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Editorial Civitas Thompson Reuters, 2010, pág. 259.

- Otra razón alegada por algunos autores (FERNÁNDEZ VALVERDE¹⁰) para justificar esta posición de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, consiste en que la edificación realizada con fundamento en una licencia que luego se declara ilegal, está afectada de una nulidad originaria que no puede quedar nunca sanada por la inscripción registral (art. 33 de la LH: la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes).
- Otro de los argumentos barajados por quienes sostienen esta línea interpretativa es el de que el Registro no puede proteger al tercero frente a la ilegalidad de la licencia porque la inscripción no aporta nada que refuerce la presunción de legalidad de dicha licencia. Se nos dice que el registrador no puede calificar la validez de la licencia porque tal extremo está reservado a los Tribunales y el artículo 99 del Reglamento Hipotecario no ampara su actuación al respecto. Consecuentemente, si el registrador no ha calificado tal extremo, el Registro no puede proteger respecto del mismo.
- Y por supuesto se insiste en la oponibilidad que genera el planeamiento urbanístico en cuanto que goza de naturaleza normativa, y no necesita del Registro para afectar a todos los ciudadanos. Y las normas jurídicas fijan el contenido estatutario de la propiedad, contenido frente al que no cabe excusarse tras el parapeto de la inscripción registral.

d) MI OPINIÓN PERSONAL

Debo comenzar reconociendo que estoy radicalmente en contra de la postura del Tribunal Supremo. De hecho creo que es uno de los mayores ataques al principio de seguridad jurídica que hemos vivido en España en los últimos años. Basta pensar en el supuesto de hecho que antes expuse para comprender el sinsentido de una decisión judicial que priva a un ciudadano de su propiedad (y no se me diga que se le mantiene el derecho, porque es una broma de mal gusto decirle a alguien que se le cambia la propiedad de un piso por la copropiedad de un solar), sin indemnización, y sin ni siquiera haberle dado la oportunidad de defenderse. Todo ello considerando que este tercero es completamente ajeno a la comisión de la supuesta ilegalidad, y que, además, ha actuado cumpliendo escrupulosamente todas las normas jurídicas y confiando en la institución que el propio Estado ha establecido para garantizar la seguridad de las operaciones inmobiliarias.

¹⁰ FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael, «Jornadas sobre legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe», celebradas en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 27 de enero de 2011. Publicada la transcripción de las intervenciones en la Revista *Registradores de España*, núm. 59, julio-septiembre de 2011.

Voy, en consecuencia, a exponer las razones que justifican y sustentan mi opinión. He tenido especialmente en cuenta el magnífico libro de GUILARTE GUTIÉRREZ, *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*¹¹. Veamos pues mis argumentos:

1. *Alcance de la protección registral sobre el objeto del derecho inscrito*

Hemos visto que uno de los pilares de la tesis del Tribunal Supremo es la tradicional idea de que el Registro protege la titularidad jurídico real inscrita, pero no garantiza la identidad del objeto del derecho. Como muy bien se expone en la obra de MORALES MORENO, *Publicidad registral y datos de hecho*¹², la postura mayoritaria de la jurisprudencia es la de que la tutela registral no alcanza a los datos de hecho. La justificación de esta opinión está basada en la circunstancia histórica de que la descripción de las fincas accedía al Registro apoyada exclusivamente en la manifestación que las partes hacían al otorgar el título inscribible. Obviamente ello implicaba que en muchas ocasiones la realidad extrarregistral difiriese notablemente de la plasmada en los libros. Por tanto, carecía de sentido pretender la protección del tercero respecto a una realidad aparente que poco o nada tenía que ver con la verdadera existencia física de la finca.

Pero este planteamiento es insostenible en la actualidad. Primero porque, con carácter general, todo el proceso de ingreso de nuevas fincas en el Registro ha cambiado notablemente en los últimos quince años. Hoy en día no se puede inmatricular una finca sin aportar una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con el título. Y particularmente, en los supuestos que ahora estamos tratando, la garantía de concordancia entre lo que se inscribe y la realidad fáctica es casi absoluta. Pensemos que para inscribir una obra nueva se han sucedido los siguientes controles: un proyecto redactado por un técnico y visado por su colegio profesional; una licencia de obras concedida por el Ayuntamiento a la vista de dicho proyecto; una certificación del técnico que acredita que la obra se ha ejecutado conforme a proyecto; otra licencia, la de primera ocupación, concedida igualmente por el Ayuntamiento, previa comprobación de que el resultado final de la construcción se ajusta al proyecto para el que se otorgó la licencia de obras, y que la edificación es apta para el uso al que se la debe destinar; un seguro decenal concertado con una compañía que, con total seguridad, ha comprobado que durante el proceso constructivo se han cumplido

¹¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, Editorial Lex Nova, año 2011.

¹² MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Publicidad registral y datos de hecho*, publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, año 2000, pág. 61 y sigs.

todas las exigencias técnicas y que lo asegurado corresponde fielmente con la descripción final de la obra; y, finalmente, el control que realiza el registrador, que garantiza que todos los controles anteriores se han verificado correctamente, y que la descripción que resulta de la finca después de la realización de la obra encaja en la previa configuración registral del inmueble.

El que *a posteriori* se declare la ilegalidad de la licencia de obras no significa que el Registro publique una descripción de finca diferente de la que continúa existiendo en la realidad externa. Por tanto creo que es improcedente aludir a la supuesta ineficacia de la publicidad registral sobre los datos de hecho para justificar la oponibilidad de esa declaración de ilegalidad respecto de los terceros.

Y tampoco creo admisible la afirmación de que el Registro sigue tutelando el derecho inscrito aunque no garantice el objeto específico del mismo. Los derechos reales no son una entequeia abstracta que subsiste con independencia de su objeto. No es el mismo derecho de propiedad el que recae sobre un solar que el que tiene por objeto una edificación. El objeto es un elemento esencial del derecho. Es más, en buena parte de los casos nos encontramos con pisos de un edificio dividido en propiedad horizontal. Ello implica que cada uno de esos pisos ha nacido como finca registral independiente en tanto viene delimitado en el proyecto para el que se concedió la licencia como un elemento susceptible de aprovechamiento independiente, con salida a un elemento común o la vía pública. Y la propiedad exclusiva sobre ese elemento específico no se entiende si no es por referencia a ese concreto objeto. Si desaparece el objeto, solo queda la otra vertiente de la propiedad horizontal: la cotitularidad de los elementos comunes, entre los que se encuentra el suelo sobre el que se asienta el edificio. Por tanto, si al ejecutarse la sentencia por la que se ha anulado la licencia, se derriba el edificio, el titular registral de uno cualquiera de los pisos que lo componen, se verá privado, no ya del objeto de su derecho, sino de su derecho en sí, al menos en la vertiente de propiedad exclusiva sobre un departamento de la propiedad horizontal.

2. *Eficacia de la fe pública respecto de la ilegalidad de la licencia*

Se nos dice que la edificación construida a partir de una licencia que luego se declara ilegal se convierte en un objeto ilícito. Consecuentemente cualquier negocio realizado sobre el mismo deviene nulo y, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria no puede quedar dicha nulidad sanada por el Registro.

En mi opinión, este planteamiento no puede sostenerse después de que la Sala Primera del Tribunal Supremo haya fijado doctrina legal en la interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en la conocida sentencia de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007/723). Y no olvidemos que es la jurisdicción civil la competente para realizar la interpretación con valor de doctrina legal respecto de una

norma claramente enmarcada en el ámbito jurídico civil. Como sabemos el Alto Tribunal había venido distinguiendo entre doble venta y venta de cosa ajena, considerando que en este último caso la segunda venta se realizaba sobre un bien que ya no pertenecía al vendedor y, por tanto, el negocio carecía de objeto. En consecuencia, una venta sin objeto es nula, y aunque se inscriba en el Registro, por aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, dicha nulidad persiste y el comprador no puede quedar amparado por la fe pública. Sin embargo la mencionada sentencia cambia el criterio y afirma: *procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió*. La declaración de ilegalidad de una licencia de obras afecta evidentemente al dominio, por cuanto determina la pervivencia de su objeto, y, como ya he analizado en el punto anterior, la propiedad no se entiende sin la edificación que constituye su objeto. Si ese proceso que concluye con la mencionada declaración de ilegalidad no ha tenido constancia registral al tiempo de la adquisición e inscripción del tercero, a través de la correspondiente anotación preventiva, tal circunstancia no puede impedir la adquisición del dominio de esa edificación por quien confió en el Registro y a su vez inscribió.

3. Contenido estatutario de la propiedad

El artículo 7.1 de la Ley del Suelo nos dice que *el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística*. Por tanto, se arguye que no cabe oponer la tutela del Registro frente a ese contenido estatutario, con lo que ningún tercero podría considerarse inmune frente a la ilegalidad de la licencia.

Creo que en este punto hay también un error interpretativo. Cuando se habla de contenido estatutario de la propiedad del suelo debe entenderse que de lo que se trata es de aclarar que, por el mero hecho de ser propietario de una finca no se tiene el derecho a edificar, sino que tal derecho solo existirá si así lo permite la legislación y el planeamiento urbanístico, y dentro de los límites que dicho planeamiento defina. De ahí que se exijan toda la cadena de requisitos y controles que ya he enumerado antes para otorgar una escritura de declaración de obra nueva. La administración urbanística debe comprobar que la obra se ajusta a esas previsiones legales y de planeamiento. Pero, una vez cumplimentados esos controles, el titular de la finca consolida su propiedad

sobre lo edificado, y no cabe ya seguir hablando de un contenido estatutario del dominio. A partir de ese momento se aplican en plenitud las normas civiles y registrales, y, entre ellas, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Comenta muy acertadamente GONZÁLEZ PÉREZ¹³, que este contenido estatutario de la propiedad implica respecto de la facultad de edificar: *que no integran el contenido de la propiedad las previsiones de edificabilidad contenidas en la ordenación. La edificabilidad que esta pueda reconocer a una porción determinada de suelo, a una finca, no integra el contenido del derecho de propiedad sobre ella. Para que la facultad de edificar llegue a integrar el contenido de la propiedad con las condiciones (altura, volumen, destino...) establecidas en la ordenación es requisito que se cumplan los deberes y levanten las cargas propias el régimen que corresponda, tal y como se regula en el ulterior articulado (que tiene carácter de legislación básica) y en la respectiva legislación de ordenación territorial y urbanística.*

Pero es que, además, como señala GUILARTE GUTIÉRREZ¹⁴, *régimen estatutario del dominio del suelo y tutela registral de la propiedad no son ideas o principios incompatibles sino necesariamente coordinables.* Dice este autor que *una vez integrado lo edificado en el patrimonio del titular inicial del suelo, tras cumplir con los deberes que conducen a ello, es posible su inscripción en el Registro con el alcance estatutario, si se quiere, determinado por la licencia.* Y añado yo que también pueden acceder al Registro (esencialmente a través de anotaciones preventivas) cualesquiera actuaciones posteriores que, derivadas de esa configuración estatutaria de la propiedad del suelo, puedan afectar a la adquisición de lo edificado por el titular. Y si pudiendo acceder al Registro no lo hacen, no puede pretenderse que los terceros hipotecarios se vean afectados por las mismas.

4. Subrogación en los deberes urbanísticos

Este es quizá el argumento que con más fuerza sirve de apoyo a la Sala Tercera del Supremo para justificar su negativa a dar protección a terceros hipotecarios. Se nos dice que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan necesariamente en los deberes urbanísticos del promotor inicial de la obra, de forma que cualquier ilegalidad de la licencia les será oponible también a ellos. Esta subrogación encuentra su base en lo previsto en el artículo 19.1 de la Ley del Suelo: *La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la*

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Editorial Civitas Thompson Reuters, año 2008, págs. 225 y 226.

¹⁴ *Ob. cit.*, pág. 90.

legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por este asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.

El precepto no es fácil de interpretar. Pero cualquiera que sea nuestro entendimiento del mismo, creo que no justifica su aplicación en los términos en que lo hace el Tribunal Supremo. Me explico. Algunos autores¹⁵ intentan hacer una exégesis basada en la delimitación de los deberes urbanísticos que sí estarían incluidos en esta subrogación legal. Para ello aluden primero a la fase previa a la construcción, etapa en la que sí que consideran que pueden existir deberes genéricos derivados de la ley respecto de los cuales opera la subrogación legal frente a los terceros (citan, en este sentido, el deber de realizar cesiones obligatorias de terrenos, o el de pagar los costes de urbanización). Por el contrario, continúan estos autores, cuando se ha concedido la licencia de obras, ningún deber urbanístico queda pendiente de cumplimiento. Por tanto, no cabría entonces hablar de subrogación legal. Sin embargo, esta ardua tarea de identificar supuestos deberes urbanísticos subsumibles en el primer inciso del artículo 19.1, lleva a los citados autores a plantearse si sería un verdadero deber urbanístico la demolición de la obra, si en vía de actuaciones de disciplina urbanística se hubiera dictado una resolución expresa ordenándola. En ese caso habría un acto de ejecución de la legislación urbanística respecto del cual se han de subrogar imperativamente los sucesivos adquirentes.

Yo creo que este camino no conduce a una solución adecuada. En mi opinión, el artículo 19 de la Ley del Suelo debe interpretarse desde una visión global de la legislación urbanística, y de la conexión que en la actualidad existe entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad. Más que de subrogación legal deberíamos orientar este artículo a la idea de configuración estatutaria de la propiedad, en los términos en que antes he expuesto. Lo que ocurre, simplemente, es que todo adquirente de una finca, con independencia de lo que resulte del Registro, está vinculado a las prescripciones legales y del planeamiento para la tipología de suelo en el que dicha finca se encuadre. Pero desde el momento en que el desarrollo de esas genéricas previsiones se pone en marcha, y se adoptan concretas decisiones administrativas que afectan a fincas específicas y determinadas, decisiones que además son susceptibles de la correspondiente publicidad registral, es evidente que la fe pública del Registro se desenvuelve

¹⁵ Puede verse en esta línea, REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, y NARBÓN LAÍNEZ, Edilberto, «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, julio-agosto de 2010, pág. 1595 y sigs.

con normalidad, y los terceros no pueden verse vinculados por esos actos si los mismos no han tenido acceso al Registro. Por ejemplo, todo el que adquiere una finca que se encuadra en una zona susceptible de desarrollo urbanístico, sabe que dicho desarrollo comporta el deber de hacer cesiones de suelo a la administración y de costear los gastos de urbanización, pero si no se practicó la nota marginal de iniciación del expediente de reparcelación conforme prevé el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no se encontrará vinculado por la previsión específica del proyecto de reparcelación que implica la afección concreta de esa finca a una determinada cantidad por gastos de urbanización, o que supone que parte de ese suelo es precisamente el que se cede a la administración. Todavía más claro parece que la anulación de una licencia de obra no va a afectar a quien ha adquirido, de buena fe y confiando en el Registro, el edificio realizado.

5. *Concepto de los derechos de propiedad en un sistema de Registro de derechos*

Al hilo de lo que vengo defendiendo, creo oportuno hacer ahora una aclaración de fondo sobre el verdadero concepto de los derechos de propiedad. Sigo en este punto la magnífica exposición que realiza MÉNDEZ GONZÁLEZ en su obra *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*¹⁶. En primer término conviene advertir que hablamos de *derechos de propiedad (property rights)*, para referirnos, no solo a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en los que se pueda aplicar la idea de exclusión del aprovechamiento, incluyendo por tanto los derechos reales sobre cosa ajena. Pues bien, corresponde al Estado el reconocimiento del derecho de propiedad, el establecimiento de las reglas de adquisición del mismo, y la protección de quien haya llegado a serlo. En todos estos aspectos se enfrentan dos valores: la seguridad jurídica del titular del derecho, y la necesaria liquidez de los derechos de propiedad en un entorno de contratación impersonal característico de las modernas sociedades occidentales. Superar con éxito ese *trade off* entre seguridad y liquidez es el reto al que se enfrenta la organización jurídica de los estados.

En el ámbito de los bienes muebles, al Estado le basta con regular la irrevindicabilidad limitada para las mercaderías adquiridas en actos de tráfico a título oneroso y de buena fe. Ello es así porque en el tráfico mobiliario la posesión tiene una especial función legitimadora o dispositiva. A quien posee

¹⁶ MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, editorial Thompson Reuters, 2011.

se le presume dueño. Pero eso no sucede en los inmuebles. Quien posee un inmueble no necesariamente es su dueño. Por eso el Estado, no solo tiene que regular una irreivindicabilidad limitada en ciertos casos, sino que debe realizar una intervención institucional dirigida a facilitar al mercado la identidad de la persona con poder de disposición sobre el derecho, la extensión del mismo, así como los demás derechos limitados sobre ese inmueble, sin que ello incremente los riesgos del dueño. Y la única vía para conseguir este objetivo es la creación de un Registro de derechos.

Los asientos de un Registro de derechos no reflejan o publican procesos transmisivos consumados extrarregistralmente, sino que forman parte del proceso adquisitivo, pues incorporan una resolución del Estado asignando la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, así como estableciendo la delimitación de los mismos, conforme a las reglas establecidas por el propio Estado. Esta titularidad asignada por el Estado será inatacable respecto a incidencias o circunstancias que no resultaran del contenido del propio Registro. La inscripción se convierte así en un título de propiedad de eficacia universal, siempre que se cumplan dos requisitos: a) Uno *ex ante*, cual es haber adquirido negocialmente de un titular con poder de disposición reconocido como tal por el Estado a través de la inscripción correspondiente, y b) otro *ex post*, cual es obtener el reconocimiento por el Estado del derecho negocialmente adquirido del anterior titular reconocido por el Estado, mediante la obtención, a su vez, de la correspondiente inscripción. Ello se consigue mediante la atribución a la inscripción del efecto de la fe pública registral o de incorporación del derecho al asiento, en cuya virtud, en las relaciones *inter tertios*, el derecho existe en los términos en los que aparece reconocido y descrito por los asientos registrales, es decir, por el Estado, sin que puedan afectar al adquirente a título oneroso y de buena fe circunstancias relativas a la titularidad y extensión del derecho inscrito, distintas de las que consten en la misma inscripción, salvo las excepciones que puedan establecerse expresa y claramente en una norma con rango de ley. Por ello, con independencia de que se reconozca o no que la inscripción sea constitutiva *inter partes*, es evidente que la titularidad reconocida por el Estado a través de la inscripción, es distinta de la puramente negocial. El titular registral es el titular reconocido por el Estado, que además goza del poder de disposición del derecho inscrito frente a los terceros que confían en el Registro. Quien en presencia de un Registro de derechos, adquiere de un titular registral, sabe que, mientras no inscriba su adquisición, el titular registral sigue siendo el único titular reconocido por el Estado y, por tanto, el único con poder de disposición. De la misma forma, cualquier limitación o restricción expresa del contenido y alcance del derecho inscrito, necesita acceder al Registro para que pueda ser tenida en cuenta cuando el Estado reconozca a un nuevo adquirente negocial a través de la correspondiente inscripción registral.

Pues sin duda alguna el Registro de la Propiedad en España puede ser calificado como un Registro de derechos, con la trascendencia y alcance que

acabamos de explicar. No es un simple Registro de documentos con efectos de mera oponibilidad, sino que los derechos, una vez acceden al Registro tras la oportuna calificación del registrador, obtienen el reconocimiento del Estado y cobran nueva vida al margen del documento en el que se haya plasmado el negocio adquisitivo. Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 87/1997, de 24 de abril (*RTC 1997/87*), cuyo quinto fundamento de derecho recoge afirmaciones del siguiente tenor: en efecto, en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, *los documentos «en virtud de los que se practican los asientos», en expresión reiterada del RRM, agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil* (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.). Es cierto que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación, parcial e incluso íntegra de los documentos presentados a registro; es más, en algunos relevantes casos —estatutos de sociedades, poderes, capitulaciones matrimoniales, etc.—, esos documentos en la actualidad se inscriben, si están redactados en castellano, mediante fotocopia o archivo informático por medio de lector óptico. Sin embargo, esta constatación *no debe llevar a la conclusión de que lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados al Registro o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento*: en primer lugar, debe advertirse que de las cinco clases de asientos previstas en el artículo 33 del RRM los de presentación y las notas marginales son creación prácticamente *ex novo* del registrador; en segundo término debe tenerse presente respecto de las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones que una parte del asiento la constituyen lo que el artículo 37 del RRM denomina «circunstancias generales» que tampoco suponen transcripción alguna de los documentos presentados al Registro; por otra parte, como señala el preámbulo del RRM, en su articulado, a diferencia de lo que sucedía en el Reglamento de 1956, se contemplan separadamente las diversas circunstancias que deben figurar en los documentos y en los asientos, de modo que, en la práctica, ni todo lo que figura en los documentos suele ser objeto de asiento, ni el contenido de estos se ciñe exclusivamente a lo establecido en aquellos. Y, por fin, lo que es más relevante, *aun en los casos en los que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación (art. 9 RRM), no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre este y el documento (arts. 7 a 9 RRM)*. En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la transcripción, incluso literal, de los

mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce unos efectos relativamente autónomos.

6. Referencia a algunas leyes autonómicas

Esta delicada cuestión consistente en delimitar la eficacia protectora del Registro y la situación jurídico civil de los terceros que adquieren una edificación, aunque regulada en la legislación urbanística, no cabe la menor duda de que afecta al contenido del derecho de propiedad y, por ende, a la legislación civil. Pero si tenemos en consideración los planteamientos expuestos en el precedente apartado, en tanto la titularidad registral es una titularidad cualificada por el reconocimiento que el Estado realiza a través de la calificación del registrador, cualquier alteración de los efectos que dicho reconocimiento produce sobre los derechos inscritos implica introducirnos de lleno en la normativa reguladora del Registro de la Propiedad.

Tenemos necesariamente que partir de lo establecido en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española: *El Estado tiene la competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales y especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio; ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*

Como se deduce de la letra de este artículo, la reserva de competencia a favor del Estado en relación con los registros públicos es si cabe más intensa que con relación a la legislación civil, ya que en materia registral no hay margen para los derechos forales o especiales. Según ha destacado la doctrina¹⁷, es evidente que la expresión *registros públicos* incluye de manera primordial al Registro de la Propiedad. También así lo entendió el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias (por ejemplo, la sentencia 56/1984, de 7 de mayo —RTC 1984/56—). Esa intensidad de la reserva competencial se pone de manifiesto por la expresión usada en el citado artículo: *ordenación de los registros públicos*.

¹⁷ Podemos citar a GARCÍA-ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «La ordenación de los Registros Públicos en la Constitución Española», trabajo incluido en el *Libro homenaje a Jesús López Medel*, publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, Tomo II, págs. 1789 y sigs., y PARDO NÚÑEZ, Celestino y BASTIDA, Francisco, «La ordenación de los Registros. La posición constitucional de los Registros de la Propiedad y del Estado Civil», en *Anuario del Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, enero de 2005, págs. 2097 y sigs.

En efecto la palabra *ordenación* se contrapone a otras utilizadas en la Constitución, como *regulación de las bases* o *legislación*. Ordenación no es regular las bases, sino que va mucho más allá. Por ejemplo, en materia de obligaciones contractuales, solo es competencia estatal la regulación de las bases, por lo que es posible que las comunidades forales legislen en todo lo demás. De hecho el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, como la 147/2001, de 4 de julio (*RTC* 1991/147), o la 31/2010, de 28 de junio (*RTC* 2010/31), entre otras muchas, recuerda que la competencia sobre las bases solo habilita al Estado para regular los elementos esenciales o básicos, y también para actos de ejecución que no agoten la materia, siempre que exista alguna especial razón que, de manera manifiesta, así lo justifique.

Por su parte, la expresión *legislación* también es más limitada que *ordenación*. En efecto, legislar tiene exclusivamente un contenido normativo. Es cierto que este contenido normativo lo es en toda su extensión, sin que deba interpretarse legislar en su sentido de aprobación de leyes formales, sino que también incluye la potestad reglamentaria. Diferentes y numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, entre las que podemos citar las 136/2011, de 13 de septiembre (*RTC* 2011/136), 196/2009, de 28 de septiembre (*RTC* 2009/196), o 365/2006, de 21 de diciembre (*RTC* 2006/365), confirman este extremo. La sentencia 100/1991, de 13 de mayo (*RTC* 1991/100), resume claramente esta doctrina: *este Tribunal ha venido declarando que cuando la Constitución usa el término «legislación» y lo atribuye a la competencia estatal, incluye los reglamentos tradicionalmente denominados ejecutivos, esto es, los dictados en desarrollo de la Ley y complementarios de la normativa en ella recogida con la finalidad de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, facilitando la colaboración entre ley y reglamento.*

Consecuentemente ordenar es algo más que legislar. Como señalan Francisco BASTIDA y Celestino PARDO¹⁸, ordenar incluye legislar, reglamentar, y también ejecutar. Por tanto la *ordenación de los registros públicos* supone reservar al Estado la competencia plena sobre toda la institución registral, tanto en sus aspectos puramente organizativos, como, lo que es más relevante, en todo lo relativo a la determinación de los requisitos para que los diferentes títulos puedan acceder al Registro, los límites y alcance de la calificación que realiza el registrador, y los efectos que producen los distintos asientos practicados en los libros registrales. Ni siquiera las llamadas *regiones forales* pueden dictar normas legales o reglamentarias que afecten a estos extremos.

Por tanto, la competencia de las Comunidades Autónomas en materia registral deben necesariamente limitarse a la pura ejecución de lo regulado por el Estado, siempre subordinada dicha ejecución a los criterios que establezcan los

¹⁸ *Ob. cit.*, pág. 2102.

órganos estatales competentes. Pero en ningún caso esta competencia ejecutiva alcanza a desarrollar por vía reglamentaria aspectos regulados en la ley estatal, porque eso sería una función normativa que está estrictamente reservada al Estado. Como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999, de 3 de junio (RTC 1999/103), *parece claro que para el Tribunal Constitucional, la reserva competencial del Estado contenida en el artículo 148.1.8.ª de la Constitución Española en cuanto a la ordenación, comporta todo lo relativo a la normativa reguladora de los Registros públicos, sea ley formal o simple disposición general del Gobierno, sin que las competencias ejecutivas asumidas por los Estatutos de Autonomía puedan invadir materialmente el campo competencial reservado.*

Tampoco cabe intentar regular esta materia de manera indirecta con ocasión de la aprobación de normas dictadas en ámbitos en los que la Comunidad Autónoma sí tiene competencias normativas. Podemos citar a este respecto dos significativas sentencias. En lo referente a la invasión de la competencia estatal sobre la legislación civil resulta bastante interesante¹⁹ la reciente sentencia 28/2012, de 1 de marzo, del Tribunal Constitucional (RTC 2012/28), que declara inconstitucional una disposición de una Ley del Parlamento canario que, al amparo de las competencias en materia turística, regula un derecho de retracto a favor de determinados propietarios, por cuanto considera el Tribunal que se está regulando directamente una cuestión claramente civil que no puede entenderse incluida en las competencias autonómicas en materia de turismo.

Pero quizá es más significativa a los efectos que ahora nos ocupan, por cuanto se trata de una norma urbanística que afecta a la ordenación del Registro de la Propiedad, la sentencia 207/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999/207), citada por Fernando MARTÍNEZ en su reciente obra, *El sistema español de Registro Inmobiliario (I)*, publicado en la serie de Monografías de la Editorial Civitas-Thompson Reuters, año 2012, página 176. Se analiza por el Alto Tribunal un precepto de la Ley Foral Navarra 7/1989, de 8 de junio, de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda, por el que se establecía como infracción administrativa el incumplimiento por parte de Notarios y Registradores de la obligación que la propia Ley establecía de comunicar a la Autoridad Foral las transmisiones sujetas a derecho de tanteo y retracto. La sentencia deja meridianamente claro que la competencia autonómica en materia urbanística no permite regular aspectos atinentes a la responsabilidad disciplinaria de los registradores, dado que ello afecta a la ordenación de los registros públicos. Por su interés transcribo íntegramente el octavo fundamento de derecho: «*Por lo que concierne a la función registral de inscripción de las transmisiones de bienes sujetos a tanteo y retracto legal urbanístico, la función calificadora que realiza el Registrador de la Propiedad comporta, asimismo, un juicio de legalidad*

¹⁹ Así lo pone de relieve BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Revista Aranzadi Civil Mercantil*, núm. 2/2012, editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

dad, atinente no solo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible sino también, como establece el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”. De lo anterior se desprende que la observancia de la legalidad, en este caso, de la normativa reguladora del tanteo y retracto previstos en la Ley Foral impugnada y, muy especialmente, del cumplimiento del requisito esencial de la notificación fehaciente de la transmisión de los inmuebles sujetos a tales derechos, no deriva solo de la expresa exigencia contenida en los preceptos antes citados de la Ley Foral impugnada, sino también y más propiamente del deber general que, en sus respectivas funciones públicas notarial y registral, les viene impuesto a estos profesionales por las normas estatales por que se rigen. De lo expuesto se infiere que la infracción contenida en el artículo 47.3 de la Ley Foral 7/1989, que tiene como sujetos pasivos a Notarios y Registradores de la Propiedad, no hace descansar la ilicitud que en ella se sanciona en un hecho inmediatamente lesivo de la ordenación urbanística, sino que lo sitúa en el incumplimiento de los deberes que a tales profesionales incumben en el ejercicio de la función pública, como garantes de la legalidad (incluida, claro está, la emanada de las Comunidades Autónomas), con el consiguiente quebranto de la correcta ejecución de dicha función. Estamos, pues, no ante una infracción urbanística, sino ante un ilícito disciplinario, sin que esa naturaleza pueda quedar alterada por el hecho de que de la realización de ese ilícito pudieran derivarse daños de tipo urbanístico».

De ahí que sea particularmente delicado el que las leyes autonómicas intenten establecer normas respecto a la situación jurídica de los terceros que adquieren una finca, en relación con los eventuales efectos o consecuencias de la aplicación de medidas derivadas de la legislación urbanística. Sobre todo teniendo en cuenta que dichos terceros, en muchas ocasiones, serán terceros amparados por la protección del Registro. Pero lo cierto es que tenemos algunos ejemplos:

- Artículo 15 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y de Ordenación Territorial de Extremadura: La enajenación del suelo y las construcciones no modifica la situación jurídica de su titular definida por esta ley y, en virtud de ella, por los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística y los actos que los ejecuten o apliquen, quedando el adquirente legalmente subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario, en particular por lo que respecta a los compromisos de urbanización y edificación, sin perjuicio de la facultad de ejercitar contra el transmitente las acciones que procedan.
- Artículo 8 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia: La transmisión de fincas

no modificará la situación del titular de las mismas respecto a los deberes establecidos por la legislación urbanística o a los exigibles por los actos de ejecución derivados de la misma. El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que este hubiese contraído con la administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico real y sin perjuicio de la facultad de ejercitar contra el transmitente las acciones que procedan.

- Artículo 168.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en la redacción que le ha dado la Ley 2/2012, de 30 de enero, establece: Las medidas de protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado tienen carácter real y alcanzan a las terceras personas adquirentes de los inmuebles objeto de tales medidas dada su condición de subrogados por ley en las responsabilidades contraídas por la persona causante de la ilegalidad urbanística, de conformidad con la normativa estatal al respecto.

Como puede verse, en todos estos preceptos el legislador autonómico ha intentado regular la situación jurídica de los terceros adquirentes de derechos sobre inmuebles. Es decir, ha regulado el alcance de la fe pública registral frente a los efectos de la normativa urbanística. Particularmente claro a este respecto es el caso de la Ley Andaluza. Habla de la eficacia jurídico real de las medidas de protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, y de la afectación de los terceros adquirentes. Aunque al final introduce una expresión que permitiría salvar su extralimitación: de conformidad con la normativa estatal al respecto. Pero si todo será de conformidad con la normativa estatal al respecto, ¿para qué regular aspectos que no corresponden a su ámbito competencial?

7. Calificación registral de la licencia

Se afirma que la inscripción no aporta nada respecto al control de validez de la licencia, puesto que el registrador no puede revisar su adecuación al ordenamiento por virtud de las limitaciones que le impone el artículo 99 del Reglamento Hipotecario. En consecuencia, no puede el tercero hipotecario pretender una mayor protección al respecto.

Creo, en primer lugar, que no es del todo cierto que el registrador no realice control alguno sobre la validez de la licencia. No puede olvidarse que la licencia de obras es un acto administrativo que pretende acceder al Registro. Recuérdese que el artículo 51.1, letra d), de la Ley del Suelo considera como

inscribible: *Las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las leyes.* Y, naturalmente, el registrador debe revisar, dentro de los límites del artículo 99 del Reglamento, el contenido de la licencia y las condiciones que la misma contenga. Por tanto, puede y debe controlar:

- Que haya sido concedida por el órgano competente.
- Que la resolución que otorgue la licencia recoja el contenido mínimo que prevea la normativa aplicable. Puede verse a este respecto lo dispuesto en el artículo 19.3 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía.
- Que se cumplan las formalidades extrínsecas.
- Que las diferentes condiciones especiales que recoja la licencia no infrinjan normas imperativas que impidan su acceso al Registro; y
- Que del historial registral no resulte ningún obstáculo que impida el otorgamiento de una licencia. Como ya comenté en otro trabajo²⁰, si consta la afectación de una finca a un procedimiento reparcelatorio mediante la correspondiente nota marginal, el registrador debe rechazar la inscripción de una parcelación de la misma o de una declaración de obra nueva que se basen en una licencia concedida contraviniendo la prohibición que recoge el artículo 100.4 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía: *la delimitación de la unidad de ejecución implica la afectación de las fincas, parcelas o solares a la operación reparcelatoria, con prohibición de otorgamiento de licencias de parcelación o edificación hasta la firmeza en vía administrativa de dicha operación.*

Pero es que, aun reconociendo que no puede el registrador con carácter general analizar la validez de fondo del acto administrativo de concesión de la licencia, eso no significa que quede en suspenso el funcionamiento de la fe pública. Basten algunos ejemplos de casos en que nadie pone en duda la tutela registral de los terceros por el hecho de que el registrador no pueda calificar todos los extremos del acto o resolución que ha causado un asiento. En una venta de un bien patrimonial de una administración, el registrador no puede revisar la validez del acuerdo administrativo por el que se resolvió el procedimiento de enajenación, pero nadie duda de que el acreedor hipotecario que inscribe su hipoteca en garantía del préstamo que ha formalizado el comprador va a quedar protegido, por virtud del principio de fe pública registral, frente a una posterior declaración de ilegalidad de dicho procedimiento administrativo. O, por ejemplo, todos tenemos claro que el hecho de que el registrador no entre a calificar la

²⁰ «La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad», dentro de la obra colectiva *La gestión urbanística en Andalucía*, editorial Léxico Nova, año 2011, pág. 471.

validez del procedimiento de ejecución de una hipoteca, no impide el funcionamiento de la fe pública en favor de los subadquirentes posteriores del que ha sido adjudicatario en la subasta. Es igualmente claro que queda amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria quien ha adquirido una finca de un titular registral cuya adquisición previa se declara nula con posterioridad porque derivaba de una partición de herencia basada en un certificado falso del Registro de Últimas Voluntades. Y así podríamos seguir citando casos en los que, pese a la limitación de las facultades de calificación sobre parte del título inscribible o de sus documentos complementarios, la tutela de los principios registrales respecto de los terceros de buena fe permanece intacta. Consecuentemente, ¿por qué ha de ser una excepción el caso del tercero de buena fe que adquiere una edificación construida en virtud de una licencia que, tiempo después, es declarada ilegal?

e) NOVEDADES QUE INTRODUCE LA REFORMA

El Decreto-ley de julio de 2011 ha puesto un pequeño parche en un barco que tiene grandes vías de agua. Introduce tres novedades en la redacción del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Suelo:

1. *Inscripción de actos administrativos firmes anulatorios*

En el apartado g) del punto primero del artículo 51 de la Ley del Suelo pasa a tener la siguiente redacción: *Los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere el número anterior* (anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención), *cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento*. La novedad consiste en admitir la inscripción de los actos administrativos firmes, y no solo de las sentencias. Solo se exigen dos requisitos bastante obvios. Primero que estén referidos a fincas concretas. El sistema de folio real no permitiría otra cosa. Y segundo, que el titular haya participado en el procedimiento. Naturalmente, los principios de legitimación registral y tracto sucesivo impiden la modificación de la titularidad registral sin intervención de quien aparece como legitimado en el Registro. Así lo han reconocido sucesivas resoluciones de la DGRN (7 de noviembre de 2002 —BOE de 11 de diciembre—, 2 de junio de 2006 —BOE de 17 de julio—, y 15 de junio de 2012 —BOE de 25 de julio). Nos dice esta última que *no constando en el expediente la citación ni la participación en el procedimiento de los titulares registrales, no procede ahora la práctica de la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de la reparcelación inscrita*.

Sin embargo, esto que resulta tan evidente en el ámbito registral genera dudas y posiciones encontradas en el campo procesal. No es que *a priori* la jurisprudencia no reconozca legitimación a los terceros para intervenir en los procedimientos en los que se discute la validez de una licencia afectante a la finca de la que ellos son titulares. Pero sí es cierto que hay pronunciamientos poco claros a la hora de exponer las vías de defensa que corresponden a esos terceros. Digamos que en fase de ejecución la jurisprudencia (por ejemplo, sentencia de 4 de mayo de 2004, de la Sección 5.^a de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo —RJ 2004/5298—) no admite que los terceros puedan paralizar dicha ejecución alegando que no fueron oídos en la fase declarativa. No obstante, alguna sentencia, como la del Tribunal Constitucional 192/1997, de 11 de noviembre (RTC 1997/192) ha dado amparo a unos terceros adquirentes a los que no se les permitió intervenir en el proceso declarativo.

2. *Obligatoria anotación de la incoación de expedientes de disciplina urbanística*

El punto c) del apartado primero del reformado artículo 51 dispone: *La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas. En todo caso, la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2 de la Ley de Suelo.* Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 51.2 señala ahora: *La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la anotación preventiva a que hace referencia el apartado 1, letra c), segundo párrafo, dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.*

3. *Comunicaciones que debe realizar el registrador*

La tercera de las novedades a que antes me refería es la que se recoge en el párrafo primero del artículo 51.2 de la Ley del Suelo: *Inscrita la parcelación o reparcelación de fincas, la declaración de nuevas construcciones o la constitución de regímenes de propiedad horizontal, o inscritos, en su caso,*

los conjuntos inmobiliarios, el Registrador de la Propiedad notificará a la Comunidad Autónoma competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito.

4. *¿Por qué creo que estas medidas son claramente insuficientes?*

En primer lugar, porque no se enfrentan a la esencia del problema. Como he expuesto en páginas anteriores, existe una clara polémica entre quienes —como es el caso de la Sala Tercera del Supremo— consideran que el Registro no es instrumento suficiente para proteger a los terceros de buena fe, frente a la eventual existencia de ilegalidades urbanísticas en el proceso de construcción de la edificación que han adquirido, y los que, por el contrario, entendemos que los terceros adquirentes que han confiado en el pronunciamiento del Estado a través de la inscripción registral, no pueden verse afectados en su concreta titularidad sobre el edificio adquirido por procedimientos judiciales que han terminado declarando la ilegalidad de la licencia que en su momento amparó la construcción, procesos que se han mantenido, por otro lado, al margen de los mecanismos de publicidad registral. Consecuentemente la reforma sigue dejando sin resolver la situación de esos terceros.

Pero es que, además, las medidas que se han arbitrado, aunque está bien encaminada, no afecta a buena parte de los casos que hemos estado analizando. En efecto, los supuestos que hemos planteado como prototipo de casos resueltos por el Tribunal Supremo no tienen su origen en la iniciación de un expediente de disciplina urbanística por un ayuntamiento. Se trata por el contrario de casos en los que un tercero extraño al ayuntamiento (unas veces una asociación privada, otras la Comunidad Autónoma...) ha recurrido al procedimiento contencioso-administrativo para que los tribunales declaren la ilegalidad de una licencia u otro acto administrativo del propio ayuntamiento. En consecuencia, el que se obligue a los ayuntamientos, bajo amenaza de asumir la responsabilidad económica frente a terceros de buena fe, a anotar en el Registro los expedientes de disciplina urbanística solo va a afectar a los casos en que se ha construido sin licencia, o excediendo los límites de la misma, y es el propio ayuntamiento el que reacciona iniciando el correspondiente expediente de disciplina urbanística.

La medida introducida en la reforma de 2011 es buena, en tanto implica una mayor conexión con el Registro, pero claramente insuficiente para resolver el problema que venimos tratando. Además, desde el punto de vista del fondo, parece que acepta la tesis del Supremo, por cuanto prevé como consecuencia para la administración que no promueva la anotación de un expediente la in-

demnización de los perjuicios que pueda sufrir un tercer adquirente. Luego, es evidente que considera que el expediente de disciplina urbanística afecta a esos terceros, y tan solo opta por facilitarles la compensación económica.

En esta misma línea de aceptar como inevitable la postura del Tribunal Supremo, pero buscar al mismo tiempo la compensación económica de los terceros de buena fe, se mueve lo establecido en la Disposición Adicional sexta de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico de Cantabria, según la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de abril. En concreto el apartado cuatro de dicha Disposición establece: *Cuando la lesión se produzca como consecuencia de actuaciones administrativas declaradas ilegales que determinen el derribo de edificaciones, se deberá iniciar el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, desde el momento en que se tenga conocimiento fehaciente de la existencia de una resolución judicial o administrativa, firme y definitiva, que establezca la obligación de derribar. Se podrá establecer la cuantía aun antes de la efectiva demolición de los inmuebles, aunque en este caso la efectividad de la indemnización quedará condicionada a la puesta a disposición del inmueble a favor de la Administración obligada a materializar el derribo. El procedimiento para determinar la responsabilidad y su cuantía deberá finalizar y, en su caso, establecer el importe a indemnizar en el plazo de seis meses desde su inicio, en la forma que determina la normativa sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. En el plazo de tres meses desde la finalización del procedimiento de determinación de la responsabilidad y de su cuantía, la Administración deberá poner a disposición del perjudicado la cantidad establecida. Solo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto este a disposición del perjudicado. En todo caso, el Gobierno de Cantabria adoptará todas las medidas precisas para impedir que, como consecuencia de una sentencia que ordene la demolición de una vivienda que constituya el domicilio habitual de un propietario de buena fe, se produzcan situaciones de desamparo, procurando los medios materiales para su realojo provisional inmediato y su traslado.*

Lo que se hace es aplicar el mismo esquema que en la expropiación forzosa, de forma que sin que se ponga a disposición del perjudicado la correspondiente indemnización, no se procederá al derribo. Sin duda es un mal menor, porque al menos trata de paliar el perjuicio económico. Pero supone aceptar y dar por buena una concepción jurídica de la protección que brinda el Registro que, como ya he expuesto, considero profundamente desafortunada.

f) MI PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

En mi opinión, esta materia necesita una reforma mucho más audaz que la que se ha realizado. Creo que deben abordarse dos aspectos.

En primer lugar deben resolverse las dudas que la jurisprudencia de la Sala Tercera de nuestro Alto Tribunal ha generado respecto a la protección de los terceros del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Como he tratado de argumentar en páginas anteriores, creo que con los actuales mimbres legales hay suficientes razones para que el Tribunal Supremo rectifique su postura, y empiece a reconocer la plena protección de quienes adquieren confiando de buena fe en los pronunciamientos registrales, frente a procedimientos en los que se declara la nulidad de la licencia que sirvió para realizar la construcción del edificio por ellos adquirido. Pero también pienso que la delicada posición en la que España ha quedado entre sus socios europeos a cuenta de este asunto, y la catastrófica crisis que está atravesando un sector tan relevante en la economía española como es el de la construcción en zonas turísticas, demandan que el legislador se moje y disipe esas dudas. Por tanto, propongo *que se reforme el artículo 19 de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008*, para declarar expresamente que los terceros que hayan adquirido sus derechos cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo se verán afectados por los actos administrativos y las resoluciones judiciales derivadas de procedimientos de los que existiera constancia registral al tiempo de inscribir sus respectivos derechos, a menos que se hubiera invadido el dominio público por naturaleza, zonas de interés para la defensa nacional o la edificación entrañe graves riesgos para las personas, extremos todos ellos que deben haber quedado acreditados en el procedimiento.

Pero como la misión del Registro, según he expuesto con anterioridad, es permitir que el Estado pueda reconocer la titularidad de los derechos de propiedad y que ese reconocimiento surta plenos efectos en el tráfico, es necesario que el pronunciamiento del Estado admitiendo a inscripción una determinada titularidad se realice teniendo en cuenta todas las vicisitudes que pueden afectar a la misma. De ahí que también estimo necesario introducir medidas legislativas que garanticen que todo proceso contencioso administrativo que tenga por objeto la revisión de la legalidad de una licencia urbanística afectante a la configuración de bienes inmuebles, tenga un rápido y adecuado reflejo en los libros del Registro. Por ello propongo *que se introduzca un nuevo apartado en el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, disponiendo que el secretario, al tiempo que remite el expediente a la Administración, solicite del Registro de la Propiedad donde radique la finca o fincas surgidas o modificadas como consecuencia de un acto amparado por la licencia o autorización administrativa ahora impugnada, que expida certificación de dominio y cargas de cada una de esas fincas. El registrador deberá notificar a todos los titulares de dominio y cargas la existencia del procedimiento con-

tencioso por si consideran oportuna su personación. Asimismo hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio que ha expedido la pertinente certificación y que se está tramitando el correspondiente procedimiento. Dicha nota marginal surtirá efectos notificadores respecto de ulteriores adquirentes, impidiendo que aleguen su condición de terceros protegidos²¹.

Esta medida tendría una serie de benéficos efectos: permitiría la inmediata constancia registral del recurso, con lo que se evita que puedan aparecer posteriores terceros hipotecarios; facilita que todos los titulares registrales que lo sean al tiempo de la interposición del recurso puedan intervenir en el procedimiento; y, en fin, sirve para que el proceso se valore la situación registral de las fincas afectadas. Y frente a esto no se diga que la nota marginal indicativa de que se ha expedido la certificación para el procedimiento contencioso administrativo perjudica al promotor porque le desvaloriza la propiedad y le impide venderla, porque peor es que quien termine sufriendo las consecuencias sea el tercero que de buena fe adquiera la finca. No se olvide que, en cualquier caso, un promotor que obre con arreglo a las exigencias de la buena fe y que cumpla con el espíritu de lo que dispone el apartado 2 del artículo 19 de la propia Ley del Suelo, debe manifestar y hacer saber a los adquirentes la existencia del procedimiento, con lo que el efecto espantada del posible comprador sería el mismo. Luego, en su caso, solo se estaría perjudicando a los promotores que piensen obrar de mala fe.

Creo que esta medida es más eficiente que la que actualmente existe de poder pedir la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso administrativo (art. 51.1, f, de la Ley del Suelo), porque la solicitud de la anotación es una medida que está en manos del recurrente, y en este ámbito estamos conjugando los intereses generales de la salvaguarda de la legalidad urbanística y de la protección de la seguridad jurídica en el tráfico, que no pueden quedar al albur de que el que interpone el recurso contencioso quiera solicitar la anotación. A este respecto creo que la medida prevista en el artículo 258.2 de la ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico de Cantabria, según la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de abril, está bien encaminada, pero es más imperfecta. En concreto dispone el mencionado artículo: *En los procesos en los que, siendo parte la Administración autonómica, se enjuicien actos de naturaleza urbanística cuya anulación pudiera deparar perjuicios a terceros adquirentes de buena fe, el Servicio Jurídico de esta Administración solicitará al órgano judicial que se adopten medidas cautelares dirigidas a la publicidad, en el Registro de la Propiedad, de los recursos y demandas interpuestos*. Pienso que esta medida es incompleta porque no cubre todos los casos

²¹ REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, en su trabajo, «Demoliciones urbanísticas y buena fe dominical», publicado en la *Revista de Urbanismo y Edificación Aranzadi*, num. 24/2011, también sostiene la conveniencia de instaurar un mecanismo parecido, aunque utilizando la denominación de anotaciones preventivas.

(solo aquellos en los que la Administración autonómica es parte en el proceso), y porque sigue remitiéndose al instrumento de la anotación de demanda, que no es automático, sino que depende de una previa decisión judicial. Por eso es mejor que la conexión con el Registro sea un paso inevitable y automático en el procedimiento contencioso administrativo.

Con medidas como las que propongo se conseguirían cubrir la práctica totalidad de los intereses en juego. Los terceros hipotecarios obtienen la plena protección que un sistema de Registro como el español les debe proporcionar. Y la rápida constancia registral de los procesos que pudieran afectar a la legalidad de licencias evitaría precisamente el surgimiento de esos terceros que en la actualidad se ven sorprendidos en su buena fe cuando años después tienen noticia de que ha recaído una sentencia que lleva consigo la demolición de la edificación que han adquirido. En un mercado global solo la confianza y la seguridad jurídica pueden asegurar el desarrollo económico y la consecuente creación de empleo de la que España está tan necesitada.

RESUMEN

URBANISMO
COMPETENCIAS ESTADO CCAA
FE PÚBLICA REGISTRAL

La reforma introducida en el Derecho Urbanístico español por el Decreto-ley 8/2011 ha tenido una especial incidencia en las relaciones urbanismo-Registro de la Propiedad. En estas páginas se analiza dicha reforma y se intenta proponer soluciones a los aspectos más polémicos que la aplicación de estas novedades legislativas ha generado en la práctica. Además de los detalles técnicos de cada una de las diferentes normas reformadas, a lo largo de todo este artículo se estudia en profundidad dos cuestiones especialmente controvertidas: la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas, y la situación de los adquirentes de buena fe de viviendas que deben ser demolidas como consecuencia de una sentencia judicial.

ABSTRACT

URBAN DEVELOPMENT
STATE AND REGIONS COMPETENCIES
PRINCIPLE OF CONCLUSIVE TITLE

The Royal Decree-Law 8/2011 has reformed the spanish urban development legislation, with special impact on urban development-land Register relationships. Along these pages I analyze this reform and I try to propose solutions for the most controversial aspects that the new law has caused in its implementation. In addition to the technical details of every reformed norm, through this article I study deeply two disputable matters: the State and regions competencies, and the situation of the good faith purchasers when their houses must be demolished because of a judicial sentence.

(Trabajo recibido el 19-9-2012 y aceptado para su publicación el 8-1-2013)

DICTÁMENES Y NOTAS

La constitución de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España y su relieve registral¹

por

MARÍA DEL MAR ANDREU MARTÍ

*Profesora Titular de Universidad de Derecho Mercantil
Universidad Politécnica de Cartagena*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN:

1. LA TARDÍA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL RSCE.
2. BREVE APROXIMACIÓN AL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES DE LA SCE.

II. CONSTITUCIÓN DE LA SCEDE:

1. LA SCEDE: DOMICILIO SOCIAL Y ADMINISTRACIÓN CENTRAL.
2. MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN DE LA SCEDE:

A) *Constitución por fusión:*

a) Fase preparatoria de la fusión:

- a') Designación de expertos independientes para informar sobre el proyecto de fusión.
- b') Publicidad del Proyecto de fusión.

b) Control de legalidad de la fusión:

- a') Control de legalidad individual de las cooperativas españolas participantes en la fusión.
- b') Control de legalidad conjunto sobre la fusión que constituya una SCEDE.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto «Cátedra de Economía Social de la Universidad de Murcia-Caja Mediterráneo», convocatoria pública de 25-4-2008 (R-242/2008) y adjudicación de 4-6-2008 (R-340/2008) de la Universidad de Murcia.

B) *Constitución por transformación:*

- a) Fase preparatoria: el proyecto de transformación. Contenido, depósito y publicidad.
 - b) Designación de expertos independientes.
 - c) Procedimiento de información entre Registros.
3. EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL COMO ÓRGANO COMPETENTE PARA EXPEDIR LA CERTIFICACIÓN NEGATIVA DE DENOMINACIÓN SOCIAL.
 4. INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE LA SCEDE.

III. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La tradicional ausencia de armonización del Derecho europeo de sociedades cooperativas motivó que el legislador comunitario tratara de dotar a estas sociedades de instrumentos jurídicos que les permitieran realizar actividades transfronterizas, tratando de asegurar que pudieran competir en el mercado en condiciones de igualdad con otras formas de empresa². Al tiempo, los instrumentos jurídicos europeos creados para posibilitar operaciones de agrupamiento entre sociedades sometidas a distintas legislaciones nacionales, como la Sociedad Anónima Europea³ (SE) o la Agrupación Europea de Interés Económico⁴ (AEIE), no se ajustaban —ni se ajustan— por distintos motivos, a las características propias de las sociedades cooperativas.

En este contexto, el Reglamento (CE), número 1435, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea⁵ (en adelante RSCE)⁶, creó para las cooperativas un nuevo tipo societario de alcance europeo, la Sociedad Cooperativa Europea (en adelante SCE), basado en sus específicos principios de funcionamiento⁷ que permitiera superar las extraordi-

² Esta necesidad se había reflejado incluso desde Naciones Unidas [cfr. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 88.ª sesión plenaria de 19 de diciembre de 2001 (A/RES/56/114)].

³ Reglamento del Consejo núm. 2157/2001 en el que se establece la forma jurídica de la Sociedad Europea, publicado en el DO L 294, de 10 de noviembre de 2001, pág. 1.

⁴ Reglamento del Consejo núm. 2137/1985 en el que se establece la Agrupación Europea de Interés Económico, publicado en el DO L 199, de 31 de julio de 1985, pág. 1.

⁵ Publicado en el DO L 207, de 18 de agosto de 2003.

⁶ Sobre los orígenes y evolución del RSCE, vid., entre otros, LAMBEA RUEDA, A., «La sociedad cooperativa europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio», en *RDP*, mayo-junio de 2004, págs. 303-306.

⁷ Según se expone en los Considerandos 7 y 8 del Preámbulo del RSCE, estos principios de funcionamiento específico de las cooperativas son «la estructura y gestión democráticas y el de la distribución equitativa del beneficio neto del ejercicio financiero. Estos principios particulares se refieren especialmente al principio de primacía de la persona, que se refleja

narias dificultades de orden jurídico y administrativo derivadas de las distintas legislaciones existentes en los Estados miembros⁸.

El RSCE, a pesar de la conocida naturaleza jurídica del Reglamento como fuente del Derecho comunitario⁹, obligaba a su necesaria implementación por parte de los ordenamientos nacionales. Así, el artículo 78 RSCE imponía a los Estados una doble obligación. La primera, al establecer, con carácter general, en su apartado 1, que «*Los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento*». En segundo lugar, y ya de forma más específica, el artículo 78.2 RSCE imponía a los Estados miembros la obligación de designar «*las autoridades competentes en el sentido de los artículos 7, 21, 29, 30, 54 y 73*». Esto es, en materia de traslado del domicilio de la SCE (art. 7); constitución de la SCE mediante fusión —motivos de oposición a la fusión (art. 21); control del procedimiento de fusión (art. 29) y control de legalidad de la fusión (art. 30)—; convocatoria de la asamblea general y disolución de la SCE por resolución judicial o de otra autoridad del Estado miembro del domicilio (art. 73).

1. LA TARDÍA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL RSCE

En nuestro país, la necesaria implementación del RSCE se ha realizado, aunque con ocho años¹⁰ de demora¹¹, a través de la Ley 3/2011, de 4 de marzo,

en disposiciones específicas relativas a las condiciones de adhesión, renuncia y exclusión de los socios; dicho principio se traduce en la regla un hombre, un voto, que vincula el derecho de voto a la persona e implica la imposibilidad de que los miembros ejerzan un derecho sobre el activo de la sociedad cooperativa.

⁸ Sobre las dificultades de armonización del derecho de sociedades cooperativas en la Unión Europea, vid. EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea», en *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España* (dir.: ALFONSO SÁNCHEZ, R.), Aranzadi, 2008, págs. 33-38.

⁹ Debe recordarse que el Reglamento, con carácter general, se caracteriza, en principio, por ser una norma de alcance general, imperativa y de aplicabilidad directa sin necesidad de transposición normativa por parte de los Estados (cfr. art. 249 TCE) como señala el propio RSCE en su inciso final: «*el presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*». No obstante, como es sabido, en ocasiones puntuales, como el caso que nos ocupa, el Reglamento puede confiar a los Estados la adopción de aquellas medidas legislativas que resulten necesarias para que sus disposiciones puedan ser efectivamente aplicables.

¹⁰ Por el contrario, en Alemania el RSCE se implementó de forma rápida reformando la Ley de Cooperativas alemana (GenG: Genossenschaftsgesetz) el 14 de agosto de 2006, entrando en vigor con fecha 18 de agosto del mismo año. Para más información, vid. BEUTHIEN, V., *Genossenschaftsgesetz, Aktualisierungsband zur 14. Auflage (Genossenschaftsrechtsnovelle und EHUG)*, C. H. Beck, München, 2007; GROBFELD, B., «Neues Genossenschaftsrecht: Europäische Anstöße», *ZfjG (Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen)*, Quarterly of Co-operative Studies, Bd. 56, 2006, S. 101-107.

¹¹ Tardanza especialmente criticable habida cuenta que el propio Reglamento impuso a la Comisión la necesaria presentación de un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre su

por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España¹² (en adelante LSCEDE)¹³.

El legislador español ha optado, entre las distintas posibilidades existentes¹⁴, por una ley específica en la materia¹⁵ aprobada al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil atribuida por el artículo 149.1.6.^a de nuestra Constitución¹⁶ como señala la Disposición Final primera

aplicación en los distintos Estados miembros y, como consecuencia de la misma, posibles propuestas de modificación (cfr. art. 79 RSCE). Este informe se presentó el 5 de octubre de 2010, sin que se pudieran determinar los posibles problemas de aplicación práctica en nuestro país. Vid. informe en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sce_final_study_part_i.pdf.

Además, podría darse la paradoja de que la LSCEDE resulte obsoleta al poco tiempo de su aplicación. Con esta opinión, aunque refiriéndose al PLSCE, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la sociedad cooperativa europea», en *Ciriec-España*, núm. 21/2010, pág. 11.

¹² BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2011. Para la elaboración de la LSCEDE se consultó a los Ministerios competentes en la materia, a las distintas Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales y al sector cooperativo, a través de la Confederación Empresarial Española de Economía Social (CEPES). La Comisión de Trabajo e Inmigración aprobó el texto del PLSCEDE con fecha 21 de diciembre de 2010, que se publicó en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 83-7, de 28 de diciembre de 2010 y en el BOCG, Senado, con fecha 12 de enero de 2011.

¹³ Debe recordarse que el Estatuto de la SCE se integra no solo por el RSCE, sino también por la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, sobre la implicación de los trabajadores en la SCE, que regula los derechos de información, consulta o participación de los trabajadores en la misma (DOUE de 18 de agosto de 2003) que ya fue transpuesta al derecho español a través de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Esta Ley se modificó por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME), que incluyó un Título IV sobre disposiciones aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias de sociedades de capital, en cumplimiento de la Directiva 2005/56/CE (DF Tercera). Sobre ello, vid. en profundidad, ESPÍN SÁEZ, M., «Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea (Comentario a la Directiva 2003/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003)», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, págs. 233-243; LUJÁN ALCARAZ, J., «La participación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea», en AA.VV., *La sociedad cooperativa domiciliada en España* (dir.: ALFONSO SÁNCHEZ, R.), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, págs. 489-526.

¹⁴ Se proponía, de *lege ferenda*, una opción similar a la seguida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, en el sentido de añadir un capítulo específico dedicado a la SCE en la 27/1999, de 16 de noviembre, de cooperativas (en adelante LCoop.) para las SCE a las que les resulte de aplicación dicha norma. En este sentido, ALFONSO SÁNCHEZ, R., «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», en *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 2, extraordinario, sobre *La implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*, 2006, pág. 22.

¹⁵ Así se proponía ya en el «Balance del Programa de Fomento de la Economía Social 2008-2009», elaborado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración (cfr. apartado 5, F, p). Se elaboraron hasta cuatro versiones del Anteproyecto (11-11-2009; 9-3-2009; 22-4-2010; 17-6-2010).

¹⁶ En el borrador de APLSCEDE la competencia estatal se amparaba en el artículo 149.3 CE.

de la LSCEDE, aunque añadiendo la coletilla, «sin perjuicio de las competencias en materia de cooperativas de las Comunidades Autónomas»¹⁷. Este título competencial habilitante se ha calificado como *valiente pero insuficiente* porque, si bien hubiera permitido dictar una Ley amplia y comprensiva del régimen jurídico de la SCEDE, se ha limitado a establecer, como veremos, una ley de mínimos redactada con escaso rigor jurídico, con algunas imprecisiones e incluso lagunas que no logra responder todas las preguntas, ni resolver las dudas interpretativas, que generaba la adecuada aplicación del instituto de la SCE¹⁸. En consecuencia, y con independencia de las dudas doctrinales suscitadas por la propia creación de esta nueva figura societaria¹⁹, no parece que vaya a ser muy utilizada en la práctica²⁰.

La LSCEDE trata de conciliar la compleja estructura legislativa existente en nuestro país en materia cooperativa caracterizada, como es sabido, por la coexistencia, carente de lógica y que obedece más a razones políticas que jurídicas, de 17 leyes autonómicas cooperativas²¹ hasta el momento, junto con la Ley estatal de cooperativas, que solo es aplicable en las CC.AA. que carezcan de regulación propia y a aquellas cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en más de una Comunidad Autónoma pero en ninguna de forma principal²².

Para la consecución de esta compleja finalidad conciliadora, en el Preámbulo de la LSCEDE se enuncia, por una parte, el mantenimiento, como criterio

¹⁷ Esta coletilla es fruto de la única enmienda presentada en el seno de la Ponencia encargada de redactar el informe sobre el PLSCDE compuesta por los diputados Rafael Herrera Gil, José Oria, Domingo Miguel Tabuyo, José Eugenio Azpiroz, María del Carmen Álvarez-Arenas, Carles Campuzano, Emilio Olabarriá, Gaspar Llamazares y Uxue Barkos. En concreto, se presentó por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) por coherencia con el artículo 124 del Estatuto de Cataluña, que atribuye la competencia exclusiva en materia de cooperativas.

¹⁸ Con esta opinión, aunque refiriéndose al PLSCDE, vid. ampliamente, ALFONSO SÁNCHEZ. R., «Respuesta del ordenamiento jurídico», *ob. cit.*, págs. 9-10.

¹⁹ Sobre ello, vid., entre otros, EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea», *ob. cit.*, págs. 52-54.

²⁰ Resulta destacable que, previamente a la promulgación de la LSCEDE, se ha constituido en nuestro país, la primera, y hasta el momento única, SCEDE. En concreto, se publicó en el BORME de 18 de diciembre de 2009 la constitución de *Euskal Herriko Ikastolak, Sociedad cooperativa europea*, cuyo objeto social es desarrollar el proyecto educativo común de sus socios, el proyecto educativo IKASTOLA; ayudar a cada socio a desarrollar un proyecto educativo propio; representar colectivamente a sus socios y promover la educación euskaldún más allá del ámbito de los socios.

²¹ Solo faltan por legislar en materia cooperativa las Comunidades Autónomas de Canarias y Cantabria. Sobre la distribución competencial en nuestro país entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas, vid. ALFONSO SÁNCHEZ. R., «Capítulo 139: La cooperativa de segundo grado como tipo legal de sociedad cooperativa», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 4580 y sigs., esp. nota a pie 34; «Respuesta del ordenamiento jurídico», *ob. cit.*, pág. 5.

²² Además de en Ceuta y Melilla.

básico para determinar la legislación aplicable —bien la legislación estatal, bien la autonómica—, el criterio de la principalidad de la actividad cooperativa. La adopción de este criterio, seguido en nuestro ordenamiento para las sociedades cooperativas nacionales, zanja los problemas que hubiera generado la transposición sin más del criterio general seguido por el RSCE que determina que será el domicilio social de la SCE el que determine el Derecho nacional aplicable²³.

Por otra, se impone un deber de colaboración y cooperación entre los distintos Registros españoles (Registro Mercantil y Registros de cooperativas estatal o autonómicos); deber que deviene imprescindible habida cuenta que, como veremos, el régimen jurídico de la SCE atribuye a los registradores mercantiles nuevas competencias en este tipo de cooperativas, sociedades que, a salvo las cooperativas de seguros y de crédito, hasta el momento les eran ajenas.

En este trabajo vamos a centrarnos en el análisis de las nuevas competencias que el régimen jurídico de la SCE ha impuesto a los registradores mercantiles en sede de constitución de esta nueva figura societaria.

2. BREVE APROXIMACIÓN AL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES DE LA SCE

Cualquier acercamiento al régimen jurídico de la SCE obliga a referirse al complejo sistema de fuentes diseñado por la norma comunitaria que determina la necesidad de que el intérprete analice en cada caso concreto la norma jurídica aplicable, cuestión que, sin duda, dificultará su aplicación práctica. Por ello, parece conveniente tratar, con carácter previo al concreto desarrollo de este trabajo, al menos, de esbozarlo brevemente²⁴.

El artículo 8 del RSCE dispone, con carácter general, el sistema de fuentes para la SCE caracterizado por su intrincada ordenación jerárquica²⁵. Así, las SCE se regirán, en primer lugar, por el RSCE, en el que se integran cuatro categorías

²³ Este criterio, si bien no generó problema alguno para la aplicación del RSAE o del RAEIE, hubiera generado situaciones carentes de lógica debido a la coexistencia en nuestro país de dos poderes legislativos con competencia en materia de sociedades cooperativas: el estatal y el autonómico. En este sentido, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Respuesta del ordenamiento jurídico», *ob. cit.*, pág. 8.

²⁴ Para su análisis en profundidad, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Aproximación a ciertos aspectos del régimen económico-financiero de la sociedad cooperativa europea», en AA.VV., *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur* (dirs.: VI-TOLO, R. D./EMBIÓ IRUJO, J. M.), Comares, Granada, 2007, págs. 499-516; ESCUÍN IBÁÑEZ, I./PARDO LÓPEZ, M. M., «Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los Estatutos sociales», en *La sociedad cooperativa europea*, *ob. cit.*, págs. 97-140.

²⁵ El sistema previsto en el artículo 8 RSCE se modifica, como veremos, en materia de constitución de la SCE. Sobre ello, vid. ANDREU MARTÍ, M. M., «Constitución de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España mediante fusión», en *La sociedad cooperativa europea*, *ob. cit.*, págs. 186-189.

de reglas: *a)* las nuevas y específicas normas aplicables a la SCE; *b)* las leyes de cooperativas del Estado del domicilio social de la SCE; *c)* la legislación sobre sociedades anónimas del estado del domicilio, y *d)* la legislación del estado del domicilio en la que se haya incorporado determinada Directiva u otra norma. En segundo lugar, se regirán por los Estatutos de la SCE, solo si el RSCE así lo autoriza expresamente. En tercero, por las normas que los Estados adopten con carácter supletorio, en desarrollo de lo previsto por el RSCE o en aplicación de normas específicas dictadas por la Unión Europea para la SCE. En nuestro caso, la nueva LSCEDE. En cuarto lugar, por la legislación cooperativa del Estado del domicilio de la SCE en todo lo no expresamente previsto por el RSCE. Y, por último, por el contenido de los Estatutos de la SCE en aquellos aspectos en los que la legislación cooperativa nacional permita una regulación estatutaria.

El elevado número de referencias a las leyes nacionales del RSCE determina la falta de uniformidad del régimen jurídico de la SCE que variará de un Estado miembro a otro, generando *desarmonía* en su configuración práctica que contraría el objetivo unitario perseguido con su creación²⁶. En este sentido, se ha llegado a afirmar que no se trata de un «*auténtico nuevo tipo societario de carácter europeo, con régimen jurídico propio, completo y unificado (una sociedad de derecho europeo), sino, más bien, una sociedad de Derecho nacional —el de su domicilio— con ciertos aspectos unificados*»²⁷.

II. CONSTITUCIÓN DE LA SCEDE

1. LA SCEDE: DOMICILIO SOCIAL Y ADMINISTRACIÓN CENTRAL

El artículo 1.1 LSCEDE define qué debe entenderse por SCE domiciliada en España señalando, en primer término, que será aquella «*cuya administración central y domicilio social se encuentren dentro del territorio español*» y, en segundo, especifica que «*La sociedad cooperativa europea deberá fijar su domicilio en España cuando su administración central se halle dentro del territorio español*».

La obligatoria domiciliación en España de aquellas SCE cuya administración central se halle en territorio español, tan solo reproduce en nuestro derecho interno una obligación ya impuesta en el RSCE. Así, el artículo 6 del RSCE establece que «*El domicilio social de la SCE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central*».

²⁶ En este sentido, vid. EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al régimen jurídico», *ob. cit.*, págs. 49-50.

²⁷ En relación con la SCE, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, pág. 16.

Este concepto de «domicilio social» de la SCE, que se identifica con la sede de dirección, está tomado del Derecho alemán: sistema de la sede real o *sitztheorie*.

Este precepto impone la obligatoria coincidencia en el territorio del mismo Estado miembro del domicilio social y de la administración central de la SCE, admitiéndose, en consecuencia, que no coincidan en el mismo lugar domicilio y administración central siempre y cuando ambos lugares se ubiquen en el territorio del mismo Estado miembro. Esta lógica deducción se confirma si la relacionamos con la facultad que el propio RSCE concede a los Estados miembros para que puedan imponer a la SCE registrada en su territorio la obligación de situar domicilio social y administración social en un único lugar. Esta facultad se contempla en el artículo 6 i.f. del RSCE: «Además, los Estados miembros podrán imponer a las SCE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar».

El legislador español, en nuestra opinión, no ha hecho uso de esta facultad que le confería el RSCE, permitiéndole imponer la coincidencia en el mismo lugar de su territorio de domicilio social y administración central de la SCE²⁸. Consideramos que hubiera sido preferible que se hubiera impuesto la citada coincidencia obligatoria habida cuenta que según el tenor literal de la LSCDE una SCEDE podrá tener su domicilio social en el territorio de una Comunidad autónoma y su administración central en otra. Sin embargo, no creemos que este hecho vaya a generar mayores dificultades porque, como ya se ha comentado, el criterio determinante de la legislación cooperativa aplicable a la SCE, estatal o autonómica, en los casos previstos en el orden jerárquico de fuentes establecidos por el RSCE, no viene determinado por el domicilio social, sino por el lugar donde se realiza principalmente la actividad cooperativizada a tenor del artículo 1.2 de la LSCDE.

Tampoco la LSCDE ha hecho uso de la facultad que le confería el artículo 2.2 del RSCE en cuya virtud podía excepcionar, con el cumplimiento de una serie de requisitos, la exigencia de que las administraciones centrales de las sociedades cooperativas que participen en la constitución de una SCE se encuentren en la Unión Europea²⁹. Resulta destacable la falta de coherencia

²⁸ En Francia sí se ha impuesto que la administración central y el domicilio social estén en el mismo lugar. En este sentido, vid. artículo 26-1 de la Ley núm. 47-1.775, de 10 de septiembre de 1947, reformada por la Ley núm. 2008-649, de 3 de julio de 2008. En Italia, por el contrario, la Orden del Ministerio de Desarrollo Económico, núm. 2.903, de 30 de junio de 2006, por la que se implementa la SCEDE, hace uso de esta facultad. Para más información, vid. BONFANTE, G., «La società cooperativa europea», en *La società cooperativa europea* (FICI, A./GALLETI, A), Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006, pág. 3 y sigs.; LENGU, M., «Società cooperativa europea», en *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato*, n. 9-2006/I; RACUGNO, G., «La società cooperativa europea», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 2006, I, págs. 315 y sigs.

²⁹ En este sentido, tal y como establece el artículo 2.2 RSCE: «Los Estados miembros podrán disponer que una entidad jurídica que no tenga su administración central en la

del legislador español que, por el contrario, sí permite esta excepcionalidad en sede de SE³⁰.

2. MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN DE LA SCEDE

El RSCE contempla en su artículo 2.1 tres modalidades de constitución de una SCE: por fundación simultánea, sea por personas físicas y/o jurídicas³¹; por transformación de una sociedad cooperativa y por fusión de cooperativas.

Los regímenes jurídicos aplicables a estas tres modalidades de constitución han sido ya estudiados en profundidad por la doctrina³², por lo que nos vamos a limitar a analizar las nuevas competencias asumidas por nuestras autoridades nacionales, en especial por los registradores mercantiles, así como las respuestas del legislador nacional en aquellas materias en las que el RSCE permitía distintas opciones.

La fundación simultánea por personas físicas y/o jurídicas, sin duda la más sencilla, no plantea mayores problemas desde el punto de vista registral centrándose, en consecuencia, nuestra atención en la constitución por fusión y por transformación por el peculiar tratamiento dispensado a las mismas y por las novedosas —y obligadas— interrelaciones que se producirán entre los Registros mercantiles y los Registros, estatal o autonómicos, de cooperativas.

Comunidad pueda participar en la constitución de una SCE, siempre y cuando tal entidad jurídica esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro». Para determinar si concurre esta vinculación efectiva, pueden aplicarse los principios establecidos en el Considerando 23 del Programa general, de 18 de diciembre de 1962, para la Supresión de las Restricciones a la Libertad de Establecimiento en la UE. Así, se entenderá que existe «si una sociedad tiene un establecimiento en dicho Estado miembro y realiza operaciones desde el mismo». Sobre ello, vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., «La constitución mediante fusión de la sociedad anónima europea (SE)», en RCDI, núm. 678, 2003, pág. 2180.

³⁰ En este sentido, vid. artículo 465, pág. 2 LSC («Se presume que existe vinculación efectiva cuando la sociedad tenga un establecimiento en dicho Estado miembro desde el que dirija y realice sus operaciones»).

³¹ Se excluye la posibilidad de fundación sucesiva de una SCE. En este sentido, vid. EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al régimen jurídico», *ob. cit.*, pág. 41.

³² Vid., entre otros, GRIMALDOS GARCÍA, M. I., «Base subjetiva necesaria para la constitución de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Constitución por personas físicas y/o sociedades o entidades», en *La sociedad cooperativa europea*, *ob. cit.*, págs. 165-182; ANDREU MARTÍ, M. M., «Constitución de la sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, págs. 183-210; ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea domiciliada en España por transformación», en *La sociedad cooperativa europea*, *ob. cit.*, págs. 211-260.

A) Constitución por fusión

El artículo 2.1.4.º RSCE establece que «La SCE podrá constituirse (...) por fusión de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros». Por tanto, los requisitos que, de forma cumulativa, deben concurrir para que a través de la fusión pueda nacer una SCE son: 1) que se trate de una fusión homogénea; 2) que las cooperativas participantes en la operación de fusión se hubieran constituido según el ordenamiento jurídico de un Estado miembro; 3) que sus domicilios sociales y sus administraciones centrales se encuentren en la Unión Europea y, por último 4) que, al menos, dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros.

Al exigir que las sociedades que participen en la fusión sean *cooperativas*, el RSCE limita la constitución de una SCE por este procedimiento al supuesto de la fusión homogénea, excluyendo la heterogénea³³. Debe plantearse la posible participación de una —o varias— SCE ya existente-s en el proceso de constitución por fusión de otra SCE, o incluso si una SCE preexistente podría ser la sociedad absorbente en una fusión por absorción. Consideramos esta posibilidad admisible pese a la literalidad del RSCE porque entender lo contrario supondría tener que recurrir para estos casos a una fusión internacional, mucho más compleja, y no a la fusión contemplada en el RSCE mucho más sencilla³⁴, contravinando la propia finalidad del mismo³⁵.

El artículo 21 RSCE contemplaba la posibilidad de que una sociedad cooperativa pudiera ser excluida de participar en un proceso de esta naturaleza si el Estado de su domicilio alegara razones de interés público³⁶ con sujeción a

³³ En nuestro ordenamiento jurídico, por el contrario, se admite que en un procedimiento de fusión con resultado de cooperativa (de nueva creación o absorbente) participen tanto sociedades cooperativas como de otra naturaleza; y esto es así tanto en el ámbito estatal como al amparo de diversas legislaciones autonómicas.

³⁴ Aunque refiriéndose a la constitución por fusión de una SE, vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., «La constitución mediante fusión», *ob. cit.*, págs. 2178-2180.

³⁵ El artículo 3.1 RSE contempla expresamente la posible participación en una fusión para la constitución de una SE de una SE preexistente. Sobre esta posibilidad, así como por la admisibilidad incluso de fusiones entre varias SE para constituir otra, vid. LARGO GIL, R., «La constitución de la sociedad anónima europea (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)», en *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 118-119.

³⁶ La existencia de esta prohibición puede fundamentarse en la pérdida de vinculación a un específico régimen fiscal, a que los Estados puedan perder el control sobre el objeto social o a la grave incidencia sobre su economía que pueda causar la operación de concentración. En este sentido, vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., «La constitución mediante fusión», *ob. cit.*, págs. 2.187-2.188. Funcionalmente, se corresponde, según señala LARGO GIL, con la conocida «acción de oro» gubernativa que algunos Estados miembros se han reservado para evitar las tomas de control de empresas privatizadas por empresas extranjeras con capital

una serie de límites³⁷. Sin embargo, el legislador español no ha contemplado esta posibilidad en la LSCEDE³⁸, circunstancia que resulta, de nuevo, contraria a la opción legislativa seguida en sede de SE donde se contempla esta posible exclusión por motivos de orden público para la SE³⁹.

a) Fase preparatoria de la fusión

La fase preparatoria, como es sabido, es la inicial del proceso de fusión y tiene por finalidad realizar todos los actos preparatorios en cada una de las cooperativas que participen en la misma. En esta fase los órganos de dirección o de administración de casa cooperativa deberán elaborar⁴⁰, suscribir y publicitar un proyecto de fusión⁴¹, así como elaborar un exhaustivo informe en el que se justifique, desde un punto de vista jurídico y económico, la operación⁴².

mayoritariamente público y con sistema de control previo imperativo utilizado en los últimos tiempos en España en materia de defensa de la libre competencia (cfr. LARGO GIL, R., «La constitución de la sociedad anónima europea», *ob. cit.*, pág. 117, esp. nota a pie núm. 106).

³⁷ Los límites establecidos por el artículo 21 RSCE son: a) que la oposición esté fundada en razones de interés público; b) que desde el punto de vista procedimental la oposición se materialice temporalmente antes de la fase de control de legalidad de la operación y, por último, c) que sea recurrible judicialmente, dada su fundamentación en conceptos jurídicos indeterminados y abstractos que dejan la puerta abierta a que el Estado se oponga a la fusión sin razones verdaderamente objetivas. Pese a estos límites, el sistema genera inseguridad jurídica sobre el contenido y significado de «interés público» en su relación con el de «orden público» y, en especial, con sus límites para evitar un excesivo constreñimiento de la libertad de empresa. Vid. FAJARDO, I. G., «Reflexiones sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea: Nuevas posibilidades», en AA.VV., *Integración empresarial cooperativa. Posibilidades, ventajas, inconvenientes* (CHAVES/FAJARDO/NAMORADO, coords.), Cirioc-España, Valencia, 2003, pág. 205; SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., «La constitución de la “societas europaea-se”», en *RdS*, núm. 19, 2002, págs. 115-157, pág. 136.

³⁸ Esta posible exclusión se contempla en Francia designando como competente a estos efectos al Fiscal General del Estado. En este sentido, vid. artículo 26-6 de la Ley núm. 47-1.775, de 10 de septiembre de 1947, reformada por la Ley núm. 2008-649, de 3 de julio de 2008.

³⁹ El RSE contempla esta misma oposición en su artículo 19 y ya se ha regulado para la SE domiciliada en España en el artículo 466 LSC.

⁴⁰ Aunque nada establece el RSCE sobre la forma que deba revestir el proyecto de fusión, deberá ser intervenido por fedatario público ya que, con carácter general, el artículo 3.2 LSCEDE exige que se deposite en el Registro Mercantil el proyecto de constitución de una SCEDE.

⁴¹ El contenido mínimo del proyecto de fusión se detalla en el artículo 22 RSCE, siguiendo lo establecido en el artículo 5.2 de la Directiva 78/855/CEE, permitiendo obtener un documento común con la información más relevante de todas las sociedades participantes. Sobre ello, vid. LARGO GIL, R., «La constitución de la sociedad anónima europea», *ob. cit.*, págs. 124-125.

⁴² Vid. artículos 22-26 RSCE.

a') Designación de expertos independientes para informar sobre el proyecto de fusión

El proyecto de fusión debe ser examinado y ser objeto de informe externamente por expertos independientes, además de internamente por el órgano de dirección o de administración de cada una de las sociedades cooperativas.

El artículo 26 del RSCE exige, para cada una de las cooperativas que se fusionen, que uno o varios *expertos independientes* examinen y elaboren un informe escrito sobre el proyecto de fusión⁴³, en el que habrán de prestar especial atención al valor de las participaciones que deberán repartirse a cambio de los activos de las cooperativas que se fusionen y a la relación de canje de las participaciones⁴⁴.

En este sentido, el artículo 6.1 LSCDE establece que «*En el supuesto de que una o más sociedades cooperativas españolas participen en la fusión o cuando la sociedad cooperativa europea vaya a fijar su domicilio en España, uno o varios expertos independientes deberán examinar el proyecto de fusión y establecer un informe escrito destinado a los socios, según lo previsto en el artículo 26 del Reglamento (CE) 1.435/2003*». Se amplía, por tanto, la intervención de expertos al supuesto de que la SCE vaya a domiciliarse en España.

La designación del experto o de los expertos independientes se realizará conforme a la legislación de sociedades anónimas del Estado miembro donde la cooperativa tenga su domicilio social⁴⁵. En cumplimiento de esta remisión, el artículo 6.2 de la LSCDE atribuye esta competencia al registrador mercantil. Aunque no se especifica más parece obvio que deberá ser el que corresponda al domicilio social de las sociedades cooperativas españolas participantes en la fusión aunque estas, no olvidemos, no están inscritas en el Registro Mercantil sino en el Registro administrativo de cooperativas, estatal o autonómico, que corresponda.

Como hemos señalado, el RSCE exige, con carácter general, que se realice un informe para cada una de las cooperativas intervinientes en el proceso de fusión. No obstante, el artículo 26.2 RSCE señala que «*Podrá elaborarse un*

⁴³ El informe de los expertos va destinado a los socios, y tiene por objeto proporcionarles la mayor información posible sobre una operación que culminará con su integración en la SCE absorbente o de nueva creación. Esta agrupación constituye uno de los puntos más conflictivos de toda la fusión pues, desde un punto de vista dogmático, su posición en la SCE deberá ser asimilable, económica y políticamente, a la que poseían en sus cooperativas de origen. Con la finalidad de respetar los derechos de los socios se articula la «determinación del tipo de canje» de los antiguos títulos por los nuevos. Para mayor información, vid. ANDREU MARTÍ, M. M., «Constitución de la sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, pág. 197.

⁴⁴ Vid. artículo 25.1.d) RSCE.

⁴⁵ Por remisión del artículo 26.1 al 4.6 RSCE. Del mismo modo también los derechos y obligaciones de los expertos independientes se regirán por la legislación aplicable a las fusiones de sociedades anónimas por remisión expresa del artículo 26.3 del RSCE.

informe único para todas las cooperativas que se fusionen cuando las legislaciones de los Estados miembros a las que estén sujetas dichas cooperativas lo permitan». Se concede, por tanto, a los Estados miembros la posibilidad de que se elabore un único informe sobre el proyecto de fusión cuando lo permitan sus legislaciones. Nótese que la posibilidad de emisión de informe único se contempla como potestativo, en todo caso, para las distintas cooperativas participantes. Así la legislación de cada una de ellas lo debe, en primer lugar, permitir y estas elegir aunque será un supuesto frecuente por el abaratamiento de costes que entraña. Aunque el legislador comunitario obvia el requisito de que exista una petición conjunta de las sociedades cooperativas participantes en la fusión para que se emita un único examen e informe pericial, este se puede deducir por simple lógica⁴⁶.

Debe advertirse que el tenor de la norma transcrita plantea un importante interrogante de orden práctico en orden a concretar qué debemos interpretar por la referencia a *todas* las sociedades participantes. Consideramos que cabrían dos posibles interpretaciones. La primera, más estricta, que al referirse a *todas las cooperativas que se fusionan* engloba a todas las que participen en la fusión (por tanto de distintos Estados). La segunda, más amplia o, más generosa, a todas las que pertenezcan a un mismo Estado miembro. Si aceptamos la primera interpretación, sería necesario que todas las legislaciones de los Estados de cada una de las cooperativas permitiera el informe único. La segunda, que podría emitirse un informe único para dos o más cooperativas de un mismo Estado cuando lo permita su legislación, aunque no se permitiera en alguna de las legislaciones de otras cooperativas participantes. Esto es, podrían existir varios informes únicos por cada Estado miembro participante. Atendiendo a que la finalidad del informe único es simplificar el procedimiento, entendemos que debe aceptarse la segunda interpretación que, además, es la única que resulta coherente con el tenor de la LSCEDE en la materia que, anticipamos, es incompleto y confuso⁴⁷.

⁴⁶ El artículo 22 RSE, de forma clara, señala que: «*Como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes tal como se definen en el artículo 10 de la Directiva 78/855/CEE, designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la futura SE, podrán estudiar el proyecto de fusión y redactar un informe único destinado a la totalidad de los accionistas. Los peritos estarán facultados para pedir a cada una de las empresas que se fusionen cualquier información que consideren necesaria para poder llevar a cabo su cometido*».

⁴⁷ Así, el artículo 6 LSCEDE que exige, como veremos, la «*petición conjunta de las sociedades que se fusionan*» para la designación de experto por el registrador mercantil, se tornaría incomprensible. Recuérdese que la legislación comunitaria es clara al exigir que exista un informe pericial para cada una de las sociedades cooperativas participantes, informes que se podrán sustituir por uno único cuando, reiteramos, lo permitan las legislaciones nacionales de cada cooperativa. Es posible que la legislación nacional de una de las cooperativas participantes

Así, nuestro legislador señala en el artículo 6.2 LSCEDE: «*El registrador mercantil será la autoridad competente para, previa petición conjunta de las sociedades que se fusionan, designar a uno o varios expertos independientes a que se hace referencia en el apartado anterior*». Apartado anterior que, como se ha transcrito *ut supra*, no alude en ningún momento a la posibilidad de informe único por lo que cabría entender en una primera aproximación que no permite la realización de dicho informe único. Sin embargo, si nos atenemos al requisito exigido de que haya una *petición conjunta de las sociedades que se fusionan* no es posible más que entender que quiere referirse a ese informe único. Al margen de la criticable redacción legislativa, consideramos que debemos interpretar que nuestra ley admite el informe único para las cooperativas españolas que participen en la fusión; interpretación que resulta coherente tanto con la finalidad comunitaria de simplificar el procedimiento, como con el régimen español de la SE que también admite esta posibilidad⁴⁸.

b') Publicidad del proyecto de fusión

En cuanto a la publicidad que debe realizarse de los proyectos de fusión de cada cooperativa partícipe, el artículo 24.1 RSCE remite a la legislación aplicable a las sociedades anónimas sobre esta materia, sin perjuicio de los requisitos adicionales impuestos por el Estado miembro al que esté sujeta la cooperativa. En nuestro Ordenamiento esta previsión implica: *a)* respetar la obligación de depósito del proyecto en el Registro Mercantil —entendemos que del domicilio de la cooperativa— y la ulterior publicación en el BORME del hecho del depósito y de la fecha en que este hubiere tenido lugar. La obligación de depósito expresamente se señala en el artículo 3.2 LSCEDE⁴⁹ y la ulterior publicación en el BORME del hecho del depósito y de la fecha en que este

no recoja esta posibilidad. En este caso, no se podría dar cumplimiento a la designación de experto en España, porque no sería posible cumplir con la petición conjunta, si aceptáramos que el informe debe ser único para todas las cooperativas participantes.

⁴⁸ El artículo 467 LSC establece que: «*En el supuesto de que una o más sociedades españolas participen en la fusión o cuando la sociedad anónima europea vaya a fijar su domicilio en España, el registrador mercantil será la autoridad competente para, previa petición conjunta de las sociedades que se fusionan, designar uno o varios expertos independientes que elaboren el informe único previsto en el artículo 22 del Reglamento (CE) número 2157/2001. En el supuesto de que una o más sociedades españolas participen en la fusión o cuando la sociedad anónima europea vaya a fijar su domicilio en España, el registrador mercantil será la autoridad competente para, previa petición conjunta de las sociedades que se fusionan, designar uno o varios expertos independientes que elaboren el informe único previsto en el artículo 22 del Reglamento (CE) número 2157/2001*».

⁴⁹ Artículo 3.2 LSCEDE: «*En el Registro Mercantil se depositará el proyecto de constitución de una sociedad cooperativa europea que vaya a tener su domicilio en España*».

hubiere tenido lugar⁵⁰; b) cumplimentar el derecho de información que asiste a socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores, poniendo, al publicar la convocatoria de la asamblea, el proyecto de fusión a su disposición en el domicilio social para su examen⁵¹; sin que exista en el ámbito de la LCoop., por el momento, requisito adicional alguno.

Obsérvese, no obstante, que mientras el apartado 1 del artículo 24 RSCE hace referencia a «*la publicidad de los proyectos de fusión*», el apartado 2 lo hace a «*la publicación del proyecto de fusión en el boletín oficial*». El problema es que mientras en nuestro derecho interno la publicación en el BORME se prevé del simple hecho del depósito del proyecto, la publicación a la que alude el artículo 24.2 RSCE es la del propio proyecto, indicando, además, un contenido adicional al de este⁵².

b) Control de legalidad de la fusión

Finalizada la fase decisoria de la fusión tras la aprobación⁵³ del proyecto de fusión por las Asambleas Generales de cada una de las sociedades cooperativas participantes en la fusión⁵⁴, el procedimiento de fusión culminará con la

⁵⁰ Cfr. artículo 226 RRM.

⁵¹ Artículo 39 LME y artículo 63.7 LCoop., que solo se refiere a los socios.

⁵² Este contenido adicional se concreta en: a) la forma, la denominación y el domicilio social de las cooperativas que se fusionen; la dirección del lugar o registro en el que se hayan entregado los estatutos y todos los demás documentos y datos correspondientes a cada una de las cooperativas que se fusionan, y el número de inscripción en dicho registro; b) las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores de la cooperativa, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones; c) las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios de la cooperativa, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones; d) la denominación y el domicilio social previstos para la SCE; e) las condiciones que determinarán la fecha en la que surtirán efectos la fusión. La obligatoria publicidad de estos datos, ajenos al proyecto, responde a distinta finalidad según su contenido. Así, unos van dirigidos a aportar información complementaria para dar a conocer la identidad de las sociedades cooperativas participantes y de la SCE resultante, sus datos registrales, etc. Otros pretenden reforzar el conocimiento de los derechos de aquellos sujetos que pueden ver significativamente afectados sus intereses por la operación de fusión pretendida como son, entre otros, los acreedores o los socios minoritarios disidentes. Vid., aunque refiriéndose a la SE, SEQUEIRA MARTÍN, A., «La constitución mediante fusión», *ob. cit.*, pág. 2217.

⁵³ El artículo 27.1 del RSCE establece de forma parca que: «*La asamblea general de cada una de las cooperativas que se fusionen deberá aprobar el proyecto de fusión*».

⁵⁴ La Asamblea General de cada cooperativa deberá aprobar el proyecto según la normativa vigente en materia de fusión de cooperativas del Estado donde estén domiciliadas y, en su defecto, según la legislación en materia de sociedades anónimas. De tratarse de una cooperativa sometida a la LCoop. el acuerdo deberá adoptarse por mayoría de dos tercios de los votos presentes y representados (art. 64.1 LCoop.) salvo que en los Estatutos de la concreta sociedad se hubiera establecido una mayoría superior —necesariamente inferior a los cuatro

inscripción de la SCE en el registro que señale la legislación sobre sociedades anónimas del Estado donde se vaya a domiciliar. En nuestro país, como ya se ha señalado *ut supra*, la SCEDE se inscribirá en el Registro Mercantil territorial que corresponda a su domicilio.

Con carácter previo a la inscripción, el RSCE exige un doble control de legalidad⁵⁵. El primero, un control individual para cada cooperativa participante en la fusión realizado por la autoridad competente del Estado miembro donde esté domiciliada. El segundo, un control de legalidad conjunto sobre la realización de la fusión y la constitución de la SCE por la autoridad competente del Estado miembro donde vaya a domiciliarse la futura SCE resultante de la fusión. La finalidad de ambos controles es verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos y exigencias previstas para la fusión. Su importancia queda reflejada en que la ausencia del control de legalidad se configura, paradójicamente, como causa de disolución de la SCE⁵⁶.

a') Control de legalidad individual de las cooperativas españolas participantes en la fusión

El artículo 29.2 RSCE establece la necesidad de que «*en cada Estado miembro implicado un tribunal, un notario u otra autoridad competente, expedirá un certificado que acredite el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión*». El contenido del certificado se debe extender, en su caso, a acreditar que la cooperativa nacional ha aceptado expresamente, al aprobar el proyecto de fusión, la posibilidad de que los socios recurran el procedimiento de control y modificación de la relación de canje de las participaciones o el procedimiento de compensación a los socios minoritarios, sin impedir la inscripción de la fusión. Certificado que podrá expedirse incluso cuando ya se haya iniciado un procedimiento de este tipo⁵⁷.

Por su parte, el artículo 29.1 aclara que «*El control de la legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación aplicable a la fusión de cooperativas del Estado miembro al que esté sujeta la cooperativa que se fusiona y, en su defecto, con arreglo a las disposiciones aplicables a las fusiones internas de sociedades anónimas sujetas al ordenamiento jurídico de dicho Estado*».

En definitiva, los certificados acreditativos del cumplimiento de todos los actos previos a la fusión —tantos como cooperativas partícipes— se expedirán

quintos— para el caso de fusión (cfr. art. 28.3 LCoop.). Posteriormente, ese acuerdo deberá ser publicado en el *BOE* y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social de la cooperativa (art. 64.2 LCoop.).

⁵⁵ Cfr. artículo 31.2 RSCE.

⁵⁶ Cfr. artículo 34.2 RSCE.

⁵⁷ Cfr. artículo 29.3 RSCE.

por aquellas autoridades que tengan atribuida esta competencia en el Estado miembro donde esté domiciliada cada cooperativa, en atención a su legislación interna en sede de fusiones de cooperativas y, en su defecto, de fusiones de sociedades anónimas⁵⁸. En nuestro país, la determinación de a quién debía designarse como autoridad competente para el control de legalidad individual de las cooperativas españolas, suscitaba dudas en la doctrina dada la ausencia de previsión normativa, tanto en la legislación cooperativa, como en la de fusiones de sociedades anónimas, además de las dificultades añadidas por nuestro peculiar sistema registral en materia de cooperativas.

Finalmente, el legislador español ha solventado las dudas al determinar como autoridad competente para esta certificación al registrador mercantil del domicilio social de la cooperativa que se fusiona. Sin embargo, consciente de que dicho registrador no tiene inscrita la sociedad cooperativa y, por tanto, carece de información sobre la misma, ha impuesto al registrador cooperativo una obligación de informarle sobre la inexistencia de obstáculos para la fusión.

Así, el artículo 8.1 LSCEDE establece que las cooperativas españolas que participen en la fusión deberán presentar al Registro de cooperativas en el que se encuentren inscritas la escritura pública de fusión con anterioridad a su presentación en el Registro Mercantil con la finalidad de que el Registro de cooperativas informe, en el plazo de quince días, al Registro Mercantil sobre la inexistencia de obstáculos para la fusión y proceda, en su caso, al cierre provisional de la hoja registral.

El registrador mercantil, a la vista del informe del registrador cooperativo y de la escritura pública, podrá certificar el cumplimiento por parte de la sociedad cooperativa española que se fusiona de todos los actos y trámites previos a la fusión. Consideramos que, a efectos del adecuado y ágil cumplimiento de este control de legalidad individual, deberá establecerse una adecuada coordinación entre los distintos Registros intervinientes.

Posteriormente la cooperativa española participante dispone de un plazo de seis meses desde la expedición del certificado por el registrador mercantil, según el artículo 30.2 RSCE, para remitirlo, junto a una copia del proyecto de fusión aprobado, a la autoridad competente del Estado miembro donde se vaya a domiciliar la futura SCE.

⁵⁸ Cfr. artículo 29.1 RSCE. El legislador comunitario reconoce explícitamente la diversidad de sistemas vigentes en la Unión Europea en materia de control de legalidad; diversidad ya reconocida y permitida por el artículo 16 de la Tercera Directiva en materia de fusión de sociedades.

b') Control de legalidad conjunto sobre la fusión que constituya una SCEDE

El RSCE también exige en su artículo 30 que se realice un control de legalidad conjunto por *un tribunal, notario u otra autoridad* del Estado miembro donde se domicilie la futura SCE resultante de la fusión⁵⁹, control que se extiende a la *parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SCE*.

Este control de legalidad viene atribuido a la autoridad que sea competente en cada Estado miembro para la legalidad de la fusión de cooperativas y, en su defecto, para la de fusión de sociedades anónimas, lo que suscitaba en nuestro país dudas doctrinales ante la ausencia de previsión normativa en la legislación cooperativa y en la de SA.

También la LSCEDE ha resuelto tales dudas atribuyendo, como en el control de legalidad individual de cada cooperativa, la competencia del control de legalidad conjunto de la fusión al registrador mercantil del domicilio social de la SCEDE. Atribución que resulta coherente⁶⁰ con la aplicación en materia de inscripción de la legislación sobre sociedades anónimas⁶¹ y que evitará posibles conflictos competenciales entre Registros.

En este sentido, el artículo 9.1 de la LSCEDE establece que: *«En el caso de que la sociedad cooperativa europea resultante de la fusión fije su domicilio en España, el registrador mercantil controlará la existencia de los certificados de las autoridades competentes de los países en los que tenían su domicilio las sociedades cooperativas extranjeras participantes en la fusión y la legalidad del procedimiento en cuanto a la realización de la fusión y la constitución de la sociedad cooperativa europea»*. Para la emisión de esta calificación positiva, el registrador mercantil deberá, por una parte, controlar que todos y cada uno de los certificados emitidos por las autoridades competentes de los Estados de domiciliación de cada cooperativa nacional, acrediten que las respectivas asambleas generales han aprobado el mismo proyecto de fusión y han respetado las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores según la Directiva 2003/72/CEE. Verificado lo anterior, el registrador mercantil debe controlar que la constitución de la SCEDE se ajusta a todas las condiciones establecidas en la legislación española.

⁵⁹ La autoridad competente será, según el artículo 30.1 RSCE, la que tenga atribuida tal competencia en ese Estado, según su legislación interna en sede de fusiones de cooperativas y, en su defecto, de fusiones de sociedades anónimas. Por tanto, también podrá ser, como en el caso anterior y por idénticas razones, autoridad de naturaleza diversa en cada uno de los Estados.

⁶⁰ Así lo manifestábamos en ANDREU MARTÍ, M. M., «Constitución de la sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, pág. 204.

⁶¹ Cfr. artículos 11.1 y 32 RSCE.

Tras la inscripción de la fusión⁶², el Registro Mercantil deberá comunicarlo a los Registros de Cooperativas donde se encuentren inscritas las cooperativas domiciliadas en el territorio español que hayan participado en el proceso de fusión para que procedan a su cancelación registral⁶³. En esta sede, consideramos que esta comunicación no debiera haberse circunscrito a las cooperativas nacionales sino extenderse al resto de cooperativas comunitarias participantes. El registrador mercantil dispone de los distintos certificados emitidos para cada cooperativa participante por las autoridades competentes en cada Estado, resultando sencilla su comunicación con las mismas para que estas también puedan comunicar a las autoridades competentes, según los casos, la inscripción de la fusión y la consiguiente cancelación registral.

Por último, destacar que el legislador comunitario señala en el artículo 34.2 RSCE que el incumplimiento de los requisitos relativos al control de la legalidad de la fusión constituye una causa de disolución de la SCE. Resulta de difícil comprensión esta causa de disolución de una SCE ya inscrita en la medida en que el control de legalidad, como ya se ha visto, es requisito imprescindible para la inscripción y, por tanto, si este no existe no hay inscripción y, consecuentemente, tampoco SCE. Parece que su inclusión como causa de disolución debe entenderse como medida de política legislativa para reforzar la función de los controles de legalidad establecidos pero carece de virtualidad práctica alguna⁶⁴.

B) *Constitución por transformación*

El RSCE también permite la constitución de una SCE⁶⁵, «*por transformación de una sociedad cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico*

⁶² Tras la inscripción de la SCE en el Registro Mercantil, tal y como preceptúa el artículo 34 RSCE, la fusión deviene inatacable pues no se permite declarar su nulidad. En realidad, esta inatacabilidad es acorde con la propia caracterización de la fusión de sociedades, sean o no cooperativas, como forma máxima de concentración empresarial que genera que la sociedad resultante, tras el cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, nazca con una vocación de marcado carácter irreversible que convierten en extraordinariamente complejo el retorno a la situación de origen. Por tanto, nos parece apropiada la opción comunitaria, habida cuenta que, posiblemente, los inconvenientes que genera dicha nulidad se agudizan en el supuesto estudiado debido a la «multiterritorialidad» de las sociedades participantes que convertirían en aún más complejo el retorno a la situación original por la implicación de distintos Estados y distintas legislaciones aplicables.

⁶³ Cfr. artículo 9.2 LSCEDE.

⁶⁴ Sobre ello, en relación con la fusión por constitución de una SE, vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., «La constitución mediante fusión», *ob. cit.*, págs. 2245-2248.

⁶⁵ También se admite este modalidad de constitución para la SE. Vid., artículos 2.4 y 37 del Reglamento (CE), número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre (RSE), por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Europea, y artículo 474 LSC.

*de un Estado miembro y con domicilio social y administración central*⁶⁶ en la Comunidad, siempre que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el Ordenamiento Jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años»⁶⁷. Este proceso de constitución⁶⁸ se caracteriza, como es sabido, por la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad cooperativa transformada que, con los mismos socios y patrimonio, adopta una nueva forma social y, en consecuencia, un nuevo régimen jurídico, el de la SCE⁶⁹.

Los requisitos comunitarios exigidos, son, en primer término, que la cooperativa a transformar esté constituida conforme al Ordenamiento de un Estado miembro. En segundo, que su domicilio y administración central se encuentren en un mismo Estado miembro que podrá coincidir o no con el de su constitución. Debe advertirse que la necesaria coincidencia en un mismo Estado de domicilio social y administración central se exige por el artículo 6 RSCE con carácter general para todas las modalidades de constitución y así debe interpretarse este requisito pese a la más amplia redacción del artículo 2.1.5.º antes transcrito, que confunde al exigir tan solo que ambos se encuentren *en la Comunidad*. Y, por último, que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el Ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años. Requisito temporal que ha tenido que ser interpretado considerando que en el momento de la transformación dicho establecimiento o filial debe seguir manteniéndose en otro Estado miembro⁷⁰.

Se deduce que el RSCE admite tanto la posibilidad de que la SCE se constituya en el Estado donde se hubiera constituido la cooperativa de origen, como en el Estado donde tuviera su domicilio y administración efectiva porque ambos pueden no coincidir. Posibilidades que, sin embargo, se reducen en España a la

⁶⁶ Aunque el artículo 2.2 RSCE permitía que los Estados excepcionaran el requisito de que la sociedad cooperativa de origen no tuviera su administración central en la Comunidad cuando, como ya se ha señalado, cumpliera ciertos requisitos, la LSCEDE no hace uso de esta facultad.

⁶⁷ Cfr. artículos 2.1.5.º y 35 RSCE.

⁶⁸ Hay que destacar que autorizada doctrina advierte que la transformación de una sociedad cooperativa en SCE, al igual que el supuesto de la SE o de la AIEE, no es en puridad de términos tal *transformación* sino una mera *adaptación* de sus estatutos que implica un cambio de régimen jurídico aplicable. Así, se sostiene que en este procedimiento de constitución no hay tránsito de una a otra forma social (sigue siendo cooperativa), sino que solo cambiará su régimen jurídico que pasará a ser el de la SCE. Sobre ello, vid. en profundidad ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, págs. 212-214.

⁶⁹ Así lo recuerda el artículo 35.1 RSCE, señalando que «...la transformación de una cooperativa en una SCE no producirá su disolución ni la creación de una nueva persona jurídica».

⁷⁰ La doctrina ha aclarado que no es suficiente el *haber tenido*, sino que se debe *seguir teniendo* un establecimiento o filial regulado por el ordenamiento de otro Estado miembro en el momento de la transformación. Así, aunque el artículo 2.1.5.º RSCE utiliza el verbo *haber tenido* debe concordarse con el artículo 73.1 RSCE que enumera como causa de disolución la violación del artículo 2.1 RSCE. Con esta opinión, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, págs. 222-223.

luz de nuestro derecho cooperativo⁷¹ que, con idéntico criterio al del derecho de sociedades de capital, exige que las cooperativas nacionales constituidas según la ley estatal o autonómica que corresponda, tengan su domicilio en España, mientras que no resulta necesario que domicilio y administración central coincidan pudiendo esta encontrarse en otro Estado miembro⁷². En este último caso, aplicando las exigencias comunitarias antes enumeradas, la cooperativa española para poder transformarse en SCE deberá, como condición *sine qua non*, trasladar previamente a España su sede de gestión administrativa⁷³ puesto que, reiteramos, el artículo 6 RSCE exige que domicilio social y administración central de la SCE estén en el mismo Estado.

Por todo lo expuesto, se podrá constituir una SCEDE mediante transformación de una sociedad cooperativa española⁷⁴ cuando su domicilio social y administración central se encuentre en nuestro país y haya tenido —y siga teniendo— un establecimiento o una filial regulada por el Ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.

El procedimiento de transformación se encuentra regulado en el RSCE con mucho menor detalle que el de fusión dedicándole un único precepto, el artículo 35, que deja al intérprete múltiples lagunas.

- a) Fase preparatoria: el proyecto de transformación. Contenido, depósito y publicidad

En fase preparatoria el RSCE en su artículo 35.3 se limita, por una parte, a imponer la obligación al órgano de dirección o de administración de la cooperativa de elaborar *«un proyecto de transformación y un informe en el que se explicarán y justificarán los aspectos jurídicos y económicos de la transformación, así como sus efectos sobre el empleo, y se indicarán las consecuencias que supondrá para los socios y para los trabajadores la adop-*

⁷¹ Cfr. artículos 2 y 3 LCoop.

⁷² Los artículos 9 LSC y 3 LCoop. permiten a la sociedad elegir el lugar —dentro del territorio español— en el que fijar su domicilio, pudiendo optar por donde se encuentre el centro de su efectiva administración y dirección o por donde radique su principal establecimiento o explotación.

⁷³ Esta solución se considera por la mejor doctrina más acertada que el traslado del domicilio de la cooperativa al Estado donde tenga su administración central debido tanto a los problemas de Derecho internacional privado que se generarían, como por no estar prevista esta operación en nuestra legislación cooperativa. Con esta opinión y citando bibliografía tanto sobre la SCE, como sobre la SE, vid. en profundidad, ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, págs. 218-220.

⁷⁴ La admisión del instituto de la transformación a las sociedades cooperativas, tanto como sociedad origen, como de destino, fue objeto de intensa controversia. Sobre ello, vid. en profundidad, ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La transformación de la sociedad cooperativa*, Ed. ER-Colección Cuadernos Mercantiles, núm. 21, Madrid, 2002, págs. 27-31.

ción de la forma de SCE». Nada especifica, no obstante, sobre el contenido de dicho proyecto aunque se ha interpretado doctrinalmente que lo razonable será acudir a la regulación del RSCE para la constitución por fusión con las necesarias adaptaciones.

La LSCDE tampoco aclara expresamente esta cuestión ya que se limita a establecer en su artículo 10.1 que *«En el caso de constitución de una sociedad cooperativa europea mediante la transformación de una sociedad cooperativa española, sus administradores redactarán un proyecto de transformación de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CE) número 1.435/2003 y un informe en el que se explicarán y justificarán los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y se indicarán las consecuencias que supondrá para los socios y para los trabajadores la adopción de la forma de sociedad cooperativa europea»*. Si se realiza, no obstante, una interpretación amplia, e incluso generosa, de este precepto podría confirmar la tesis apuntada ya que dispone que los administradores redactarán el proyecto de transformación *«de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CE) número 1.435/2003»* y, como se ha señalado, el RSCE tan solo establece el contenido del proyecto de fusión, no el de transformación. Por tanto, cabría entender que la LSCDE se remite al contenido del proyecto de fusión. Una vez más, debe criticarse la falta de claridad y ambigüedad del legislador español en la redacción de la Ley.

Nada señala la norma comunitaria sobre la necesidad de depositar el proyecto de transformación, a diferencia del régimen establecido por el RSE⁷⁵, lo que generaba dudas al respecto. Dudas que han sido resueltas por el artículo 10.1.i.f. LSCDE, que establece que, *«El proyecto de transformación será depositado en el Registro Mercantil y se publicará conforme a lo establecido en el artículo 471 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital»*. Se establece, por tanto, el obligatorio depósito del proyecto de transformación en el Registro Mercantil que, aunque no lo menciona expresamente, será el territorial que corresponda al domicilio social de la futura SCE. Esta referencia a la obligación de depósito resulta innecesaria⁷⁶, pues la propia LSCDE en su artículo 3.2 lo impone con carácter general para todas las modalidades de constitución. En concreto, señala que *«En el Registro Mercantil se depositará el proyecto de constitución de una SCE que vaya a tener su domicilio en España»*.

⁷⁵ Esta omisión podía deberse, a juicio de la profesora ALFONSO, a que a pesar de que el considerando 18 RSCE considera apropiado aplicar a la SCE la Primera Directiva, no existe armonización en materia cooperativa entre los Estados miembros, además de que las cooperativas se inscriben en registros distintos a los de las sociedades de capital. En este sentido, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, pág. 235.

⁷⁶ Adviértase que en los artículos que la LSCDE dedica a la fusión no se establece nada al respecto, lo que evidencia su redundancia e innecesariedad.

En cuanto a la publicidad del proyecto de transformación, el artículo 35.4 RSCE dispone que se «*deberá hacer público según las modalidades previstas en la legislación de cada Estado miembro al menos un mes antes del día en que la asamblea general deba pronunciarse sobre la transformación*». La remisión a la modalidad prevista en cada legislación generó dudas tras la aprobación del RSCE sobre cómo debía publicitarse el proyecto en España. En concreto, si podía entenderse cumplimentado tan solo con la puesta a disposición del proyecto a los socios en el domicilio social al tiempo que la convocatoria como exige la LCoop. aunque con un mes de antelación⁷⁷ o, debía entenderse como más lógica la aplicación del régimen previsto por el propio RSCE para el caso de la fusión y publicarse en el BORME⁷⁸.

La LSCEDE ha solventado estas dudas optando por su publicación en el BORME. Así, su artículo 10.1.i.f. establece que tras el depósito del proyecto de transformación en el Registro Mercantil, «*...se publicará conforme a lo establecido en el artículo 471 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*». La LSCEDE se remite al régimen jurídico previsto para la SE en materia de publicidad del proyecto de transformación⁷⁹ debiendo el registrador mercantil territorial comunicar al registrador mercantil central el hecho del depósito del proyecto y la fecha en que hubiera tenido lugar para su inmediata publicación en el BORME. Esta publicación, como ya se ha señalado, deberá, por imperativo comunitario, realizarse, al menos, con un mes de antelación a la fecha de celebración de la asamblea general que deba pronunciarse sobre la transformación.

La publicación en el BORME del proyecto de transformación de una cooperativa española en SCE puede generar dificultades pues, como ya se ha expuesto, la cooperativa española no es sujeto inscribible en el Registro Mercantil y, por ende, se ve obligada a utilizar un medio de publicidad que hasta este momento le era ajeno⁸⁰.

⁷⁷ El artículo 24.1 LCoop. establece como regla general que la Asamblea General debe convocarse con una antelación mínima de quince días y máxima de dos meses.

⁷⁸ En este sentido, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, págs. 234-235.

⁷⁹ También se remite al artículo 471 LSCEDE, que regula la constitución por *holding* de la SE, el artículo 474 LSCEDE, que contempla el supuesto de constitución de una SE por transformación.

⁸⁰ Sobre las dificultades que presentaba la publicación en el BORME del proyecto de transformación de la sociedad cooperativa española tras la aprobación del RSCE, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, pág. 235.

b) Designación de expertos independientes

El RSCE⁸¹ exige que uno o varios peritos independientes certifiquen, antes de la celebración de la Asamblea general de la cooperativa en la que se aprobará el proyecto de transformación y sus estatutos⁸², que se ha respetado la relación de canje de las participaciones en el capital suscrito y, en su caso, el importe del pago en efectivo; y cuando el capital no estuviera representado en participaciones, el reparto exacto de los activos y su valor equivalente en participaciones⁸³.

El legislador comunitario remite a las legislaciones nacionales la determinación de qué autoridad es la competente en cada Estado para la designación de los expertos independientes. En nuestro país, aunque no hay remisión expresa a la legislación de sociedades anónimas, como en el caso de la fusión, entendemos que deberá ser el registrador mercantil del domicilio social de la futura SCE⁸⁴ por aplicación del apartado 6 del artículo 4 del RSCE, *Capital de la SCE*. Este artículo establece, como regla general, que «*La legislación aplicable a las sociedades anónimas en los Estados miembros donde la SCE tenga su domicilio social en lo que se refiere a la designación de expertos... se aplicará mutatis mutandis a las SCE*».

c) Procedimiento de información entre Registros

Aunque el RSCE no establece, como en el caso de la fusión, un control de legalidad en materia de constitución de una SCE por transformación, el legislador español, consciente de las dificultades intrínsecas que conlleva el hecho de que la futura SCEDE tenga que inscribirse en el Registro Mercantil territorial

⁸¹ Cfr. artículo 35.5 RSCE, que establece: «*Antes de la celebración de la Asamblea General indicada en el apartado 6, uno o más peritos independientes designados o autorizados, con arreglo a las disposiciones nacionales, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro, a cuya legislación esté sujeta la cooperativa que se transforma en SCE, certificarán que se respeta, mutatis mutandis, lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 22*».

⁸² Cfr. artículo 35.6 RSCE.

⁸³ Esta opción refleja la realidad de las distintas legislaciones cooperativas nacionales en materia de cooperativas que, en ocasiones, no establecen formas concretas de acreditar las aportaciones al capital social. Este es el caso de nuestro país en el que la LCoop. remite a la regulación estatutaria de cada cooperativa cómo se acreditarán las aportaciones de los socios, debiendo, en consecuencia, estar al caso concreto de la cooperativa que desee transformarse ya que el capital puede estar dividido en participaciones sociales, en cuyo caso la certificación pericial comprobará la relación de canje, o no estarlo en cuyo caso el informe se centrará en el reparto de activos. Sobre ello, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, pág. 237.

⁸⁴ Nuestra LSCEDE no establece nada al respecto, pero no consideramos que sea necesario por aplicación del propio RSCE en su artículo 4.6. En sentido contrario, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Constitución de una sociedad cooperativa europea», *ob. cit.*, págs. 238-239.

que corresponda a su domicilio y que este, salvo el proyecto de transformación depositado, carece de información registral sobre la cooperativa de origen, arbitra un procedimiento similar, aunque mucho más simplificado, al establecido para la constitución por fusión.

En concreto, el artículo 10.2 LSCEDE establece que: «Una vez otorgada la escritura pública de transformación, la cooperativa española que se transforme deberá presentarla al Registro de Cooperativas en el que se encuentre inscrita a fin de que por el mismo se informe al Registro Mercantil sobre la inexistencia de obstáculos para la transformación, procediendo el Registro de Sociedades Cooperativas correspondiente, en su caso, al cierre provisional de la hoja registral». En definitiva, tras la presentación de la escritura pública de transformación por la cooperativa, el registrador cooperativo donde se encuentre inscrita la cooperativa deberá, por un lado, remitir un informe al Registro Mercantil en el que declare la inexistencia de obstáculos para la transformación. Adviértase que el legislador ha omitido establecer el plazo en que el registrador cooperativo debe remitir el informe, a diferencia de los quince días señalados para el supuesto de constitución por fusión. Este olvido legislativo deberá subsanarse, aunque parece lógico que se establezca idéntico plazo.

Por otro lado, el registrador cooperativo procederá, en su caso, al cierre provisional de la hoja registral de la sociedad cooperativa que va a transformarse en SCE.

Por último, tras la inscripción de la transformación, «...el Registro Mercantil comunicará la misma al Registro de Cooperativas correspondiente donde se encuentre inscrita la cooperativa domiciliada en el territorio español que se haya transformado para que proceda a su cancelación»⁸⁵.

3. EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL COMO ÓRGANO COMPETENTE PARA EXPEDIR LA CERTIFICACIÓN NEGATIVA DE DENOMINACIÓN SOCIAL

La LSCEDE trata de evitar la duplicidad de denominaciones sociales de las SCEDE⁸⁶ con cualquier otro tipo de sociedades españolas preexistentes.

⁸⁵ Cfr. artículo 10.3 LSCEDE.

⁸⁶ La denominación social de la SCEDE deberá ir precedida o seguida de las siglas SCE. Además, cuando los socios gocen del beneficio de la responsabilidad limitada hasta el límite del capital que hubieran suscrito, también deberá hacerse constar en la denominación social la mención «limitada» (cfr. arts. 1.2 y 5.4 RSCE). En este sentido, debe recordarse que la regla general en el régimen jurídico previsto por el RSCE es la responsabilidad limitada de los socios por el capital suscrito salvo que los Estatutos de la SCE dispongan otro tipo de responsabilidad. Para su estudio en profundidad, vid. GRIMALDOS GARCÍA, M. I., «Posición jurídica del socio de la sociedad cooperativa domiciliada en España. Su responsabilidad patrimonial», en AA.VV., *La sociedad cooperativa domiciliada*, ob. cit., págs. 431-436.

Así, el artículo 3.4 de la LSCEDE proclama que: «*No se podrá inscribir en el Registro Mercantil una sociedad cooperativa europea que vaya a tener su domicilio en España, cuya denominación sea idéntica a la de otra sociedad española preexistente*».

La competencia para expedir las certificaciones negativas de denominación social de las SCEDE se atribuye por la LSCEDE al Registro Mercantil Central, atribución plenamente coherente con la obligatoria y constitutiva inscripción de la SCEDE en el Registro Mercantil territorial que le corresponda según su domicilio social.

No obstante, el legislador español, consciente de los posibles *conflictos de jurisdicción* que puede entrañar el hecho de que las SCEDE deban inscribirse en los Registros Mercantiles, mientras que las sociedades cooperativas nacionales, en cumplimiento de la legislación cooperativa española, lo deban hacer en los Registros de cooperativas, estatal o autonómicos según proceda, impone la obligación de que se arbitre una adecuada coordinación entre todos los Registros para evitar duplicidades de denominaciones sociales. Téngase en cuenta que el Registro Mercantil Central desconoce, al carecer de competencia en la materia, las sociedades cooperativas nacionales inscritas en los Registros de Cooperativas.

En consecuencia, el artículo 3.5 impone al Registro Mercantil Central la obligación de comprobar, ante una solicitud de denominación social de una SCEDE, que no existe una sociedad cooperativa con idéntica denominación en el Registro estatal y en los Registros autonómicos de cooperativas correspondientes⁸⁷.

4. INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE LA SCEDE

El RSCE remite, tanto la determinación del registro competente para la inscripción de una SCE, como su publicidad legal, de forma categórica, a la legislación sobre sociedades anónimas del Estado de su domicilio social. El legislador comunitario con esta remisión trata de favorecer la uniformidad normativa en estas materias con independencia del Estado miembro en que se domicilie la SCE en aras a la protección de los intereses de socios y terceros. No conviene olvidar que esta remisión normativa a la legislación de sociedades anónimas se justifica por la ausencia de normas comunitarias armonizadoras en materia de

⁸⁷ Aunque la LSCEDE no lo mencione, resulta obvio que también resultan de aplicación el artículo 407.2 RRM en cuya virtud el Notario no autorizará, ni el registrador inscribirá una SCE cuya denominación les conste por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española, aún cuando la denominación no figure en el Registro Mercantil Central.

sociedades cooperativas, en contraposición con la tradicional uniformidad del derecho de sociedades de capital⁸⁸.

En concreto, el artículo 11.1 del RSCE establece, de forma taxativa que, «*Toda SCE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas*». En cumplimiento de este mandato comunitario, el artículo 3.1 de la LSCEDE establece que la SCEDE «*se inscribirá en el Registro Mercantil que corresponda a su domicilio en España*». La LSCEDE añade que se deberá depositar en el Registro Mercantil el proyecto de constitución de la SCEDE⁸⁹ y aclara que no solo la constitución sino también el resto de actos inscribibles relativos a la misma, se inscribirán en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto para las sociedades anónimas⁹⁰.

La inscripción en el Registro Mercantil es constitutiva, como así se desprende del tenor literal del artículo 18.1 del RSCE que establece que «*La SCE adquirirá personalidad jurídica el día de su inscripción, en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro señalado por dicho Estado con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11*». En consecuencia, se amplía el catálogo de sujetos sometidos al principio de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil aunque, como ha señalado parte de la doctrina, la atribución competencial realizada podría entenderse que sustrae la competencia que le podría haber correspondido al Registro de cooperativas competente⁹¹. No se ha producido todavía reforma en este sentido del Reglamento del Registro Mercantil, aunque la obligatoria inscripción de la SCEDE tiene cabida en el cajón de sastre del artículo 81.1.m) del RRM que establece que «*Será obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de: ...m) Las demás personas o entidades que establezcan las Leyes*».

En esta sede, resulta cuanto menos curioso mencionar que el Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas, anticipándose incluso a la propia existencia de la SCE —esta sociedad se crea por el RSCE que data del año 2003— señala en su artículo 2.4 que: «*Las Sociedades Cooperativas Europeas se inscribirán en el Registro a que se refiere este Reglamento, en Libro especial a tal efecto*». Artículo que debe entenderse derogado desde la promulgación del RSCE, tanto

⁸⁸ En este sentido, vid., entre otros, EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea», *ob. cit.*, págs. 33-38; FARIAS BATLLE, M., «Personalidad jurídica, inscripción registral y publicidad de la Sociedad Cooperativa domiciliada en España», en *La Sociedad Cooperativa Europea*, *ob. cit.*, págs. 158-15; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B./BENAVIDES VELASCO, P. «La sociedad cooperativa europea: análisis del reglamento 1.435, por el que se regula su estatuto jurídico», en *RdS*, 2006, núm. 27, pág. 282.

⁸⁹ Cfr. artículo 3.2 LSCEDE.

⁹⁰ Cfr. artículo 3.3 LSCEDE.

⁹¹ Vid. FARIAS BATLLE, M., «Personalidad jurídica», *ob. cit.*, pág. 159.

porque el Reglamento prevalece sobre el Real Decreto 136/2002, como por contrariar una norma posterior. Sin embargo, nada obsta para que la SCEDE se pueda también inscribir en el Registro de Cooperativas, estatal o autonómico, que le corresponda según la Ley de cooperativas aplicable a su régimen sustantivo aunque tal inscripción carecería de ulteriores efectos jurídicos, siendo tan solo un mero registro administrativo⁹².

En definitiva, el órgano competente para la inscripción tanto de la constitución como del resto de actos inscribibles de una SCEDE es el registrador mercantil territorial de la provincia en la que la SCE fije su domicilio. Por tanto, la LSCEDE atribuye al Registro Mercantil, por imperativo comunitario, la competencia registral en materia de SCEDE aunque este Registro, como es sabido, no es el competente para la inscripción y posterior publicidad de los hechos y actos de las sociedades cooperativas españolas que se encuentra atribuida, según los casos, a los Registros, estatales o autonómicos, de cooperativas, excepción hecha de las cooperativas de créditos y de seguros⁹³.

En coherencia con la citada competencia registral, la publicidad de los actos y hechos relativos a una SCEDE también se remiten de forma tajante por la norma comunitaria a la legislación de sociedades anónimas del Estado miembro donde se domicilie⁹⁴. Así, señala, por una parte, en su artículo 17.2 que «*La inscripción de una SCE se hará pública con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12*», precepto que establece en su apartado 1 que «*Los documentos y los datos de una SCE a los que deba darse publicidad en virtud del presente Reglamento se harán públicos del modo que estipule la legislación en materia de sociedades anónimas del Estado miembro en el que la SCE tiene su domicilio social*». Por último, el artículo 11.5 RSCE somete a la SCE en materia de publicidad de sus actos y datos a la legislación de sociedades anónimas al establecer «*La legislación aplicable a las sociedades anónimas en materia de publicidad de los actos y datos se aplicará mutatis mutandis a las SCE*».

Por tanto, se impone a la SCEDE el mismo régimen de publicidad legal que a los sujetos inscritos en el Registro Mercantil, es decir, no solo la publicación en el BORME de los actos sujetos a inscripción obligatoria, sino también de los anuncios legalmente establecidos (convocatoria de asambleas, depósito y publicidad de cuentas, balances de liquidación, etc.) según el régimen previsto

⁹² En este sentido, vid. FARIAS BATLLE, M., «Personalidad jurídica», *ob. cit.*, págs. 159- 160.

⁹³ Cfr. artículo 81.1.d) RRM.

⁹⁴ El artículo 12.2 del RSCE señala que las disposiciones adoptadas por los Estados miembros para aplicar la Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado, también serán de aplicación a las sucursales de la SCE creadas en un Estado miembro distinto del de su domicilio social. Aunque el RSCE permite que el legislador nacional pudiera excepcionar esta obligación de publicidad en atención de las particularidades de las cooperativas, nuestra LSCEDE no lo contempla.

en el RRM y Directivas Primera 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo, y Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, por la que se modifica la anterior en cuanto a los requisitos de información de ciertos tipos de empresas para la incorporación de los avances electrónicos a la publicidad de los datos y actos de las sociedades de capital⁹⁵.

El mandato comunitario ha sido prácticamente reproducido, aunque más simplificado, en el artículo 3.3.i.f. de la LSCEDE: «*Los actos y datos de una sociedad cooperativa europea con domicilio en España deberán hacerse públicos en los casos y forma previstos en las disposiciones generales aplicables a las sociedades anónimas*».

Consideramos, junto con alguna opinión doctrinal⁹⁶, que la obligatoria inscripción constitutiva de la SCEDE en el Registro Mercantil, su sometimiento al RRM y la consecuente centralización de los datos en el Registro Mercantil Central, favorecen su publicidad formal, contribuyendo a favorecer la seguridad del tráfico jurídico europeo, ya que los terceros podrán conocer más ágilmente la información que precisen de una SCEDE, al estar esta centralizada en el Registro Mercantil Central. Situación contraria a la que se hubiera generado si en materia de publicidad registral el RSCE hubiera remitiera a la legislación nacional en materia de cooperativas⁹⁷.

Por otra parte, el RSCE impone, además, que tanto la inscripción como la *baja* de una SCE se publiquen, aunque a título meramente informativo, sin otros efectos jurídicos, en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, tras la publicación en el BORME. En este anuncio se deberá indicar la denominación social, el número, la fecha y el lugar de la inscripción de la SCE, la fecha, el lugar y el título de la publicación, el domicilio social de la SCE y su sector de actividad⁹⁸. Aunque esta publicidad adicional pueda encarecer los costes de constitución de una SCE, creemos que resulta acorde con la propia naturaleza transnacional y los objetivos perseguidos con este nuevo tipo societario europeo.

⁹⁵ En este sentido, vid. FARIAS BATLLE, M., «Personalidad jurídica», *ob. cit.*, pág. 160.

⁹⁶ Con esta opinión, vid. FARIAS BATLLE, M., «Personalidad jurídica», *ob. cit.*, pág. 160.

⁹⁷ Sin embargo, algunos autores consideran que el RSCE no tuvo en cuenta el sistema español de Registros de Cooperativas y que, por tanto, debían buscarse otras opciones antes que la remisión al Registro Mercantil como, entre otras, crear un Registro de SCEDE o dotar secciones específicas para la SCE en cada registro. Con esta opinión, vid., entre otros, PASTOR SEMPERE, C., «La sociedad cooperativa europea domiciliada en España», en *Revesco*, núm. 97, 2009, págs. 127-128. En sentido contrario, abogando por la bondad del mandato comunitario, FARIAS BATLLE, M., «Personalidad jurídica», *ob. cit.*, pág. 160; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ/BENAVIDES VELASCO, «La Sociedad Cooperativa Europea», *ob. cit.*, pág. 282; MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J., «Sociedad Cooperativa Europea», en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, coord.: ALONSO LEDESMA, Madrid, 2006, pág. 1116.

⁹⁸ Cfr. artículo 13.1 RSCE. Este precepto utiliza el término *baja*, aunque parece que se quiere referir, aunque de forma imprecisa, a la *extinción* de una SCE. Con esta misma opinión, FARIAS BATLLE, M., «Personalidad jurídica», *ob. cit.*, pág. 162.

En esta sede conviene advertir que no se especifica, ni en el reglamento comunitario, ni tampoco en la LSCEDE, quién debe ser el que remita esta información para su publicación en el DOUE. Parece que esta obligación podría imponerse bien a los administradores de la propia sociedad, bien al Registro Mercantil Central tras la publicación en el BORME como un mecanismo de comunicación interregistral comunitario. Habida cuenta del carácter meramente informativo de esta publicidad adicional y de la ausencia de consecuencias en caso de incumplimiento para la SCEDE, parece preferible que esta obligación se imponga al Registro Mercantil Central. En todo caso, el gobierno deberá clarificarlo en uso de la habilitación conferida por la DF segunda de la LSCEDE.

III. CONCLUSIONES

I. La LSCEDE enuncia como criterio básico para determinar la legislación aplicable a una SCEDE —bien la legislación estatal, bien la autonómica, según proceda—, el criterio de la principalidad de la actividad cooperativa. Este criterio, idéntico al seguido para las sociedades cooperativas nacionales, zanja los problemas que hubiera generado la transposición sin más del criterio general del RSCE que determina que será el domicilio social de la SCE el que determine el Derecho nacional.

II. La aplicación del régimen jurídico de la SCEDE implica la necesaria colaboración y cooperación entre los distintos Registros españoles (Registro Mercantil y Registros de cooperativas, estatal o autonómicos). La LSCEDE impone este deber de cooperación y colaboración interregistral que, al tiempo, deviene imprescindible porque se atribuyen a los registradores mercantiles nuevas competencias en este nuevo tipo de cooperativas, sociedades que, a salvo las cooperativas de seguros y de crédito, hasta el momento les eran ajenas.

III. Las SCE, cuya administración central se halle en territorio español, deberán obligatoriamente domiciliarse en España. Sin embargo, no es necesario que coincidan en el mismo lugar del territorio español domicilio y administración central, aunque este hecho no generará, en nuestra opinión, problema alguno porque el criterio determinante de la legislación cooperativa aplicable a la SCE, estatal o autonómica, no viene determinado por el domicilio social, sino por el lugar donde se realiza principalmente la actividad cooperativizada.

IV. Resulta criticable que, a diferencia de nuestro régimen para la SE, la LSCEDE no excepcione en algunos supuestos, como le permitía el RSCE, la exigencia de que las administraciones centrales de las sociedades cooperativas que participen en la constitución de una SCE se encuentren en la Unión Europea.

V. No resulta coherente que, a diferencia del régimen previsto para la SE, tampoco contemple la LSCEDE la posible exclusión por razones de interés

público de una sociedad cooperativa participante en la constitución por fusión de una SCEDE.

VI. La designación del experto/s que debe examinar y elaborar un informe escrito sobre el proyecto de fusión corresponde al registrador mercantil del domicilio social de cada sociedad cooperativa nacional participante en un proceso de constitución por fusión de SCEDE. Al margen de la defectuosa y criticable redacción legislativa, consideramos que nuestra Ley admite un único informe sobre el proyecto de fusión para todas las cooperativas españolas que participen en la fusión.

VII. El proyecto de fusión para constituir una SCEDE deberá depositarse en el Registro Mercantil del domicilio de la cooperativa y publicarse en el BORME. Destacar que esta publicación debe realizarse del propio proyecto y de un contenido adicional al mismo, y no solo, como en nuestro Derecho interno, del hecho del depósito del proyecto.

VIII. La LSCEDE resuelve las dudas anteriores sobre qué autoridades nacionales debían realizar el control de legalidad individual de las cooperativas españolas participantes en una fusión, así como el control de legalidad conjunto sobre la fusión que constituya una SCEDE. En ambos casos, la competencia se atribuye al registrador mercantil, imponiéndose una obligación de comunicación entre los Registros de Cooperativas —nacional y autonómico— y los Mercantiles.

IX. El RSCE permite la constitución por transformación de una SCE, tanto en el Estado donde se hubiera constituido la cooperativa de origen, como en el Estado donde tuviera su domicilio y administración efectiva. Sin embargo, en España se restringe esta posibilidad a la luz de nuestro Derecho cooperativo porque las cooperativas nacionales deben tener su domicilio en nuestro país aunque no es necesario que domicilio y administración central coincidan pudiendo esta encontrarse en otro Estado miembro. Por tanto, en este último caso, una cooperativa española, para poder transformarse en SCE, además del cumplimiento de otros requisitos, deberá, como condición *sine qua non*, trasladar previamente a España su sede de gestión administrativa al exigir el RSCE que el domicilio social y administración central de la SCE estén en el mismo Estado.

X. La parquedad de la regulación comunitaria de la constitución de SCE por transformación, no se ha completado adecuadamente, en algunos aspectos, por nuestra LSCEDE. Así, entre otros, no se aclara el contenido del proyecto de transformación aunque creemos que debe entenderse aplicable el de la fusión; puede también generar dudas qué autoridad es la competente para designar los expertos independientes que intervienen en fase preparatoria aunque entendemos que deberá ser el registrador mercantil del domicilio social de la futura SCEDE. Tampoco se establece un control de legalidad para esta forma de constitución aunque la LSCEDE, para salvar las dificultades que conlleva que la futura SCEDE tenga que inscribirse en el Registro Mercantil territorial y que este carezca de información registral sobre la cooperativa de origen, arbitra

un procedimiento de intercooperación registral que deberá necesariamente ser objeto de desarrollo posterior.

XI. El Registro Mercantil Central es el competente para expedir las certificaciones negativas de denominación social de las SCEDE imponiéndose una obligación de coordinación entre todos los Registros Mercantiles y de Cooperativas para evitar duplicidades de denominaciones sociales.

XII. No plantea mayores problemas la inscripción y publicidad de todos los actos de la SCEDE, sujetos a idéntico procedimiento y requisitos que el resto de sujetos inscribibles en el Registro Mercantil. No obstante, el gobierno deberá clarificar quién debe remitir al DOUE la publicidad adicional impuesta a la SCEDE. En nuestra opinión, parece aconsejable que se atribuya al Registro Mercantil Central.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *La sociedad cooperativa domiciliada en España* (dir.: R. ALFONSO SÁNCHEZ), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008.
- *Study on the implementation of the Regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society (SCE)*. <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/socialconomy/>.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R.: «Capítulo 139: La cooperativa de segundo grado como tipo legal de sociedad cooperativa», en AAVV.: *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 4573-4604.
- *La transformación de la sociedad cooperativa*, Ed. ER —Colección Cuadernos Mercantiles, núm. 21—, Madrid, 2002.
- «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», en *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 2, extraordinario sobre *La implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*, 2006, págs. 11-52.
- «Aproximación a ciertos aspectos del régimen económico-financiero de la sociedad cooperativa europea», en AA.VV.: *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur* (dirs.: R. D. VITOLO/J. M. EMBID IRUJO), Comares, Granada, 2007, págs. 499-516.
- «Constitución de una sociedad cooperativa europea domiciliada en España por transformación», en AA.VV.: *La sociedad cooperativa domiciliada en España* (dir.: ALFONSO SÁNCHEZ), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, págs. 211-260.
- «Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la sociedad cooperativa europea», en *Ciriec-España*, núm. 21, 2010, págs. 1-30.
- ANDREU MARTÍ, M.: «Constitución de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España mediante fusión», en AA.VV.: *La sociedad cooperativa domiciliada en España* (dir.: ALFONSO SÁNCHEZ), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, págs. 183-210.
- BEUTHIEN, V.: *Genossenschaftsgesetz, Aktualisierungsband zur 14. Auflage (Genossenschaftsrechtsnovelle und EHUG)*, C. H. Beck, München, 2007.

- BONFANTE, G.: «La società cooperative europea», en *La società cooperativa europea* (FICI, A./GALLETI, A.): Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006, págs. 3 y sigs.
- EMBED IRUJO, J. M.: «Aproximación al régimen jurídico de la sociedad cooperativa europea», en AA.VV.: *La sociedad cooperativa domiciliada en España* (dir.: ALFONSO SÁNCHEZ), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, págs. 33-56.
- ESCUÍN IBÁÑEZ, I./PARDO LÓPEZ, M. M.: «Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los Estatutos sociales», en *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España* (dir.: R. ALFONSO SÁNCHEZ), Aranzadi, 2008, págs. 97-140.
- ESPÍN SÁEZ, M.: «Implicación de los trabajadores en la sociedad cooperativa europea (Comentario a la Directiva 2003/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003)», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, págs. 233-243.
- FAJARDO, I. G.: «Reflexiones sobre el Estatuto de la sociedad cooperativa europea: Nuevas posibilidades», en AA.VV.: *Integración empresarial cooperativa. Posibilidades, ventajas, inconvenientes* (coord.: CHAVES/FAJARDO/NAMORADO), Ed. Ciriéc-España, Valencia, 2003, págs. 203-210.
- FARIAS BATLLE, M.: «Personalidad jurídica, inscripción registral y publicidad de la Sociedad Cooperativa domiciliada en España», en *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España* (dir.: R. ALFONSO SÁNCHEZ), Aranzadi, 2008, págs. 141-164.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., BENAVIDES VELASCO, P.: «La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico», en *RdS*, 27, 2006, págs. 273 y sigs.
- GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: «Base subjetiva necesaria para la constitución de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Constitución por personas físicas y/o sociedades o entidades», en *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España* (dir.: R. ALFONSO SÁNCHEZ), Aranzadi, 2008, págs. 165-182.
- «Posición jurídica del socio de la sociedad cooperativa domiciliada en España. Su responsabilidad patrimonial», en *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España* (dir.: R. ALFONSO SÁNCHEZ), Aranzadi, 2008, págs. 415-437.
- GROBFELD, B.: «Neues Genossenschaftsrecht: Europäische Anstöße», *ZfG (Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen)*, Quarterly of Co-operative Studies, Bd. 56, 2006, S. 101-107.
- LAMBEA RUEDA, A.: «La sociedad cooperativa europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio», en *RDP*, mayo-junio de 2004, págs. 300-323.
- «Criterios orientativos para optar a la calificación de sociedad cooperativa europea», en *Revesco*, núm. 87, 2005, págs. 77-107.
- LARGO GIL, R.: «La constitución de la sociedad anónima europea (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)», en *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 99-155.
- LENGO, M.: «Società cooperativa europea», en *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato*, n. 9-2006/I.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «La participación de los trabajadores en la sociedad cooperativa europea», en AA.VV.: *La sociedad cooperativa domiciliada en España* (dir.: R. ALFONSO SÁNCHEZ), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, págs. 489-526.
- PASTOR SEMPERE, C.: «La sociedad cooperativa europea domiciliada en España», en *Revesco*, núm. 97, 2009, págs. 117-144.

RACUGNO, G.: «La società cooperative europea», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 2006, I, págs. 315 y sigs.

SEQUEIRA MARTÍN, A.: «La constitución mediante fusión de la sociedad anónima europea (SE)», en *RCDI*, núm. 678, 2003, págs. 2169-2254.

RESUMEN

SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA NUEVAS COMPETENCIAS REGISTRALES

En este trabajo tratamos de exponer las nuevas competencias que deberán asumir los registradores mercantiles españoles en orden a la constitución de la sociedad cooperativa europea, nuevo tipo societario creado por el Reglamento (CE) número 1.435, del Consejo, de 22 de julio de 2003, y que se ha implementado en nuestro país por la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la sociedad cooperativa europea con domicilio en España.

ABSTRACT

SPAIN-BASED EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY NEW RESPONSIBILITIES BY THE SPANISH REGISTRY

This paper aims to expose the new range of responsibilities to be taken on by the Spanish Commercial specially when dealing with the establishment of European Cooperative Societies, a new type of company set up by Council Regulation (EC) n.º 1.435/2003, of July 22nd, 2003. With hindsight, the above cited text has been implemented in Spain through Law 3/2011, of March 4th, 2011, regulating Spain-based European Cooperative Society.

*(Trabajo recibido el 13-3-2012 y aceptado
para su publicación el 8-1-2013)*

Carácter excepcional del derecho a alimentos en la Ley Concursal

por

MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA¹

Profesora de Derecho Mercantil

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A ALIMENTOS.
- III. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA EN LA LEY CONCURSAL.
- CONCLUSIONES.
- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Concursal 22/2003² (en adelante LC) con sus reformas están interactuando con la práctica judicial, lo que ha permitido constatar la rapidez con la que se están abordando las carencias, en unos casos y/o imprecisiones legales en otros, dándose respuesta de forma más efectiva a las necesidades que en este ámbito se vienen produciendo; la realidad económica actual ha ido destapando, sin tapujos, que esta LC más que nunca, debe tratarse como mecanismo que aporte al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica, la apertura de nue-

¹ Doctora en Derecho y profesora de Derecho Mercantil en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria —ULPGC—.

² Última modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante RLC).

vas vías alternativas que busquen el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, el impulso de los medios electrónicos, así como la simplificación y la agilización procesal, se constituye como un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización del tejido empresarial nacional³.

Es verdad que cabría preguntarse si esta mirada excesiva a la viabilidad empresarial está desnaturalizando de forma progresiva el principio de todo proceso concursal, que es la satisfacción de los acreedores, en tanto en cuanto, no parece que se haya articulado de forma igualitaria el tratamiento a ellos. Es así, pues las ventajas reconocidas al deudor concursal empresario, no se corresponden con el tratamiento dado al deudor no empresario, sería conveniente que se revisara un aspecto sumamente interesante a la par de actual y ello en atención a los tintes dramáticos que la crisis económica está provocando, que es la presencia de un concursado consumidor y que también se acogiera por principio la necesidad de protección del mismo como fórmula imprescindible al servicio no solo de la empresa sino también del deudor que no tiene dicha consideración pero que cuya presencia coadyuva a la necesaria dinamización de ese mismo mercado⁴, consiguiéndose así, esa paritaria adecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo.

Pese a lo anterior, no todo debe ser objeto de crítica, ciertamente la última reforma operada en la disciplina concursal afronta determinadas carencias legales, que la práctica en algunos casos ya demandaba y en otros será ella misma la que la configure ajustada o no a los principios esenciales que dan sustento a la LC.

Es en el ámbito de la reforma operada por exigencia práctica, la que llevó a reformar el tratamiento jurídico del derecho de alimentos o prestación económica en el marco concursal.

Con el presente estudio, se analiza el tratamiento y carácter jurídico que la RLC otorga a la percepción de alimentos por parte del deudor y de un número delimitado y limitado de las denominadas por la LC, personas especialmente relacionadas con el concursado⁵.

II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A ALIMENTOS

La prestación económica determinada dentro del marco específico del derecho a alimentos queda circunscrito a *la obligación recíproca a darse alimentos*. La institución denominada por el Código Civil, *de los alimentos entre parientes*,

³ Preámbulo X de la RLC.

⁴ Vid. DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., «La posición jurídica del consumidor insolvente», en *ADC*, núm. 25, 2012, págs. 95-146.

⁵ Vid. artículo 93 LC.

se considera como un crédito a exigir y una deuda a satisfacer por fundamentales razones de interés familiar y social que participan de las notas de solidaridad, irrenunciabilidad, intransmisibilidad y no compensación. Tal obligación alimenticia se ha de entender como un deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otras, y requiere para su viabilidad la concurrencia de determinados requisitos: i) situación o estado de necesidad, ii) relación de parentesco, y iii) capacidad económica de la persona obligada a su prestación.

A tales efectos, ha de tenerse en cuenta que la obligación alimenticia se ha de entender como deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una *acreedora*, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y la otra, *deudora*, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero, ha de reunir, hipotéticamente, la condición de necesitado y el segundo, poseer medios y bienes aptos para atender la deuda. Dicha relación obligacional puede tener su *causa*: i) en un negocio jurídico —contrato o testamento⁶—, ii) en la Ley⁷, iii) respecto a las obligaciones padres a hijos⁸, y iv) en relación al acogimiento de menores⁹.

Cuando se trata de alimentos debidos al hijo menor de edad existe una marcada preferencia, precisamente por incardinarse en la patria potestad, derivada de la relación paterno-filial. De ahí que no haya de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes. Ha de partirse de que se está en presencia de intereses de naturaleza pública alcanzando la obligación alimenticia rango constitucional, como una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico que surge del hecho de la generación y se conforma como uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad —art. 154.3 CC—, por lo que, y de acuerdo con el tenor del artículo 39.2 CE, el tratamiento de los alimentos debidos al hijo menor de edad, presenta una destacada preferencia y precisamente por incardinarse en la patria potestad, derivando básicamente de la valoración paterno-filial (art. 110 CC) no ha de verse afecto por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que en lo que se refiere a los hijos constituya una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados¹⁰.

Su *contenido* viene delimitado en la regulación civil que entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, la educación¹¹ e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad

⁶ Vid. artículo 153 del Código Civil.

⁷ Vid. artículo 39.3 CE.

⁸ Vid. Título VI, del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes.

⁹ Vid. artículo 173 del Código Civil.

¹⁰ Vid. artículos 146 y 147 del Código Civil.

¹¹ La jurisprudencia ha entendido que la necesidad a cubrir por los alimentos comprende, sin duda, la formación universitaria. El artículo 142 del Código Civil establece el concepto de

y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo¹².

La prestación alimenticia, a la luz de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, debe merecer las consideraciones siguientes: *a)* la necesidad o estado de penuria del actor peticionario concurriendo el primero de los presupuestos a que condiciona el artículo 143 del Código Civil, la concesión de alimentos, es decir, la necesidad surgida por cualquiera causa que no sea imputable al alimentista; *b)* la obligación de prestar alimentos, cuando son dos o más las personas obligadas a ello, no es, por regla general, solidaria, de suerte que el alimentista no puede obtener una condena frente a cualquiera de los obligados cuando son varios; ello no obstante y por excepción, en caso de urgente necesidad y concurriendo circunstancias especiales, puede transformarse aquella obligación en solidaria por concentración judicial¹³, quedando siempre a salvo la acción de regreso del condenado contra los demás obligados a codeudores; *c)* sin desconocer que los alimentos civiles o naturales a que alude el artículo 142 del Código Civil, son un modo de asistencia más amplio y no deben confundirse con los llamados *auxilios necesarios para la vida*, a que se contrae el deber de los hermanos impuestos por el artículo 143 del Código Civil, y ello también a la vista de la progresiva equiparación doctrinal que se va haciendo de los *alimentos civiles* y los *auxilios necesarios*, tras la exclusión de la locución legal «según la posición social de la familia» del artículo 142 del Código Civil; y *d)* la prestación de alimentos o *deuda alimenticia* a que se refiere el artículo 149 del Código Civil, no es susceptible de una exégesis tan restrictiva que deba entenderse limitada al corriente y vulgar significado del término, como alimento material o hecho de procurar comida o bebida o su sustitución pecuniaria, sino que, *en interpretación recta, lógica y sistemática, el precepto abarca también otros conceptos, tales como el vestir, la habitación, asistencia médica, educación, etc.*

La doctrina jurisprudencial dimanada en relación con el artículo 148 del Código Civil entiende que *la obligación es real y exigible* desde que surja la necesidad pero que, cuando se reclaman judicialmente solo se deben desde el momento de presentación de la demanda¹⁴.

alimentos incluyendo en ellos los necesarios para la educación e instrucción del alimentista, aunque sea mayor de edad, cuando no haya terminado la instrucción por causa que no le sea imputable, debiendo ser el importe de los alimentos proporcional al caudal o medios del alimentante y necesidades de aquel; estableciéndose en el artículo 152 del mismo texto legal que la obligación de prestar alimentos se extingue, entre otras causas, cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino mejorando su fortuna, de suerte que no le sea necesario la pensión alimenticia para su subsistencia.

¹² Vid. artículo 142 del Código Civil.

¹³ Vid. artículo 145, párrafo 2.º del Código Civil.

¹⁴ Vid. STS de 6 de noviembre de 1984, de 24 de febrero de 1989 y de 9 de abril de 1995.

Así, la cuestión relativa al *momento del nacimiento de la obligación del pago de los alimentos* se debe entender que procede desde la fecha de la sentencia o si por el contrario, debe retrotraerse su efectividad a la fecha de presentación de la demanda. Al respecto cabe decir que tratándose de alimentos reclamados por la vía del artículo 148 del Código Civil, es decir, alimentos entre parientes, la cuestión es clara y no requiere interpretación alguna, pues el propio precepto señala como día inicial de la prestación el de la propia interpelación judicial. Ahora bien, tratándose de pensiones alimenticias reconocidas en procedimientos matrimoniales o parejas de hecho, la doctrina de las Audiencias se encuentra dividida, encontrándose resoluciones que optan por la solución análoga a la del artículo 148 y otras que consideran que las pensiones alimenticias se devengarán no desde el momento de la demanda sino desde el de la sentencia, pues para el ínterin se concibieron las medidas provisionales y provisionálísimas.

Ante la falta de específica previsión legal, parece que optar por la primera de las soluciones tiene fundamento; i) en la naturaleza de la obligación de alimentos, de carácter legal en tanto que basada en el hecho de la procreación, por lo que la sentencia no la constituye sino que meramente la declara; ii) la inexistente diferencia dogmática entre los alimentos entre parientes y los derivados de la situación de crisis matrimonial; iii) el diferente tratamiento, inadmisibles, que resultaría entre la pensión de alimentos derivada de una separación o divorcio y la derivada de la ruptura de una relación *more uxorio*, que se regiría por el artículo 148; iv) permitiendo el artículo 93 del Código Civil, la fijación de alimentos en la sentencia no solo a favor de los hijos menores sino también a favor de los mayores de edad o emancipados que convivieran en el hogar familiar y carecieran de ingresos, estos se regularán según dicho precepto por los artículos 142 y siguientes del Código Civil, de manera que para los alimentos a favor de los hijos mayores el Código hace una remisión en bloque al Título VI del Libro I del Código Civil, relativo a los alimentos entre parientes (situado el art. 148) siendo por lo tanto, un sinsentido, que la misma sentencia reconozca alimentos a los hijos mayores desde la fecha de la demanda por aplicación del artículo 148 y a los menores desde la fecha de la propia sentencia¹⁵;

¹⁵ Este criterio es de aplicación por la jurisprudencia menor; así, la sentencia de la AP de Barcelona, de fecha 18 de septiembre 2002, la cual señala que a menudo se argumenta que para el aseguramiento de situaciones preventivas existen otras medidas, pero mantener que para conseguir un pronunciamiento desde el mismo momento en que surge la necesidad alimenticia deba acudir siempre al procedimiento cautelar comportaría convertir dicho procedimiento en vía obligatoria *de facto* cuando es facultativo y de otro reducir la obligación legal derivada de un hecho natural jurídicamente protegido a una obligación derivada de un simple acto de autoridad, conclusión inaceptable desde los postulados del artículo 39.3 CE, sin olvidar todos aquellos casos en que la sentencia no realiza ninguna modificación del estado civil de las personas, concluyendo que la obligación de alimentos declarada en sentencia producirá sus efectos desde la demanda que objetiva su necesidad. La sentencia de la AP de Málaga, de 23 de abril de 2002, apunta que la aplicación de este precepto en materia

y v) atender a una interpretación de la norma acorde con el interés más necesitado de protección, que es en primer lugar el de los hijos, principales beneficiarios de las pensiones alimenticias.

En cuanto a *las partes* de esta obligación legal de alimentos descansa en la existencia de un vínculo de parentesco entre quién, por hallarse en un estado de necesidad, tiene derecho a pedirlos y quién, por encontrarse con posibilidades económicas, debe prestarlos¹⁶. La *obligación alimenticia* supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda¹⁷.

La *deuda alimenticia*¹⁸ es la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir. Además dicha *deuda alimenticia* precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista, así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo y en este sentido permite entenderla como la que se deriva del deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la

de reclamación de alimentos ha sido sancionada reiteradamente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del mismo modo que no se exigía la reclamación previa de alimentos provisionales regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para la aplicación del citado precepto tampoco puede exigirse para garantizar una obligación legal la previa interposición de medidas provisionales, pues el abono opera por mandato legal desde la interpelación judicial. La sentencia de la AP de Madrid, de 13 de febrero de 2002, considera que la aplicabilidad del artículo 148 del Código Civil está supeditada por su carácter público sobre la materia a la oportunidad procesal y de acción de solicitud pues la obligación legal viene determinada por las necesidades del alimentista y las posibilidades del que viene obligado a prestarlas... y sin que la reclamación de alimentos al tiempo de la solicitud esté supeditada a la resolución que acuerda la pensión alimenticia pues su retroactividad no requiere un pronunciamiento expreso ya que se produce *ex lege*.

¹⁶ Esta obligación legal se concreta en el artículo 142 del Código Civil y, en cuanto a los sujetos pasivos de la prestación, en el artículo 143 del Código Civil, por el orden establecido en el artículo 144 del Código Civil, cuando sean dos o más los obligados a satisfacerlos.

¹⁷ En esta orientación, la STS de 13 de abril de 1991, estableció que: la obligación alimenticia se ha de entender como deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y la otra, deudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero, ha de reunir, hipotéticamente, la condición, de necesitado y el segundo, poseer medios y bienes aptos para atender la deuda. Dicha relación obligacional puede tener su causa en un negocio jurídico —contrato o testamento (art. 153 del CC)—, o en la Ley —art. 39-3 de la Constitución, respecto a las obligaciones padres a hijos—, Título VI, del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, y artículo 173 de dicho Código, en relación al acogimiento de menores, redactado conforme a la Ley de 11 de noviembre de 1987 (incluso en alguna legislación europea, como sucede en la italiana, se amplía la obligación alimenticia al parentesco por afinidad).

¹⁸ Tal y como la configuran los artículos 142 y sigs. del Código Civil, puede delimitarse, siguiendo a la STS de 23 de febrero de 2000.

subsistencia de una u otras; y también definida doctrinalmente como la deuda surgida entre parientes, basada en lazos de solidaridad familiar, y que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual.

En cuanto al *orden de prelación* para reclamar los alimentos, *ex* artículo 144 del Código Civil, está previsto para cuando concurren varios obligados; y, dados los fundamentos y motivos que determinan subjetivamente la obligación alimenticia, no impone efectivamente a los acreedores alimenticios, la sujeción estricta a la numeración que el artículo contiene, sino que la reclamación la pueden promover contra cualquiera de las personas que menciona la referida norma, puesto que otra interpretación sería contraria a los fines de concreción y economía de los procesos, por el gravamen que representaría, tener que sostener litigios sucesivos y eliminatorios, para llegar a determinar el sujeto pasivo, que, por sus recursos económicos, pudiera levantar y atender la carga alimenticia¹⁹.

Así, la acción por alimentos puede ser dirigida contra cualquiera de las personas comprendidas en la escala que enumera el citado artículo cuando los llamados antes que él o simultáneamente carezcan de los medios necesarios para satisfacerlos, si bien, como regla general, al venir configurada la prestación alimenticia como mancomunada y divisible, deben ser llamados al proceso cada uno de los obligados en el mismo grado, para abonar en su caso la parte que proporcionalmente le corresponda de acuerdo con su caudal respectivo, sin embargo tal regla general admite excepciones, cuales son las derivadas de razones de urgente necesidad, cuando uno de los obligados se encuentre imposibilitado²⁰.

Luego, de ser dos o más los obligados a prestar alimentos, la reclamación del alimentista deberá hacerse por el siguiente orden que establece el artículo 144 del Código Civil:

- «1.º Al cónyuge.
- 2.º A los descendientes de grado más próximo.
- 3.º A los ascendientes, también en grado más próximo.
- 4.º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que solo sean uterinos o consanguíneos.

*Entre los descendientes y ascendientes se regulará la graduación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos»*²¹.

¹⁹ Vid. Jurisprudencia del TS de 5 de abril de 1902, 10 de enero de 1906, 27 de abril de 1911, 24 de noviembre de 1920, 6 de junio de 1917, 30 de abril de 1923 y 20 de junio de 1959.

²⁰ Asimismo, la SAP de Huesca, de 23 de marzo de 1998 y SAP de Orense, de 8 de octubre de 1996.

²¹ Remisión a los artículos 930 a 942 del Código Civil.

El reparto del pago entre los obligados en cantidad proporcional a su caudal respectivo, lo configura como una *deuda mancomunada* y no solidaria y como, para fijar la deuda de cada uno, es inexcusable concretar simultáneamente el porcentaje de la deuda del otro u otros ha de demandarse a todas las personas obligadas so pena de concurrir, en otro caso, la excepción de litis consorcio pasivo necesario²².

En cuanto a *modificación de la pensión de alimentos*, hay que efectuar las siguientes consideraciones; i) así la determinación de la cuantía ha de ser proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien lo recibe, siendo facultad de los Tribunales, estando informada toda la normativa legal relativa a ellos por el criterio fundamental del *favor fili*, debiendo decirse que, a efectos de la fijación de alimentos ha de tenerse en cuenta, no rigurosamente el caudal de bienes de que puede disponer el alimentante, sino simplemente la necesidad del alimentista puesto en relación con el patrimonio de quien haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad queda al prudente arbitrio del Tribunal. Exigiéndose por la doctrina, para que tenga lugar la modificación de las medidas adoptadas judicialmente en favor de los descendientes los siguientes presupuestos: *a)* que haya tenido lugar un cambio en el conjunto de circunstancias o representaciones consideradas al tiempo de adoptarse las medidas adoptadas tanto por las partes como por el juez; *b)* que tal cambio sea sustancial, lo que es lo mismo, importante o fundamental; *c)* que la alteración o variación afecte a las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes o el juez en la adopción de las medidas e influyeron esencial y decisivamente en su contenido, constituyendo un presupuesto de su determinación; y *d)* que la alteración evidencie signos de permanencia de modo que permita distinguirla de un cambio meramente coyuntural o transitorio de las circunstancias tenidas en cuenta en la adopción de las medidas.

Siendo la obligación alimenticia de *derecho natural* y de inexcusable cumplimiento por parte de todo progenitor, no lo es menos, que en situaciones excepcionales, este deber queda en *suspense o se extingue y cesa*, y no solo por muerte del alimentante, sino también cuando la fortuna del obligado a dar se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades²³, y así se proclama que hay que atender no solo a las necesidades de quien debe recibir la prestación alimenticia, sino también a la importancia del caudal de quien debe prestarla, pues no cabe olvidar las atenciones indispensables a la propia persona del alimentante, sin duda primordiales²⁴.

Dicho esto, se constata que el concepto de alimentos legales, y su fijación en sede concursal, no deja de corresponderse con la institución civil regulada

²² Vid. STS de 5 de noviembre de 1996, y de 12 de abril de 1994.

²³ Vid. artículo 152.2.º del Código Civil.

²⁴ Vid. STS de 9 de octubre de 1981.

en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, y más concretamente con lo preceptuado en el artículo 146 del Código Civil que establece que la cuantía de estos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

III. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA EN LA LEY CONCURSAL

De la lectura de la LC²⁵ se desprende, sin duda, el carácter excepcional que la RLC instaura a la prestación del derecho a alimentos para el concursado persona natural. Por ello, permite establecer las siguientes características delimitadoras del reconocimiento a dicha prestación económica:

- i) *Carácter subjetivo limitado.* Únicamente pueden ser objeto de autorización para los supuestos del *concurso de persona natural*:
 - a) *beneficiarios directos* son su cónyuge, pareja de hecho inscrita con inequívoca voluntad de formar un patrimonio común, descendientes bajo la potestad del deudor concursal, y el resto de personas respecto de las cuales el deudor tiene deber legal de alimentos reconocido mediante resolución dictada antes de la declaración del concurso²⁶; y
 - b) *beneficiarios indirectos*, aquellas otras personas que no encajan en la órbita normativa configurada en sentido estricto y que se corresponden con los que solicitan el reconocimiento de su derecho constante el proceso concursal.
- ii) *Carácter excepcional.* Exige que el concursado se encuentre en *estado de necesidad*, lo que hace que se presente como un *concepto jurídico indeterminado*, aunque una interpretación integradora de las normas de pertinente aplicación, debe llevar a entender por tal, la situación de carencia económica del concursado, en algunos casos sin recursos y en otros, aún teniendo recursos producto de la *inembargabilidad* sean insuficientes para garantizar lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y la educación, no solo del deudor sino también de todas aquellas personas, que imperativamente, esté obligado a prestarlos.
- iii) *Carácter condicional.* Entendiendo que su otorgamiento se hace depender de la concurrencia en el deudor-concursado de:

²⁵ Vid. artículo 47 LC.

²⁶ Vid. artículo 47.2 LC.

- a) *un estado de necesidad*, y
 - b) *la existencia de bienes bastantes en la masa activa*, es decir que se halle liquidez para hacer frente a su pago.
- iv) *Carácter acumulativo*. Una vez se ha determinado su cuantía y periodicidad, este derecho a alimentos se integra en los créditos contra la masa²⁷. Así, son deudas del concursado contraídas con ocasión del concurso y durante la tramitación del mismo, siendo los titulares de tales créditos bien la administración concursal, bien el propio concursado, bien determinados acreedores del concurso. Son créditos que se caracterizan frente a los créditos que constituyen la masa pasiva porque se devengan a partir de la declaración del concurso, no se someten a la Ley del dividendo y deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos mientras existan bienes, que deberán deducirse de la masa activa. La LC ha establecido un régimen legal completo²⁸ que, permite establecer una clasificación, en relación a lo que constituye su objeto y al titular del crédito.
- v) *Carácter privilegiado*. Puesto que la facultad reconocida a la administración concursal de poder alterar la regla de satisfacción de los créditos contra la masa, a sus respectivos vencimientos, no opera y por lo tanto, no cabe la postergación entre otros, a los *créditos alimenticios*²⁹.
- vi) *Carácter imperativo*. Una vez concurran los requisitos subjetivos y objetivos en el deudor concursado, debe determinarse su cuantía y periodicidad, no cabe *decisión discrecional* en cuanto a su reconocimiento, queda claro que el derecho a alimentos, ostenta la condición de *créditos contra la masa*, por decisión del legislador y con todas las consecuencias legales que ello comporta. De ahí que, dándose los requisitos, surge de manera inmediata la necesidad de atender al reconocimiento de ese crédito contra la masa así como fijar su cuantía y periodicidad.
- vii) *Carácter cuantitativo y temporal*. Su determinación será, en caso de intervención, la que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, la que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. Ahora bien, la LC de forma expresa reconoce la posibilidad de modificación únicamente para aquellos supuestos en los que la cuantía y periodicidad del derecho a alimentos ha sido autorizado por el juez quedando, *según redacción*, prohibida la posibilidad de alteración en los supuestos de concurso intervenido.

²⁷ Vid. artículo 84.2 LC.

²⁸ Vid. artículo 84 LC.

²⁹ Vid. artículo 84.3 LC.

Los *alimentos del concursado* con ocasión de la tramitación del proceso concursal, por voluntad del legislador, la fijación de los mismos o su modificación o revocación, se somete a un cauce procedimental³⁰, así, tratar de *revocar o reducir* el importe de un crédito contra la masa, viene fijado mediante una solicitud de parte legítima, apoyada en la audiencia de la administración concursal y resuelta por auto judicial susceptible de recurso según las normas generales, en el que se valoran todos los factores necesarios para fijar esa prestación periódica. La legitimación para solicitar la revocación o modificación de los alimentos solo corresponde a la administración concursal y al concursado, sin que se permita a terceros formular dicha solicitud.

- viii) *Carácter excluyente*. En relación a las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, así, su cónyuge, pareja de hecho inscrita con inequívoca voluntad de formar un patrimonio común³¹ y descendientes bajo su potestad, quedan incluidas como beneficiarias *ipso iure* del derecho a alimentos, el resto se ve obligado a cumplir determinadas exigencias legales para poder ser autorizado su derecho a percibirlos en sede concursal.
- ix) *Carácter subsidiario*. Puesto que el derecho a alimentos solo podrá ser autorizado a favor de aquellos que no sean cónyuges, pareja de hecho inscrita con inequívoca voluntad de formar un patrimonio común y descendientes bajo la potestad del deudor concursal, y delimitada a determinadas circunstancias de:
 - a) *naturaleza subjetiva*, y
 - b) *naturaleza funcional*:
 - a) *Naturaleza subjetiva*. Opera en relación a las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, y que, por lo tanto, no tengan la consideración de cónyuge, pareja de hecho inscrita con inequívoca voluntad de formar un patrimonio común y descendientes bajo la potestad del deudor concursal. Además, se exige para la autorización del derecho a alimentos, que estas personas no puedan percibirlos de otras legalmente obligadas a prestárselos.
 - b) *Naturaleza funcional*. Supone cumplir como exigencia formal y constante el trámite concursal, la presentación de solicitud de autorización al reconocimiento del derecho a alimentos, que en el supuesto de que opte por instar la acción de reconocimiento, constante el concurso; el plazo es de un año a contar desde el momento en que debió percibirse y sin plazo, y en el supuesto

³⁰ Vid. artículo 47.1 L.

³¹ Vid. artículo 25.3 LC.

de que se haya obtenido sentencia favorable al deber legal de alimentos con anterioridad a la declaración de concurso.

- x) *Carácter proporcional*³². En su determinación y aunque expresamente no se señale nada al respecto, la naturaleza de este derecho y su consideración de crédito contra la masa permite constatar que su cuantificación debe guardar el principio equitativo en relación a la existencia de créditos con el mismo carácter.
- xi) *Carácter preservador*. Pues que su cuantía habrá que atender a la previsión que en nuestro ordenamiento jurídico dispone el artículo 146 del Código Civil, sobre cuantía de los alimentos, a que se pretende salvaguardar, cuando menos, el importe del Salario Mínimo Interprofesional³³, y que dicho índice ha sido sustituido para efectos no salariales por el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM)³⁴ para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía.
- xii) *Carácter extintivo*³⁵. En tanto en cuanto, está sometido a vencimiento. Ahora bien, la RLC ha introducido la posibilidad de naturaleza excepcional de que el derecho a alimentos se mantenga durante toda la tramitación del proceso concursal, así:
 - a) *Por principio* con la apertura de la liquidación se producirá la pérdida del derecho a alimentos con cargo a la masa activa.
 - b) *Excepcionalmente* se mantendrá su autorización cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad. Dicho reconocimiento permite realizar las siguientes consideraciones:
 1. *El ámbito subjetivo decrece*, pues el derecho a alimentos queda excluido para el resto de personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos y no se corresponden con los expresamente reseñados en la norma.
 2. *El ámbito objetivo* se vuelve más *estricto* puesto que la autorización al derecho a alimentos debe satisfacer unas *neces-*

³² Vid. arts. 146 y 147 del Código Civil.

³³ Vid. artículo 607 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sin perder de vista Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

³⁴ Vid. Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía.

³⁵ Vid. artículo 145.2 LC.

dades mínimas del concursado y su cónyuge, pareja de hecho inscrita con inequívoca voluntad de formar un patrimonio común y descendientes bajo su potestad, por lo que permite sostener a *sensu contrario*, que cuando no encaje en este término no se tiene derecho a su mantenimiento, pero además, desde que queda estipulado el elemento específico de que su mantenimiento sea *imprescindible* se ha de deducir que el concursado debe necesitarlo con carácter complementario o exclusivo a las prestaciones económicas inembargables.

- xiii) *Carácter exigible de la obligación*, es decir, el momento en que debe hacerse el pago del crédito reconocido, resultando de aplicación la norma que lo regula que establece que ha de hacerse a su respectivo vencimiento.

En la doctrina general de obligaciones y contratos se diferencia entre el vencimiento, la liquidez y la exigibilidad de la obligación, y a la hora de determinar la aplicación del artículo 154 LC, solo importa *el vencimiento*, esto es, el momento concreto en que surge el crédito contra la masa, con independencia de si es líquido o no y con independencia de su exigibilidad; el *vencimiento* se refiere al plazo. No está vencida la obligación si pende de un plazo determinado o indeterminado. La obligación nace al ser contraída, pero no siempre puede ser reclamada inmediatamente; el derecho de crédito surge a la vida jurídica al producirse el hecho al que la norma anuda el efecto de engendrar u a obligación³⁶.

Por ello, el nacimiento del derecho de crédito existe desde que se produce el hecho que lo genera, con independencia de que sea necesario documentarlo posteriormente.

En las obligaciones dinerarias (aquellas cuya prestación tiene por objeto una cantidad de dinero), la existencia de la obligación, la liquidez, el vencimiento y la exigibilidad son requisitos del cumplimiento, o, dicho de otra manera, son requisitos para que pueda hablarse de incumplimiento de la obligación nacida:

1. En cuanto a la *existencia*, además del aspecto objetivo de que la obligación exista, tiene interés el subjetivo de que sea conocida por el deudor, tanto en lo que se refiere al hecho de su nacimiento y subsistencia, como en lo que atañe a la validez, momento de cumplimiento y entidad o alcance del *quid* o del *quantum*.

³⁶ Vid. SAP de Pontevedra, de 20 de septiembre de 2007.

2. La *liquidez* supone considerar que la deuda tiene por objeto una cantidad cierta y determinada o determinable a través de sencillas operaciones aritméticas; no podrá reclamarse el pago cuando no conste con precisión cuál es el importe de lo debido. Es verdad que un sector de la doctrina defiende la consideración de la liquidez, no como un presupuesto de la exigibilidad —para la efectiva exigibilidad de la deuda por parte del acreedor—, sino como un requisito de la imputabilidad del incumplimiento —es decir, para que pueda hablarse de mora del deudor—, pero la generalidad de la jurisprudencia se inclina por la tesis tradicional, en el entendimiento de que la liquidez supone la determinación del objeto de la prestación de las obligaciones pecuniarias y, por ende, la certeza sobre la cuantía de la deuda³⁷.
3. El *vencimiento* se refiere al plazo. No está vencida la obligación si pende de un plazo determinado o indeterminado (art. 1125 CC). La obligación nace al ser contraída, pero no siempre puede ser reclamada inmediatamente; el derecho de crédito surge a la vida jurídica cuando al producirse el hecho al que la norma anuda el efecto de engendrar una obligación, lo que en materia contractual sucede al perfeccionarse el contrato, pero el nacimiento no comporta su operatividad o eficacia. Mientras la deuda no sea cierta en el *quid* y en el *quantum* y esté vencida no puede ser exigida.
4. La *exigibilidad* comprende la existencia, validez, vencimiento y exigibilidad *strictu sensu* de la obligación, porque no se puede decir que sea exigible una prestación de una obligación inexistente, carente de validez o cuyo cumplimiento depende de un plazo; en sentido estricto, la exigibilidad alude a la protección jurídica, que va ligada a la existencia de acción o, desde el punto de vista negativo, de excepción.

En definitiva, la determinación del precio es un *prius* para que la obligación sea líquida, vencida y exigible, esto es, la exigibilidad requiere que la obligación sea cierta en lo que se debe y en el cuanto se debe, esté vencida por cumplimiento del plazo o de las recíprocas prestaciones, y sea protegible en el sentido de que el ordenamiento jurídico arbitre fórmulas para su efectividad, mas, cuando se trata de un contrato de

³⁷ Vid. sentencias del TS de 8 de noviembre de 1877, de 15 de junio y de 15 de diciembre de 1880, de 15 de marzo de 1887, de 13 de febrero y de 9 de julio de 1888, de 1 de febrero, de 6 de marzo y de 12 de octubre de 1889, de 3 de febrero de 1890, de 11 de diciembre de 1973, de 26 de junio de 1984, de 5 de marzo de 1990, de 19 de mayo y de 22 de julio de 1991 y de 3 de julio de 1992.

arrendamiento de servicios profesionales en el que la cuantificación de los honorarios se deja para un momento posterior a la celebración del contrato, no puede hablarse de liquidez hasta que no se haya precisado su importe, lo que ocurrirá en sede concursal, tras la determinación de su cuantía y periodicidad, y que determinará el vencimiento.

CONCLUSIONES

La reforma operada en la LC y en particular en el ámbito específico del derecho a alimentos del deudor-concursado es reflejo de la necesidad de pulir las imprecisiones y carencias normativas que la práctica ha destapado. Ciertamente, la situación económica actual ha convertido situaciones que antaño se presentaban excepcionales en situaciones frecuentes y que justifican en sede concursal, la adopción de determinadas medidas legislativas, que nuevamente la práctica revelará su carácter operativo o no.

Primero.—La prestación económica delimitada dentro del marco específico del derecho a alimentos queda circunscrita a *la obligación recíproca a darse alimentos*. Tal obligación alimenticia, se ha de entender como un deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otras, y requiere para su viabilidad la concurrencia de determinados requisitos: i) situación o estado de necesidad, ii) relación de parentesco, y iii) capacidad económica de la persona obligada a su prestación. Dicha relación obligacional, puede tener su *causa*: i) en un negocio jurídico —contrato o testamento—, ii) en la Ley, iii) respecto a las obligaciones padres a hijos, y iv) en relación al acogimiento de menores.

Cuando se trata de alimentos debidos al hijo menor de edad existe una marcada preferencia, precisamente por incardinarse en la patria potestad, derivada de la relación paterno-filial, no ha de verse afecto por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que en lo que se refiere a los hijos constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipado.

Segundo.—Su *contenido* viene delimitado por la regulación civil que entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

Tercero.—La doctrina jurisprudencial entiende que *la obligación es real y exigible* desde que surja la necesidad pero que, cuando se reclaman judicialmente solo se deben desde el momento de presentación de la demanda.

Cuarto.—En cuanto a *las partes* de esta obligación legal de alimentos descansa en la existencia de un vínculo de parentesco entre quién, por hallarse en

un estado de necesidad, tiene derecho a pedirlos y quién, por encontrarse con posibilidades económicas, debe prestarlos. La *obligación alimenticia* supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda.

Quinto.—La *deuda alimenticia* es la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir. Además dicha *deuda alimenticia* precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista, así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo y en este sentido permite entenderla como la que se deriva del deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otras.

Sexto.—En cuanto al *orden de prelación* para reclamar los alimentos, *ex* artículo 144 del Código Civil, está previsto para cuando concurren varios obligados; y, dados los fundamentos y motivos que determinan subjetivamente la obligación alimenticia, no impone efectivamente a los acreedores alimenticios, la sujeción estricta a la numeración que el artículo contiene, sino que la reclamación la pueden promover contra cualquiera de las personas que menciona la referida norma, puesto que otra interpretación sería contraria a los fines de concreción y economía de los procesos, por el gravamen que representaría, tener que sostener litigios sucesivos y eliminatorios, para llegar a determinar el sujeto pasivo, que, por sus recursos económicos, pudiera levantar y atender la carga alimenticia.

El reparto del pago entre los obligados en cantidad proporcional a su caudal respectivo, lo configura como una *deuda mancomunada* y no solidaria.

Séptimo.—En cuanto a *modificación de la pensión de alimentos*, hay que efectuar las siguientes consideraciones: i) así la determinación de la cuantía ha de ser proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien lo recibe, exigiéndose por la doctrina, para que tenga lugar la modificación de las medidas adoptadas judicialmente en favor de los descendientes los siguientes presupuestos: a) que haya tenido lugar un cambio en el conjunto de circunstancias o representaciones consideradas al tiempo de adoptarse las medidas adoptadas tanto por las partes como por el juez; b) que tal cambio sea sustancial, lo que es lo mismo, importante o fundamental; c) que la alteración o variación afecte a las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes o el juez en la adopción de las medidas e influyeron esencial y decisivamente en su contenido, constituyendo un presupuesto de su determinación; y d) que la alteración evidencie signos de permanencia de modo que permita distinguirla de un cambio meramente coyuntural o transitorio de las circunstancias tenidas en cuenta en la adopción de las medidas.

Dicho esto, se constata que el concepto de alimentos legales y su fijación en sede concursal, no deja de corresponderse con la institución civil, eso sí, estableciéndose que la cuantía de estos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Octavo.—De la lectura de la LC puede establecer las siguientes características delimitadoras del reconocimiento a dicha prestación económica: i) *carácter subjetivo limitado*, únicamente pueden ser objeto de autorización para los supuestos del *concurso de persona natural*, estableciéndose la existencia de *beneficiarios directos y beneficiarios indirectos*; ii) *carácter excepcional*, exige que el concursado se encuentre en *estado de necesidad*, lo que hace que se presente como un *concepto jurídico indeterminado*; iii) *carácter condicional*, entendiéndose que su otorgamiento se hace depender de la concurrencia en el deudor-concursado de: a) *un estado de necesidad*, y b) *la existencia de bienes bastantes en la masa activa*, es decir, que se halle liquidez para hacer frente a su pago; iv) *carácter acumulativo*, una vez se ha determinado su cuantía y periodicidad, este derecho a alimentos se integra en los créditos contra la masa y se caracterizan frente a los créditos que constituyen la masa pasiva porque se devengan a partir de la declaración del concurso, no se someten a la Ley del dividendo y deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos mientras existan bienes, que deberán deducirse de la masa activa; v) *carácter privilegiado*, puesto que la facultad reconocida a la administración concursal de poder alterar la regla de satisfacción de los créditos contra la masa, a sus respectivos vencimientos, no opera y por lo tanto, no cabe la postergación ente otros, a los *créditos alimenticios*; vi) *carácter imperativo*, una vez concurran los requisitos subjetivos y objetivos en el deudor concursado debe determinarse su cuantía y periodicidad, no cabe *decisión discrecional* en cuanto a su reconocimiento; vii) *carácter cuantitativo y temporal* en su determinación; viii) *carácter excluyente* en relación a las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos; ix) *carácter subsidiario*, puesto que el derecho a alimentos solo podrá ser autorizado a favor de aquellos que no sean cónyuge, pareja de hecho inscrita con inequívoca voluntad de formar un patrimonio común y descendientes bajo la potestad del deudor concursal; x) *carácter proporcional*; xi) *carácter preservador*; xii) *carácter extintivo*, en tanto en cuanto está sometido a vencimiento; xiii) *carácter exigible de la obligación*, es decir, el momento en que debe hacerse el pago del crédito reconocido, resultando de aplicación la norma que lo regulan que establece que ha de hacerse a su respectivo vencimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal: Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, 2 vols., 2004.
- CUENA CASAS, M.: «El derecho de alimentos en el concurso de acreedores», en *ADC*, núm. 20, 2010, págs. 65-108.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P.: «La posición jurídica del consumidor insolvente», en *ADC*, núm. 25, 2012, págs. 95-146.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- GARRIDO GARCÍA, J. M.^a: «La reforma del Derecho Concursal español. Reflexiones en torno a la propuesta de anteproyecto de la Ley Concursal del profesor Ángel Rojo», en *RDBB* 64 (1996), págs. 889-943.
- JIMÉNEZ SAVURIDO, C. (dir.): *La nueva regulación concursal*, Madrid, 2004.
- PULGAR EZQUERRA, J.: *La declaración del Concurso de Acreedores*, Madrid, 2005.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: *Comentario de la Ley Concursal*, 2 vols., 2004.
- SÁNCHEZ CALERO, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.): *Comentarios a la Legislación Concursal* (Tomo I), Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ, E. M.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; ALAMEDA CASTILLO, M. T., y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J. (coords.): *Comentario de la Ley Concursal*, vol. 1, 2006.
- SANTANA PÁEZ, E., y SENENT MARTÍNEZ, S.: «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», en *ADC*, núm. 12, 2007, págs. 165-175.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2010.

RESUMEN

CONCURSO DERECHO A ALIMENTOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

La legislación concursal con sus reformas están interactuando con la práctica judicial, lo que ha permitido constatar la rapidez con la que se están abordando las carencias, en unos casos y/o imprecisiones legales en otros, dándose respuesta de forma más efectiva a las necesidades que en este ámbito se vienen produciendo; la realidad económica actual ha ido destapando, sin tapujos, que esta LC más que nunca, debe tratarse como mecanismo que aporte al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica. Dicho lo cual, es objeto de análisis, el tratamiento y carácter jurídico

ABSTRACT

BANKRUPTCY PROCESS RIGHT TO FOOD CLAIMS AGAINST THE ESTATE

Bankruptcy Law as amended are interacting with the judicial practice, which has revealed the rapidity with which gaps are being addressed, in some cases and / or legal inaccuracies in others, giving a more effective response to needs in this area have taken place, the current economic reality has been uncovering, openly, that the LC more than ever, must be treated as a mechanism to provide competition to institute greater legal certainty. That said, is the subject of testing, treatment and legal status as the Bankruptcy Reform Act gives the perception of food by the debtor and

que la Reforma de la Ley Concursal otorga a la percepción de alimentos por parte del deudor y de un número delimitado y limitado de las denominadas por la Ley Concursal, personas especialmente relacionadas con el concursado.

a defined and limited number of so-called by the Insolvency Act, persons specially related the insolvent.

(Trabajo recibido el 8-3-2012 y aceptado para su publicación el 8-1-2013)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 2-10-2012
(*BOE* 2-11-2012)
Registro de Sevilla, número 11

ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS INTESTADOS.

Como ha señalado recientemente este Centro Directivo (vid. Resolución de 4 de junio de 2012), siendo como es uno de los títulos de la sucesión, a efectos del Registro, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, la copia de esta, como las del testamento, el contrato sucesorio, o la declaración judicial de herederos, han de presentarse en el Registro íntegras ya que, aparte de no resultar excepción en ningún sitio, la valoración de los documentos y su contenido, una vez autorizados, cuando se presentan ante otro órgano, corresponde no a quien los expide, sino al funcionario ante quien se pretenden hacer valer, que ha de poder conocerlos en su integridad antes de conceder o no la solicitud que, fundada en ellos, fue cursada por la parte.

Resolución de 3-10-2012
(*BOE* 2-11-2012)
Registro de Montefrío

RECTIFICACIÓN DE ERRORES EN EL REGISTRO.

Cuando se trata de un procedimiento de rectificación de errores de concepto que se ha iniciado a instancia del interesado, no es necesario que la copia del

título que este aporte sea la que en su día fue objeto de inscripción. La anotación prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria solo procede en los supuestos de iniciación de oficio del procedimiento rectificatorio, o habiendo sido solicitada la rectificación por uno de los interesados y considerando el registrador procedente dicha rectificación pero sujeta al requisito de la obtención del consentimiento de otros interesados, procede de oficio a la iniciación del procedimiento del artículo 326 del Reglamento. Si después de la inscripción que ha de ser rectificada se hubieran practicado otras, la rectificación de estas pasa ineludiblemente porque sus titulares presten el consentimiento, o, en su defecto, porque se obtenga la correspondiente resolución judicial, conforme al artículo 40 de la LH.

Resolución de 4-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro de Huesca, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN LAS ENAJENACIONES DE BIENES DEL CONCURSADO.

A los efectos de lo establecido en los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal, resulta obvio que si el legislador permite a los administradores determinar con carácter general los actos que deben entenderse comprendidos en el giro o tráfico, con más razón habrá que entender que les permite hacerlo cuando esa determinación la hagan caso por caso, es decir, uno a uno, en que el riesgo de una determinación errónea es evidentemente mucho menor. Una interpretación lógica y sistemática del artículo 155.3, sobre todo si nos atenemos a la finalidad perseguida por la reforma de 2011 de la Ley Concursal, lleva a concluir que no estamos ante una excepción (art. 155.3) de las excepciones (art. 43.3), sino, como mucho, a una modulación del principio general (art. 43.2). Es decir, que el precepto en cuestión (art. 155.3) se limita (para los casos en que sea necesaria la autorización judicial porque no concurre ninguna de las excepciones legales) a determinar el contenido de esa autorización y sus consecuencias según los casos.

Resolución de 4-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro de Madrid, número 6

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CANCELACIÓN PARCIAL.

No es posible despachar un mandamiento judicial por el que se ordena la reducción de una anotación de embargo, practicada en su día sobre una finca ganancial, respecto del 50 por 100 de uno de los cónyuges, porque hasta que no se lleven a cabo las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales no se pueden distinguir cuotas indivisas en favor de cada cónyuge. La resolución judicial por la que se ordene la cancelación parcial ha de ser firme.

Resolución de 5-10-2012

(BOE 2-11-2012)

Registro de Marbella, número 3

ARRENDAMIENTO: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. PROPIEDAD HORIZONTAL.

No es inscribible un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda referido a una parte de una finca que figura vinculada *ob rem* a un conjunto de fincas privativas en régimen de propiedad horizontal, dado que no se acredita adecuadamente cómo se ha adoptado el acuerdo de la comunidad de propietarios. Además no se cumplen con los mínimos requisitos que, respecto del principio de especialidad, establece el Real Decreto 297/96.

Resolución de 5-10-2012

(BOE 2-11-2012)

Registro de Montblanc

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas (vid. Resolución de 12 de abril de 1996, citada expresamente por la Resolución de 12 de abril de 2002). Extremos y requisitos estos que en caso de que dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito, corresponderá apreciar al registrador mercantil competente, por lo que la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación, dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales (cfr. arts. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil). Como señala el Tribunal Supremo (cfr. sentencia de 20 de mayo de 2008) dentro de la expresión, a que se refiere el artículo 165 del Reglamento Notarial, «datos del título del cual resulte la expresada representación», debe entenderse que «uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente». En otro caso, es decir, cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. Resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 3 de febrero de 2001, y 23 de febrero de 2001). En consecuencia, el hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser esta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo.

Resolución de 6-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro de Orihuela, número 1

RECTIFICACIÓN DE ERRORES EN EL REGISTRO.

Para rectificar un asiento del Registro, se necesita el consentimiento del titular registral o la pertinente resolución judicial.

Resolución de 8-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro de Alicante, número 3

EXPROPIACIÓN FORZOSA.

No puede practicarse la inscripción de un acta de expropiación si, al tiempo de presentarse en el Registro, la finca ya no figura a nombre de la persona con la que se ha seguido el expediente, y tampoco se practicó en su día la nota marginal prevista en el artículo 32.1.^a del RH. Es imprescindible que el acta de ocupación y pago esté suscrita por el expropiado y por el expropiante, aunque cabe que la administración expropiante ratifique por resolución posterior. Desde el punto de vista de la identificación de la superficie expropiada, basta que el registrador no tenga dudas para determinar su identidad, aunque no se observen todos los formalismos de la legislación hipotecaria.

Resolución de 8-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro de San Javier, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO. CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Como resulta del artículo 326 de la Ley Hipotecaria: «El plazo para la interposición será de un mes y se computará desde la fecha de notificación de la calificación». En consecuencia, una vez notificada la calificación, comienza a correr el cómputo del plazo de un mes para interponer el recurso. Si durante este plazo el interesado pretende subsanar las deficiencias señaladas en la nota y para ello aporta nueva documentación o subsana la presentada no por ello deja de correr el plazo para impugnar el contenido de la calificación. En caso de declaración de concurso, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria es un efecto inmediato derivado de la jurisdicción universal del juez de lo Mercantil (arts. 8 y 55 de la Ley Concursal) y por ello, con independencia del momento concreto en que el Juzgado de Primera Instancia tenga conocimiento y de la Resolución que el secretario adopte al respecto (art. 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), desde el punto de vista sustantivo, la suspensión opera salvo que concurran los supuestos de excepción previstos en la Ley. La única excepción posible es que se incorpore testimonio de la Resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Resolución de 9-10-2012

(BOE 2-11-2012)

Registro de Ceuta

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: TITULARIDAD POR CUOTAS.

El artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario, en aras a la necesaria claridad que impone las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, establece que en las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho se precise la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente; el apartado 2 añade que «esta regla se aplicará cuando las partes de un mismo bien, aun perteneciendo a un solo titular, tengan distinto carácter o distinto régimen». Ambos apartados son aplicables al supuesto de hecho planteado, en el que la determinación de la cuota que corresponde a la sociedad de gananciales es el resultado de la aplicación del artículo 1354 del Código Civil, conforme al cual los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Resolución de 9-10-2012

(BOE 2-11-2012)

Registro de Vigo, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: REQUISITOS.

Es imprescindible que del mandamiento por el que se ordena la práctica de una anotación de demanda, resulten las circunstancias personales del demandante. Tratándose de declarar la nulidad de un asiento, la demanda ha de dirigirse contra todos aquellos a quienes el asiento que se pretende anular conceda algún derecho. En el supuesto de hecho que motiva este recurso, el titular registral afectado por la acción interpuesta, esto es, el propietario, ha sido debidamente demandado. Bien es cierto que podría afirmarse que no haría falta la intervención de los titulares de derechos posteriores al concluirse que a ellos no debería afectarles el procedimiento. Sin embargo, tratándose de la rectificación de la descripción de la finca, debiendo proceder a la cancelación de la inscripción de exceso de cabida, una vez firme la sentencia, para que sus linderos se ajusten a los reales de la descripción anterior de dicha finca, la pretensión de cancelación parcial de la inscripción afecta así plenamente a los titulares de las inscripciones posteriores, pues debe tenerse en cuenta que de prosperar la demanda, se procedería a la rectificación de la descripción de la finca, y tales derechos posteriores pasarían a recaer sobre una finca distinta en la realidad física de la que proclama el Registro. Las exigencias del tracto sucesivo no están por tanto plenamente satisfechas e impiden la práctica de la anotación preventiva, pues tales titulares de derechos posteriores debieron ser debidamente demandados para poder practicarse la anotación preventiva de la demanda interpuesta.

Resolución de 10-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro de Pontedeume

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Para hacer constar por nota marginal que el importe de una deuda garantizada por hipoteca ha sido satisfecho, es necesario que la entidad titular de la hipoteca haya sido oportunamente citada en el procedimiento judicial en el que se ha ordenado la práctica de dicha nota marginal.

Resolución de 15-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro de Ibiza, número 4

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: LICENCIA.

Teniendo en cuenta la doctrina del Centro Directivo, así como la dicción literal del artículo 17 de la Ley del Suelo, debe equipararse a una auténtica división a los efectos de la necesidad de aportar la preceptiva licencia, la división horizontal en la que a cada uno de los dos elementos privativos se les atribuye el uso exclusivo y excluyente de una porción de terreno.

Resolución de 15-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro de Torrox

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: OBJETO.

No se puede practicar anotación de un embargo que tiene por objeto derechos de crédito y no titularidades jurídico-reales.

Resolución de 16-10-2012
(BOE 8-11-2012)
Registro de Ibiza, número 4

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Para inscribir un convenio regulador en el que se dice que la finca era exclusivamente del marido, considerando que en el Registro aparece inscrita a nombre de ambos esposos, será necesario el consentimiento de la esposa, a menos que se aporte un documento público que acredite indubitadamente que se cometió un error al inscribir aquella forma.

Resolución de 16-10-2012

(BOE 8-11-2012)

Registro de Nájera

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Para inscribir un convenio regulador en el que se dice que la finca era exclusivamente del marido, considerando que en el Registro aparece inscrita a nombre de ambos esposos, será necesario el consentimiento de la esposa, a menos que se aporte un documento público que acredite indubitadamente que se cometió un error al inscribir aquella forma.

Resolución de 17-10-2012

(BOE 8-11-2012)

Registro de Rosas, número 1

CAUSA: DETERMINACIÓN.

Nos encontramos ante una compraventa en la que los medios de pago del precio son mediante compensación de créditos entre las partes y un tercero, distintos de los habituales que se dan en la compraventa ordinaria. Efectivamente, entra en juego la compensación de créditos, porque existe un recíproco desplazamiento del dinero y ambas deudas se pagan por esa compensación. A estos efectos, concurren en la escritura todas las partes interesadas en esa compensación de créditos para su ratificación. Por tanto no cabe entender que se trate de una dación en pago, con lo que la causa expresada por las partes es verdadera y lícita.

Resolución de 17-10-2012

(BOE 8-11-2012)

Registro de Santander, número 4

PREHORIZONTALIDAD: USO EXCLUSIVO DE ELEMENTOS COMUNES.

Tratándose de una situación de propiedad horizontal de hecho, sin que se haya otorgado título constitutivo de la misma, no hay obstáculo en establecer un derecho de uso exclusivo sobre determinado elemento común, aunque dicho elemento común no se haya descrito expresamente en la inscripción.

Resolución de 18-10-2012

(BOE 20-11-2012)

Registro de Álora

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA.

La pretensión del recurrente sobre la constancia del fallo desestimatorio de la sentencia a través de la anotación preventiva solicitada no puede ser estimada, toda vez que aquella se refiere a un título no inscrito y no se ha decretado

la nulidad o ineficacia de la titularidad inscrita —que está bajo la salvaguardia de los Tribunales—; no se trata de ninguna de las anotaciones previstas en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria y tampoco ha sido ordenada la anotación por la autoridad judicial como medida cautelar al amparo del artículo 727.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 18-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Guadix

FINCA REGISTRAL. OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD EN ANDALUCÍA.

Si bien es cierto que las dudas de identidad de una finca con la parcela catastral deben ser justificadas por la registradora en su nota de calificación, también lo es que de la descripción de las fincas en la escritura calificada resulta explícitamente la discrepancia entre los datos registrales y los nuevos datos por los que se pretende sustituir a aquellos. Resulta, además, que no se aporta documentación acreditativa de la correspondencia entre las certificaciones catastrales aportadas —cuyos datos son los que se pretenden incorporar al Registro— y las fincas registrales. De acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal, no puede exigirse la necesidad de probar, para obtener la inscripción de edificaciones respecto de las que ya no proceda el ejercicio de la acción de disciplina urbanística, no solo la fecha de conclusión de la obra, con antigüedad superior al plazo establecido por la ley para la prescripción de la acción de disciplina urbanística, sino, de modo completo, la efectiva extinción, por prescripción, del derecho de la Administración para la adopción de tales medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística; mediante la prueba completa, fundamentalmente, de no hallarse incluida la finca en ninguno de los supuestos de excepción a la prescripción de la acción de disciplina, establecidos, en el caso de Andalucía, por el artículo 185 de su Ley de Ordenación Urbanística. Partiendo del régimen de distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas, la Dirección General vuelve a confirmar que no es exigible en la inscripción de esta clase de obra la obtención de licencia de uso de la edificación.

Resolución de 19-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Orgaz

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.

Al tratarse de un asiento que ya fue practicado, no puede sino reiterarse la doctrina de este Centro Directivo, según la cual en el recurso contra la calificación registral debe únicamente decidirse si está o no fundada en Derecho aquella por la que se suspenda o deniegue el asiento solicitado, de modo que no procede dilucidar si el asiento cuya cancelación ahora se solicita fue o no correctamente practicado.

Resolución de 19-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Pinto, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Mientras las resoluciones judiciales no son firmes, no cabe practicar asientos definitivos, sino que solo podrá extenderse anotación preventiva.

Resolución de 22-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Campillos

REPRESENTACIÓN: RESEÑA IDENTIFICATIVA DEL PODER.

Se plantea en este recurso la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa en la que la sociedad vendedora aparece representada por un apoderado. El notario reseña el documento del que resulta la representación, sin especificar quién lo ha otorgado y el concepto en el que actúa, ni los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, y a la vista de copia autorizada del mismo, emite el oportuno juicio de suficiencia. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Igualmente el Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil), en sentencia de 23 de septiembre de 2011, declara que, según resulta del apartado 2 del artículo 98 de la Ley 24/2011, la calificación del registrador en esta materia se proyecta sobre «la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de este con el contenido del título presentado», congruencia que exige que del propio juicio de suficiencia resulte la coherencia entre la conclusión a la que se llega y las premisas de las que se parte (cfr. Resolución de 27 de febrero de 2012). Tratándose de poderes inscritos en el Registro Mercantil, al juicio de suficiencia notarial se superpone la presunción de exactitud y validez de los asientos del Registro (cfr. art. 20 del Código de Comercio). Resulta por ello prescindible la expresión de quien concedió el poder. Pero tratándose de poderes no inscritos, no puede invocarse dicha presunción, por lo que, como se desprende *a fortiori* de lo razonado en los fundamentos anteriores, la reseña del documento en que funda su representación el apoderado debe comprender también el título representativo del concedente del poder, ya que la validez del poder otorgado (representación de segundo grado) dependerá, entre otras circunstancias, de la validez del nombramiento del órgano societario o del apoderado que lo haya otorgado (representación de primer grado).

Resolución de 23-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Bilbao, número 9

PROPIEDAD HORIZONTAL: RECLAMACIÓN DEL PAGO DE CUOTAS CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante, siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, bien que se acredite en el mandamiento que se ha emplazado a alguno de los posibles llamados a la herencia, bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Resolución de 23-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Mazarrón

PROPIEDAD HORIZONTAL: PRIVACIÓN DEL USO DE CIERTOS ELEMENTOS COMUNES.

En la escritura objeto de este expediente, pretende limitarse el contenido normal y esencial de la copropiedad sobre los elementos comunes respecto de aquellos propietarios de elementos privativos que no estén al corriente en el pago de las cuotas de comunidad ordinarias y extraordinarias, prohibiéndoles el acceso a la piscina comunitaria y a las pistas de tenis también comunes. La cláusula estatutaria se refiere únicamente a la privación del acceso a una clase de elementos comunes especiales como son la piscina y la pista de tenis, que entran dentro de lo que podrían considerarse elementos comunes que no son de los necesarios para la habitabilidad, seguridad o accesibilidad del inmueble, sino que su carácter excede de lo que podrían considerarse elementos necesarios para la vivienda y como no se trata de la privación del derecho de propiedad sino de su mero uso con carácter meramente eventual mientras no se ponga al día en la contribución a los gastos que exige su mantenimiento, debe considerarse que no afecta al contenido esencial del derecho de propiedad sino todo lo contrario, que las limitaciones impuestas son coherentes con este régimen especial de la propiedad que es el de la comunidad en propiedad horizontal.

Resolución de 24-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Barcelona, número 18

PROHIBICIÓN DE ENAJENAR. JUICIO DE SUFICIENCIA.

Constando una anotación de prohibición de vender, gravar, enajenar y disponer por ordenarlo así el Juzgado Central de Instrucción número dos de la Audiencia Nacional, no cabe inscribir una novación de una hipoteca inscrita. Si bien es cierto que mayor claridad en la redacción hubiera sido posible y deseable, no lo es menos que en el segundo de los juicios notariales de suficiencia se hace

expresa referencia al negocio jurídico que es objeto del título calificado, de modo que, aunque estrictamente no exista una reseña de las facultades, como parece pedir la Registradora, sí hay un pronunciamiento preciso sobre la suficiencia de las facultades acreditadas para el negocio formalizado, y en todo caso, la oportuna consulta del Registro Mercantil por la Registradora calificante habría aclarado definitivamente la cuestión.

Resolución de 24-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Madrid, número 19

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PUBLICIDAD FORMAL.

El recurso gubernativo no es el procedimiento adecuado para recurrir la negativa del registrador a informar a un notario sobre los procedimientos previstos legalmente para facilitar la información registral. La presunción de interés legítimo que se establece en favor de los notarios a los efectos de acceder a la publicidad formal del Registro, puede quedar desvirtuada si el registrador así lo acredita con referencia a hechos objetivos. La propia solicitud del notario declara un interés, la finalidad de subsanación de una escritura de cancelación, que por haber sido subsanada por otros notarios e inscrita la cancelación a través de la escritura original y sus subsanaciones, carece de contenido real.

Resolución de 25-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Málaga, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ARTÍCULO 144.5 DEL RH.

Resultando del historial registral que la vivienda inscrita a favor de uno de los cónyuges con carácter privativo constituye el domicilio familiar, no cabe anotar como definitivo el embargo cautelar a favor de la hacienda, si no consta haberse cumplido lo prevenido en el artículo 144.5 del RH.

Resolución de 25-10-2012
(BOE 20-11-2012)
Registro de Manzanares

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado (véase Resoluciones citadas en los «Vistos») que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure*, una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 de la Ley Hipotecaria), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico. Según este criterio, los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la restricción o limitación que para ellos implicaba aquella anotación, y no pueden ya ser cancelados en virtud del mandamiento al

que se refiere el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que solo puede provocar la cancelación respecto de los asientos no preferentes al que se practicó en el propio procedimiento del que dimana. Si cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad y la cancelación de la anotación del embargo de los que dimana ya se habían producido, nada impide la inscripción del testimonio del auto de adjudicación, si no existen asientos contradictorios, pero con la preferencia que tenga por razón de su inscripción y no de la anotación del embargo del que dimana, por estar ya cancelada. Para que la cancelación de las cargas posteriores ordenadas en el mandamiento hubiera sido posible, debió haberse presentado en el Registro el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, o, al menos, el testimonio del auto de adjudicación para ganar prioridad antes de que hubiera caducado la anotación preventiva de embargo que lo motivó.

Resolución de 26-10-2012

(BOE 20-11-2012)

Registro de Pollença

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para impugnar la decisión del registrador negándose a cancelar unas anotaciones ya practicadas por entender el recurrente que se extendieron en su día indebidamente.

Resolución de 26-10-2012

(BOE 20-11-2012)

Registro de Sanlúcar de Barrameda

PROPIEDAD HORIZONTAL: RECTIFICACIÓN.

Interpretar que la superficie, sin especificar, que consta en el Registro respecto de dos locales de un edificio en propiedad horizontal es la superficie construida y que además incluye la parte proporcional de zonas comunes y zona comercial, y pretender desglosar, sobre esa base, cada uno de los elementos, especificando así superficie construida propia, superficie repercutida de zonas comunes y superficie repercutida de zona comercial, debe considerarse que supone una modificación de circunstancias que excede del ámbito de actuación unilateral de los propietarios de los elementos privativos.

Resolución de 26-10-2012

(BOE 20-11-2012)

Registro de Villacarriedo

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. OBRA NUEVA.

No cabe inscribir un exceso de cabida si el registrador tiene dudas sobre la identidad de la finca, derivadas de la gran magnitud de dicho exceso. Además,

si la finca colinda con monte público debe acompañarse el preceptivo informe previsto en la Ley de Montes. Si se declara la existencia de una edificación, ha de cumplirse lo previsto en el artículo 20 de la Ley del Suelo.

Resolución de 29-10-2012
(BOE 5-12-2012)
Registro de Granada, número 6

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS EN ANDALUCÍA.

En relación con las obras nuevas por antigüedad en Andalucía, y respecto a la necesidad de aportar el documento administrativo referente a la declaración de la obra en situación de fuera de ordenación, se reitera la respuesta negativa ya plasmada en resoluciones anteriores.

Resolución de 29-10-2012
(BOE 5-12-2012)
Registro de Rosas, número 1

NEGOCIO JURÍDICO: CAUSA.

En una partición de herencia no se puede practicar la inscripción cuando no se expresa la causa de la adjudicación de la mitad indivisa en pleno dominio a la hija de modo completo, pues solo tiene justificación expresa la adquisición por herencia de la mitad indivisa en nuda propiedad, porque la adquisición en cuanto al pleno dominio, tiene que completarse con la expresión de la causa correspondiente al usufructo perteneciente a la madre, ya que al no resultar ninguna causa de extinción ni de adquisición del mismo, debe expresarse la que corresponda, bien sea la renuncia de la madre usufructuaria, o la transmisión del derecho a la hija por la causa que proceda. En todo caso, la renuncia no se presume sino que ha de ser expresa y lo mismo cualquier otra causa de adquisición o extinción del derecho de usufructo, pues, a efectos registrales, la causa es de constancia necesaria y no se presume.

Resolución de 30-10-2012
(BOE 5-12-2012)
Registro de Almería, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ADMISIBILIDAD. CALIFICACIÓN REGISTRAL: MEDIOS.

Procede por tanto, vigente el mismo asiento de presentación, resolver la impugnación planteada en este recurso contra la nueva nota de calificación de la Registradora que rechaza la subsanación. Es obligación del registrador consultar directamente el Registro Mercantil y procurarse los datos que sean necesarios para practicar la inscripción si son fácilmente accesibles.

Resolución de 30-10-2012
(BOE 5-12-2012)
Registro de Mijas, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS INSTRUMENTALES.

No se da aquí, por tanto, la concurrencia de factores que, según la doctrina de este Centro, puede justificar la denegación de eficacia inmatriculatoria a los títulos presentados. No, desde luego, la cercanía de fechas de los instrumentos públicos presentados, pues pese a la proximidad temporal entre ellos, lo cierto es que entre los títulos materiales que en ellos se formalizan (originariamente en documento privado) han transcurrido más de diez años ya que, conforme al artículo 1227 del Código Civil, hay que retrotraer la fecha de la primera operación al menos a la del fallecimiento del vendedor, ocurrido en el año 1999. Tampoco se aprecia propósito de fraude, porque es inverosímil que se preparase, con la intención de inmatricular, una operación que, para cumplir con sus objetivos, necesitaba de otra posterior, y que tardase esta en llevarse a cabo más de una docena de años. A todo ello se añade además que la situación final de titularidad de la finca en el último título es diferente de la inicial y que no concurren otros factores que arrojen suficiente sombra de duda sobre su eventual instrumentalidad (Resolución de 11 de marzo de 2006). No lo son el que exista una relación de parentesco, entre los participantes en los distintos otorgamientos notariales, o que ambos títulos públicos, cuando sus fechas son tan distantes, fueron autorizados por el mismo fedatario, ya que ninguno de ellos es determinante ni junta ni separadamente, por sí solos, para concluir lo que se pretende.

Resolución de 31-10-2012
(BOE 5-12-2012)
Registro de Álora

PARTICIÓN DE HERENCIA: DEFENSOR JUDICIAL.

En una escritura de partición de herencia con intervención de defensor judicial hay que entender obtenida la correspondiente aprobación judicial aunque el auto emplee la expresión «autorización para la eficacia plena de la escritura de partición de herencia».

Resolución de 31-10-2012
(BOE 5-12-2012)
Registro de Villaviciosa de Odón

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

El registrador no puede, en su calificación, entrar en el fondo de la decisión judicial valorando la constitucionalidad de normas legales vigentes.

Resolución de 2-11-2012

(BOE 11-12-2012)

Registro de Baza

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: ARTÍCULO 80 DEL REAL DECRETO 1093/1997.

No es posible practicar la inscripción de una escritura de segregación de una finca rústica si, a través del procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/97, la Comunidad Autónoma ha considerado que se incumple la normativa sobre unidades mínimas, aunque con ello contradiga el criterio de la Confederación Hidrográfica sobre el carácter del cultivo de la finca.

Resolución de 5-11-2012

(BOE 11-12-2012)

Registro de Eivissa, número 4

PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA: LEGISLACIÓN URBANÍSTICA BALEAR.

En el supuesto debatido, las entidades privativas resultantes de la división horizontal no participan en otras fincas registrales ni las dividen o segregan en participaciones. Por lo tanto, no existen porciones de otras fincas registrales o terrenos de uso exclusivo que constituyan físicamente fincas absolutamente independientes entre sí en el caso de satisfacerse las exigencias de la legislación urbanística, sino tan solo anexos a los elementos privativos que son de uso exclusivo de los mismos, pero que siguen siendo elementos comunes y se mantiene la unidad jurídica de la división horizontal. En consecuencia, no existe un complejo inmobiliario privado, ni puede presumirse de la descripción hecha en la escritura calificada. Además, el suelo sobre el que se ubican los elementos privativos independientes es común. En consecuencia, teniendo en cuenta que la legislación balear no somete a licencia la división horizontal, la misma no será exigible para la inscripción en este caso.

Resolución de 5-11-2012

(BOE 11-12-2012)

Registro de Ejea de los Caballeros

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS.

Si de la certificación del Registro Civil, incorporada a la escritura, resulta que uno de los intervinientes ha sido declarado totalmente incapaz y quién es su tutor, no es procedente que el registrador se niegue a la inscripción amparándose en la calificación de la sentencia de incapacitación que se ha acompañado como documento complementario.

Resolución de 6-11-2012
(BOE 11-12-2012)
Registro de Puigcerdá

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, al modificar entre otros el artículo 56.2 de la Ley Concursal de 2003, pretende reforzar las competencias objetivas del juez de lo mercantil que entiende del concurso. Muy especialmente pretende que la apreciación de la posible afectación a la actividad profesional o empresarial de la finca ejecutada y del hecho de que resulte o no necesaria en el patrimonio del deudor para continuar la actividad del concursado —factor que determina la posibilidad o no de la ejecución singular pretendida en el Juzgado de Primera Instancia correspondiente—, sea exclusiva competencia del juez que entiende del concurso. A tal fin se paraliza la ejecución, desde que la declaración de concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque estuvieran ya publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, y en tanto en cuanto no se produzca la correspondiente declaración por parte del juez competente. Testimonio de su resolución deberá incorporarse al procedimiento.

Resolución de 6-11-2012
(BOE 11-12-2012)
Registro de Vielha

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas (vid. Resolución de 12 de abril de 1996, citada expresamente por la Resolución de 12 de abril de 2002). Extremos y requisitos estos que en caso de que dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito corresponderá apreciar al registrador mercantil competente, por lo que la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales (cfr. arts. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil). Como señala el Tribunal Supremo (cfr. sentencia de 20 de mayo de 2008) dentro de la expresión, a que se refiere el artículo 165 del Reglamento Notarial, «datos del título del cual resulte la expresada representación», debe entenderse que «uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente». En otro caso, es decir, cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción

de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (vid. Resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 3 de febrero de 2001, y 23 de febrero de 2001). En consecuencia, el hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser esta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo.

Resolución de 7-11-2012
(BOE 11-12-2012)
Registro de Madrid, número 25

INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES: ARTÍCULO 708 DE LA LEC.

Debe aplicarse la doctrina de esta Dirección General sobre la interpretación del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr., por todas, la Resolución de 12 de marzo de 2010) que impone que la voluntad del comprador —actor ejecutante en el procedimiento—, se formalice conforme a las reglas generales, siendo preceptiva, en consecuencia, su constancia en escritura pública cuando de la resolución judicial no resulten todos los elementos necesarios para la inscripción del derecho, como ocurre en el presente caso.

Resolución de 7-11-2012
(BOE 11-12-2012)
Registro de Vitoria, número 3

OBRA NUEVA: REQUISITOS PARA INSCRIPCIÓN.

Ciertamente existen las discrepancias descriptivas señaladas por la registradora pero, como ha quedado señalado, corresponde al técnico compareciente asumir la responsabilidad de que las mismas quedan cubiertas por la licencia administrativa. Esta Dirección General ha reiterado que solo en aquellos supuestos de especial gravedad y relevancia en los que se ponga de manifiesto una discrepancia significativa que afecte a las menciones obligatorias recogidas en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística podría justificarse una negativa a la inscripción (y aun así con matizaciones; vid. Resoluciones de 9 de febrero de 1994, 10 de junio de 2005 y 2 de julio de 2009). Admitida la posibilidad de que la licencia de edificación imponga condiciones al beneficiario y que las mismas se hagan constar en los libros del Registro, no procede, ni puede ser objeto del recurso la legalidad de dicho pronunciamiento una vez establecida la competencia del Ayuntamiento para concederla.

Resolución de 8-11-2012
(BOE 11-12-2012)
Registro de Ocaña

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

El artículo 53, apartado siete, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, exige para toda inmatriculación que se aporte, junto al título inmatriculador, «certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos», la dicción legal —total coincidencia— no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral. Como afirmara la citada Resolución de 5 de octubre de 2004, la norma no deja resquicios a excepciones: con independencia de cuál sea la finca que se pretende inmatricular y, por tanto, su titular, el título o el medio de los previstos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria al que se acuda.

Resolución de 8-11-2012
(BOE 11-12-2012)
Registro de San Javier, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA EN PIEZA SEPARADA DEL CONCURSO. EJECUCIÓN DE HIPOTECA: LÍMITE DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. EJECUCIÓN DE HIPOTECA: SITUACIÓN ARRENDATICIA DE LA FINCA.

Si el procedimiento de ejecución hipotecaria se ha seguido ante el juez de lo Mercantil, dentro de la pieza separada en el procedimiento de concurso a que se refiere el artículo 57 de la Ley Concursal, no hay inconveniente alguno para la inscripción, sin que quepa oponer cuestiones de competencia, ni tampoco exigir un pronunciamiento sobre si el bien está o no afecto a la actividad empresarial del concursado. Este Centro Directivo ha tenido oportunidad en numerosas ocasiones (vid. «Vistos») de confirmar la competencia del registrador proclamada por el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero también de expresar que su actuación debe acomodarse a las circunstancias del caso concreto de modo que cuando no exista interés protegible no se puede rechazar la inscripción como ocurre en aquellos supuestos en que habiendo sobrante no es preciso depositarlo a favor de acreedores porque estos no existen o existiendo, son posteriores a la nota marginal de expedición de certificación a que se refiere el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se han personado en el procedimiento (Resoluciones de 12 de abril de 2000, 20 de febrero y 23 de septiembre de 2002). El tercer defecto observado en la nota del registrador debe ser mantenido pues como ha reiterado este Centro Directivo (vid. «Vistos»), la adjudicación en procedimiento de ejecución directa contra bienes inmuebles es un supuesto equiparable a la compraventa voluntaria por lo que es de plena aplicación la previsión del artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. De este modo debe rechazarse la inscripción de la adjudicación si no se acredita debidamente bien que se han llevado a cabo

las notificaciones previstas bien que se ha realizado la oportuna manifestación de que la finca se encuentra libre de arrendatarios. A este respecto la doctrina de este Centro tiene declarado que dadas las particularidades de la transmisión dicha manifestación puede y debe hacerla el adquirente sin que la misma pueda ser inferida de otros datos o documentos al ser una manifestación de contenido expreso y específico.

Resolución de 12-11-2012

(BOE 14-12-2012)

Registro de Iznalloz

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD.

Para la inscripción de una obra nueva por antigüedad es imprescindible que los datos referidos en el documento por el que se acredita la antigüedad permitan identificar con seguridad la finca registral objeto de la declaración de obra nueva. No existe un orden jerárquico en el uso de los diferentes medios posibles para acreditar la antigüedad. El acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley. Entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística. Las obras antiguas son supuestos en los que, por definición, existe una contradicción de la edificación y, por regla general, el uso previsto para la misma con la propia ordenación urbanística, resultando de este modo racionalmente imposible la exigencia de licencia de ocupación o utilización como requisito para la práctica del asiento. Existen, además, poderosas razones de Derecho Transitorio que impiden tal exigencia de licencia. Argumentos que hacen que la misma no pueda ser extendida de forma retroactiva a las obras terminadas con anterioridad a la publicación de la norma que impone la obtención de la propia licencia, como requisito de legalidad de la actividad edificatoria (en el presente supuesto, el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía).

Resolución de 12-11-2012

(BOE 14-12-2012)

Registro de Villacarriedo

OBRAS NUEVAS: LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Reiterando la doctrina sentada en anteriores fallos, el Centro Directivo confirma que conforme a lo establecido en el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, y conforme ya se había manifestado con anterioridad, la Sala Tercera del Tribunal Supremo no cabe entender concedida por silencio administrativo una licencia de obras.

Resolución de 13-11-2012
(BOE 14-12-2012)
Registro de Torrelavega, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

En un expediente para la reanudación del tracto debe acreditarse que se han realizado las notificaciones procedentes al titular registral o sus causahabientes y a las personas de quienes se ha adquirido. También es preciso que consten con claridad las circunstancias personales de aquel a cuyo favor ha de practicarse la inscripción. Pero no es necesario que se describa la finca en su integridad, si de los datos aportados el registrador ha podido identificar la registral correspondiente.

Resolución de 13-11-2012
(BOE 14-12-2012)
Registro de Torre vieja, número 3

OBRAS NUEVAS: TERMINACIÓN PARCIAL.

Constando la declaración de obra nueva en construcción como un todo unitario, no existe inconveniente en que la constancia de la terminación pueda ser parcial, por fases e incluso por pisos; pues puede ocurrir en la práctica que haya elementos no terminados, sin que ello obste a la inscripción de la terminación de otros, siempre que se acredite debidamente, como sucede en ocasiones con los locales. La terminación por fases o entidades exige acreditar, no solo la terminación de la vivienda, sino también de los correspondientes elementos comunes.

Resolución de 14-11-2012
(BOE 26-12-2012)
Registro de Vinarós

HERENCIA DE UN CAUSANTE BELGA: ACREDITACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.

En este caso la norma de conflicto está integrada por el artículo 9.8 del Código Civil, conforme al cual, «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». Dado que en el presente caso el causante tiene nacionalidad belga en el momento de su fallecimiento, su sucesión se regirá por las leyes de ese país. Téngase en cuenta, además, que el sistema sucesorio español responde al modelo de unidad o universalidad, frente al de escisión o fragmentación, de forma que una sola es la ley que rige la totalidad de la sucesión, cualquiera que sea la naturaleza, mobiliaria o inmobiliaria, de los bienes y el lugar de su ubicación.

Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (vid., entre otras, las SSTs de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999, y la Resolución de 20 de enero de 2011). Es decir,

no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. arts. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid., entre otras, las Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005).

Resolución de 15-11-2012
(BOE 26-12-2012)
Registro de El Vendrell

SEGURO DECENAL: ENAJENACIÓN POR EL AUTOPROMOTOR DENTRO DEL PLAZO DE DIEZ AÑOS.

De acuerdo con la Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, en su redacción dada por la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución del seguro decenal, salvo que el autopromotor al que se eximió en el momento de la declaración de la obra nueva de la suscripción del referido seguro, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

Resolución de 15-11-2012
(BOE 26-12-2012)
Registro de Vic, número 2

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: MODIFICACIÓN DE REPARCELACIÓN INSCRITA.

En el caso debatido es claro que, habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación, y estando ya inscrito y bajo la salvaguardia de los tribunales (*ex art. 1 de la Ley Hipotecaria*) no cabe ya, ni so pretexto de la realización de una operación jurídica complementaria de la reparcelación *ex artículo 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística*, introducir en aquel una modificación del alcance que la que ahora se cuestiona (que desborda claramente lo que es un mero error material o de hecho o una previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa), que conculcaría, además, el propio régimen establecido para la revisión de los actos administrativos —cfr. arts. 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común—. En consecuencia, y no habiéndose seguido el referido procedimiento administrativo, no cabe acceder al reflejo registral de la modificación pretendida si no media el consentimiento del titular registral afectado o la oportuna resolución judicial.

Resolución de 16-11-2012
(BOE 26-12-2012)
Registro de Felanitx, número 1

OPCIÓN DE COMPRA: EJERCICIO.

En caso de ejercicio de una opción de compra, al delimitar los requisitos y garantías que deben adoptarse, este Centro Directivo ha entendido que si no hay sobrante por coincidir el precio con el importe adeudado por los gravámenes anteriores y preferentes a la opción que pesaban sobre la finca, el comprador podía retener el precio para el pago de dichas cargas preferentes, con lo que podría no quedar sobrante para los acreedores posteriores. No obstante, debe examinarse las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Resolución de 16-11-2012
(BOE 26-12-2012)
Registro de Icod de los Vinos

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el procedimiento de inmatriculación por título público, si el registrador tiene dudas fundadas sobre la posibilidad de que la finca que pretende acceder al Registro coincide en todo o en parte con otra ya inscrita, lo procedente es acudir al procedimiento previsto en los artículos 300 y 306 del RH.

Resolución de 19-11-2012
(BOE 26-12-2012)
Registro de Madrid, número 20

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

La cuestión que se plantea en el presente recurso ya había sido resuelta por esta Dirección General (véase Resoluciones señaladas en los «Vistos») para supuestos de ejecución hipotecaria en colisión con procedimientos concursales, en relación con los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal en su redacción original, es decir, por Ley 22/2003, de 9 de julio, y por tanto para ejecuciones anteriores a la reforma por Ley 38/2011, que únicamente ha corroborado el criterio ya sostenido jurisprudencialmente, relativo a la necesidad de que para continuar la ejecución concursal al margen del juez del concurso es preciso que se acredite por el Juzgado de lo Mercantil encargado del concurso que los bienes no están afectos a la actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva.

Resolución de 19-11-2012
(BOE 26-12-2012)
Registro de Villaviciosa

PUBLICIDAD FORMAL: EMISIÓN DE NOTAS SIMPLES ENTRE DISTINTOS REGISTROS.

No cabe articular el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a la información registral por otro mecanismo que el sistema FLOTI, que es el aplicativo tecnológico establecido por el Colegio de Registradores en cumplimiento de la encomienda de este Centro Directivo. Debe descartarse el uso del telefax, dada su falta de garantía para el cumplimiento de los requerimientos de la legislación de protección de datos. El registrador ante el que se presente la petición, para permitir a todos los interesados el uso del sistema y evitar que esta exigencia se convierta en la llamada discriminación tecnológica, realizará la petición que le solicite el particular por el sistema FLOTI y el registrador que expida la publicidad la remitirá, por este conducto, según se solicite, a la dirección de correo del interesado o a la del registrador remitente quien, tras recibirla por ese conducto, la entregará al interesado. Cuando la petición de información no se hace presencialmente ante el registrador competente por razón del archivo que contiene los datos y, por ello responsable único del mismo, esta identificación no puede ser realizada por aquel. Cuando la petición se hace por medios telemáticos es el sistema autorizado, que debe contener los mecanismos seguros de identificación quien lo hace. Pero cuando la petición se hace personalmente ante otro registrador distinto del titular de archivo, la tarea de identificación recae, bajo su responsabilidad, sobre el registrador que recibe la petición y que ha de asegurar que solo esta persona la recibe, evitando así cesiones incontinentes de las que sería responsable. Dentro de esa competencia el registrador que recibe la petición está obligado a apreciar el interés del peticionario, en su aspecto externo podría decirse, debiendo negar el comienzo del procedimiento caso de apreciar su inexistencia. Pero esta apreciación del interés legítimo por el registrador receptor de la petición no elimina la obligación que tiene el registrador titular del archivo que contiene los datos personales, quien, teniendo en cuenta además, el contenido de los asientos valorará ese interés a los efectos de expedir la información o no y el contenido de esta.

Resolución de 20-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Chinchón

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: INTERESADOS.

En relación con la pretensión de que se tenga en cuenta su oposición a la práctica de determinados asientos registrales relativos a una concreta finca que no es propiedad del recurrente, aunque es colindante con la suya, debe desestimarse, toda vez que no está previsto en la Ley Hipotecaria la práctica de ningún asiento registral cuyo exclusivo objeto sea el acceso al folio de una finca perteneciente a otro titular registral de la negativa de un colindante a futuras modificaciones en aquella finca. Aunque el titular de una finca colindante a otra tiene un interés concomido, directo y legítimo para acceder a la publicidad formal de esta, no lo

tiene sin embargo para que se le dé información de los detalles (defectos apreciados por el registrador al calificar un determinado título) de un procedimiento registral en el que no ha sido parte.

Resolución de 21-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Granada, número 3

CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES: REQUISITOS.

Ni en la sentencia de instancia ni en la de apelación resulta una identificación de la finca a que se refieren en términos equiparables a la registral, ni constan los datos registrales de la finca; tampoco resulta cual sea la concreta escritura pública que contiene el negocio anulado (nombre del notario autorizante, fecha de autorización, número de protocolo). Dichos datos solo aparecen en la solicitud que hace el actor al Juzgado para que emita los testimonios y mandamientos. Además no puede pretenderse la cancelación de derechos reales inscritos con posterioridad al del dominio del comprador que ahora es declarado nulo, porque los titulares de los mismos no han sido parte en el procedimiento.

Resolución de 21-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Segovia, número 3

CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES: REQUISITOS.

Para la inscripción de excesos de cabida no está previsto como título la certificación catastral descriptiva y gráfica, ya que el artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario la considera como un medio de acreditar el exceso de cabida, lo mismo que el de un certificado de técnico competente cuando es inferior a la quinta parte, pero ni uno ni otro constituyen según dicho precepto títulos para la inscripción. Todo documento relativo a modificaciones del Registro, como es en este caso, la superficie inscrita de la finca, debe tener la correspondiente nota de la Oficina Liquidadora competente en que conste la liquidación, exención o no sujeción, es decir, que no se prejuzga que el documento haya de pagar el impuesto, sino que corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora, que es la que calificará, a efectos de liquidación, lo que proceda, conforme a lo dispuesto en el artículo 254.1 de la Ley Hipotecaria, que se remite al pago de impuestos, solo «si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir», por lo que tal devengo o no, corresponde apreciarlo a la Oficina Liquidadora, que es la que decidirá si la solicitud de inscripción de exceso de cabida constituye o no un nuevo acto o contrato respecto a la escritura pública de compraventa anteriormente liquidada. No puede rechazarse la inscripción de un exceso de cabida alegando dudas sobre la identidad de la finca, si sólo se aduce como causa la magnitud del exceso (que, por otro lado, en este caso no excede de la quinta parte) sin ninguna otra justificación.

Resolución de 22-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Lugo, número 1

NOVACIÓN DE HIPOTECA: AMPLIACIÓN DE PLAZO Y RANGO HIPOTECARIO.

Concluye el Centro Directivo que la correcta interpretación del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, es la de considerar que son dos los supuestos en que una novación de un préstamo hipotecario puede provocar que en la parte novada no se mantenga el rango hipotecario inicial: el de incremento de la responsabilidad hipotecaria, y el de la ampliación del plazo de amortización. Sin embargo, mientras que en el primero de los casos, para mantener el rango hipotecario, se requiere el consentimiento de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca novada, en el supuesto de ampliación del plazo solo será necesario el de los titulares de derechos inscritos, no el de los de las anotaciones de embargo.

Resolución de 23-11-2012
(BOE 26-12-2012)
Registro de Fraga

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC.

Como se ha reiterado en numerosas ocasiones (cfr. Resolución de 18 de junio de 2011, entre otras muchas citadas en los «Vistos» de la presente), con la interpretación sentada por la Instrucción de este Centro Directivo, de 12 de diciembre de 2000, quedó claro que, para las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, no era necesario ordenar nuevas prórrogas, según el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe su cancelación por caducidad.

Resolución de 23-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Paterna, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

El principio de tracto sucesivo impide practicar una anotación de demanda sobre una finca inscrita a nombre de una sociedad mercantil que no ha sido parte en el proceso judicial.

Resolución de 26-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Benidorm, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Al haberse realizado un acto de disposición o enajenación por persona distinta del titular registral, este o sus herederos o causahabientes no pueden sufrir en el Registro las consecuencias de la indefensión y por estar los asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales, la tangibilidad de los mismos está supeditada a que medie el consentimiento de su titular o sus herederos debidamente acreditados como tales, o en su caso una resolución judicial firme en procedimiento entablado contra los mismos. Fallecido este, debió otorgarse el documento privado por sus herederos, así como también el otorgamiento de la escritura de elevación a público del citado documento privado. Y aunque en la escritura manifieste la otorgante que es la heredera del titular, debe acreditarlo jurídicamente con el título sucesorio, lo que no se le ha acreditado al registrador.

Resolución de 26-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Sanlúcar de Barrameda

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Como tiene declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), es cierto que con la inscripción de la condición resolutoria explícita se confiere eficacia real a la eventual acción resolutoria del contrato y se evita la no afectación a terceros que por reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria harían inoperante ese juego resolutorio. Ahora bien, de estas consideraciones no puede concluirse que la sentencia declarativa de la resolución de la permuta dictada en pleito entablado solo contra uno de los permutantes, permita la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último. Por el contrario, es necesario tener en cuenta: *a)* que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; *b)* que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; *c)* que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; *d)* que no se ha solicitado, ni por tanto, practicado, anotación preventiva de demanda; y, *e)* que los titulares de tales asientos no solo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución— es necesario que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado.

Resolución de 27-11-2012

(BOE 19-12-2012)

Registro de Logrosán

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: FINCA DISCONTINUA.

Tanto la expresión del artículo 24 de la Ley de Explotaciones Agrarias como su finalidad, es la de prohibir la formación de «parcelas» inferiores a la unidad mínima de cultivo, sin exceptuar el supuesto de que esas parcelas formen una sola finca registral discontinua, pues esta no se incluye entre las excepciones del artículo 25 de la propia Ley. En la escritura objeto de calificación se alude expresamente a la formación de tres «parcelas», por lo que la inclusión dentro de la prohibición del artículo 24, es clara, al haberse formado tres parcelas, dos de las cuales están muy por debajo de la unidad mínima de cultivo. Al propio tiempo, para la formación de finca registral discontinua se exige que exista una relación o conexión de dependencia de alguna de las porciones con la finca o fincas que se consideren principales, por acreditarse objetivamente que están en una situación de dependencia o servicio con la misma de carácter permanente por razón de la propiedad y no por un arrendamiento. O caso de no poderse hablar de porción principal y dependiente, que las dos porciones se encuentren en situación objetiva de mutua dependencia o servicio común de fincas resultantes de la titularidad de la propiedad y no del mero arrendamiento.

Resolución de 27-11-2012

(BOE 19-12-2012)

Registro de Narón

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.

La modificación del título constitutivo que implica la ampliación de obra nueva sobre uno de los departamentos, requiere el consentimiento de los titulares de los restantes pisos y locales del edificio.

Resolución de 28-11-2012

(BOE 19-12-2012)

Registro de Madrid, número 4

EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA.

Cuando se da el supuesto previsto en el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de ausencia de postores o de existencia de posturas por debajo de los porcentajes establecidos, y adjudicada la finca por falta de ofrecimiento de mejor postura por parte del deudor, dicha circunstancia debe constar en el título presentado a Registro, aunque no es preciso acreditar que se requirió al deudor para que pudiera ejercitar este derecho.

Resolución de 28-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Valencia, número 10

USUFRUCTO GANANCIAL: MODALIDADES Y SU INCIDENCIA EN LA EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

La posibilidad de la aplicación del régimen del artículo 521 del Código Civil al supuesto del usufructo vitalicio adquirido durante el matrimonio con carácter ganancial, ya fue admitida por la Resolución de este Centro Directivo, de 10 de julio de 1975, en base «a lo que resulta del título constitutivo, reflejado en los asientos registrales». En efecto, esta Resolución, recaída en un supuesto análogo al ahora considerado de venta de la nuda propiedad de un bien ganancial reservándose el vendedor el usufructo vitalicio para sí y para su esposa (con lo que solo se consolidaría el pleno dominio a favor del comprador al fallecimiento de ambos esposos), declaró que la disposición del usufructo en tal caso por el cónyuge superviviente no requería la previa adjudicación en liquidación de la sociedad de gananciales, «dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio, queda necesariamente extinguido a la muerte del usufructuario, y o se produce la consolidación en la persona del nudo-propietario, o bien, tal como ocurre aquí, según se deduce del título constitutivo reflejado en los asientos registrales y de acuerdo además con los artículos 521 y 987 del Código Civil, acrecerá al otro usufructuario que podrá disponer de su derecho». Si no es necesario para la constitución de la hipoteca más que el consentimiento del nudo propietario y del usufructuario sobreviviente, tampoco es necesario que la demanda se dirija contra el resto de los herederos del usufructuario premuerto (cfr. art. 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 29-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Parla, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NOTIFICACIÓN AL DEUDOR NO HIPOTECANTE.

La notificación y requerimiento de pago al deudor no hipotecante es un requisito necesario para la inscripción del decreto de adjudicación en el procedimiento de ejecución de hipoteca.

Resolución de 29-11-2012
(BOE 19-12-2012)
Registro de Sevilla, número 8

HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN RECONOCIMIENTO DE DEUDA A FAVOR DE VARIOS ACREEDORES.

La doctrina de este Centro, en relación con el reconocimiento de deuda, afirma que estamos ante un negocio lícito que encuentra su justificación en la concurrencia de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para el nacimiento de las obligaciones, como ha afirmado en repetidas ocasiones nuestro Tribunal Supremo

(vid. «Vistos»). Concurriendo tales requisitos en la escritura presentada, no existe motivo de rechazo ni, como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 9 de junio de 2001, y demás contempladas en los «Vistos») puede el registrador cuestionar la veracidad intrínseca de las afirmaciones que las partes llevan a cabo en el documento público. Es en el ámbito del procedimiento judicial donde, con plenitud de medios de conocimiento, pueden las personas, con interés acreditado, plantear sus pretensiones acerca de la validez y eficacia de la obligación reconocida ya por cuestiones que afecten al consentimiento, al objeto o a la causa negocial (STS de 6 de marzo de 2009). Pero en el estrecho ámbito en el que se desenvuelve el procedimiento registral no procede entrar en cuestiones reservadas al conocimiento judicial si, como ocurre en el caso que nos ocupa, el contenido del título presentado es suficiente a los efectos de la inscripción. Resultando de la documentación presentada la existencia de la obligación y pactada su cobertura hipotecaria en términos que se adecuan a las exigencias que para su acceso al Registro de la Propiedad exige la legislación hipotecaria, no puede rechazarse la inscripción por otros motivos que, de concurrir, exigen un expreso pronunciamiento judicial. Si la hipoteca garantiza una obligación constituida a favor de varios acreedores de forma mancomunada, es decir, en mano común, y no parciaria, no es necesario la determinación de las respectivas cuotas en las que resultarían titulares del derecho de hipoteca.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 17-1-2012
(BOE 26-11-2012)
Registro Mercantil de Lleida

CUENTAS ANUALES. INFORME DEL AUDITOR SOLICITADO POR LA MINORÍA. CIERRE REGISTRAL.

Para efectuar el depósito es necesario el informe del auditor designado por el registrador a petición de la minoría, aunque la resolución de designación no sea aún firme por haber sido recurrida ante la Dirección General. No puede sustituirse ese informe por otro emitido por un auditor designado voluntariamente por la sociedad.

Si la hoja social se halla cerrada por falta de depósito de cuentas de un ejercicio, no pueden depositarse las del siguiente.

Resolución de 2-10-2012
(BOE 26-11-2012)
Registro Mercantil de Alicante

CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITOR SOLICITADO POR LA MINORÍA.

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el informe del auditor cuando, en las sociedades no obligadas por ley

a la verificación contable, se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral.

Resolución de 2-10-2012
(BOE 26-11-2012)
Registro Mercantil de Madrid

ACUERDOS SOCIALES. CERTIFICACIÓN DE LAS ACTAS.

La persona que expide la certificación de un acuerdo social cuya inscripción se pretende, en este caso el depósito de cuentas, debe tener su cargo inscrito y vigente en el momento de emitirla. La inscripción de su cargo debe resultar de la hoja social sin contradicción alguna, todo ello en virtud del principio de tracto sucesivo. En el supuesto contemplado, a la fecha de la expedición se había dictado auto nombrando administrador judicial y suspendiendo al órgano de administración en todas sus funciones. Así resulta de la inscripción que motivó dicho auto.

Resolución de 4-10-2012
(BOE 12-11-2012)
Registro Mercantil de Zaragoza

LIQUIDACIÓN. ACREEDORES.

(Es una reiteración de la Resolución de 2-7-2012). Se cambia el criterio de la Resolución de 29-4-2011. El pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad. En el caso de no existir haber social para su pago, el procedimiento legal previsto es el concurso de acreedores, aunque solo exista uno.

Desde el punto de vista de la legislación mercantil no se puede someter a la Junta General el balance final de liquidación si no se han concluido las operaciones de liquidación entre las que se incluye el pago de los acreedores; y no se puede otorgar la escritura de extinción y cancelar los asientos registrales si existen acreedores pendientes de pago, sean varios o uno solo. Otra solución sería injusta y produciría indefensión.

Desde el punto de vista de la legislación concursal, un único acreedor está legitimado para solicitar la declaración de concurso; el juez es el que debe decretar la conclusión del concurso de persona jurídica por falta o insuficiencia de bienes, su extinción y la cancelación de su inscripción en los registros públicos.

Debe rechazarse la extinción y cancelación de una sociedad en el Registro Mercantil cuando la inexistencia de bienes solo resulta de meras manifestaciones de liquidador sin intervención pública o jurisdiccional, sin prueba que garantice su veracidad y sin el conocimiento ni intervención de la persona que va a resultar perjudicada por la extinción y cancelación de la sociedad.

Resolución de 6-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro Mercantil Central

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

No se considera que haya identidad entre la denominación solicitada «A.Y.G. Asesores, S. A.» y la existente «A.G.E. Asesores, S. L.» ni desde el punto de vista fonético ni desde el gráfico.

Resolución de 9-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro Mercantil de Barcelona, VII

TRANSFORMACIÓN. COBERTURA DEL PATRIMONIO. AUMENTO. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS. FECHAS.

Si la sociedad anónima, en el momento de la transformación, no tiene el patrimonio suficiente para la cobertura del capital social en la cifra establecida para la sociedad limitada que se constituye, la operación es inviable a menos que se restablezca el equilibrio patrimonial por el procedimiento que sea (reducción por pérdidas, aportaciones de los socios imputables al neto, concesión de créditos participativos por socios o por terceros...). Esta prohibición constituye un incentivo de regularización patrimonial en interés de terceros que no tienen en la transformación derecho a oponerse. Ese equilibrio patrimonial se exige también en sede de fusiones, y escisiones, traslado internacional, y, su restablecimiento, en la reducción forzosa y disolución por pérdidas.

(Interesante exposición de los supuestos de financiación de la sociedad por los socios). Si la finalidad de la aportación es la concesión de créditos a la sociedad, por mucho que la operación se denomine como cuenta corriente, las fechas relevantes de los créditos a compensar en la subsiguiente capitalización son las correspondientes a las remesas cuyo saldo luce en el pasivo. Las referencias, a efectos prácticos, de la consolidación contable de dicho saldo, no pueden lesionar los derechos de terceros ni suponer cumplida la imperativa declaración terminante de novación real de las obligaciones que impone el artículo 1204 del Código Civil.

Resolución de 10-10-2012
(BOE 2-11-2012)
Registro Mercantil de Burgos

JUNTA. CONVOCATORIA. ORDEN DEL DÍA. WEB. ESTATUTOS. MODIFICACIÓN.

La resolución hace un recorrido por las variaciones sufridas en la aplicación del artículo 173 LSC desde su entrada en vigor. La regla que precisa cuales son los requisitos formales de la convocatoria son los estatutos y, solo en su defecto, lo previsto supletoriamente en la ley. Si los estatutos se remiten a la LSA, como en este caso, o reproducen la regulación legal supletoria, ello ha de interpretarse

en el sentido de que la voluntad de los socios es sujetarse al sistema supletorio querido por el legislador en cada momento; en este caso conforme al 173.1, según la Ley 25/2001, el vigente cuando se hizo la convocatoria: BORME y web. En el supuesto contemplado no cabe la convocatoria por web porque dicha web no constaba inscrita y ni siquiera notificada su existencia a los socios como permitía entonces la ley, por lo que debía publicarse también en un diario. No se puede convocar en web si los estatutos o la ley no contemplan o permiten esa posibilidad y sin una previa modificación estatutaria de la cláusula relativa a la forma de convocatoria. Y no se puede convocar por web aunque esa posibilidad tenga respaldo legal y estatutario si antes no se ha creado y publicado dicha web conforme establece la ley.

Por web corporativa no se quiere decir cualquier web que la sociedad tenga en internet, sino aquella que cumple con las funciones intra y extra societarias mínimas que establecen los artículos 11 bis, ter y quáter. Lo que se inscribe en el Registro Mercantil es el acuerdo social de creación de la web corporativa en junta válidamente convocada, con los requisitos de mayoría y *quórum* oportunos y la identificación de la dirección de internet que, si no figura en el acuerdo, puede completarse por declaración de los administradores, sin perjuicio de la calificación registral de estos extremos y de la comprobación de su existencia y vigente localización.

Debe darse cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 158 RRM en la escritura de modificación estatutaria.

En el orden del día deben constar todos los acuerdos a adoptar y, con claridad y precisión, los extremos que vayan a modificarse de los estatutos para que los socios asistentes y representados puedan ejercitar consciente y reflexivamente su derecho de voto y los ausentes controlar la legalidad e impugnar los que no se correspondan con el orden del día. Apunta la resolución una amplia casuística jurisprudencial y rechaza en este caso los acuerdos de redenominación con reducción y de creación de la web, no incluidos específicamente en el orden del día.

Resolución de 15-10-2012

(BOE 2-11-2012)

Registro Mercantil de Madrid.

ADMINISTRADORES. CONSEJO. *QUÓRUM* DE CONSTITUCIÓN.

No se admite la cláusula estatutaria en una S. L., según la cual el *quórum* de constitución del Consejo de administración se determina en función del número de vocales con cargo vigente. La nueva norma contenida en el artículo 247.1 LSC exige, para la válida constitución del Consejo, que concurren la mayoría de los vocales cuyo número se haya previsto en los estatutos y, si estos señalan solo el número mínimo y máximo, el determinado por el acuerdo de nombramiento. Por este motivo y en sede de anónimas, la Dirección General ha considerado, ante la pretensión de inscribir acuerdos adoptados por Consejos constituidos por un número de vocales inferior a la mitad más uno de los nombrados, que no puede entenderse que exista como tal Consejo. De entenderse, como propone el recurrente (cualquiera que sea el número de vocales con cargo vigente) el Consejo podría reunirse válidamente incluso cuando solo quedase un consejero. Cuando la Dirección General ha considerado que la existencia de vacantes no impide

la inscripción de acuerdos del Consejo lo ha hecho con la salvedad de que su existencia no impida el válido funcionamiento del órgano.

Resolución de 16-10-2012

(BOE 8-11-2012)

Registro Mercantil de Sevilla

ADMINISTRADOR. NOTIFICACIÓN 111 RRM.

La certificación fehaciente al anterior titular del cargo con facultad certificante puede hacerse en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 RN o suplirse por el consentimiento expreso de aquel. En ningún caso es imprescindible que le sea hecha de forma personal. En el segundo medio del artículo 202 se permite que se haga a cualquier persona que se encuentre en el lugar designado, incluso al portero; y si no hay nadie, que se haga constar tal circunstancia. Si el notario hace la notificación por correo y este llega a su destino, prescindiendo de cual sea la persona que materialmente reciba la carta, se tiene por realizada.

Por tanto, queda cumplido el artículo 111, haciendo la notificación o dándose por notificado el apoderado, con facultad suficiente para recibir notificaciones (que en este caso es uno de los administradores mancomunados nombrados) del anterior titular de la facultad certificante. Ello implica aún mayor seguridad jurídica que los procedimientos del artículo 202 RN.

Resolución de 17-10-2012

(BOE 8-11-2012)

Registro Mercantil de Soria

AUMENTO. RESERVAS. AUDITORÍA DEL BALANCE. CAPITAL. DESCUADRE EN SU CIFRA Y EN LA SUMA DEL VALOR DE PARTICIPACIONES.

La LSC exige la verificación contable en el aumento de capital con cargo a reservas también para las SL con la función de garantizar que el patrimonio neto contable permita la capitalización de las reservas que sean disponibles y con ello acreditar la realidad jurídica y material de la cifra de retención en interés, no solo de los socios, sino también de los terceros acreedores. No se pueden capitalizar las reservas si del balance resultan pérdidas.

Los descuadres en la cifra de capital con la suma de las participaciones ya con dos decimales deben corregirse a pesar de que la cuantía sea pequeña.

Resolución de 17-10-2012

(BOE 8-11-2012)

Registro Mercantil de Soria

REDUCCIÓN Y AUMENTO DE CAPITAL.

No se trata propiamente de una operación acordeón, puesto que la reducción no es a cero. En cualquier caso, la verificación del balance en la reducción por

pérdidas solo tiene sentido en la medida en que los intereses de los socios y acreedores se encuentren en situación de sufrir un perjuicio. Por ello la Dirección General ha afirmado la posibilidad de excluir la verificación cuando concurre el consentimiento de todos los socios y cuando los intereses de los acreedores sociales están salvaguardados por mantenerse e incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad por un subsiguiente aumento de capital. Pero no en el caso debatido en que, tras la reducción, se aumenta el capital hasta una cifra inferior a la inicial, pues la cifra de retención que implica el capital social sufre una disminución en perjuicio de los acreedores.

Resolución de 27-10-2012
(BOE 5-12-2012)
Registro Mercantil de Barcelona

JUNTA. CONVOCATORIA. UNIVERSAL. ESCRITURA. DISCORDANCIAS. RECURSO. DOCUMENTOS.

Deben constar en la certificación de los acuerdos (o en la escritura, o en el acta) los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria o las circunstancias necesarias para su consideración como universal. En este último caso, que los asistentes han acordado por unanimidad la celebración de la junta como universal.

No cabe la inscripción en caso de discordancias entre la certificación protocolizada en la escritura de elevación a público de acuerdos —que alude al cese de administrador mancomunado y nombramiento de administrador único— y el acta de la reunión que solo recoge una referencia al cese.

El recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador sin que puedan tenerse en cuenta documentos no presentados entonces.

Resolución de 12-11-2012
(BOE 14-12-2012)
Registro Mercantil de Lugo

CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITOR SOLICITADO POR LA MINORÍA. CIERRE REGISTRAL.

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el informe del auditor cuando, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral. Si el nombramiento se ha efectuado y está recurrido ante la Dirección General debe denegarse provisionalmente el depósito, si bien no se produce el cierre registral de la hoja social hasta que no transcurran 3 meses desde la resolución definitiva.

Resolución de 20-11-2012

(BOE 26-12-2012)

Registro Mercantil de Madrid, II

JUNTA. LUGAR DE CELEBRACIÓN.

Solo hay dos excepciones —además de la posible previsión estatutaria— a la necesidad de que la junta se celebre en el término municipal en que radique el domicilio social: que sea universal o en caso de fuerza mayor. Pero este último supuesto, admitido por el Tribunal Supremo, queda reservado a acontecimientos completamente extraordinarios (guerra, incendio, inundación...) que impidan la celebración en el lugar legalmente establecido. Incluso en un caso así la junta debería celebrarse en un término contiguo y de fácil acceso a los socios.

Pero, en cualquier caso, el registrador no puede entrar a valorar si se dan esos supuestos.

Resolución de 23-11-2012

(BOE 19-12-2012)

Registro Mercantil de Barcelona, XII

APORTACIÓN. FINCA HIPOTECADA.

La aportación de finca hipotecada a una sociedad puede hacerse de formas muy distintas:

- Con asunción del préstamo por la sociedad: con mera asunción interna de la deuda, o con el consentimiento del acreedor para la subrogación con liberación del socio aportante.
- Sin asunción del préstamo: ya descontando del valor intrínseco de la finca el importe de la parte viva del préstamo asumiendo una deuda con el socio por lo descontado para cuando el socio pague al acreedor; ya descontando un importe estimado por la responsabilidad en caso de impago; ya sin descuento; o como un negocio mixto de transmisión de activo —la finca— y pasivo —compromiso de pago de la deuda—.

Pero no basta con fijar un valor de la finca ya sea o no con descuento. Debe precisarse el concreto negocio de aportación realizado, resultando con claridad del título si la sociedad asume o no el préstamo o crédito garantizado con la hipoteca. Y ello sin contradicciones como las del caso analizado, en el que no se hace descuento y en un pacto adicional, como posterior a la constitución, se dice que hay asunción pero sin ajustar la valoración inicialmente dada, lo cual además puede implicar un supuesto de asistencia financiera prohibido por el artículo 150 LSC.

Resolución de 29-11-2012

(BOE 19-12-2012)

Registro Mercantil de Barcelona, XII

JUNTA. ACTA NOTARIAL. ADMINISTRADOR. ESTATUTOS. TRACTO.

La ausencia de declaración formal por parte del presidente de que la junta está válidamente constituida, con expresión de la participación de cada uno de

los socios en el capital, implica la nulidad de la misma. También es necesario expresar el resultado de la votación con que fueron adoptados cada uno de los acuerdos, referido al porcentaje de capital que votó a favor de los mismos y, en su caso, el que votó en contra.

No puede ser válidamente nombrado un administrador único, cuando los estatutos determinan como sistema de administración el de consejo, si antes no se modifican estos.

No puede inscribirse una constitución de una sociedad si el cargo de administrador que representa a la sociedad socio fundador no se inscribe previamente.

Resolución de 30-11-2012

(BOE 19-12-2012)

Registro Mercantil de Pontevedra, I

AUMENTO. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS. APORTACIÓN. DINERARIA Y NO DINERARIA.

Para compensar un crédito y convertirlo en capital es necesario acreditar el consentimiento de su titular; tanto si es un socio como si es un tercero. El consentimiento puede ser expresado en forma tácita, al votar a favor del acuerdo, o de forma expresa, al manifestarlo así en la junta. Si vota en contra del acuerdo está expresando su voluntad inequívoca de no compensar el crédito.

La resolución hace un análisis de las aportaciones, tanto dinerarias como no dinerarias.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL.—II. LA «IDONEIDAD» DE LOS ADOPTANTES: EL INTERÉS DEL ADOPTANDO Y LA IDONEIDAD DEL ADOPTANTE O ADOPTANTES PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. CUESTIONES EN TORNO AL ÓRGANO QUE ANALIZA LA IDONEIDAD.—III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA IDONEIDAD EN LA JURISPRUDENCIA.—IV. CUESTIONES JURISPRUDENCIALES POR LAS QUE SE DECRETA LA IDONEIDAD O INIDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES: LA ADOPCIÓN SE CONSTITUYE POR RESOLUCIÓN JUDICIAL. ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO CIVIL. DECLARACIÓN DE IDONEIDAD: BÚSQUEDA DE UNA PONDERADA APRECIACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS. SOLIDEZ DEL PROYECTO ADOPTIVO. DIFERENCIA DE EDAD EXCESIVA ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO. EDAD DEL ADOPTANTE E INEXISTENCIA DE PAREJA. ESTABILIDAD DEL NÚCLEO FAMILIAR. LA CRISIS MATRIMONIAL NO ES SUPUESTO DE INIDONEIDAD. POSIBILIDAD DE SOMETERSE A UNA SEGUNDA VALORACIÓN LA ADOPTANTE A FIN DE CONSEGUIR LA IDONEIDAD. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD ES UNA ACTUACIÓN SUJETA A DERECHO PÚBLICO. LOS ADOPTANTES PUEDEN COMBATIR LA DECLARACIÓN DE INIDONEIDAD APORTANDO UN INFORME IMPARCIAL Y VERAZ. TRAS UN ACOGIMIENTO DE MÁS DE UN AÑO, LOS ACOGEDORES PUEDEN SOLICITAR SER LOS ADOPTANTES DEL MENOR. ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. LA IDONEIDAD EN CATALUÑA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA) CITADAS Y ANALIZADAS.—VII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL

En materia de adopción internacional, la legislación básica viene conformada en la actualidad por la Ley 54/2007, de adopción internacional¹, la cual pone de manifiesto la trascendencia que tienen en esta nueva ordenación los principios

¹ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. *BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

contenidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989², así como el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995³.

Según el artículo 10 de la Ley 54/2007, se entiende por idoneidad de los eventuales adoptantes, la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional.

El significado de los términos adecuación y aptitud para adoptar que menciona el artículo 5 del Convenio de 1993⁴, lo aclara el informe explicativo de la oficina permanente de La Haya⁵. La adecuación supone la capacidad o cumplimiento de los requisitos jurídicos y la aptitud la satisfacción de las cualidades sociopsicológicas necesarias en orden a garantizar el éxito de la adopción, toda vez que su fracaso comportará una segunda victimización del niño, en absoluto conveniente para su interés.

Por su parte, el artículo 15 del mismo Convenio dispone que la autoridad competente del estado de recepción preparará y trasladará un informe a la autoridad del país del adoptando en el que se contenga información relativa a los adoptantes, sobre la identidad sobre la capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional, así como sobre los niños que estarían en condiciones de tener a su cargo, lo que implica una valoración predictiva sobre la aptitud para asumir una responsabilidad futura, que incluye la de las características de los niños que podrían ser adoptados, edades, número, etc.⁶.

Por su parte el apartado 2 del artículo 10 de la Ley 54/2007, establece que la declaración de idoneidad requerirá una valoración psicosocial sobre la situación

² Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

³ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. *BOE* núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

⁴ Artículo 5. Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del estado de recepción:

Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar.

Se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados.

Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

⁵ PARRA ARANGÜEN: *Informe explicativo del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Texto adoptado en la decimoséptima sesión. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (vid., pag. 45 y sigs.). <http://www.hcch.net/upload/expl33.pdf>

⁶ Artículo 15. 1. Si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.

2. Esta Autoridad Central transmitirá el informe a la Autoridad Central del Estado de origen.

personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional.

II. LA «IDONEIDAD» DE LOS ADOPTANTES

La idoneidad de los adoptantes, no es un concepto estático sino dinámico y relacional, pues ha de ponerse en relación a una concreta familia con un concreto menor por lo que dependiendo de las peculiaridades del niño habrá solicitantes que por sus características, circunstancias y capacidades serán adecuados y otros que no.

Las *motivaciones* para solicitar la adopción normalmente son muy complejas, entremezclándose la necesidad de cubrir determinadas carencias a nivel personal y la de satisfacer las necesidades de los demás⁷.

EL INTERÉS DEL ADOPTANDO Y LA IDONEIDAD DEL ADOPTANTE O ADOPTANTES PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Cada menor, dependiendo de sus particularidades, requerirá de unos padres adoptivos unas determinadas aptitudes. Por ello, puede haber familias que estén preparadas para incorporar a un menor, pero que sean inadecuadas para otro. No puede hablarse, pues, de idoneidad para cualquier niño, ya que las capacidades y recursos que es necesario implementar son distintos dependiendo de las necesidades de los concretos menores.

Establece el artículo 176 del Código Civil que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Es en base a ese interés y a la convicción de que, en su superior interés, ha de ser valorada la idoneidad de quien solicita su patria potestad, a través del proyecto adoptivo⁸.

CUESTIONES EN TORNO AL ÓRGANO QUE ANALIZA LA IDONEIDAD

Los derechos fundamentales a proteger son los de los menores desamparados que van a ser adoptados por encima del deseo de los adoptantes, resaltando que no conociéndose los concretos menores que van a hallarse en condiciones de ser adoptados, se actúa, para proceder a otorgar el certificado de idoneidad, en función de las características y perfiles psicosociales de los adoptantes y de la previsible aptitud para adoptar a unos menores u otros en función de las características y dificultades de adaptación que puedan presentar en abstracto unos u otros.

En Instancia y Apelación se analizan los distintos dictámenes periciales sobre la capacidad de los demandantes para hacer frente a una adopción internacional con garantías de éxito. En los informes debe ponerse de relieve que los adoptantes

⁷ SAP de Barcelona (Sección 18.ª), núm. 708/2005, de 7 de noviembre. AC 2006/148. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 491/2005. Ponente: Ilma. Señora María Dolores VIÑAS MAESTRE.

⁸ SAP de Valencia (Sección 10.ª), núm. 429/2005, de 4 de julio. AC 2005/1336. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 452/2005. Ponente: Ilma. Señora María Pilar MANZANA LAGUARDA.

tienen o no empatía para implicarse en los problemas ajenos y dificultades para reconocer, comprender y aceptar actitudes y sentimientos de los otros así como para establecer vínculos afectivos seguros. Puede ocurrir que los adoptantes no cuenten con recursos para responder adecuadamente si el adoptando presenta problemáticas conductuales serias, lo que es susceptible de ocurrir si el adoptando tiene mayor edad.

Alteraciones conductuales que resultan más improbables, tratándose de niños muy pequeños, pero que si tales conductas se revelan más tarde, los adoptantes pueden tener tiempo de vincularse afectivamente con el niño, resultando los problemas existentes más fáciles de superar.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA IDONEIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

El superior interés del menor es el que debe prevalecer y de los distintos dictámenes periciales deben acreditar la idoneidad para la adopción de un niño de muy corta edad.

Toda la normativa concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos, interés superior de los menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional.

Se exige que la autoridad administrativa competente compruebe la idoneidad de los adoptantes partiendo de la definición de su concepto, de la determinación de las cuestiones y aspectos a que debe referirse y del establecimiento de su plazo máximo de vigencia determinando.

La adopción solo puede tener lugar cuando las autoridades de recepción han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar. De modo que en estos casos, no puede presumirse la idoneidad —la paternidad biológica no es asimilable a la adoptiva— sino que esta debe ser acreditada.

En este sentido, la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 15 de febrero de 2011, estableció que: «La controversia suscitada debe encontrar respuesta del Tribunal bajo la inspiración del principio del *favor filii* que, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico interno, proclaman los artículos 39 CE y 2 y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996. Conforme a estos últimos, cualquier medida, judicial o administrativa que afecte a un menor habrá de estar presidida por el interés del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir»⁹.

Consideran que la pareja ha desempeñado un excelente papel como familia acogedora temporal, sin embargo, de cara al interés superior de la menor, la actual familia acogedora no constituye la mejor alternativa familiar para la adopción y también que sería imprescindible el compromiso familiar e institucional de llevar a cabo un progresivo y coordinado proceso de adopción de la menor¹⁰.

⁹ SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 15 de febrero de 2011, recurso 842/2010. Ponente: Eduardo HÍJAS FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 129/2011. Número de recurso: 842/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 306279/2011.

¹⁰ Juzgado de Primera Instancia, núm. 29 de Madrid, sentencia de 24 de febrero de 2011. AC 2011/854. Jurisdicción: CIVIL. Procedimiento núm. 928/2010. Ponente: Ilma. Señora doña M.^a Teresa del Perpetuo Socorro MARTÍN NÁJERA.

La STS de 28 de septiembre de 2009¹¹ indicó la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor y en base a ello declarar la inidoneidad de los adoptantes, cuestiones que pueden ser analizadas por los distintos órganos de la jurisdicción, y lo hizo en los siguientes términos: «Reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá».

Ello implica que el TS no puede actuar como un órgano de instancia procediendo a la revisión de la situación fáctica que se plantee, sino que debe centrarse en los aspectos jurídicos que puedan comportar la vulneración de la normativa aplicable con incidencia en el superior interés del menor.

Como señala el TS en sentencia de 6 de febrero de 2012¹², «en sentencias recientes, se ha declarado que la vulneración del interés del menor permite entrar a examinar el recurso de casación y que ello ocurre cuando la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta el principio para tomar la decisión más adecuada conforme a dicho interés»¹³.

¹¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

¹² STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de febrero de 2012, recurso 2057/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 36/2012. Número de recurso: 2057/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 12830/2012. Asentimiento a la adopción por el padre biológico del adoptando. No es necesario cuando está incurso en causa de privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. El momento en el que debe concurrir dicha causa es el de la declaración de desamparo del menor, que se produce precisamente por el incumplimiento de esos deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo. En el caso, el padre no se ocupó del niño desde el momento del nacimiento, en que fue declarado en situación de desamparo, y no consta que después de la inscripción de la filiación paterna tras el ejercicio de la oportuna acción por parte del padre, este tomara ninguna medida para hacerse cargo del hijo.

¹³ Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, «[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho» (STS 523/200, de 24 de mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el artículo 154 del Código Civil, de modo que la STS 998/2004, de 11 de octubre (LA LEY 211395/2004) confirmaba una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 de mayo (LA LEY 114792/2005)). O bien, cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre (SSTS 10/1993, de 20 de enero y 415/2004, de 24 de abril).

Vistos ya los casos en que se produce una causa de pérdida de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, a continuación debe prestarse atención al momento en que debe concurrir y ello a los solos efectos de la prestación del asentimiento del padre que el artículo 177.2 del Código Civil exige para la constitución de la adopción. La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está

Así la STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de noviembre de 2011¹⁴, dice que «esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el juez ha aplicado correctamente el *principio de protección* de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS 579/2011, de 22 de julio¹⁵; 578/2011, de 21 de julio¹⁶ y 641/2011, de 27 de septiembre¹⁷, entre otras)»¹⁸.

produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue.

Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del interés del menor.

¹⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de noviembre de 2011, recurso 228/2010. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 800/2011. Número de recurso: 228/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 223545/2011. Impugnación por la madre de las resoluciones que declararon la situación de acogimiento de sus dos hijas debido a la enfermedad mental que padecía. Estimación de la demanda. La mejoría de la madre, que le permite asumir los deberes inherentes a la patria potestad, determina la recuperación de la misma, que había sido suspendida, sin perjuicio del seguimiento que puedan efectuar los servicios públicos para evitar que se ocasione de nuevo un perjuicio al interés de las menores.

¹⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, recurso 813/2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 579/2011. Número de recurso: 813/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 119736/2011. Denegación de la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores. Excepcionalidad de la medida según el artículo 92.8 del Código Civil. Se refiere a que puede ser adoptada por el juez a falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas para acordarla. Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

¹⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de julio de 2011, recurso 338/2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 578/2011. Número de recurso: 338/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 119737/2011. Denegación de la guarda y custodia compartida. Valoración de los informes psicosociales emitidos. Corresponde al juzgador de instancia y solo puede ser impugnada por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Prohibición de hacer supuesto de la cuestión.

¹⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de septiembre de 2011, recurso 1467/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 641/2011. Número de recurso: 1467/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 183864/2011. Denegación de la guarda y custodia compartida. Falta de concurrencia de requisitos necesarios para la aplicación de la Ley 5/2011, de la Comunidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos padres no conviven. La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor. En el recurso de casación el recurrente se limita a cuestionar los razonamientos de la sentencia recurrida, oponiendo sus propios argumentos sobre la conveniencia general o no de la guarda y custodia compartida, sin hacer más referencias al caso concreto que las relativas a la prueba.

¹⁸ El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos. En el caso actual no es posible revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida porque los criterios utilizados no son contrarios al interés de las menores ya que:

- 1.º La valoración de la prueba pone de relieve la evolución favorable de la madre y su capacidad para hacerse cargo de las menores en el momento actual.
- 2.º De ahí deduce que el interés de las menores se halla protegido en el momento en que se comprueba que la madre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad y cuenta con ayuda familiar.

IV. CUESTIONES JURISPRUDENCIALES POR LAS QUE SE DECRETA LA IDONEIDAD O INIDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES.

En general, lo que se busca con la idoneidad de un adoptante/s en la institución es la necesidad de determinar si la persona o familia tiene capacidad para procurar el desarrollo integral del menor y una aptitud educadora adecuada, garantizar la cobertura de las necesidades del menor y el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente y más específicamente la de garantizar que la persona o familia pueda ofrecer al menor la estabilidad, el cuidado y el respeto a sus señales de identidad que permitan su desarrollo integral.

LA ADOPCIÓN SE CONSTITUYE POR RESOLUCIÓN JUDICIAL. ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO CIVIL

La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Es en base a ese interés y a la convicción de que, en su superior interés, ha de ser valorada la idoneidad de quien solicita su patria potestad, a través del proyecto adoptivo, por lo que se procede a revisar la declaración administrativa de declarar a los solicitantes inidóneos, con la también convicción de que de no serlo no se estará privando a un menor de esa alternativa sino a los solicitantes de ese concreto proyecto, pues aquel puede alcanzar ese mismo estatus de entre otros padres con idéntico proyecto¹⁹.

DECLARACIÓN DE IDONEIDAD: BÚSQUEDA DE UNA PONDERADA APRECIACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Para resolver el delicado problema de la idoneidad o no de unas personas para poder ser padres adoptivos, de acuerdo con el artículo 176 del Código Civil, es necesario hacer una ponderada apreciación de las circunstancias del caso que evite tanto abrir las puertas de esta forma de filiación a personas que no reúnen las condiciones idóneas para ello, como la frustración de las legítimas aspiraciones de ser padre o madre, encuadrable en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 CE y del propio éxito de una adopción, que podría verse abortada por un enjuiciamiento excesivamente riguroso de las peculiaridades de los seres humanos²⁰.

3.º En cualquier momento, la Administración Pública puede revisar la situación de las niñas, que pueden volver a ser atendidas si se demuestra el empeoramiento de la situación psicológica, laboral o social de la madre. Es decir, la medida del acogimiento produce siempre una situación provisional, del mismo modo que la recuperación de la guarda y custodia suspendida.

4.º El informe del Ministerio Fiscal es favorable a dicha recuperación.

¹⁹ SAP de Cádiz (Sección 5.ª), núm. 308/2009, de 22 de junio. AC 2009/1464. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 97/2009. Ponente: Ilmo. Señor don Ángel Luis SANABRIA PAREJO.

²⁰ SAP de Cádiz (Sección 5.ª), núm. 308/2009, de 22 de junio. AC 2009/1464. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 97/2009. Ponente: Ilmo. Señor don Ángel Luis SANABRIA PAREJO.

Los informes psicológicos y sociales que sirven de base a la resolución administrativa consideran son los que concretan que existe falta de motivación o que resulta inadecuada la motivación de la adopción: «...las conclusiones a que se llega en los mismos no supone que se pongan en tela de juicio en absoluto las habilidades parentales de los apelantes, sino que al encontrarnos ante una adopción internacional y dada la edad que habría de tener el menor adoptando, los problemas que puedan plantearse dada su procedencia y sus características étnicas, culturales y sociales, hacen que hayamos de ser más rigurosos con las condiciones de los adoptantes en cuanto que los problemas que puedan plantearse para la adaptación del menor a su nuevo entorno pueden tener una evidente trascendencia con respecto al mismo, y no ha de olvidarse cual es el interés superior al que ha de orientarse la adopción»²¹.

SOLIDEZ DEL PROYECTO ADOPTIVO

En caso de ser un proyecto poco elaborado e insuficientemente reflexionado donde se obvian las dificultades inherentes a todo proyecto adoptivo se otorga la idoneidad de los adoptantes. Por ejemplo, una de las dificultades se encuentra en que no se es consciente de la diferencia generacional ni de las consecuencias que podría tener en la integración y evolución de un niño²².

DIFERENCIA DE EDAD EXCESIVA ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO

La edad media para adoptar, dependiendo de la edad del menor, es de cuarenta o cuarenta y tres años, y los actores tienen cuarenta y ocho de media. No existe declaración de idoneidad para la adopción.

En base a esta circunstancia, la Comisión de tutela del menor de la Comunidad de Madrid acuerda desestimar la solicitud de adopción de los actores en base a que la diferencia de edad es superior a los cuarenta años, lo que contradice la legislación vigente en materia de adopción...²³

La diferencia generacional sería excesiva con el futuro hijo y comprometería, a medio plazo, la viabilidad del proyecto adoptivo, al tener que enfrentarse en el futuro al doble estrés de atender y educar a un menor y al proceso natural de envejecimiento de la solicitante.

Esta circunstancia también podría exponer al menor a una nueva situación de pérdida debido a una orfandad temprana²⁴.

²¹ SAP de Cádiz (Sección 5.ª), núm. 308/2009, de 22 de junio. AC 2009/1464. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 97/2009. Ponente: Ilmo. Señor don Ángel Luis SANABRIA PAREJO.

²² SAP de Valencia (Sección 10.ª), núm. 429/2005, de 4 de julio. AC 2005/1336. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 452/2005. Ponente: Ilma. Señora María Pilar MANZANA LAGUARDA.

²³ Juzgado de Primera Instancia, núm. 29 de Madrid, sentencia de 24 de febrero de 2011. AC 2011/854. Jurisdicción: CIVIL. Procedimiento núm. 928/2010. Ponente: Ilma. Señora M.ª Teresa del Perpetuo Socorro MARTÍN NÁJERA.

²⁴ SAP de Valencia (Sección 10.ª), núm. 429/2005, de 4 de julio. AC 2005/1336. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 452/2005. Ponente: Ilma. Señora María Pilar MANZANA LAGUARDA.

EDAD DEL ADOPTANTE E INEXISTENCIA DE PAREJA

La SAP de Valencia considera que la resolución administrativa que declaró la inidoneidad de la recurrente para el ejercicio de la patria potestad adoptiva, es adecuada porque en el caso que enjuicia la adoptante —sin pareja— ha supeditado a su éxito profesional la decisión de la adopción en un momento ya tardío, piénsese que cuenta con cincuenta y ocho años de edad, y carece del apoyo que puede darle una pareja para la atención del menor²⁵.

ESTABILIDAD DEL NÚCLEO FAMILIAR

Otro requisito para considerar y declarar la idoneidad de los adoptantes se centra en la estabilidad del núcleo familiar. Precisamente son los informes los que determinan que no existe indicio alguno de que el núcleo familiar que forman el recurrente y sus dos hijas no sea estable y equilibrado desde el punto de vista afectivo (el económico no se discute); como tampoco valora la Sala con carácter negativo que el padre —dada su edad— consulte con sus hijas sobre la adopción que proyecta, sino que muy al contrario, la entiende plenamente positiva, ya que tiene un contenido finalístico claro, que no es otro que propiciar, mediante el asentimiento que se consiga de sus hijas, una mejor integración en el núcleo familiar de la persona a adoptar²⁶.

LA CRISIS MATRIMONIAL NO ES SUPUESTO DE INIDONEIDAD

En determinados casos no se puede alegar la existencia de una crisis familiar para declarar la inidoneidad de la adopción como ocurre en el supuesto del auto de la AP de Zaragoza, de 4 de marzo de 2004²⁷.

La crisis matrimonial de los cónyuges adoptantes en nada afecta a la vigencia y validez del dictamen sobre idoneidad de los mismos, en orden a la adopción de los hermanos Concepción y Pedro Miguel, emitido por el IASS en el expedien-

²⁵ SAP de Valencia (Sección 10.^a), núm. 429/2005, de 4 de julio. AC 2005/1336. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 452/2005. Ponente: Ilma. Señora María Pilar MANZANA LAGUARDIA.

²⁶ SAP de Toledo (Sección 1.^a), núm. 24/2005, de 2 de febrero. AC 2005/182. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 267/2004. Ponente: Ilmo. Señor don Manuel GUTIÉRREZ SÁNCHEZ-CARO.

Examinadas las actuaciones, no comparte la Sala la valoración probatoria del juez *a quo*. Prefiere —a la vista de la no sumisión a contradicción del informe psicológico de los Servicios Sociales de la Consejería demandada— valorar en su conjunto todos los practicados y el resto de las pruebas; y no, como se hace en la sentencia de instancia, dar preponderancia a este último.

Es lo cierto que se entiende que se infringe el principio valorativo cuando se extrae la consecuencia de que la familia de origen del solicitante —dos hijas de catorce y once años de edad— son renuentes a que se incremente el núcleo familiar con un/a posible nuevo/a hermano/a; como igualmente que se pueda motejar de inseguro al padre por la circunstancia de que consulte ese posible incremento de las unidades familiares con sus hijas.

²⁷ Auto de la AP de Zaragoza (Sección 4.^a), de 4 de marzo de 2004, rec. 571/2003. Ponente: Eduardo NAVARRO PEÑA. Número de sentencia: 139/2004. Número de recurso: 571/2003. Jurisdicción. CIVIL. LA LEY 55994/2004.

te administrativo instruido por dicha Entidad Pública con carácter previo a la propuesta de adopción por ella formulada ante el referido Juzgado de Primera Instancia, conforme al artículo 176.2 del Código Civil²⁸.

La adopción de los referidos menores por parte del ahora recurrente y de su esposa quedó constituida al alcanzar firmeza el auto de fecha 5 de mayo de 2003, adopción que devino irrevocable, conforme establece el artículo 180 del Código Civil.

POSIBILIDAD DE SOMETERSE A UNA SEGUNDA VALORACIÓN LA ADOPTANTE A FIN DE CONSEGUIR LA IDONEIDAD

El artículo 81 del Reglamento²⁹ faculta a la persona o familia declarada inidonea para formular nueva solicitud, siempre que se acredite un cambio de circunstancias.

La posibilidad de instar demanda de oposición a la Resolución inicial de inidoneidad, aportando las pruebas que se estimen oportunas para desvirtuar el informe o informes en los que la entidad pública ha fundado la declaración de inidoneidad.

La legislación actual no establece ningún plazo de caducidad para ejercitar la acción de oposición contra las resoluciones de la entidad pública³⁰.

LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD ES UNA ACTUACIÓN SUJETA A DERECHO PÚBLICO

La reclamación contra la resolución que declara la inidoneidad de una persona para ser adoptante no es una acción fundada en el Derecho Privado, sino una pretensión que pretende la revocación de una actuación sujeta al Derecho Administrativo.

²⁸ Es necesario destacar, al respecto, que dichos menores han venido conviviendo con el señor Diego y su esposa doña Mónica, tía materna de Concepción y Pedro Miguel, desde el año 1995, ostentando la guarda provisional de los mismos desde el 4 de julio de 1996, fecha en la que se dictó por dicho Juzgado, al amparo del artículo 158 del Código Civil, auto, otorgándoles el ejercicio de dicha función, acogiendo la solicitud por ellos deducida, resultando plenamente satisfactoria para los menores la convivencia con ambos cónyuges, extremo comprobado por la propia Administración Pública interviniente, al practicar las pertinentes investigaciones previas a la declaración de idoneidad de dichos esposos para la adopción que habían interesado de la misma, reflejándose en el informe de seguimiento la constatación de la mejoría que para los dos hermanos había supuesto la convivencia con su tía materna y su esposo, quienes les habían proporcionado estabilidad emocional y material, educación en buenos colegios, oportunidades de ocio, relaciones sociales y, sobre todo, afecto, habiéndose establecido fuertes vínculos afectivos con ambos esposos, quienes han demostrado capacidad y recursos personales y familiares para afrontar las necesidades evolutivas de los menores.

²⁹ Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción (Cataluña). *DOGC*, núm. 2307, de 13 de enero de 1997.

³⁰ SAP de Barcelona (Sección 18.^a), núm. 708/2005, de 7 de noviembre. *AC* 2006/148. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 491/2005. Ponente: Ilma. Señora María Dolores VIÑAS MAESTRE.

La competencia que tiene la Administración para declarar la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad a los efectos de poder ser adoptante, regulada por normas administrativas, otorga a los actos que se dicten en el ejercicio de la misma una naturaleza claramente administrativa.

Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de la misma solo podrán ser recurridas por vía administrativa y una vez que adquieran firmeza —produciéndose el fin de la vía administrativa— no será preciso ni cabrá reclamación previa alguna antes de reclamar en vía judicial y ello con independencia de cuál sea el orden jurisdiccional que deba conocer de la reclamación, puesto que la posibilidad de realizar una reclamación previa no depende de la jurisdicción ante la que pretenda acudir el interesado, sino de si su acción está o no fundada en derecho privado o laboral³¹.

LOS ADOPTANTES PUEDEN COMBATIR LA DECLARACIÓN DE INIDONEIDAD APORTANDO UN INFORME IMPARCIAL Y VERAZ

En el caso de que se hayan practicado pruebas suficientes para afirmar que no concurren en la actora circunstancias físicas, psíquicas o sociales que deban impedir que se la considere inidónea para adoptar y que en este punto la decisión de la Administración no solo carece de motivación sino que tal inidoneidad no resulta de la prueba llevada a cabo por ella, los tribunales declararán la idoneidad siempre que la prueba practicada no solo no revele datos que justifiquen la denegación de la declaración de idoneidad, sino que apoyen claramente la misma.

Las pruebas practicadas en el expediente administrativo pueden ser positivas para la actora y sus aspectos más negativos pueden no ser relevantes por la falta de preparación de quien los emite o por la falta de consistencia de sus argumentos. Los aspectos negativos pueden ser combatidos por la actora en el procedimiento mediante la aportación de un informe psicológico, de cuya imparcialidad y veracidad no existan motivos serios para dudar, y de prueba testifical con las que rebate adecuadamente los obstáculos que encuentra la Administración³².

TRAS UN ACOGIMIENTO DE MÁS DE UN AÑO, LOS ACOGEDORES PUEDEN SOLICITAR SER LOS ADOPTANTES DEL MENOR. ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO CIVIL

El Juzgado, en base al artículo 176 del Código Civil, contempla el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. La idoneidad de los demandantes ha sido acreditada a través del informe psicosocial realizado en autos y también, al menos parcialmente, por su idoneidad como acogedores en el sentido de que son personas con capacidad para cuidar, educar y alimentar a un menor, si bien con carácter temporal. Y en este sentido el artículo 176 del Código Civil permite que no sea necesaria esta propuesta en una serie de supuestos, pudiendo considerarse incurso el supuesto por analogía en el número 3 ya que, si bien el acogimiento no es preadoptivo,

³¹ SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 23 de julio de 2003. AC 2003/1431. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 3664/2003. Ponente: Ilmo. Señor don Conrado GALLARDO CORREA.

³² SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 23 de julio de 2003. AC 2003/1431. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 3664/2003. Ponente: Ilmo. Señor don Conrado GALLARDO CORREA.

ha de entenderse que se refieren a situaciones en que el menor y los adoptantes llevan más de un año juntos y con un seguimiento o control, previo y posterior por parte del organismo oportuno, como ocurre en el caso de autos por lo que procede estimar la demanda íntegramente, dejar sin efecto los acuerdos dictados y acordar la adopción de Tarsila por parte de los actores³³.

V. LA IDONEIDAD EN CATALUÑA

Las diferentes legislaciones autonómicas con normas de distinto rango y nivel, regulan los aspectos a valorar para emitir los certificados de idoneidad, si bien todas ellas deberán ser interpretadas en función de las previsiones del artículo 10 de la Ley 54/2007, posterior y en muchos casos de superior rango legal.

En *Cataluña* los artículos 70 y 71 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el *Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción*, establecía que el proceso de estudio y valoración de las personas que se ofrecen para adoptar a un menor se llevará a cabo por la Dirección General de Atención a la Infancia, siendo su finalidad la de determinar la idoneidad de la persona o familia que quiere adoptar para garantizar la cobertura de las necesidades del menor y el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente, y, específicamente garantizar que la persona o familia pueda ofrecer al menor la estabilidad, el cuidado y el respeto a sus señas de identidad que permitan su desarrollo integral.

Las circunstancias a tener en cuenta las contempla el artículo 71, entre las cuales figura la de comprobar la flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a la nueva situación que plantea la adopción.

En igual sentido, el artículo 235-45 del Código Civil catalán dispone ahora que la autoridad competente debe determinar el perfil del menor en concordancia con el de la persona o familia adoptante, para facilitar el encaje del menor y el éxito de la adopción³⁴.

³³ La menor nació en la prisión donde se encontraba su madre y donde vivió hasta poco antes de su fallecimiento, quien carecía de familia en España. La Comunidad de Madrid, por deseo de la madre, localizó al padre biológico que se encontraba en Italia para ver sus intenciones y que realizara el procedimiento judicial para el reconocimiento de la menor, quien fue acogida por los acogedores que supieron realizar de forma excepcional su labor de acogida, apoyo y cuidado de manera que la niña se encuentra perfectamente integrada y cuidada en ese núcleo familiar. Dada su cada vez mayor vinculación emocional con la niña, varían su inicial voluntad solidaria de ayudar por un tiempo determinado a ser ellos los adoptantes de la menor.

La Comunidad de Madrid, que es la tutora de la menor, considera que *la edad media para adoptar, dependiendo de la edad del menor, es de cuarenta o cuarenta y tres años, y los actores tienen cuarenta y ocho de media y que no existe declaración de idoneidad para la adopción*. Por ello desestima la solicitud de adopción de los actores.

Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, sentencia de 24 de febrero de 2011. AC 2011/854. Jurisdicción: CIVIL. Procedimiento núm. 928/2010. Ponente: Ilma. Señora doña M.ª Teresa del Perpetuo Socorro MARTÍN NÁJERA.

³⁴ Artículo 235-45. Tramitación de la adopción por la entidad pública:

1. La entidad pública competente solo debe tramitar las adopciones de menores originarios de los países en los que quede suficientemente garantizado el respeto a los principios y a las normas de la adopción internacional y la intervención debida de sus organismos administrativos y judiciales.

El artículo 88.3 del Reglamento 2/1997 dispone que el estudio y valoración se realizará teniendo presente, además, los requisitos y las circunstancias que concurran en el país al que se formulará la petición de adopción, lo cual resulta del todo lógico si se quiere garantizar el éxito del proceso. Sin embargo, *ello no supone que deban dejar de aplicarse los requisitos exigidos por la legislación española o que deba extenderse necesariamente una idoneidad no acreditada* cuando, por el transcurso del tiempo desde las primeras evaluaciones de los recurrentes, llevadas a cabo en el año 2006, emisión del certificado de idoneidad para un menor de cero a tres años en febrero de 2007, y resolución por las autoridades bolivianas del expediente en el año 2009, este país no considerase adecuado una diferencia tan elevada entre la edad de los futuros adoptantes y el niño, no admitiendo la adopción de un menor de cinco años.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de septiembre de 2012, ha indicado que el Tribunal³⁵ debe reconocer que los actores han demostrado una admirable tenacidad y persistencia en su intención de proceder a la adopción, perseverancia que merecía —dada su edad— una mayor diligencia y coordinación en la resolución de los trámites administrativos necesarios para el éxito del proceso por parte de las Administraciones públicas actuantes y entidades colaboradoras, pero, con todo, el superior interés del menor es el que debe prevalecer y de lo actuado solo ha quedado acreditada la idoneidad para la adopción de un niño de muy corta edad³⁶.

2. Para garantizar el pleno respeto a los derechos de los menores, en el caso de adopciones internacionales, la entidad pública competente ejerce las siguientes funciones:

- Adoptar medidas para evitar lucros indebidos e impedir prácticas contrarias al interés del menor.
- Reunir y conservar la información relativa a los adoptados y a sus orígenes y garantizar su acceso si la ley lo permite.
- Facilitar y seguir los procedimientos de adopción.
- Asesorar sobre la adopción y, si es preciso y en la medida permitida por la ley, hacer el seguimiento de las adopciones, si lo exige el país de origen de la persona que quiere adoptarse.
- Seleccionar las personas y familias solicitantes valorando su idoneidad de acuerdo con los criterios y procesos que mejor favorezcan el éxito del proceso adoptivo.
- Determinar el perfil del menor en concordancia con el de la persona o familia adoptante, para facilitar el encaje del menor y el éxito de la adopción.

³⁵ STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de septiembre de 2012, recurso 4/2012. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÜES. Número de sentencia: 54/2012. Número de recurso: 4/2012. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7987, Sección: La sentencia del día, de 19 de diciembre de 2012, Editorial LA LEY. LA LEY 159246/2012.

³⁶ Para una mejor comprensión de los términos en que ha quedado planteado el debate, señalaremos que los actores intentan proceder a la adopción internacional desde el año 2004, si bien por determinados problemas de salud de la señora Irene, no es sino hasta el 28 de febrero de 2007 que la Administración Pública competente declara a los señores Patricio-Irene idóneos para adoptar a un menor boliviano de entre cero y tres años. Sin embargo, las autoridades bolivianas estimaron, al finalizar el proceso, que dada la edad de los futuros adoptantes —nacido él en el año 1962 y ella en 1958— solo podían preasignarles a un menor de edad superior a los cinco años, a lo cual los señores Patricio habían prestado su conformidad (preasignado las autoridades bolivianas a un menor de cinco años y tres meses en el año 2009), pero no el ICAA (Institut Català de l'Acolliment i Adopció) que tras una nueva valoración psicosocial de los ahora demandantes, entendió que no eran idóneos para asumir la adopción de un menor de más edad a la inicialmente estimada. Siendo esa la Resolución, dictada en fecha 7-7-2009, contra la que recurrieron en vía jurisdiccional los actores.

Como se ha expuesto, los niños de más edad pueden presentar mayores problemas relacionales por la experiencia que les ha deparado el transcurso el tiempo, y, de hecho, los instantes habían solicitado un niño pequeño sin problemas físicos ni psíquicos irreversibles, mientras que el niño asignado de cinco años y tres meses, al que se refiere la resolución denegatoria impugnada, había sufrido malos tratos y abusos sexuales, por lo que el éxito de la adopción no se hallaba asegurado.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA) CITADAS Y ANALIZADAS

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de febrero de 2012, recurso 2057/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 36/2012. Número de recurso: 2057/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 12830/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de noviembre de 2011, recurso 228/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 800/2011. Número de recurso: 228/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 223545/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de septiembre de 2011, recurso 1467/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 641/2011. Número de recurso: 1467/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 183864/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 2011, recurso 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 579/2011. Número de recurso: 813/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 119736/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de julio de 2011, recurso 338/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 578/2011. Número de recurso: 338/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 119737/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009, recurso 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 15 de febrero de 2011, recurso 842/2010. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 129/2011. Número de recurso: 842/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 306279/2011.
- SAP de Cádiz (Sección 5.^a), núm. 308/2009, de 22 de junio. AC 2009/1464. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 97/2009. Ponente: Ilmo. Señor don Ángel Luis SANABRIA PAREJO.
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a), núm. 708/2005, de 7 de noviembre. AC 2006/148. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 491/2005. Ponente: Ilma. Señora María Dolores VIÑAS MAESTRE.
- SAP de Valencia (Sección 10.^a), núm. 429/2005, de 4 de julio. AC 2005/1336. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 452/2005. Ponente: Ilma. Señora María Pilar MANZANA LAGUARDA.
- SAP de Toledo (Sección 1.^a), núm. 24/2005, de 2 de febrero. AC 2005/182. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 267/2004. Ponente: Ilmo. Señor don Manuel GUTIÉRREZ SÁNCHEZ-CARO.
- SAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 23 de julio de 2003. AC 2003/1431. Jurisdicción: CIVIL. Recurso de Apelación núm. 3664/2003. Ponente: Ilmo. Señor don Conrado GALLARDO CORREA.
- Juzgado de Primera Instancia, núm. 29 de Madrid, sentencia de 24 de febrero de 2011. AC 2011/854. Jurisdicción: CIVIL. Procedimiento núm. 928/2010. Ponente: Ilma. Señora doña M.^a Teresa del Perpetuo SOCORTO MARTÍN NÁJERA.

- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de septiembre de 2012, recurso 4/2012. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. Número de sentencia: 54/2012. Número de recurso: 4/2012. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7987, Sección: La sentencia del día, de 19 de diciembre de 2012. Editorial LA LEY. LA LEY 159246/2012.
- Auto de la AP de Zaragoza (Sección 4.^a), de 4 de marzo de 2004, rec. 571/2003. Ponente: Eduardo Navarro Peña. Número de sentencia: 139/2004. Número de recurso: 571/2003. Jurisdicción. CIVIL. LA LEY 55994/2004.

VII. LEGISLACIÓN CITADA

- Instrumento de Ratificación, de 30 de noviembre de 1990, de la Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. *BOE* núm. 182, de 1 de agosto de 1995.
- Constitución Española. Artículos 39 y 2.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. *BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.
- Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. Artículo 11.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *DOGC* núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, y *BOE* núm. 203, de 21 de agosto de 2010. Artículo 235-45 del Código Civil catalán.
- Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción (Cataluña). *DOGC* núm. 2307, de 13 de enero de 1997.

RESUMEN

ADOPCIÓN IDONEIDAD ADOPTANTES

La idoneidad no es un concepto estático, sino dinámico y relacional, pues ha de ponerse en relación a una concreta familia con un concreto menor, por lo que, dependiendo de las peculiaridades del niño, habrá solicitantes que por sus características, circunstancias y capacidades serán adecuados y otros que no.

ABSTRACT

ADOPTION SUITABILITY OF ADOPTIVE PARENTS

Suitability is not a static concept. It is a dynamic, relational concept, because it must be seen in relationship with a particular family and a particular child. Therefore, depending on the unique features of the child, there will be applicants whose characteristics, circumstances and abilities make them suitable, and other applicants whose characteristics, circumstances and abilities make them unsuitable.

1.2. Familia

EL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO QUE GRAVA LA VIVIENDA FAMILIAR. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE 28 DE MARZO DE 2011 Y DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2012

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL DEBER DE CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS FAMILIARES CONSTANTE EL MATRIMONIO.—III. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.—IV. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y EL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda familiar constituye, para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación¹. Es el lugar donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Dicho

¹ SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw Hill, Madrid, 1997, págs. 39-40; GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1988, núm. 588, págs. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 11-12.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 19994/1030), que estima que es «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (*AC* 1996/1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 8 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1914); de la misma Audiencia y Sección, de 23 de abril de 1998 (*AC* 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/25749); y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003/277780), también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

lugar será normalmente un inmueble, lo que no impide que pueda ser también un bien mueble susceptible de ser habitado, como una caravana, un barco etc.². Ahora bien, no cualquier espacio físico puede considerarse como tal, sino que debe tratarse de un espacio susceptible de ser habitado³. De ahí que se excluyan, en general, del concepto de vivienda los solares, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, locales de negocio, en definitiva, cualquier espacio que desde una perspectiva objetiva, no pueda considerarse como destinado a servir de residencia o morada para las personas⁴. En todo caso, la vivienda familiar ha de entenderse, existan o no hijos, como «vivienda conyugal»⁵, y medie o no en la pareja, vínculo matrimonial, como hogar familiar o lugar donde la familia desarrolla habitualmente su vida diaria⁶. Así lo pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996⁷, cuando define la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.), y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso»⁸.

Por su parte, en la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se entiende por vivienda habitual en el artícu-

² MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 48.

³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 5 de junio de 1992 (*RJ* 1992/5371), pone de manifiesto que «la vivienda es un concepto jurídico indeterminado en torno al que paradójicamente, se ha producido, incluso, todo un cuerpo de profusa legislación especial protectora. De ella, con claridad se desprende que es aquel espacio físico donde el ser humano puede, permanentemente, desarrollar sus actividades vitales —de ahí, «vivienda»— al resguardo de agentes externos; existiendo desde la Constitución (art. 47, «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada») hasta reglamentaciones administrativas que determinan sus condiciones mínimas exigibles, todo un sistema jurídico en torno a la vivienda. De esta forma, cualquiera que sea la indeterminación jurídica, o mejor, la falta de definición legal de vivienda, resulta indudable que es un concepto de común conocimiento que se explica por sí solo».

⁴ PLANES MORENO, M.^a D., «La vivienda familiar», en *Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinador: Eduardo HIAS FERNÁNDEZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2009, pág. 943.

⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (art. 96, pág. 1, 2 y 3 del Código Civil). *Teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 49.

⁶ MORENO VELASCO, V., «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», en *La Ley*, núm. 7015, de 2 de febrero de 2009, pág. 1.

⁷ *RJ* 1996/9020. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de enero de 1995 (*AC* 1995/165), la define como «la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designio de la autoridad judicial».

⁸ La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698), afirma en este mismo sentido que, «la vivienda familiar se configura como un patrimonio, no al servicio de uno de los esposos (cualesquiera que sea la titularidad que ostenten), sino al servicio de la familia como colectividad que, por tanto, trasciende de los propios cónyuges».

lo 68.1.3, «aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de la vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas»⁹.

Es característica de la vivienda familiar la nota de habitualidad y de que se trate de vivienda usada con carácter principal (arts. 96 y 1320 del CC). Puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un arrendamiento, o en virtud de la atribución de su uso a consecuencia de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio. Asimismo, puede pertenecer en común a ambos cónyuges, o miembros de la pareja de hecho, o privativamente a uno de ellos. Si pertenece en común, dicha cotitularidad puede derivar de una comunidad ordinaria (al margen del régimen económico matrimonial), o de una comunidad conyugal.

Una de las formas de financiar la adquisición de vivienda es mediante préstamo hipotecario. Deben concurrir a su constitución en los supuestos mencionados, tanto los cónyuges como los miembros de la pareja estable por razón de su titularidad compartida (arts. 397 y 1375 y 1377 del CC). Ahora bien, no resulta imprescindible que la posición de deudor sea asumida por los dos cónyuges o por los dos miembros de la pareja; no obstante, las entidades de crédito para minimizar los riesgos de tales operaciones, suelen exigir que la posición de deudor sea asumida por los dos cónyuges (art. 1367 del CC), o miembros de la pareja, además, con carácter solidario. De forma que, si ambos cónyuges resultan deudores hipotecarios, quedarán sujetos a responsabilidad los bienes gananciales o comunes, y solidariamente los privativos de cada uno de ellos (arts. 1367, 1911 del CC, y 105 de la LH). En el caso que la vivienda habitual pertenezca a uno solo

⁹ Modificada por Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre; por Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012; por Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público; por Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad; y por Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero. El Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto-ley 439/2007, de 30 de marzo, en su artículo 54.1 considera vivienda habitual del contribuyente con carácter general, «la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como la celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas». En el apartado 2 de este mismo precepto, se destaca que, para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras. No obstante lo anterior, se entiende que la vivienda no pierde el carácter de habitual en los siguientes casos: a) Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que, necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1; b) Cuando este disfrute de vivienda habitual por razón de su cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese.

de los cónyuges para constituir hipoteca sobre la misma, será preciso, de acuerdo con el artículo 1320 del Código Civil, el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. En este último caso, solo podrá contratar la apertura de crédito o la entrega del préstamo el cónyuge hipotecante, pues, será el único que asuma la posición de deudor. Si el cónyuge no propietario presta su asentimiento, participará en la operación como deudor, exigiendo por lo general la entidad crediticia que lo haga con carácter solidario. Asimismo, puede ocurrir que el inmueble adquirido constante matrimonio con destino a vivienda familiar ya estuviese hipotecado, siendo, en estos casos de aplicación, lo previsto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

Sobre tales bases, conviene precisar que la hipoteca regulada en el capítulo III, Título XV del Libro IV (arts. 1874 al 1880 del CC), y en la legislación especial (LH de 8 de febrero de 1946; y el RH de 14 de febrero de 1947), viene a ser en nuestro ordenamiento un derecho real y accesorio que se constituye en garantía de cualquier clase de obligación (arts. 2, 104, 105 de la LH y 1861 del CC). Según ROCA SASTRE, la hipoteca es «un derecho real que ya, de momento, sujeta lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento de crédito territorial»¹⁰. En consecuencia, la legislación española configura la hipoteca como un derecho real de garantía, de realización de valor, de carácter accesorio respecto de la obligación principal asegurada (art. 1857.1.ª del CC),

¹⁰ ROCA SASTRE, R. M.ª, *Derecho Hipotecario*, T. IV, 1.º, 6.ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, pág. 121. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1997 (RJ 1997/5477) en su *Fundamento de Derecho Primero* define la hipoteca como «un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación». Asimismo, señala que «la hipoteca, pues, no es un contrato, sino un derecho real, pese al error del Código Civil de incluirla en su Libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos. La hipoteca voluntaria, haciendo abstracción de las hipotecas legales, se constituye por negocio jurídico (art. 138 de la LH) que puede ser bilateral (contrato) o unilateral, prevista, esta última, que es el caso, del presente recurso de casación, en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario: se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la *conditio iuris* de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio que, es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido; en cuya aceptación no ha establecido la ley plazo general alguno, sino que el dueño de la finca (sea el hipotecante o un tercero adquirente) puede dirigirle un requerimiento, tras el cual, si no se verifica y hace constar (por nota marginal) en el Registro de la Propiedad, la aceptación, en el plazo de dos meses, queda definitivamente ineficaz la hipoteca y puede cancelarse, a instancia del dueño de la finca». Finalmente dispone que «el negocio de constitución de hipoteca, sea bilateral (contrato) o unilateral (art. 141 de la LH) requiere los elementos esenciales de todo negocio jurídico: declaración de voluntad (en el unilateral) o declaraciones de voluntad (en la bilateral: coincidentes; consentimiento), objeto y causa. La causa, en el sentido objetivo que se desprende del artículo 1274 del Código Civil es la función económica y social, el fin objetivo e inmediato, que el Derecho reconoce como relevante. En el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación; a su vez, tal derecho real de hipoteca, ya constituido, es un derecho de carácter accesorio que solo subsiste si hay obligación garantizada».

de ahí que actúe en función de garantía del cumplimiento de una obligación de pago en dinero¹¹. Estamos, en esencia, ante la constitución de un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de proceder a tal realización por el cauce adecuado (arts. 1874 del CC, y 106 a 108 de la LH)¹². Se confiere al acreedor de manera directa un poder de realización sobre los bienes hipotecados para la satisfacción del crédito que garanticen, cualquier que sea el poseedor de los mismos (arts. 1876 del CC

¹¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1989 (*RJ* 1989/4795); y de la Sección 1.ª, de 2 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/150). Asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 22 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5329); de 6 de junio de 1998 (*RJ* 1998/5226); y de 5 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999/7780); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 28 de enero de 2000 (*AC* 2000/46); y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 25 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/199856).

¹² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1995 (*RJ* 1995/7022), precisa en su *Fundamento de Derecho* 5.º: «(...) El pacto de hipoteca genera, partiendo del derecho de dominio, un nuevo derecho real, de menor entidad y cualitativamente distinto, que se transmite o deriva de otro sujeto, el acreedor hipotecario, y cuyo contenido es la adquisición del derecho de realización del valor de la cosa hipotecada, para el supuesto de que el obligado principal no cumpla la obligación. Sujeta directa e inmediatamente la cosa sobre la que recae al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH), y ello cualquiera que sea su poseedor. El acreedor hipotecario adquiere, pues, un derecho real que disminuye el derecho del propietario de la cosa. Cuando el deudor es dueño de la cosa, además de haber enajenado el poder de realización del valor de la cosa, responde con todos sus bienes presentes y futuros, en virtud de la responsabilidad patrimonial universal (art. 105 de la LH), salvo que al constituirse la garantía real accesoria, en que consiste la hipoteca, se haya hecho expresa limitación de la responsabilidad mediante pacto permitido por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria. El hipotecante dueño es, pues, deudor principal y, además ha sujetado bienes concretos al pago de la deuda principal, pero de modo tal que, si al realizar el valor no se obtuviera dinero suficiente para cumplir la obligación, sería posible perseguir el cumplimiento con otros bienes de su patrimonio. Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor; baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si este es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105. Lo mismo sucedería en caso de pérdida o destrucción de la cosa, sin culpa del hipotecante que determinaría la extinción de la hipoteca, sin que su patrimonio quede sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada. En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto (si no es solidario) a la *conditio iuris* del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable *erga omnes*». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/8430), señala que «(...) como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercuten por su necesaria accesoria. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad jurídica de los préstamos, es jurídicamente su causa, y la que estructura en consecuencia toda normativa sobre la hipoteca, por lo que puede decirse que, si se cumple, el negocio de constitución de la misma tiene causa y está protegido por la Ley». Vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5979); y de 27 de julio de 1999 (*RJ* 1999/6083).

y 104 de la LH), y, asimismo, tiene un efecto *erga omnes*, pues, aquellos quedan sujetos al *ius distraendi* del acreedor.

Aunque la hipoteca se regule en el Código Civil en el Libro IV de los contratos, no tiene otro alcance que determinar el cauce de su constitución por negocio jurídico, bilateral o unilateral, que, en nuestro objeto de estudio será el correspondiente préstamo hipotecario. Como tal derecho real accesorio de garantía exige su constitución en escritura pública y su necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad, tal como impone el artículo 145 de la Ley Hipotecaria¹³. Asimismo, como carga a efectos reales subsiste en el mismo rango aún en el caso de enajenación o gravamen posterior del inmueble.

El contrato de préstamo hipotecario se perfecciona, como cualquier contrato, desde que las partes consienten en obligarse y, en consecuencia, obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado (el llamado *pacta sunt servanda* —arts. 1254, 1255, 1258 y 1278 del CC—), no pudiéndose dejar al arbitrio de una de las partes contratantes su cumplimiento (art. 1256 del CC), ni que estas se puedan desligar unilateralmente del mismo, pues lo acordado voluntaria y libremente por las partes tiene fuerza de ley entre las mismas (*lex contractus* —art. 1091 del CC—). Esto rige en todos los contratos, incluso en los de adhesión, donde se mantiene la libertad de contratar (celebrar o no el contrato), no así la libertad contractual, esto es, la posibilidad de establecer cualquiera de las partes las cláusulas que estimen pertinentes para su acuerdo o pacto posterior.

De forma que la fuerza vinculante de la *lex privata*, derivada de la voluntad de las partes y plasmada en el contrato, determina que ninguna de ellas puede desconocerla, pretendiendo la inexigibilidad de los compromisos voluntariamente asumidos, ni modificaciones posteriores de aquel en fase de ejecución, sin quebrantar el principio de inmutabilidad del contrato (*pacta sunt servanda*). No obstante, si la aplicación estricta de la ley aplicable puede provocar efectos perniciosos, y se contempla utilizar el mecanismo integrador de la equidad para mitigarlos, porque no hacer lo mismo cuando tales efectos indeseables los provoca la aplicación estricta de la *lex contractus*¹⁴. Aunque también es cierto que en nuestra doctrina y sobre todo nuestra jurisprudencia han previsto remedios de revisión judicial del contrato, tomando en consideración la posible alteración sobrevenida de las circunstancias sobre las que se sustentó la base del contrato y los efectos que pueden tener sobre los mismos, sobre todo si son de tracto sucesivo de cierta duración o en aquellos en los que la prestación única exigen una ejecución diferida con la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*¹⁵.

¹³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 1996 (*RJ* 1996/2881); de la Sección 1.ª, de 17 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/8083); y de la Sección 1.ª, de 6 de julio de 2009 (*RJ* 2009/4453), que añade, como requisito de la hipoteca, la propiedad del hipotecante sobre el bien hipotecado. Asimismo, vid., las Resoluciones de la DGRN de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5984); de 28 de abril de 1999 (*RJ* 1999/2223), que impone la determinación de la obligación garantizada; y de 14 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/10031); y el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 31 de julio de 1993 (*AC* 1003/1394).

¹⁴ En esta línea, VIVAS TESÓN, I., «La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación», en *Ejecución Hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, coordinador: Antonio SALAS CARCELLER, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 128.

¹⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 23 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/52108) que en su *Fundamento Jurídico* 2.º señala que: «Como regla general, y por exigencias de la seguridad jurídica, ese principio de inalterabilidad del

Ahora bien, la garantía real del bien hipotecado que representa la hipoteca, no excluye la responsabilidad personal ilimitada del deudor (arts. 1911 del CC y 105 de la LH), salvo que, como se depende del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, expresamente se pacte en la escritura de constitución que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En la práctica bancaria española lo habitual es incluir en las escrituras de constitución de hipoteca que dicha garantía real se constituye sin perjuicio de la responsabilidad de los bienes hipotecados y que, a falta de este pacto, se aplicará siempre la regla de los citados artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1911 del Código Civil, es decir, la vigencia de la responsabilidad patrimonial universal del deudor¹⁶. Efectivamente, como

contrato opera aun cuando la vida, en su continuo fluir, traiga consigo una alteración de las circunstancias, ajena a la actuación y a la voluntad de las partes. Mas a veces y sobre todo en momentos de crisis económicas, o cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva y larga duración, ese cambio de circunstancias puede hacer excesivamente onerosa para una de las partes la ejecución de lo convenido o puede convertir el contrato en objetivamente injusto. En tales supuestos, el Derecho puede reaccionar frente a esos eventos con tres tipos de soluciones: a) Las de naturaleza contractual, en las cuales las propias partes prevén la posible alternación de las circunstancias y toman medidas cautelares contra ella; b) La de tipo legal que, es el propio Estado el que en un determinado momento dicta leyes de aplicación general para atender a las circunstancias especiales; c) Las de tipo judicial, por las que se confía a los tribunales la facultad de fallar contra la fuerza vinculante de las convenciones, previo al ejercicio de la correspondiente acción por una de las partes».

¹⁶ En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008/5570), en cuyo *Fundamento de Derecho* 3.º señala que: «(...) Tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que se ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 de la LH la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 de la misma Ley, «no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil», o sea, que se pueden perseguir otros bienes distintos de los hipotecados hasta la entera satisfacción del crédito.

Así las cosas, no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos, las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del artículo 131 de la LH los bienes agravados. Dice al efecto la sentencia de esta Sala, de 24 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/3438), que es gratuito, arbitrario y fuera de lugar calificar de abuso de derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a los trámites legales, citando en su apoyo las sentencias de 8 de mayo de 1996 (*RJ* 1996/3782), y 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006/720). La de 2 de julio de 2007 (*RJ* 2007/3788) permite, en base al artículo 105 de la Ley Hipotecaria, que la ejecutante perciba lo que restaba hasta cubrir el importe de la deuda, y la de 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006/720) declara: «en efecto, resultaba incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho del adjudicatario ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito, y al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial».

garantía que se superpone al crédito, sin alterarlo, el acreedor puede cobrarse no solo con el producto del bien hipotecado, sino con cualesquiera otros bienes del deudor (o de terceros que han actuado como fiadores)¹⁷.

Por otra parte, conviene recordar que la hipoteca es mucho más que un derecho real de garantía con repercusión procesal y civil, ya que representa también un activo económico, pues, los bancos al amparo de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, están habilitados para refinanciar los créditos hipotecarios accediendo directamente al mercado de valores, mediante la emisión de cédulas hipotecarias o bonos de titulación hipotecaria. Por lo que cualquier medida que se tome en relación con la hipoteca en su conjunto, ha de tener presente la existencia de titulares de tales cédulas o bonos.

En este contexto, es habitual que la adquisición de la vivienda familiar tenga lugar mediante un préstamo hipotecario que se amortiza en varios años —treinta o más años—, en un número determinado de cuotas crecientes, y asumido por ambos cónyuges con carácter solidario, si ambos optan por tal compra, aunque también es posible que la propiedad del inmueble sea privativa de uno de los cónyuges, al adquirirla antes del matrimonio y se aporta al matrimonio como vivienda familiar, cuando contrae aquel. Por tanto, constante matrimonio las diferentes cuotas de amortización del préstamo se satisfacen en la forma como ambos cónyuges hayan convenido, normalmente de forma conjunta, por partes iguales, o proporcional a sus recursos económicos, sin ser posible plantear ninguna exigencia de reembolso por la asunción de mayor cantidad por parte de uno de los cónyuges. Ahora bien, los conflictos surgen cuando se produce la ruptura matrimonial, consecuencia de un proceso de divorcio, separación o nulidad, pues, el cese de la convivencia, además de determinar una disminución de ingresos —que puede agravarse por la situación de crisis económica actual—, exige la adopción de una serie de medidas en convenio regulador o adoptadas por el juez, entre las que necesariamente se encuentra la relativa al pago del préstamo hipotecario, pues, se ha de seguir cumpliendo periódicamente con las cuotas de amortización del mismo en la forma y cuantía pactadas, si se quiere evitar una posible ejecución hipotecaria por impago y la consiguiente pérdida de la vivienda, lo que por desgracia es una realidad creciente en los tiempos actuales. Ante tal situación se han adoptado dos líneas de actuación en la llamada «jurisprudencia menor»: una que considera que los pagos de dicho crédito constituyen cargas del matrimonio, lo que conlleva la posibilidad de establecer un pago en proporción a lo que a cada cónyuge le corresponda en la satisfacción de las mismas, o hayan convenido; y otra, la que, por el contrario, considera que el pago del crédito no es una carga del matrimonio, y, en consecuencia, ha de atenderse al título contractual asumido para la adquisición del bien inmueble.

Por último, por lo que respecta al artículo 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios, es abusiva la cláusula por la que en la escritura pública de constitución de hipoteca se pactase también la responsabilidad ilimitada de los deudores. Ello es estipulación que se limita a aplicar el artículo 1911 y artículo 105 de la LH que lo permiten».

¹⁷ El ejercicio de la acción real derivada del crédito y de la acción personal derivada de la hipoteca. Vid., las Resoluciones de la DGRN (Propiedad) de 3 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1522); y de 10 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/8821); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1.ª, de 21 de enero de 2002 (*AC* 2002/19); y de 1 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/264351); y el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2007 (*JUR* 2008/209757).

En esta última línea opera en sede de gananciales, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 28 de marzo de 2011¹⁸, cuando señala en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 D del Código Civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por tanto, incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que, grava, los cónyuges, y debe, en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante. Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 del Código Civil, que declara la ganancialidad de los “bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos”, por lo que será de cargo de la sociedad según dispone el artículo 1362.2 del Código Civil, “la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes”. Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos por mitad». De forma que, para el Tribunal Supremo: 1. El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar no constituye carga del matrimonio. 2) Dicho pago constituye deuda de la sociedad de gananciales. 3) Corresponde pagarla a ambos cónyuges por mitad, al ser ambos copropietarios por mitad, aunque se haya producido la crisis matrimonial.

Esta misma respuesta negativa a la consideración como carga del matrimonio de la obligación del pago del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar, y, por ende, su consideración como deuda de la sociedad de gananciales, ligada a la adquisición de la propiedad del bien, ya fue adoptada con anterioridad por esta misma Sala y magistrada ponente Excm. Señora Encarna ROCA, en la sentencia de 5 de noviembre de 2008¹⁹.

Los hechos probados en los que se basa la citada sentencia de 28 de marzo de 2011 son los siguientes: Don Antón y doña Andrea contrajeron matrimonio en 1991. Tuvieron dos hijos que en el momento de presentación de la demanda de divorcio eran menores de edad. Don Antón interpuso demanda de divorcio. En lo que afecta al recurso de casación, pidió la extinción de la sociedad legal de gananciales, disponiendo que los bienes se distribuyeran por partes iguales entre los cónyuges, «asumiendo igualmente de la misma forma, por mitad, las cargas que gravitan sobre el matrimonio». La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Llíria, Valencia, de 23 de febrero de 2007, estimó la demanda de divorcio y en relación con el objeto de este recurso de casación declaró: «Con relación al pago de la cuota del préstamo hipotecario, y habida cuenta de las diferentes interpretaciones a que ha dado lugar el auto de medidas provisionales, debe concretarse que en ningún caso podrá satisfacerse a través de la pensión establecida a favor de los hijos, de modo que, teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores se satisfará el 80 por 100 del

¹⁸ RJ 2011/939; LA LEY 9109/2011.

¹⁹ LA LEY 169518/2008.

mismo por el señor Antón y el 20 por 100 por la señora Andrea de cada una de las cuotas mensuales». Ambos cónyuges apelaron, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 24 de septiembre de 2007, estimó en parte el recurso de apelación de doña Andrea y desestimó el de don Antón. Respecto al préstamo hipotecario, se afirmó que se discutía la cuantía de la prestación por alimentos, señalando que debía tenerse en cuenta «las posibilidades económicas del progenitor, máxime cuando, además, se ha impuesto al progenitor mayor contribución al pago del préstamo hipotecario al afectar el mismo a la vivienda y considerarse como aportación dentro de la pensión alimenticia, por lo que se mantienen ambas medidas, tanto la suma señalada como pensión alimenticia, como la aportación al pago del préstamo hipotecario». Don Antón presenta recurso de casación en base a lo establecido en el artículo 477.2.3 de la LEC, admitido por auto de esta Sala, de 12 de mayo de 2009, por presentar interés casacional. La parte recurrida no ha formulado oposición al recurso. Si bien, figura el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal, en el que se pide la desestimación del recurso.

En motivo único discute el recurrente si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del artículo 91 del Código Civil, de modo que la sentencia recurrida impone el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en una proporción desigual para cada uno de los cónyuges, alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Señala que, entre las Audiencias Provinciales existen dos líneas de solución: *a)* La representada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 de marzo de 2006, de 2 de enero de 2003, de 7 de enero de 2000, de 18 de octubre de 1999, de 13 de octubre de 1998, y de 8 de febrero de 1999, y las de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 27 de junio de 2005, de 9 de julio de 2003, y 6 de julio de 2005. En ellas se excluye la naturaleza de carga familiar, y, además, se argumenta que esta Sala requiere el consentimiento del acreedor para que pueda producirse una novación modificativa del tipo de la propuesta; *b)* En contra de esta línea, aporta el recurrente las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 21 de febrero de 2005, de 29 de junio de 2004, y 29 de mayo de 2001, en el sentido que, aun cuando se halle disuelta la sociedad de gananciales, puede seguirse hablando de cargas del matrimonio, de modo que puede establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas. Entiende también que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, independientemente de quién sea el atributario del uso, no tienen carácter de carga del matrimonio, por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, de modo que lo altere. El motivo se estima.

Con posterioridad, optando por esta misma solución, si bien en sede de régimen de separación de bienes, se han pronunciado dos sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012, recurso 1525/2011 20 y recurso 1852/2011 21, del mismo magistrado ponente Excmo. Señor don José Antonio SEIJAS QUINTANA. Así disponen que, «aun sin decirlo expresamente, la sentencia considera el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal como una carga propia de un matrimonio, y lo

²⁰ LA LEY 185310/2012. Fundamento de Derecho Primero y Segundo.

²¹ LA LEY 181080/2012. Fundamento de Derecho Tercero.

pone a cargo del padre sin otra motivación que la siguiente: “sin perjuicio de la repercusión que debe tener la liquidación del régimen económico matrimonial o de las obligaciones directamente nacidas de las partes con el banco concedente del préstamo”. Lo cierto y evidente es que la sentencia desconoce las sentencias de esta Sala, de 5 de noviembre de 2008, y de 29 de abril de 2011, expresivas de que la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del Código Civil, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto propietario». Y añade: «la noción de cargas del matrimonio, dice la sentencia de 31 de mayo de 2006, debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio, y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103.3.ª del CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que, excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales». De forma que, se estima el único motivo del recurso de casación, y en lo relativo al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, se entiende que deberá ser pagada por mitad entre los cónyuges propietarios.

Los hechos sobre los que se sustenta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012 (recurso 1525/2011) son: Don Álvaro interpone demanda de juicio de divorcio contra doña Gloria, solicitando con relación a la hipoteca que grava el domicilio familiar sea pagada al 50 por 100 por cada una de las partes, al ser el citado inmueble un proindiviso. Por su parte, doña Gloria, interpone igualmente demanda de juicio de divorcio contra don Álvaro, en la que suplica al Juzgado se dicte sentencia por la que se tenga por interpuesta la demanda de divorcio estimando la misma, acordando la aprobación del convenio propuesto anteriormente, con la consiguiente modificación de las medidas provisionales adoptadas por auto de 28 de mayo de 2009, sin expresa pronunciación sobre la *litis expensa*. Por auto de fecha de 28 de julio de 2009, se acumulan ambos procedimientos. El Juzgado de Primera Instancia, número 25, de Madrid, dicta sentencia de fecha 7 de mayo de 2010, en la que respecto a la hipoteca que grava la vivienda familiar, se señala que correrá a cargo del padre, don Álvaro. Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de don Álvaro, y la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, dicta sentencia con fecha de 27 de abril de 2011 en la que desestima el recurso de apelación interpuesto por don Álvaro. Contra la expresa sentencia se interpuso recurso de casación alegando como motivo único la infracción de los artículos 90, 91, 1437, 1438 y 393 del Código Civil, pues, ambos litigantes se encontraban casados en régimen de separación de bienes y son titulares conjuntos del bien inmueble gravado con crédito hipotecario, al

que deben hacer frente ambos titulares por mitad. Cita para ello las sentencias de esta Sala, de 28 de marzo de 2011 y de 5 de noviembre de 2008, según las cuales el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil, y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso lo es de separación de bienes.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha de 10 de enero de 2012, se acordó admitir el recurso interpuesto, y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Admitido el recurso, y evacuado el traslado conferido, doña Gloria presenta escrito de impugnación al mismo. Admitido el recurso y evacuado el traslado al Ministerio Fiscal, este presenta escrito interesando la estimación del recurso interpuesto con las consecuencias jurídicas que de ello se deriven. Se estima el único motivo de casación en los términos expuesto en líneas precedentes.

Respecto a los hechos relativos a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012 (recurso 1852/2011): Don Avelino interpuso demanda de juicio de divorcio contra doña Raquel, entre cuyas medidas solicita que los cónyuges sufragen por mitad todos aquellos gastos y cargas que pesan sobre los bienes del matrimonio, y en especial, abonarán al 50 por 100 las viviendas de Alcorcón, y préstamos para muebles, mientras mantengan la continuidad al 50 por 100 como bienes privativos. Doña Raquel contestó a la demanda y se opuso a la misma. El Juzgado de Primera Instancia, número 6, de Móstoles, dictó sentencia con fecha de 25 de febrero de 2010, por la que se estima la demanda formulada por don Avelino, y señala que el actor puede hacer uso de la otra vivienda perteneciente a ambos litigantes sita en Alcorcón, si bien, ha de pagar los gastos de hipotecas que graven las fincas prematrimoniales hasta que la demandada obtenga empleo remunerado. Se interpone recurso de apelación por don Avelino, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 12 de mayo de 2011, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia. Contra dicha resolución se interpone recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: 1. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia artículo 469.1.2.º de la LEC. Entiende que se ha producido la vulneración de los artículos 208.2, 209, 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 120.3 de la Constitución Española. 2. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión (art. 469.1.3.º de la LEC); y 3. Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (art. 469.1.4.º de la LEC). Igualmente, se interpuso recurso de casación, alegando como motivo único, la infracción de los artículos 95, 392, 393, 1325, 1435, 1437, 1438, 1440 y 1441 del Código Civil, al condenarse en ambas instancias a pagar la hipoteca de las fincas pertenecientes al matrimonio hasta que la demandada obtenga empleo remunerado, dándose la circunstancias de que el matrimonio, en régimen de separación de bienes, tiene dos hipotecas que gravan dos fincas pertenecientes conjuntamente a cada uno de los cónyuges, y ello por considerar que la hipoteca constituye una carga del

matrimonio. El motivo único del recurso de casación se estima en los términos expuestos en líneas precedentes.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en determinar si el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar es una carga del matrimonio constante este o en situación de crisis matrimonial, o en la línea de la jurisprudencia citada, se trata de una deuda de la sociedad de gananciales a satisfacer por mitad por ambos cónyuges, o tratándose de un régimen de separación de bienes, se ha de entender, igualmente que, no es carga del matrimonio, sino que se ha de aplicar el régimen de copropiedad ordinaria como título de adquisición del bien o, considerado bien privativo, si el título tiene precisamente tal carácter. Para ello, habremos de determinar en primer lugar que se entiende por carga de matrimonio constante este, tanto para el régimen matrimonial de gananciales como de separación de bienes. Para con posterioridad considerar, si cuando tiene lugar la situación de crisis matrimonial, es posible hablar ya de cargas familiares, o tal concepto queda sustituido por la adopción de una serie de medidas en convenio regulador o judicialmente; para concluir, cuál de las dos soluciones nos parece más adecuada, y, en consecuencia, fijar a quién corresponde y sobre qué patrimonio recae el pago; y, asimismo, su posible relación con otras medidas que se adopten tras un proceso de separación, nulidad o divorcio, tales como la pensión de alimentos, pensión compensatoria, y uso de la vivienda familiar; y, finalmente, trataremos su incidencia en la liquidación de la sociedad de gananciales. Aludiremos en nuestro análisis a las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales, esencialmente, adoptadas en las Audiencias Provinciales que han tenido lugar en relación con la materia, y, también, haremos referencia a la solución adoptada en otros ordenamientos autonómicos. Precisamente, la sentencia de 28 de marzo de 2011 alude al artículo 231-5 del Código Civil catalán que, modifica el artículo 4 del antiguo Código de familia; y, al artículo 233-23 del mismo cuerpo legal.

No obstante, antes de comenzar nuestro estudio, conviene poner de manifiesto que las soluciones que se dan en las sentencias citadas como en otras a las que haremos puntual referencia, operan únicamente en la relación *inter partes*, esto es, en el ámbito conyugal; de forma que, para nada afectan a terceros, concretamente al prestamista y acreedor hipotecario. Sin embargo, no piensa así en la sentencia de 28 de marzo de 2011, el recurrente en casación, pues, entiende que la imputación desigual del pago del crédito hipotecario (80 por 100 a él y 20 por 100 a su exmujer) impuesta por los Tribunales de Instancia, supone una infracción del artículo 1205 del Código Civil, es decir, considera que ello conlleva una novación en las condiciones del contrato de crédito. Como bien sabemos se estima el motivo de casación. En esta línea, se orienta COSTAS RODAL, para quien no se puede admitir, vía fijación de la contribución a las cargas del matrimonio, una alteración semejante de las normas de adquisición de bienes aplicables al caso, amén de lo pactado en el contrato de préstamo suscrito por ambos cónyuges²².

Tal forma de proceder nos parece discutible, pues, como hemos constatado, el acreedor hipotecario es claramente un tercero respecto de la relación existen-

²² COSTA RODAL, L., «Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los excónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-3 de junio, pág. 40.

te entre los cónyuges, y en modo alguno puede resultar afectado por cualquier acuerdo entre ambos o por una decisión judicial sobre cómo tienen que ser satisfechos los pagos del crédito. En consecuencia, aunque se altere la relación interna entre los codeudores, el acreedor sigue conservando intactas todas las garantías que se establecieron para el cumplimiento de la obligación, sin que pueda ser obligado a aceptar un pago del crédito en términos distintos de los pactados²³. En el caso resuelto por la citada sentencia, ambos cónyuges se obligaron solidariamente, con lo que sin duda cuenta el acreedor con el patrimonio ganancial (art. 1367 del CC); y por aplicación del artículo 1911 del Código Civil, también con el patrimonio privativo de los cónyuges. Por tanto, el acreedor solo puede verse afectado por las vicisitudes de la relación conyugal y por lo que se pacte, siempre que consienta tal novación del crédito.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, de 16 de abril de 2010²⁴, en su *Fundamento de Derecho* 2.º, después de señalar que «las cargas matrimoniales existen en función del matrimonio, y de ahí que, con independencia del régimen por el que se rija la sociedad conyugal, la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio es clara, por cuanto constituye los gastos ordinarios de una familia. Siendo cierto esto, también lo es, y esta es la segunda consideración que ha de tener en cuenta, que el pago de los plazos de hipoteca para la adquisición de bienes inmuebles, aunque supongan su utilización como domicilio familiar, en principio, no puede comprenderse dentro del concepto de cargas del matrimonio, ya que una cosa son las cargas del matrimonio, entendidas como el conjunto de gastos de interés común origina la vida familiar, y otra cosa son las adquisiciones de bienes», añade que «no puede, sin embargo, obviarse las circunstancias económicas de los contrayentes —en general y en este caso concreto— y el peso en la economía familiar que supone de ordinario el pago de un préstamo hipotecario, sobretudo en momentos de crisis familiar y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y la necesidad de adoptar medidas en tal sentido para evitar que se liquide este activo. Por ello, la obligación asignada al recurrente a satisfacer las cuotas del préstamo hipotecario que grava el inmueble que fuera domicilio conyugal, en concepto de cargas del matrimonio, debe de ser en este caso mantenida, ya que se ajusta a las necesidades de la familia y a las circunstancias económicas de uno y otro cónyuge, y en este caso a la asignación del uso de la vivienda que así se hace a favor del recurrente; teniendo en cuenta que tal decisión solo puede tener efecto entre las partes, y es de carácter provisorio y limitado hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, y que la entidad bancaria no pierde en ningún caso su derecho de dirigirse contra uno u otro de los que aparecen como deudores en el préstamo suscrito». Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de octubre de 1998²⁵, se utiliza la posible afectación del acreedor por las vicisitudes de la relación conyugal y la posible novación del crédito, para negar el carácter de carga del matrimonio al pago del préstamo hipotecario. Así en su *Fundamento de Derecho* 2.º se pone de manifiesto que, «dado que en el concepto de “cargas del matrimonio” no se incluye el préstamo de naturaleza hipotecaria constituido

²³ En esta línea, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, ÁLVAREZ-OSSORIO, M.^a del C., «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, año 2011-2, págs. 312-313.

²⁴ JUR 2010/233413.

²⁵ AC 1998/8968.

sobre la vivienda familiar, pues, excede por su origen y personas implicadas y naturaleza real del derecho de garantía de las relaciones propias de la familia, y del Derecho Patrimonial familiar; como tiene dicho esta Sala, enmarcándose dentro de relaciones más complejas, propias del Derecho Civil o del Derecho Hipotecario, sobre las cuales el juzgador de los procesos matrimoniales carece de competencia, dado que la regulación de las denominadas cargas del matrimonio, tiene por finalidad la adecuada contribución a los gastos, que origine la subsistencia de la familia, incluidas las litis expensas [art. 90 C), 91, 93 y 103.3.º del CC], pero no aquellos gastos en los que aparece como acreedor un prestamista (Banco, Caja, o entidad de ahorro), frente al cual se obligan ambos cónyuges en la forma y con el contenido de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, y sin que los prestatarios puedan por sí mismos ni unilateralmente variar el contenido del contrato (art. 1256 CC); para ello sería preciso se dieran alguno de los requisitos del artículo 1203 del Código Civil, y señaladamente los previstos en el artículo 1205 del Código Civil, es decir, el consentimiento del acreedor hipotecario; figura de «asunción de deuda», por sucesión particular en el débito que puede hacerse por convenio entre los deudores (delegación), ya por convenio de acreedores y nuevo deudor (expromisión), pero requiriendo el consentimiento expreso del acreedor o acreedores, que ha de contar de modo cierto e indudable sin que pueda presumirse [sentencias de 16 de junio de 1908, de 24 de marzo de 1956 (*RJ* 1956/1532), y 10 de enero de 1983 (*RJ* 1983/161), siendo tajantes las sentencias de 29 de marzo, 3 de mayo y 23 de junio de 1989 (*RJ* 1989/2281) (*RJ* 1989/3581)], cuando declaran que la asunción de deuda exige consentimiento del acreedor, siempre y muy ilustrativas las de 11 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/3897), de 22 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4279), y 14 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9102), que resaltan la esencia de la *expromisio* en el acuerdo entre nuevo deudor y el acreedor, por el que aquel se obliga frente a este por el *ibem debitum* del (o de los) primitivos deudores, cuya exoneración consiente el acreedor con intención *animus novandi* plenamente liberatoria, no cumulativa del mismo; requisitos que obviamente no concurren en el presente caso, y lleva a dejar sin efecto el pronunciamiento combatido, debiendo estarse a lo acordado en la escritura del préstamo hipotecario».

II. EL DEBER DE CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS FAMILIARES CONSTANTE EL MATRIMONIO

Con la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981 se introduce por primera vez en la sistemática del Código Civil, un capítulo especialmente dedicado al régimen económico-matrimonial primario en el Libro IV, Título III, Capítulo III (arts. 1315 a 1324). Dentro del conjunto de normas que lo conforman, aparece consagrado el deber de contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318.1) con carácter meramente enunciativo, sin concretar los gastos que se consideran incluidos en tal concepto, los sujetos que pueden generar dichas cargas, y, sin establecer en qué cuantía o proporción cada cónyuge está obligado a contribuir a los gastos considerados cargas del matrimonio, remitiéndose para ello a las normas de cada uno de los regímenes legales admitidos que, regulan igualmente esta cuestión: el artículo 1362 dentro del régimen de gananciales, y para los regímenes de separación de bienes y participación, el artículo 1438 del Código Civil —en este caso en virtud de la remisión del art. 1413 del CC—, pues, se trata de una cuestión de equilibrio entre

las distintas masas de los bienes de la sociedad conyugal²⁶. Y, en relación con las situaciones de crisis matrimonial, a los artículos 90 D, 91 y 103. Asimismo, en la concreción de tal deber se ha considerado como punto de partida necesario los deberes conyugales de socorro y ayuda mutua contenidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil²⁷.

En todo caso, el artículo 1318.1 se caracteriza por ser una norma de carácter general, en tanto se aplica a todo régimen económico-matrimonial y sin trascendencia en otras relaciones jurídicas aisladas que, pueden presentarse entre los cónyuges, como la prestación de alimentos, aunque en ocasiones sea difícil fijar el límite²⁸. Igualmente, es una norma de carácter imperativo en un doble sentido: por ser una norma que inspira el orden público sistemático, y porque su aplicación es de obligado e inexcusable cumplimiento en todos los regímenes económicos matrimoniales²⁹; no siendo posible un pacto global que tenga por finalidad excluir por completo el contenido de la norma a uno de los cónyuges, aunque sí un pacto o convenio en el que se concrete la cuantía de contribución de cada uno de los cónyuges que, dependerá del régimen matrimonial y de las concretas circunstancias familiares, asimismo la forma de contribución a las cargas, esto es, las medidas y las condiciones de aportación de cada uno, la distribución interna de responsabilidades entre las distintas masas patrimoniales³⁰ que podrá constar en capitulaciones matrimoniales, o en otra forma no necesariamente

²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 202.

²⁷ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982, págs. 101-102; MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio (constante matrimonio)», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 9-10.

²⁸ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 103, quien observa al respecto que «situación distinta es la que se plantea en la separación de hecho, al menos por lo que se refiere a la sociedad legal de gananciales, en vista de lo dispuesto por el artículo 1368 del Código Civil, pero no es aplicable por analogía la solución que ofrece el artículo citado fuera de los regímenes de comunidad por faltar un acervo común. Criterios distintos se establecen también por el Código, para regular la contribución a las cargas en los casos de separación, nulidad y divorcio y que cuenta también con normas de efectividad especiales por medio de la intervención judicial».

²⁹ PASTOR ÁLVAREZ, M.ª del C., *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 1998, págs. 95-96.

³⁰ PASTOR ÁLVAREZ, M.ª del C., «El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio», *op. cit.*, págs. 103-104; PÉREZ SANZ, A., «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI. 1985, pág. 24. Aunque para cierto sector doctrinal es posible un convenio de exoneración del deber de contribución a las cargas por alguno de los cónyuges, siempre y cuando exista una causa que lo justifique, esto es, responda a una distribución de responsabilidades respecto del grupo familiar y conforme a las circunstancias concretas del mismo. En cambio, no se considera válido un pacto mediante el cual se pretenda eludir cargas de cumplimiento imperativo dentro de la familia, o, implique una derogación del principio de contribución a las cargas por ambos cónyuges. Vid., DELGADO ECHEVARRÍA, J., *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 267; REBOLLEDO VARELA, A. L., *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 416-417.

capitular³¹; y por último, representa un deber de inexcusable cumplimiento que, la ley impone expresamente a los cónyuges³².

Su fundamento lo encontramos en la necesaria colaboración entre los cónyuges consecuencia del matrimonio como algo sustancial al mismo, y en la convivencia familiar³³.

Ahora bien, el artículo 1318 no ofrece un concepto de cargas del matrimonio. Mayoritariamente la doctrina ha estimado que coincide básicamente con lo establecido en el artículo 1362.1 del Código Civil en sede de gananciales, y más concretamente, referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales que, a su vez se integra con la definición amplia de alimentos del artículo 142 del Código Civil. MORENO MOZO las conceptúa como «aquellas necesidades materiales (en el citado sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes —comunes o unilaterales—, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas, en cuanto que, además de sujetos perceptores, son siempre y al mismo tiempo sujetos contribuyentes»³⁴. De forma que, frente a quien identifica cargas del matrimonio con el contenido de la potestad doméstica (art. 1319 del CC) del artículo 1362.1 se deduce que son cargas del matrimonio los gastos derivados del sostenimiento ordinario de la familia, esto es, alimentación, alojamiento, vestido, asistencia médica, educación, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. El nivel económico de la familia es un referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para poder ser considerados carga del matrimonio. Los gastos extraordinarios pueden ser también considerados carga, si son inevitables, incluso aunque superen el nivel de vida de la familia y sus recursos³⁵. Asimismo,

³¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965, págs. 119-120; GARRIDO DE PALMA, V. M., «El matrimonio y su régimen económico», en *El nuevo Derecho de Familia español*, Reus, Madrid, 1982, pág. 426.

³² ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 88.

³³ GARCÍA GARCÍA, M. A., «El deber de actuar en interés de la familia», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 243-244; QUIÑONERO CERVANTES, «Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia», en *Libro Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pág. 693; GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre el régimen matrimonial primario», en *Documentación Jurídica*, 1982-I, números 33-36, pág. 304.

³⁴ MORENO MOZO, F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008, págs. 39-40. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 23 de octubre de 1998 (AC 1998/8095), considera cargas familiares «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar y están regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438 del CC), y expresamente como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006/9151), señala que pueden considerarse las cargas del matrimonio como «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362, y 1438 del CC), gastos que se produzcan durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el artículo 1318 del Código Civil afecta a los bienes de las mismas, al expresar que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

³⁵ HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BEROVITZ, Luis Díez-

pueden ser considerados carga del matrimonio, aquellos otros gastos destinados al consumo de la familia que son considerados como necesarios por acuerdo de los cónyuges³⁶. Se supera con ello el concepto de alimentos del artículo 142 del Código Civil. Desde tal perspectiva, para MONFORT FERRERO, cargas del matrimonio o sostenimiento de la familia comprenderá «todo lo que, razonablemente, pueda contribuir al desarrollo y expansión en los diferentes campos ligados a la actividad cultural, intelectual o deportiva que desarrolle cualquiera de estos sujetos, incluidos los desembolsos provenientes del simple recreo o esparcimiento, así como los que deriven del mantenimiento de las conductas sociales que vengan impuestas por la posición económica de la familia o del ejercicio de acciones altruistas que la familia considera legítimas»³⁷.

El artículo 1362.1 del Código Civil habla genéricamente de sostenimiento «de la familia», de forma que, pueden causar gasto, por ende, cargas del matrimonio los componentes de la familia en sentido estricto, es decir, los cónyuges, los hijos comunes y los no comunes que convivan en el domicilio familiar³⁸. En consecuencia, no son carga del matrimonio los gastos de los hijos mayores de edad que no conviven en el hogar familiar. En todo caso, obligados al levantamiento de las cargas están no solo los cónyuges con la totalidad de sus bienes, sino también los hijos que convivan en el domicilio conyugal en la parte que les corresponda, según los artículos 155.2 y 165.2 del Código Civil³⁹.

Como hemos señalado, el artículo 1318.1 se limita a imponer el deber de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio, sin concretar la medida en la que cada cónyuge está obligado a contribuir, pues, ello dependerá del régimen matrimonial elegido. En el régimen de separación de bienes, el artículo 1438 del Código Civil remite a los pactos entre los cónyuges, y a falta del mismo, al criterio de proporcionalidad. Los pactos, en todo caso, quedan sometidos a los límites del artículo 1328, sin que sea lícita la exclusión de determinados bienes del sometimiento al levantamiento de las cargas, al no respetar la igualdad o reciprocidad de derechos que corresponde a cada cónyuge⁴⁰. En el régimen de gananciales, los bienes comunes se han de responder, en primer lugar, al levantamiento de las cargas, y a falta de bienes comunes es aplicable la regla del artículo 1438⁴¹.

PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 581.

³⁶ COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1563.

³⁷ MONFORT FERRERO, M.ª J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, directores: Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO, y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, vol. III, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 829.

³⁸ DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I, *Derecho de Familia*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 137; HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 581.

³⁹ COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1563.

⁴⁰ HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579.

⁴¹ DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 137; DIEZ-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1501; HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 580; PASTOR ÁLVAREZ, M.ª del C., «El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio», *op. cit.*, págs. 111-112.

Ahora bien, cuando uno de los cónyuges incumple su deber de contribuir al levantamiento de las cargas, el artículo 1318.2 permite al otro reclamar la intervención judicial para asegurar la contribución de aquel en la medida que le corresponda de acuerdo con su régimen económico-matrimonial⁴². Si el gasto se ha realizado estaremos ante una pretensión de reembolso de la parte que, corresponda al cónyuge que haya abonado los gastos. La legitimación la tiene el cónyuge que cumple frente al otro. Si ninguno cumple, corresponde a cualquiera de ellos⁴³. El juez está facultado para adoptar las medidas que considere oportunas para asegurar el cumplimiento futuro de la obligación de contribuir, y aunque no aparecen tipificadas en el citado precepto, pueden concretarse en las relativas a la realización de bienes, custodia de fondos, retenciones, y embargo de bienes con carácter transitorio a la vista de la existencia de cargas inminentes y próximas⁴⁴. El procedimiento a seguir es el de jurisdicción voluntaria según lo establecido en la Disposición Transitoria 10.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981⁴⁵. El Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 continúa vigente (salvo determinados preceptos) en tanto no entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, según lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única 1.1.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la responsabilidad de las distintas masas patrimoniales frente a los acreedores en las obligaciones derivadas de las cargas familiares habrá que estar a la regla contenida en el artículo 1319, cuyo párrafo tercero también se reconoce la existencia de un derecho de reembolso entre cónyuges respecto a las necesidades ordinarias de la familia⁴⁶.

En este contexto, el Código Civil asume en numerosos preceptos la distinción entre las cargas y las obligaciones de la sociedad de gananciales, que la doctrina identifica con las nociones de responsabilidad definitiva o provisional (pasivo definitivo o provisional). Así, para la doctrina las cargas son aquellos gastos o pagos que, por razón de su finalidad, se atribuyen definitivamente al patrimonio común y que puede derivar tanto de la asunción de un débito por los cónyuges como de cualquier otro gasto o desplazamiento patrimonial realizado individual o conjuntamente por ellos. Mientras que, el concepto obligaciones de la sociedad hace referencia a las deudas de uno o ambos cónyuges que, pueden ser ejecutadas directamente sobre el patrimonio común por los acreedores, independientemente de que a nivel interno constituyan también cargas de la sociedad. La diferencia entre ambas reside en el ámbito de operatividad de cada una, así las cargas actúan en la relación interna entre cónyuges (pasivo provisional o responsabilidad *inter partes*), con el objeto de determinar, cuando ya ha sido pagada totalmente la deuda a los acreedores, qué patrimonio debe soportar definitivamente el gasto producido, si el privativo de uno de los cónyuges o el ganancial, y, en consecuen-

⁴² MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832, considera que el incumplimiento al que se refiere este artículo, debe ser un incumplimiento al menos culpable. De ahí que no pueda considerarse la existencia de incumplimiento, si el cónyuge, circunstancialmente, por motivos de salud o laborales, por ejemplo, no pudiera hacer frente a dichos gastos.

⁴³ DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 137.

⁴⁴ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 108; MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832.

⁴⁵ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 106; MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832.

⁴⁶ MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832.

cia, si el desembolso efectuado por una masa patrimonial debe ser reintegrado por otra masa distinta, al corresponder a esta el cargo definitivo, lo que provoca un reajuste o reintegro entre las masas gananciales y privativas (el cónyuge que hace frente con bienes propios a gastos de cargo de la sociedad tendrá derecho de reintegro frente a la misma, aunque el pago no se refiere a obligaciones directas de la sociedad, mientras que la sociedad tendrá un derecho de reintegro si satisfizo gastos que debieran ser de cada uno solo de los cónyuges, aunque el pago se refiere a obligaciones directas de la sociedad —art. 1364 del CC—)⁴⁷. Se regula en los artículos 1362 a 1364 del Código Civil. Por su parte, las obligaciones se proyectan hacia el exterior en las relaciones con los acreedores de uno o ambos cónyuges, de forma que, una deuda es ganancial cuando el deudor o deudores responden con los bienes gananciales, sin necesidad de hacer excusión del patrimonio privativo del deudor o de los patrimonios privativos de los deudores, y es responsabilidad provisional porque puede generar un derecho de reembolso a cargo del patrimonio beneficiado. Está regulada en los artículos 1365 a 1370 del Código Civil⁴⁸. Para MORALEJO IMBERNÓN, «la razón de ser de esta distinción parece hallarse en la necesidad de garantizar la solvencia económica de los cónyuges frente a los acreedores, lo cual se logra previendo un mayor número de supuestos de responsabilidad provisional que aseguren de manera más eficaz el cobro de las deudas contraídas por aquellos, aunque posteriormente deba reintegrarse lo abonado a la sociedad si el débito resultara no ser definitivamente común»⁴⁹. En todo caso, como advierte SABORIDO SÁNCHEZ, no todas las cargas de la sociedad se corresponden con obligaciones, ni tampoco todas las obligaciones de la sociedad son cargas de la sociedad⁵⁰. Por su parte, LACRUZ BERDEJO precisa que hay entre los supuestos de los artículos 1362 y 1365 notables semejanzas, aunque no identidad. Más todavía cabe pensar que una vez demostrado que una deuda debe ser carga de los bienes comunes (art. 1362), podrá hacerse esta efectiva sobre dichos bienes desde el primer momento, aunque no se halle incluida en los supuestos del artículo 1365, para evitar un rodeo innecesario; en estos casos será indispensable que el acreedor se dirija contra ambos cónyuges⁵¹.

De todas formas, aunque hay tres masas patrimoniales, conviene precisar que los deudores son únicamente los cónyuges. El patrimonio común es de ambos, porque la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica propia. Lo que supone que, conforme a las reglas generales, los bienes que integran el patrimonio común también están afectos al pago de las deudas personales de cada cónyuge; del mismo modo, las deudas que son definitivamente de cargo de la sociedad de gananciales son en realidad deudas de ambos cónyuges, a lo que deberán responder los patrimonios privativos de ambos. Por eso, el Código

⁴⁷ SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario al artículo 1362 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, directores: Ana CAÑIZARES LASO, Pedro de PABLO CONTRERAS, Javier ORDUNA MORENO, y Rosario VALPUERTA FERNÁNDEZ, vol. III, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 1007.

⁴⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sociedad de gananciales (4). El pasivo de la sociedad», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, vol. III, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 1015-1016.

⁴⁹ MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1362 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1605.

⁵⁰ SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario al artículo 1362 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1007.

⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 203.

Civil introduce algunas reglas dirigidas a establecer las formas y mecanismos en que los bienes comunes responden de deudas privativas o los bienes privativos responden de deudas comunes⁵².

Así, en el artículo 1362, primer apartado del Código Civil, indica algunos gastos que pueden calificarse de cargas del matrimonio, al señalar que son de cargo de los bienes comunes, «el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia». Para HERRERO GARCÍA, ejemplificando el precepto, se calificarían como cargas «los gastos de alojamiento, vestido, alimentación, asistencia médica de todos sus miembros»⁵³. Por su parte, para SABORIDO SÁNCHEZ, varias consideraciones han de realizarse al respecto. «En primer lugar, la referencia al sostenimiento de la familia alude no solo la alimentación o educación, sino que debe englobar las necesidades propias atendiendo a los gastos no propiamente alimenticios, incluyendo los de ocio, recreo, y otros exigidos según los usos sociales. Entre ellos, las atenciones de previsión, como los seguros de vida, los relativos a la vivienda, y ajuar familiares, el seguro médico, escolar y los obligatorios de viaje, etc... Es decir, todos aquellos que se acomoden según las circunstancias sociales imperantes, a través de una razonable gestión económica-doméstica. Parte de la doctrina incluye gastos que no son necesarios pero que contribuyen al desarrollo y expansión en distintos campos de los miembros (actividades deportivas, viajes escolares, de recreo, atenciones sanitarias no cubiertas por sanidad pública que dependen de la posición económica de la familia)»⁵⁴. Asimismo, LACRUZ BERDEJO señala que, entran dentro de dicho apartado primero la alimentación, el vestido y el alojamiento de los cónyuges e hijos, los gastos de viajes, los de enfermedad; los hechos para proteger cualquier interés legítimo de todos ellos patrimonial o extrapatrimonial (filiación, honor, libertad), que no representa una deuda de capital de bienes propios. En general, en «el sostenimiento de la familia» han de entenderse incluidas todas las atenciones legítimas de los cónyuges⁵⁵. El concepto de familia, al que se refiere el precepto, engloba no solo a los cónyuges e hijos comunes, sino también a los hijos de uno solo de ellos que conviven en el hogar familiar⁵⁶. De forma que, los gastos de sostenimiento de los hijos de uno de los cónyuges que no conviven con la familia no

⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 238, precisa que, «según esto, puede haber deudas de la sociedad de las que responde la sociedad de gananciales, y que, además, son de cargo de la sociedad de gananciales; en este caso, no hay especiales problemas. Sin embargo, puede haber también deudas de las que responde la sociedad de gananciales (responsabilidad provisional), pero que no son de cargo del patrimonio ganancial, sino de uno de los patrimonios privativos (responsabilidad definitiva): esto quiere decir que frente a los acreedores responden los bienes comunes, pero que entre los cónyuges la deuda es privativa, porque debe hacerse cargo de ella el patrimonio privativo de que se trate, lo que se traduce en la atribución al patrimonio ganancial del derecho a obtener el reembolso actualizado del valor empleado en hacer frente a esa deuda».

⁵³ HERRERO GARCÍA M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 580.

⁵⁴ SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario al artículo 1362 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1008.

⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», IV, «Familia», *op. cit.*, pág. 201.

⁵⁶ RUEDA PÉREZ, M. A., y RUEDA PÉREZ, J. M., «Notas sobre la nueva regulación de cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Privado*, 1982, pág. 560, apuntan que las razones por la que todos los gastos se ponen a cargo de la sociedad sin distinción, reside en los lazos

se sufragan a costa del patrimonio común, de haberlo hecho *ad initio*, deberán reintegrarse las cantidades cubiertas con dichos bienes gananciales a la sociedad en el momento de su liquidación (responsabilidad provisional).

En la regulación autonómica, el artículo 231-5 del Código Civil catalán determina como gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familiar, entre los que destaca los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio. Con respecto a los hijos no comunes que convivan con los cónyuges se incluyen como gastos familiares los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 que dispone que «se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor, y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma».

Por otra parte, son a cargo de la sociedad de gananciales los gastos de adquisición, conservación y administración de las cosas comunes, los dirigidos a la obtención de sus frutos, y, también aunque el precepto no los mencione los gastos de disposición⁵⁷.

Sobre tales bases, la sentencia de 28 de marzo de 2011, objeto de estudio, después de señalar que el concepto de «cargas del matrimonio» es «un concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia», manifiesta que «el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347-3 del Código Civil, que declara la ganancialidad de los “bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos”, por lo que será de cargo de la sociedad según dispone el artículo 1362.2 del Código Civil “la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes”. Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad». De forma que, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, cuando el régimen es de gananciales, es para la citada resolución una carga o deuda de la sociedad de gananciales en los términos previstos en el citado artículo 1362.2 del Código Civil. Si bien, este argumento no sirve, aún siendo el régimen de gananciales, cuando la vivienda no es común; ni tampoco en aquellos casos en los que los cónyuges están sometidos al régimen de separación de bienes. Sin embargo, para todos los matrimonios con independencia del régimen económico matrimonial que se pacte, lo determinante para concretar quien está obligado al pago del préstamo hipotecario, es el título por el que se ha constitutivo tal contrato.

Lo habitual, como ocurre en el presente caso, el contrato de préstamo y la constitución de la hipoteca se han celebrado por ambos cónyuges, de forma

afectivos que previsiblemente se entablan entre estos y el cónyuge no progenitor; así como la dificultad práctica de deslindar los gastos que corresponden a uno y otros descendientes.

⁵⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 1991 (RJ 1991/3953), que declara a cargo de la sociedad de gananciales los gastos de gestión de venta de un inmueble ganancial.

solidaria, por lo que responden los bienes gananciales y los bienes privativos de cada uno de los esposos, pues, ambos son deudores (art. 1367 del CC). De forma que, cualquier modificación subjetiva u objetiva de la relación obligatoria, obligando a uno solo de los cónyuges, o distribuyendo el pago de diferente manera a la convenida inicialmente, necesitará contar como tal acuerdo novatorio con el consentimiento del acreedor. Ahora bien, en la hipótesis que el contrato de préstamo y garantía hipotecaria se haya celebrado con uno solo de los cónyuges, la constitución de la hipoteca requerirá el consentimiento de los dos cónyuges en virtud de los artículos 1375 y 1377 del Código Civil que establecen el principio de actuación conjunta para los actos de disposición a título oneroso sobre los bienes gananciales, aunque la vivienda hubiera sido adquirida por uno de los cónyuges (por aplicación de los arts. 1347.3, y 1354 a 1358 del CC). Por otra parte, si la adquisición de bienes comunes es una carga de la sociedad de gananciales (art. 1362.2), que va a pesar de forma definitiva sobre el patrimonio gananciales, también se entiende que ha de recaer sobre el mismo de manera provisional, quedando los bienes gananciales sujetos a la responsabilidad frente al acreedor (art. 1365.1)⁵⁸.

En este contexto, resulta criticable que la citada sentencia de 28 de marzo de 2011 identifique la titularidad de la vivienda como ganancial con la determinación de los sujetos obligados, cuando, como hemos señalado, hay que atender al título de constitución del contrato para concretar quien o quienes están obligados al pago. Si bien, tal forma de operar tiene reflejo en la doctrina⁵⁹ y en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales⁶⁰. Es cierto que se busca

⁵⁸ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 25.

⁵⁹ Díez MARTÍNEZ, A., «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, 1998-2, pág. 383, manifiesta que, el crédito hipotecario que sirvió para la adquisición de la vivienda habitual ganancial deberá pagarse por ambos cónyuges al 50 por 100, pues, mientras no se haya practicado la liquidación de la sociedad conyugal, ambos continúan siendo titulares dominicales de aquella.

⁶⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 18 de febrero de 1995 (AC 1995/348) señala en su *Fundamento de Derecho* 3.º que: «La vivienda es de propiedad ganancial, debiendo participar ambos cónyuges en su pago, no resultando ajustada al presente caso la pretensión última de que sea el esposo quien corra con los gastos de amortización del préstamo concertado para la adquisición de la vivienda»; para la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 26 de mayo de 1999 (AC 1999/4959), el marido debe satisfacer la mitad de la cuota de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal; siendo un bien ganancial la vivienda familiar, el aporte de la mitad de dicha cuota por cada uno de los esposos no hace sino facilitar tal situación en lo más posible, y con ello el padre no destina la cantidad correspondiente a satisfacer un concreto gasto, sino precisamente en la reducción de la hipoteca de un bien en cuya mitad es propietario; asimismo, para la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 6 de junio de 2002 (JUR 2002/210230), comparte el criterio del Juzgado de Primera Instancia que impuso a los litigantes el pago por partes iguales del préstamo hipotecario que grava la vivienda, cuando dicha vivienda es propiedad de ambos litigantes; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 19 de diciembre de 2005 (JUR 2005/52571), aludiendo al artículo 4 de la Ley Autonómica 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, sostiene que la contribución de doña Lucía al pago del referido préstamo hipotecario, siendo el inmueble de titularidad conjunta, se habría de considerar simplemente como contribución a la economía familiar; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de

cierta correspondencia entre los bienes (patrimonio) que quedan sujetos en la esfera externa y los bienes que han de soportar el gasto en la esfera interna. Pero esta correspondencia no supone que, en todos los casos de bienes comunes, los cónyuges deben responder de la deuda originada por su adquisición, pues, también responden aquellos, por las deudas contraídas por uno de los cónyuges para la adquisición de un bien común (art. 1347.3). En definitiva, para considerar que ambos cónyuges son obligados al pago depende de que ambos sean parte contratante, y, en consecuencia, reputar la deuda como ganancial (art. 1367), o que se den los supuestos previstos en los artículos 1365 y 1369 del Código Civil para que las deudas contraídas por uno de los cónyuges queden sujetos también los bienes gananciales. Todo ello opera con independencia de la calificación del bien que se adquiere, que viene determinado por criterios legales, entre otros, el principio de subrogación real establecido en el artículo 1347.3 del Código Civil. De forma que, sobre la base de lo previsto en nuestro Derecho de obligaciones, cualquier sujeto queda vinculado por lo que pacta en la relación contractual que consiente, por lo que en sede de gananciales, la deuda será común si ambos contratantes resultan obligados, y no necesariamente por la calificación de los bienes como comunes. Por otra parte, cuando se habla de la naturaleza de la sociedad de gananciales, se parte de la existencia de una comunidad de bienes asimilable a la comunidad germánica o mano común, en la que está ausente la idea de cuotas o partes sobre los bienes concretos que lo integran⁶¹; por lo que los derechos de los cónyuges recaen sobre el patrimonio en su conjunto y, en consecuencia, sobre los bienes que lo forman por entero (la masa ganancial); las respectivas participaciones de cada cónyuge en esa masa patrimonial no son transmisibles; y no existe una acción de división autónoma⁶². De admitirse el concepto de cuota por mitad, como hace la mencionada sentencia, sería como

Málaga, Sección 6.^a, de 17 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/364731), en relación con la carga del 50 por 100 de los plazos de amortización de la hipoteca que grava la vivienda familiar atribuida en uso y disfrute a los hijos menores y esposa, considera que la decisión adoptada al respecto es conforme a derecho, pues, se trata de un bien de naturaleza ganancial en el que la obligación de pago recae conjuntamente sobre ambos interesados, no siendo de recibo pretender imponer el soporte de la carga en exclusividad sobre uno de ellos.

⁶¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988/6859). En consecuencia, los cónyuges no pueden disponer individualmente de su cuota del bien o bienes comunes [Resoluciones de la DGRN, de 2 de febrero de 1983 (*RJ* 1983/1088); y de 28 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/2881)], sino únicamente en la parte que poseen en el patrimonio global y esto solo con efectos *mortis causa*; por la misma razón tampoco pueden los acreedores privativos embargar la mitad indivisa de un bien ganancial en cobro de sus créditos [Resolución de la DGRN, de 22 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/3042)]; y por último, los cónyuges no están legitimados para interponer tercería de dominio con objeto de liberar de la traba su cuota dentro del bien ganancial indebidamente embargado (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1652)).

⁶² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 225. A lo que hay que añadir algunas de las precisiones propuestas por DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1344 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1984, págs. 84-85, como: 1) Es una comunidad que surge de un régimen económico matrimonial, por lo que la condición de comunero no es separable de la del cónyuge, y es inalienable; 2) Recae sobre una masa patrimonial separada, y no sobre cada uno de los bienes singulares; 3) Esa masa patrimonial no tiene plena autonomía como la tienen los patrimonios personales; 4) En cuanto trasunto de una comunidad familiar más amplia, recibe atribuciones y cargas que no podrían encontrarse en otro tipo de comunidad,

concepto ideal o como medida de participación de cada cónyuge más no en el sentido romano del término⁶³.

Ahora bien, atendiendo a la distinción puesta de manifiesto en líneas precedentes entre las relaciones externas con el acreedor, y las relaciones internas de los cónyuges entre sí, sin que implique novación, es posible la existencia de pactos conyugales sobre la distribución de la deuda, incluso la atribución del pago a uno de los cónyuges ante circunstancias excepcionales como la falta de empleo, o la repercusión de un pago de forma desigual en aras de una reintegración de lo pagado de más en una futura liquidación⁶⁴.

lo que explica las peculiaridades de su régimen en cuanto a la atribución y titularidad de los bienes, o a las reglas para su administración y disposición.

⁶³ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., «La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», en *Revista de Derecho Privado*, 2001, núm. 6, pág. 113.

⁶⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, de 17 de mayo de 1999 (AC 1999/6701), señala que, en lo que atañe a las cuotas del préstamo hipotecario, segundo de los puntos apelados, el marido apelante no es que se opusiera a la legitimidad de esos pagos, que la sentencia recurrida reparte entre los dos esposos en coherencia con el carácter ganancial que el inmueble a cuya adquisición iba destinado el préstamo hipotecario que así se amortiza, sino que era un pronunciamiento innecesario e impropio, además, de tratarse de una sentencia que resuelve sobre las medidas en un proceso matrimonial. La obligación del esposo —añadía— no debe derivar de sentencia de separación, sino sencilla y directamente, del contrato de préstamo con hipoteca celebrado con el Banco, tesis esta según él, recogida en la sentencia de 11 de diciembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Bilbao, que en el informe citó; y añadía que, de ser consecuentes con ese reparto de gastos (de los pagos mensuales de amortización de la hipoteca) que el Juzgado realiza, también debería hacer lo propio con las cuotas mensuales por la compra de un vehículo a motor, satisfechas exclusivamente por él, mediante la domiciliación bancaria en su cuenta, cuotas estas que, al igual que la hipoteca del piso debería ponerse, por meses alternativos a cargo de los esposos. A estos argumentos, contesta la Audiencia Provincial que, hay algo de razón en este argumento y aunque el pronunciamiento de esta sentencia no alterará la posición de deudores que frente al concedente del préstamo ostentan ambos cónyuges, vulnerables a las acciones que, en caso de impago de las cuotas pudiera aquel ejercer, no es tan inane ni irrelevante como el marido dice, la expresa constancia de que, como cargas del matrimonio esos pagos serán sufragados alternativamente por los dos consortes, pues ello, siempre conferirá acción, ha supuesto que él no abonare su cuota, y tuviera ella que suplirle en este pago frente al Banco deudor, para pedir dicha esposa la traba de bienes de él, en periodo de ejecución de este fallo; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 14 de junio de 2002 (*JUR* 2002/202213), confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de que no concurren circunstancias excepcionales que determinasen, por absoluta imposibilidad de uno de los cónyuges, la atribución al otro en exclusiva de la obligación, en la relación *inter partes*, de contribución a las cargas que gravan el domicilio en común; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/52571), don Rafael reclama a doña Lucía, que fue su pareja sentimental desde el año 1985 hasta octubre de 1999, el reembolso del 50 por 100 de la suma por él destinada a la cancelación del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar de la que ambos son copropietarios *pro indiviso*, pretensión que desestimó la juez en primera instancia con unos argumentos, dice la Audiencia, que compartimos. Pues, en las relaciones internas entre los copropietarios habrá que estar a lo especialmente pactado y ante la falta de prueba directa del acto, al destino de la cantidad objeto del préstamo para concluir, a quién incumbía, en dicho ámbito el pago de la deuda; según establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.^a, de 11 de julio de 2006 (*JUR* 2006/239992), no ha de correr la misma suerte desestimatoria el motivo referido al pago de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues, estando, como es el caso, ante una obligación ganancial afectante a un inmueble de igual

Frente a la consideración del pago del préstamo hipotecario como una deuda de la sociedad de gananciales adoptado por una parte de la doctrina y jurisprudencia en línea con la sentencia del Tribunal Supremo sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1362.2 del Código Civil⁶⁵; se ha considerado, sin embargo, por otro sector de la doctrina y jurisprudencia como carga del matrimonio, puesto que está al servicio del cumplimiento de la obligación de alimentos. Si bien, deja de serlo cuando el inmueble a su vez, deja de ser vivienda familiar, por extinción de dicha obligación o porque voluntariamente los cónyuges decidan desafectarla de dicho destino⁶⁶. En esta línea, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO señala

naturaleza, es claro que el cumplimiento de la misma debe ser asumido o soportado por ambos cónyuges a partes iguales (50 por 100), sin perjuicio, lógicamente, del derecho que pueda corresponder a cada uno de ellos en la futura liquidación de la sociedad legal de gananciales, o del que pueda tener la entidad prestamista-acreedora para dirigirse contra uno solo de los cónyuges exigiéndole, por razones de solidaridad, el cumplimiento íntegro de la prestación (arts. 1822, 1137, 1144 del CC); en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 24 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007/339944), se dispone en cuanto a la proporción de la hipoteca la Sala debe confirmar ese pronunciamiento, puesto que la diferencia económica actual determina el que sea el esposo el que soporte el 80 por 100 y solo el 20 por 100 la esposa, pero no existe razón alguna para que se ponga a exclusivo cargo de aquel su pago, cuando se trata de una deuda ganancial, y de cuyo pago se beneficiará la esposa con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, máxime cuando se ha atribuido a esta el uso de la misma. Y finalmente, tampoco puede prosperar el que se pongan a cargo del esposo el pago de unos servicios y suministros que solo el titular del uso disfruta, tales como recibos de gas, de canal satélite digital, de veterinaria. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas. Sección 3.ª, de 19 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/65871), señala sobre el pago de la hipoteca que, es criterio de este Tribunal que las reglas pactadas en el contrato de préstamo hipotecario y las de administración de la sociedad de gananciales no debe alterarse por vía de fijación de una contribución a las cargas matrimoniales desequilibrada entre los cónyuges, salvo en casos excepcionales, porque este tipo de medidas afectan negativamente a la regular liquidación del régimen económico matrimonial, al tratarse de una deuda o carga de la sociedad conforme al artículo 1362 del Código Civil, y por tanto ha de ser satisfecha por mitad por cada cónyuge en dicho momento, con reintegros al que haya pagado cuotas de amortización por encima de este porcentaje, de acuerdo con el artículo 1398.3 del mismo Código Civil. por tanto, establecer una contribución de un cónyuge por encima de la paridad, crearía un crédito del constituyente en la fase de liquidación que a la postre minoraría indeseablemente los derechos del cónyuge solo aparentemente beneficiado por la medida provisional sobre contribución de cargas matrimoniales. Claro es que, en ocasiones, cuando por ejemplo, el cónyuge usuario del domicilio conyugal carece de recursos para satisfacer la mitad del préstamo hipotecario, han de introducirse este tipo de disposiciones para no hacer ilusorio el derecho de uso, pero esta posibilidad solo tiene valor de excepción, y nunca de regla general (*Fundamento de Derecho* 2.º).

⁶⁵ RUBIO TORRANO, E., «Sobre el pago de cuotas del crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por los cónyuges antes del divorcio», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-3 (junio), pág. 19; CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda?. El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 188/2011, de 28 de marzo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011, pág. 28; COSTA RODAL, L., «Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los excónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011», *op. cit.*, pág. 43.

⁶⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de julio de 1995 (AC 1995/1488); de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 6 de septiembre de 1993 (AC 1993/1658); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de septiembre de 1995 (AC 1995/2220),

que «no cabe duda alguna que tanto en la lista del artículo 1362.1.º como la del artículo 90 D) del Código Civil entre los gastos que los cónyuges y excónyuges están obligados a atender se encuentran desde luego los alimentos (el de los hijos siempre y de los cónyuges al menos constante matrimonio). Según el artículo 142 del Código Civil, la obligación de alimentos comprende, entre otras cosas, la de proporcionar habitación al alimentista. Y parece razonable afirmar que la exigencia de proporcionar «habitación», debe comprender todo aquello que sea necesario para su cumplimiento efectivo; lo que, a su parecer, incluye el pago del préstamo hipotecario que ha permitido la adquisición del inmueble tanto si dicho pago es lo que garantiza que va a poder seguir gozando de la vivienda sin que el acreedor ponga en marcha los mecanismos de protección de su derecho y ejecute la hipoteca, con las consecuencias que de ello se derivan y que, en última instancia, conllevan la pérdida de aquella». Ahora bien, sentado lo anterior, añade la autora que «hay que hacer hincapié en que la obligación de pago del préstamo hipotecario entendida como carga familiar se mantendrá únicamente, y como es razonable, mientras esté al servicio del cumplimiento de la obligación de alimentos, esto es, en tanto el inmueble hipotecado esté efectivamente destinado al fin de constituir la habitación del alimentista»⁶⁷. Lo cierto es que la consideración del pago de las cuotas del crédito hipotecario como *aportación dentro de la pensión alimenticia* es la respuesta que dan a la cuestión las dos sentencias de instancia.

Sobre tales bases, partiendo que el pago de las cuotas del préstamo hipotecario es una deuda o carga de la sociedad de gananciales en los términos previstos en el artículo 1362.2 del Código Civil, y que ha sido contratada por ambos cónyuges, constante matrimonio estamos ante una deuda ganancial (art. 1367), que ha de ser satisfecha con carga a los bienes comunes, y si no hubiera numerario común o este fuera insuficiente, procedería acudir a los patrimonios privativos de los cónyuges y aplicar la regla de la proporcionalidad en la contribución al sostenimiento de tal deuda, aplicando lo previsto en el artículo 1438 para la separación de bienes, sobre la base de la cooperación y solidaridad conyugal, sin que por ello se afecte a la esfera externa, esto es, a lo pactado con el acreedor.

En cuanto al régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges obtiene para sí sus ingresos y rentas y los administra y gasta libremente, sin perjuicio de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. Para los matrimonios cuyo régimen económico esté sometido al Código Civil, determina el artículo 1435 que «existirá entre los cónyuges separación de bienes: 1. Cuando así lo hubiesen convenido. 2. Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que han de regirse sus bienes. De forma que, el régimen de separación de bienes es el legal supletorio de segundo grado. 3. Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales

después de señalar que las cargas del matrimonio no deja de ser un concepto residual y referible estrictamente a las cargas del sistema económico-matrimonial (pago de préstamos y créditos de la sociedad de gananciales), señala que los alimentos han de establecerse en el más amplio sentido que se contiene en el artículo 142 del Código Civil, comprendiendo por tanto, todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción; y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 23 de abril de 1996 (AC 1996/797).

⁶⁷ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, ÁLVAREZ-OSSORIO, M.ª del C., «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)», *op. cit.*, pág. 315.

o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto. Los casos a los que se refiere este precepto son: *a)* La conclusión por decisión judicial de la sociedad de gananciales o el régimen de participación (art. 1415) por las causas previstas en el artículo 1393 del Código Civil. *b)* El de disolución legal de la sociedad de gananciales en caso de que, solicitado por el acreedor el embargo de los bienes comunes por deudas propias de uno de los cónyuges, el otro exija que en la traba se sustituyan tales bienes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. Si bien, en este supuesto el cónyuge deudor puede evitar la aplicación del régimen de separación de bienes optando en documento público, en un plazo de tres meses, por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (art. 1374 del CC).

Existe una independencia patrimonial de los cónyuges en el régimen de separación, pues, a tenor del artículo 1437, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial y los que adquiriera después por cualquier título. Si se hubieran empleado fondos del otro cónyuge se aplicarán, entre ellos, las reglas generales sobre reembolsos y reintegros entre patrimonios distintos, pero para los acreedores solo vale la existencia de un título formal de adquisición por cada cónyuge deudor⁶⁸. En el caso que no sea posible probar la pertenencia privativa de los bienes o derechos, corresponde a ambos por mitad (art. 1441 del CC)⁶⁹. En consecuencia, no se forma entre los cónyuges ningún tipo de comunidad de carácter conyugal; de formarse, sería respecto de algún o algunos bienes en concreto, y sería una comunidad ordinaria regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Asimismo, corresponde a ambos cónyuges la administración, goce y libre disposición de sus propios bienes, obtiene para sí sus ingresos y rentas y goza y administra libremente todos sus bienes y —salvo disposición legal como ocurre si se trata de vivienda habitual o de los muebles de uso ordinario de la familia (art. 1320 del CC)—, puede disponer de ellos sin necesidad de contar con el consentimiento o la aprobación de su consorte. Si bien, en la práctica resulta frecuente y hasta inevitable que uno de los cónyuges gestione asuntos del otro, por lo que tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario (art. 1439 del CC).

Ahora bien, ni la titularidad separada de los bienes ni la completa autonomía de cada cónyuge en su administración y disposición puede ser obstáculo para el cumplimiento de la obligación que a ambos impone el artículo 1318 del Código Civil, sea cual sea el régimen económico del matrimonio, y que el artículo 1438 concreta para la separación de bienes, cuando establece que «*los cónyuges contri-*

⁶⁸ DE PABLO CONTRERAS, P., «Los regímenes de separación y participación», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 269; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 217.

⁶⁹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/6799), afirma la propiedad exclusiva de la esposa sobre una finca adquirida en virtud de compraventa, inscrita a su nombre en el Registro, casando la sentencia de la Audiencia Provincial que consideró que, a pesar de dicha inscripción, la finca correspondía en proindiviso a ambos cónyuges. Por su parte, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002/9098) declaró la propiedad exclusiva de la esposa de bienes comprados con préstamo personal por la esposa e inscritos a su nombre; no admitiendo como título traslativo el reconocimiento de que el 50 por 100 pertenecía al marido. No rige el mecanismo de subrogación real debido a la inexistencia de preceptos legales que, en sede de separación de bienes, así lo determinen.

buirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos»⁷⁰. Para ÁLVAREZ OLALLA, este deber no deriva del régimen económico-matrimonial, sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges, de tal manera que el régimen económico solo fija el modo en que el deber ha de cumplirse⁷¹. En todo caso, se trata de una norma de distribución entre los cónyuges de los gastos que, origina atender a las cargas del matrimonio. Del propio precepto se deduce que la medida de la contribución será primero la convenida por los cónyuges, y, a falta de acuerdo, se aplica el criterio legal de la proporcionalidad. Para la mayoría de la doctrina, los cónyuges van a poder determinar básicamente cómo se van a repartir las cargas, qué cantidad tienen que aportar cada uno y de qué manera se va a ejecutar la obligación de contribuir; de forma que, los pactos a los que pueden llegar las partes serán muy variados: establecimiento de un porcentaje sobre sus ingresos (mitad, un tercio, un cuarto); determinación de una cantidad periódica fija susceptible de actualización, o variable en función de las cargas asumidas en los distintos periodos (constante matrimonio o tras la separación)⁷². Resulta discutible la validez de un pacto en el que uno de los cónyuges quede exonerado absolutamente de contribuir a las cargas matrimoniales. Coincidimos con RIBERA PLANES, en que no resultan válidos tales pactos, ante la obligatoriedad

⁷⁰ El Código Civil francés, en sede de separación de bienes, su artículo 1537 hace referencia a la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio en los siguientes términos: «los cónyuges contribuyen a las cargas del matrimonio según las convenciones contenidas en su contrato; a falta de estas, en la proporción determinada por el artículo 214». Este último precepto determina, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la proporción en que ellos van a contribuir a las cargas matrimoniales. Así dispone que «si las convenciones matrimoniales no regulan la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio, ellos contribuyen en proporción a sus recursos respectivos».

Al respecto, señala RIBERA PLANES, B., *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 51, que al legislador español debemos aplaudirle el haber sabido concentrar en un precepto lo que el legislador francés ha dispuesto en dos normas distintas, si bien, al primero le recriminamos la ubicación de esta norma.

⁷¹ ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág. 1672, quien, asimismo, dentro del concepto de cargas del matrimonio, incluye «los gastos destinados a satisfacer las necesidades *primarias* (art. 142) de la familia, conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, salvo que los cónyuges acuerden la elevación o disminución del nivel de vida, acuerdo que podrá ser denunciado por cualquiera de ellos, en todo momento». Asimismo, añade, «son cargas del matrimonio los gastos destinados a satisfacer necesidades *secundarias* —hobbies, vacaciones, concertación de seguros— en tanto exista acuerdo de los cónyuges al respecto».

⁷² RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 53-54; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 3.º, Edersa, 1985, pág. 369; REBOLLEDO VARELA, A. L., *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 414; MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio constante matrimonio», *op. cit.*, pág. 600; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1937; ÁLVAREZ SALA WALTHER, J., «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *Revista de Derecho Notarial*, 1981, pág. 25.

del deber de contribuir a las cargas del matrimonio, tal y como se deduce de los artículos 1318 y 1438 del Código Civil, que puestos en relación con los artículos 66 a 68 del citado cuerpo legal, han de tenerse, esencialmente el primero como normas imperativas aplicables sea cual sea el régimen económico matrimonial; no siendo, en consecuencia, posible admitir tales pactos cuando se den determinadas circunstancias, pues, si una persona carece de ingresos porque no ejercita ningún trabajo remunerado ni ostenta titularidad sobre patrimonio alguno del que pueda obtener algún tipo de beneficio económico, siempre tiene la posibilidad de contribuir con el trabajo doméstico⁷³.

Igualmente, hay que dudar de la validez de aquellos pactos en los que se establezca que uno de los cónyuges ha de aportar todos sus recursos económicos para hacer frente a todos los gastos; no así de aquellos en los que se pacte una contribución no proporcional, pues, el legislador no la impone como regla general para todos los supuestos⁷⁴.

Ahora bien, la medida de la contribución a las cargas del matrimonio convenida por los cónyuges no ha de entenderse necesariamente que, ha de pactarse en capitulaciones matrimoniales, pues, vale cualquier acuerdo, incluso informal (verbal) y hasta tácito, revelado por hechos concluyentes o deducibles del com-

⁷³ RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 59-60; DE PABLO CONTRERAS, P., «Los regímenes de separación y participación», *op. cit.*, pág. 272. Por su parte, para ÁLVAREZ SALA WALTHER, J., «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *op. cit.*, pág. 26, y MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio constante matrimonio», *op. cit.*, págs. 600-601, consideran nulos tales pactos. Precisamente, esta última autora señala que exonerar del deber de contribución a uno de los cónyuges constituiría una quiebra del principio igualitario, sumado al hecho que un pacto similar sería ineficaz al no ser pactable, una derogación del principio contenido en el artículo 1315 del Código Civil. Por el contrario, otros autores aceptan la validez de tales pactos, así LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Familia*, segunda edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 269, dispone que «en rigor, mediante capitulaciones matrimoniales, cabría incluso dispensar a un cónyuge de contribuir a las cargas del matrimonio, haciendo que las soporte únicamente el otro; sin embargo, en ciertos casos, según pienso, esta cláusula podría ser considerada ilícita». Para DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 219, el contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio es una obligación de los cónyuges cualquiera que sea el régimen económico matrimonial por el que se rijan (art. 1318). Quiere ello decir que en los casos de completa liberación de la obligación de contribuir de un cónyuge por el otro habrá una evidente dosis de gratuidad con las consecuencias jurídicas que comporta (v.gr., colaciones en la herencia, inoficiosidad, etc.). O simplemente aceptan la validez de tales pactos, si bien se exigen determinadas circunstancias especiales para su licitud, en este sentido, PASTOR ÁLVAREZ, M.^a P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 100-101, señala que el deber de contribuir por los cónyuges es de indudable carácter imperativo, y no permite exonerar a uno de ellos de ese deber legal, a excepción de aquellos supuestos en que a alguno de ellos le sea materialmente imposible por carecer de recursos económicos; del mismo modo, REBOLLEDO VARELA, A. L., «Separación de bienes en el matrimonio», *op. cit.*, págs. 416-417.

⁷⁴ RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 60-63; ÁLVAREZ SALA WALTHER, J., «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *op. cit.*, pág. 27; ARROYO I AMAYUELAS, E., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 1572-1573.

portamiento habitual de los cónyuges, de modo que cada uno asume su deber de contribuir a las cargas durante el matrimonio⁷⁵. De convenirse en capitulaciones matrimoniales como documento público ha de constar en escritura pública (art. 1327 del CC), con la ventaja de su acceso al Registro Civil, y si afectase a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad (art. 1333 del CC) con eficacia frente a terceros.

A falta de convenio, la obligación de contribuir será proporcional a los recursos económicos de cada cónyuge, lo que incluye tanto capitales como las rentas, sean estas de trabajo o de capital; y los bienes de los que sean titulares los cónyuges, ya que cada uno de ellos tiene la facultad de disponer libremente de los mismos, como los frutos y rentas que de ellos se derivan⁷⁶.

El artículo 1438 termina haciendo referencia al «trabajo para la casa» que será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. De forma que, las labores domésticas no retribuidas han de valorarse como recurso económico del cónyuge que efectivamente las realiza, al efecto de calcular la cuantía de su contribución proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio. Pero, además, la realización de tales tareas da derecho, en todo caso, a una compensación económica que, a falta de acuerdo, fijará el juez al concluir el régimen de separación de bienes⁷⁷.

Por otra parte, como regla general las obligaciones contraídas por los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad (art. 1440.1 del CC). De forma que cada uno responde de sus propias deudas, y no responde de las contraídas por otro, salvo que ambos se hubieran obligado solidariamente, mancomunada o sub-

⁷⁵ RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 67; DE PABLO CONTRERAS, P., «Los regímenes de separación y participación», *op. cit.*, pág. 272; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 218; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 370; PASTOR ÁLVAREZ, M.^a P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 107. Sin embargo, para REBOLLEDO VARELA, A. L., «Separación de bienes en el matrimonio», *op. cit.*, pág. 413, debe constar en capitulaciones matrimoniales en tanto que es una modificación del régimen económico-matrimonial, bien sea que los cónyuges no habían pactado nada en sus capitulaciones, y estando sometidos a la regulación legal del artículo 1438 quieren modificarla, bien que habiendo pactado en sus capitulaciones quieren someterse al régimen del artículo 1438 o a otro diferente del convenido anteriormente. En ambos casos, nos encontramos claramente ante una estipulación capitular que ha de constar necesariamente en capitulaciones.

⁷⁶ RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 91-92; DE PABLO CONTRERAS, P., «Los regímenes de separación y participación», *op. cit.*, pág. 272; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 218; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Separación de bienes en el matrimonio», *op. cit.*, pág. 430; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1937.

⁷⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de julio de 2011 (LA LEY 111573/2011), sienta en su *Fundamento de Derecho* 7.º la siguiente doctrina: que «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

sidiariamente conforme la normativa general del Derecho de Obligaciones⁷⁸. Sin embargo, cuando las obligaciones se han contraído en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este Código (art. 1440.2). Es por ello que, de las deudas contraídas por un cónyuge para atender a las necesidades ordinarias de la familia responden sus bienes y subsidiariamente los del otro cónyuge frente a los acreedores, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de exigir al otro la aportación que le corresponda en el levantamiento de las cargas del matrimonio. De tratarse de una obligación que excede de la potestad doméstica, responde exclusivamente el cónyuge deudor, sin que el acreedor pueda agredir el patrimonio del otro.

En todo caso, cada cónyuge puede exigir al otro su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio desde que estas deban ser atendidas, o pedir los reembolsos que procedan. En caso de incumplimiento, se puede solicitar al juez la adopción de las medidas cautelares a las que hace referencia el artículo 1318 del Código Civil, y serán de cuenta del otro cónyuge los gastos que se deriven de tales litigios, siempre que se den las circunstancias establecidas por dicho precepto.

De todas formas, el deber de contribución no constituye *a priori* un límite a la libre disposición de los bienes por parte de los cónyuges; si bien la limitación puede ser judicialmente acordada mediante el procedimiento establecido en el citado artículo 1318.2 del Código Civil. Asimismo, conviene precisar que, tal deber de contribución se mantiene mientras persista la situación normal de convivencia matrimonial; pues, una vez que se produce la separación, ya sea judicial o de hecho, tal deber pasa a concretarse en los correspondientes deberes de prestación de alimentos, pensión compensatoria, o los derivados de la patria potestad que pueden ser fijados en el correspondiente convenio regulador, o reclamados en el procedimiento judicial correspondiente.

Sobre tales bases, en los casos resueltos en sendas sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2012, se entiende que el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal en una de ellas, y dos viviendas —de la que una es vivienda familiar—, no constituyen cargas del matrimonio en los términos del artículo 1438, y en consecuencia, para la determinación de la cuantía que corresponde a ambos cónyuges, ha de estarse a lo pactado por las partes, o, a falta de acuerdo, en forma proporcional a sus recursos económicos, sino que ha de atenderse al título de adquisición de tales viviendas, y, como no hay patrimonio común en el régimen de separación de bienes, en principio pertenece al cónyuge titular, pero de los hechos se desprende que han sido adquiridas por ambos cónyuges en régimen de copropiedad, por lo que procede aplicar el artículo 393 del Código Civil que, establece el concurso de los partícipes en las cargas de forma proporcional a sus respectivas cuotas que, se presumen iguales.

De la misma manera que en sede de gananciales, el pago de las cuotas de un préstamo hipotecario no se considera por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, cargas del matrimonio, sino que para determinar quién resulta obligado al pago, hay que atender al título de adquisición y de contratación de tal préstamo. Quedan, por tanto, excluidos del concepto de carga del matrimo-

⁷⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 268, señala al respecto que «si un cónyuge, porque anticipa fondos al otro o por cualquier otra causa, deviene acreedor de su esposo, el crédito y la consiguiente deuda se hallan sujetos al Derecho común de obligaciones, de modo que el pago de aquel no ha de diferirse a la disolución del régimen, sino que es exigible desde luego».

nio aquellos gastos que tienen por objeto la adquisición de bienes de inversión, aunque mediante su uso y disfrute se satisfagan necesidades familiares, primarias o secundarias, como por ejemplo la adquisición de vivienda familiar⁷⁹. De todas formas, la puesta a disposición de la vivienda familiar adquirida ha de considerarse como un modo de cumplir el deber de contribución. No obstante lo expuesto, el pago del alquiler de la vivienda si integraría el concepto de carga en uno y otro régimen matrimonial.

Con anterioridad a tales sentencias de 2012, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006, operaba en el mismo sentido, al señalar en su *Fundamento de Derecho* 3.º: «(...) La cuestión cardinal que queda así planteada es sobre la que en realidad versa el recurso y en concreto sus dos motivos, radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio a que se refiere el artículo 1438 del Código Civil para establecer la forma de su sostenimiento, cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende los conceptos que se discuten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. La respuesta ha de ser negativa, ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarca todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103.3.ª del CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues, precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la solución adoptada por la Audiencia de considerar la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil que establece el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso que, por ello, han de ser rechazados»⁸⁰.

⁷⁹ En esta línea, ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2006», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, mayo/agosto de 2007, pág. 898; de la misma autora, «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 74 y 76.

⁸⁰ *RJ* 2006/3502. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 9 de febrero de 1999 (*AC* 1999/4031), en su *Fundamento de Derecho* 3.º señala que: «(...) ambas hipotecas constituidas sobre la vivienda conyugal deberán ser pagadas por mitad entre los esposos por estar sujeto el matrimonio al régimen de separación de bienes, y por ser ello lo que se deriva de su respectiva titularidad, lo cual debe ser, asimismo, ratificado por este Tribunal, por cuanto, efectivamente, al ser la vivienda conyugal propiedad en común y proindiviso de ambos cónyuges, cada uno de ellos deberá abonar, como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, la mitad de las cuotas mensuales de amortización previstas en las escrituras de constitución de sendas hipotecas que gravan aquella». Después de señalar que al estar sujetos al régimen de separación de bienes deben ser pagadas por la mitad, pues, el bien es propiedad común y proindiviso de ambos cónyuges, parece que luego se inclina por considerarla cargas del matrimonio, y de nuevo manifiesta

Se parte de la idea que se ha pactado un régimen de separación de bienes, y en consecuencia la inexistencia de un patrimonio común. Si bien, lo determinante no es solo la propia configuración del régimen económico-matrimonial de separación de bienes, sino el hecho que se parte que el pago de la hipoteca no es carga del matrimonio en el sentido establecido en el artículo 1438 del Código Civil; de forma que para determinar cómo se ha de pagar tales cuotas habrá que estar al título de adquisición de la vivienda (en estos casos en régimen de copropiedad), y al título de constitución del préstamo hipotecario, pues, es posible un pacto solidario del mismo.

III. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Como hemos señalado, los pagos del préstamo hipotecario constante matrimonio se van haciendo de una forma que podemos considerar «normal», conforme con la comunidad de vida que representa el matrimonio sobre la base de la colaboración, esfuerzo común y solidaridad entre los cónyuges, sin importar, hay que decirlo, qué cuantía de los ingresos de uno y otro se destinan a ese fin, ni la observancia estricta de la regla de la proporcionalidad en el régimen de separación de bienes. La situación de conflicto se plantea cuando tiene lugar la crisis matrimonial, lo que conlleva un empeoramiento en la situación económica de la familia respecto de la que disfrutaba durante el matrimonio, y donde se hace más difícil afrontar los pagos del préstamo hipotecario. Por eso, tanto en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011, como en la mayoría de las Resoluciones de las Audiencias Provinciales, la controversia sobre la naturaleza o no de carga de las cuotas hipotecarias se plantean como consecuencia de un proceso de separación o divorcio. Quizá porque resulta difícil que constante matrimonio en una situación estable de convivencia, se inicien pleitos para hacer cumplir el deber de contribución a los gastos familiares, para dilucidar quién ha de pagar el préstamo o en qué cuantía se ha de hacer, o, en fin, para el reembolso de los gastos pagados en exceso. De plantearse, sería un primer paso a lo inevitable como es la separación o divorcio.

Sobre tales bases, constante matrimonio se ha considerado el pago del préstamo como deuda de la sociedad de gananciales, cabe cuestionarse si tal consideración se mantiene o varía cuando tiene lugar la crisis conyugal, y se inician los correspondientes procesos de separación o divorcio.

Los artículos 90.d), 91 y 103.3 del Código Civil establecen que bien las partes puedan pactar o el juez decidir la manera de contribuir los cónyuges a las cargas del matrimonio⁸¹. Coincidimos con GARCÍA CANTERO en que no puede hablarse de

que debe pagarse por mitad. A nuestro entender mezcla conceptos, y aunque parece operar en la línea del Tribunal Supremo, luego parece que se aparta.

⁸¹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 9 de diciembre de 1997 (AC 1997/2566), señala que, el concepto de «cargas de matrimonio», que incluye el de alimentos, viene regulado sustancialmente en los artículos 90, 91 y 103.3 del Código Civil, y se refiere a las cantidades que debe entregar un cónyuge al otro y a los hijos como consecuencia de un supuesto de separación. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 1 de abril de 1998 (AC 1998/4765), dispone que las cargas del matrimonio «puede considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades

cargas del matrimonio en los casos de divorcio; en todo caso, esta expresión sería aplicable a los casos de separación de mutuo acuerdo⁸². El artículo 90 permite a los cónyuges fijar en el convenio regulador las medidas que deben aplicarse tras la sentencia, que pone fin a la crisis conyugal. MARÍN LÓPEZ lo define como «el negocio jurídico familiar, que tiene carácter mixto, por intervenir los cónyuges y la autoridad judicial, que contiene las medidas definitivas que se aplican tras la sentencia definitiva de nulidad, separación o divorcio, supliendo de este modo la función que debería realizar el juez *ex* artículo 91 de no existir tal convenio regulador»⁸³. En todo caso, las medidas aprobadas conforme a este artículo 90 sustituyen desde el mismo instante de la sentencia a las medidas provisionales del artículo 103. Dentro del contenido del convenio en la letra *d*) se alude a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. Cuando los cónyuges no han presentado convenio, o habiéndose presentado no ha sido aprobado por el juez, corresponde a este fijar las medidas definitivas que han de regir la sentencia de nulidad, separación o divorcio. Igualmente, estas medidas sustituyen, desde el momento de su otorgamiento, a las medidas provisionales (art. 103) que hayan estado vigentes durante la tramitación del procedimiento judicial. Entre tales medidas está la vivienda familiar y las cargas del matrimonio.

Por otra parte, además de los efectos señalados en el artículo 102, la admisión de la demanda ha de provocar otros efectos en varios ámbitos (respecto de los hijos, vivienda, carga del matrimonio, etc.), con el fin de garantizar los intereses personales y patrimoniales de los cónyuges hasta la finalización del proceso judicial. En el artículo 103 se regulan las medidas provisionales que el juez debe adoptar cuando no exista pacto entre los cónyuges. Entre estas, el apartado 3 señala la fijación de la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio,

de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1367 y 1438), y en cualquier caso no puede confundirse ese concepto con la pensión compensatoria prevenida en el artículo 97 del Código Civil y que solo procederá en la correspondiente sentencia de separación o divorcio».

⁸² GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 382. En este sentido, ROCA TRIAS, E., «Comentario a los artículos 90 a 101 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 555, explica que el concepto de cargas del matrimonio presupone la convivencia; no obstante, añade que puede entenderse que subsisten cargas para los supuestos de separación, pero no para los de divorcio o nulidad. Asimismo, MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, págs. 42-44, insiste de nuevo en la idea de que las cargas del matrimonio, trasunto del deber de socorro mutuo, solo existen constante matrimonio, y aún vigente este, solo hasta que haya separación judicial, mientras el matrimonio se desarrolle en circunstancias normales; tras la crisis matrimonial, lo que existe será alimentos en los casos de separación, pensión compensatoria tanto para los supuestos de divorcio como para los de separación e indemnización en los casos de nulidad del matrimonio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 5 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/263336) señala que «aunque el artículo 91 sigue hablando de cargas del matrimonio tal expresión, por lo antedicho, no puede incluir ya obligaciones directas a favor de cualquiera de los referidos miembros de la unidad familiar, sino que abarca aquellas responsabilidades que, contraídas durante la convivencia conyugal frente a terceros, deben seguir siendo afrontadas por los esposos no obstante la ruptura, como puede ser hipotecas o préstamos personales que graven la economía familiar» (*Fundamento de Derecho* 5.º).

⁸³ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 207.

incluidas si procede la *litis expensa*, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares conveniente, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar a otro. Estas medidas se sustanciarán por el procedimiento establecido en el artículo 773 de la LEC, que las denomina «medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda» para distinguirlas de las medidas provisionalísimas o «medidas provisionales previas a la demanda» (arts. 104 del CC y 771 de la LEC). El juez deberá resolver sobre tales medidas provisionales al admitir la demanda de nulidad, separación o divorcio cuando ninguno de los cónyuges haya solicitado previamente las mencionadas medidas provisionalísimas. En todo caso, el juez debe fijar en qué cuantía contribuye cada cónyuge al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si no existe acuerdo entre los cónyuges, el juez fijará tal cuantía teniendo en cuenta el régimen matrimonial de matrimonio, lo que se haya dispuesto sobre los hijos y la vivienda familiar, las medidas que se fijen sobre los bienes al amparo del artículo 103.4.^a y 5.^a, y en último término, las disponibilidades económicas de cada cónyuge.

En este contexto, sería quizá más correcto el término cargas familiares o de medidas, y en caso de separación judicial o de hecho, que, igualmente que en el divorcio hay una suspensión de la vida en común de los cónyuges, aunque, a diferencia de este, se mantiene el vínculo matrimonial, se puede hablar de obligación legal de alimentos a favor del cónyuge más necesitado de protección, y siempre que el otro cónyuge tenga medios económicos para prestarlos (arts. 146 y 148 del CC); de pensión compensatoria (art. 97 del CC), y, de alimentos a favor de los hijos —aunque solo respecto de los hijos mayores de edad, puesto que respecto a los menores no hay obligación de alimentos propiamente dicha, sino cumplimiento de los deberes inherentes a la filiación—. Puede decirse que «el deber conyugal de socorro mutuo (art. 68) se reduce al deber de alimentos, cuando se rompe la unidad de vida»⁸⁴. Respecto de la vivienda familiar, además de decidir sobre la atribución del uso, se plantea la cuestión del pago del préstamo hipotecario,

⁸⁴ MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, pág. 43. En este sentido, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 197-198, señala que «cesada la convivencia conyugal, el deber de socorro mutuo adquiere una fisonomía jurídica más perfilada, transformándose en el deber de alimentos entre cónyuges que el Código Civil regula con carácter preferente (arts. 142, 143.1 y 145, párrafo 3) bajo el aspecto de obligación de dar».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/84423), precisa en su *Fundamento de Derecho* 3.º: «En la sentencia de separación no se ha de hacer una atribución selectiva de cargas del matrimonio, sino que se tienen en cuenta como necesidades de los integrantes de la familia nuclear, y en su caso, de las disponibilidades de los cónyuges para hacer frente a aquellas, y en razón a unas y a otras fijar la pensión que proceda. Es en el momento de la liquidación del régimen económico donde las cargas, si las hay, formarán parte del pasivo, y una vez detraídas del activo, determinarán la formación del haber partible, produciéndose las adjudicaciones en la forma ordenada por la ley. Pero ahora no tienen otro significado que el de contribuir a delimitar el alcance y cuantía de los alimentos, sin perjuicio de que, por esa vía indirecta, se indique cuál de los cónyuges haya de satisfacer la carga, mas siempre y en todo caso, se tratará de una satisfacción conjunta y a la par, en cuanto uno y otro cónyuge, a través del pago de la pensión uno y de la aportación de lo que sea precisa, por el otro, forman el patrimonio familiar, en tanto este no se liquide. Es, por ello, que el Código Civil, en los artículos 91 y siguientes contiene previsión específica para que el juez acuerde sobre el pago de una singular carga o gravamen, a diferencia de lo que ocurre cuando son los propios

pues no olvidemos que habitualmente se conviene a largo plazo. Las posiciones son de nuevo las mismas que se han planteado constante matrimonio. Para una parte de la doctrina y jurisprudencia, el pago del préstamo con el que se adquirió la vivienda no debe variar como consecuencia de la separación o del divorcio mientras el inmueble siga cumpliendo la función de dar habitación a los hijos. Y, en consecuencia, estamos ante una carga del matrimonio, en la que habrá de establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas, pues, tal obligación de contribuir a las cargas del matrimonio comprende hacer todo lo necesario para la satisfacción del derecho; y si ello requiere garantizar la efectividad de los pagos so peligro de que se pueda ejecutar la hipoteca que recae sobre el inmueble, habrá que buscar la fórmula para ello⁸⁵. Mientras que

cónyuges a los que sí se les permite el pacto sobre este punto (art. 90 del CC), sin duda para facilitar la conclusión del convenio».

⁸⁵ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, ÁLVAREZ-OSSORIO, M.^a del C., «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)», *op. cit.*, pág. 317; PÉREZ MARTÍN, A. J., «Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual», en *Tratado de Derecho de Familia*, T. II, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 233. Asimismo, en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de julio de 1995 (AC 1995/1488) señala que, de suerte que disuelta la sociedad de gananciales por virtud de sentencia de separación, la obligación de satisfacer las amortizaciones pendientes desde la fecha de esta resolución a la prevista para la extinción del préstamo, debe ser calificada como carga del matrimonio de las mencionadas en el artículo 91 del Código Civil, ya que habiendo nacido vigente la sociedad conyugal perdura en el tiempo más allá de la extinción de esta; por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 2 de mayo de 2001 (JUR 2001/211839), asimismo, precisa en su *Fundamento de Derecho* 4.º que, la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar —adquirida por ambos cónyuges para atender a sus necesidades de habitación— es una carga del matrimonio y obligación de ambos cónyuges de levantarla. Tal caracterización no se pierde tras la crisis matrimonial, mientras dicha vivienda continúa siendo el domicilio familiar y su uso y disfrute está atribuido a la madre bajo cuya custodia han quedado los hijos del matrimonio. La cuantía de las cuotas de amortización debe tomarse en consideración al cuantificarse la pensión frente a las cargas matrimoniales, que en el presente caso no ha sido solicitada como tal por la esposa o por el esposo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/84423), dispone, igualmente, en su *Fundamento de Derecho* 4.º que: «Lo que se expresa es particularmente aplicable al pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. Esta, según el artículo 96, a falta de acuerdo, se atribuye en uso a los hijos y al cónyuge con el que convivan, de modo que, siendo los hijos comunes menores de edad los titulares principales, y de primer grado de ese derecho de uso, se computa el mismo como parte integrante de la pensión alimenticia a su favor, pensión que engloba no solo el sustento sino también “la habitación” del alimentista (art. 142, párrafo 1.º del Código Civil), y por ello, si esa vivienda donde se concreta ese aspecto de los alimentos genera el gasto correspondiente a la amortización del préstamo, los pagos pendientes de este se han de tener en cuenta para garantizar tan elemental faceta de la deuda alimenticia. En suma, no hay posibilidad de fijar una proporción en el pago de la deuda hipotecaria, sino tomándola en consideración, establecer la cuantía de la pensión alimenticia, completándola si es preciso, para hacer frente a esa deuda, como a todas las demás que genere el “sustento, habitación, vestido, y asistencia médica, educación e instrucción” que es justamente el contenido legal de los alimentos (art. 142 del CC)». En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/84947), señala en su *Fundamento de Derecho* 3.º que: «(...) el préstamo hipotecario es una carga del matrimonio en sentido estricto, concepto que comprende las

para otras, en la línea de la sentencia de 28 de marzo de 2011, estamos ante una deuda de la sociedad de gananciales, cuya consideración, igualmente, no varía en la situación de crisis matrimonial, y corresponde a ambos cónyuges el pago por mitad; además cualquier novación modificativa que varíe el tipo contractual establecido, requerirá el consentimiento del acreedor⁸⁶. Si bien, no faltan en la

obligaciones que gravan la economía familiar y deben seguir siendo afrontadas respecto a terceros con independencia de la ruptura de la unión nupcial y en la demanda se solicitaba en concepto de pensión alimenticia y para el levantamiento de las cargas familiares, la cantidad de 3.600 euros mensuales, cantidad que excede con mucho del importe mensual de la cuota del préstamo hipotecario, siendo la razón que determina que dicha decisión sea adecuada a Derecho la enorme disparidad económica de ambos litigantes»; también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 de diciembre de 1996 (AC 1996/2412); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 17 de febrero de 1998 (AC 1998/4886); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/8968); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 9 de febrero de 1999 (AC 1999/4031); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de julio de 1999 (AC 1999/7978); de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.^a, de 23 de septiembre de 1999 (AC 1999/6577); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de 17 de noviembre de 1999 (AC 1999/2412); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de enero de 2000 (JUR 2000/142509); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 6 de marzo de 2000 (JUR 2001/106347); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 12 de abril de 2000 (AC 2000/3607); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, de 20 de julio de 2000 (JUR 2001/15447); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de febrero de 2001 (JUR 2001/136993); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 26 de abril de 2002 (JUR 2002/197476); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 1 de octubre de 2002 (AC 2002/1840); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2003 (JUR 2003/173093); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de diciembre de 2005 (JUR 2006/52571); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, de 10 de mayo de 2006 (JUR 2006/260633); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2006 (JUR 2006/280030); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 16 de abril de 2007 (JUR 2007/262544); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 2007 (JUR 2008/76371); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.^a, de 17 de abril de 2008 (JUR 2008/179146); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2009 (JUR 2008/208317).

⁸⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., «Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio y la separación», *op. cit.*, págs. 51 y 57; CASTILLA BAREA, M., y CABEZUELO ARENAS, A. L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. II, *Las crisis matrimoniales*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 473. La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 18 de febrero de 1995, señala en su *Fundamento de Derecho tercero* que: «(...) no debe olvidarse que en tanto no se produce la liquidación de la sociedad de gananciales, la vivienda es de propiedad ganancial, debiendo participar ambos cónyuges en su pago, no resultando ajustada al presente caso la pretensión última de que sea el esposo quien corra con los gastos de amortización del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda, pues, en cualquier caso, no existe el interés prevalente de mantener la misma en beneficio de los hijos, todo ello, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1398.3.º del Código Civil». Asimismo, vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de febrero de 1992 (AC 1992/317); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 22 de julio de 1992 (AC 1992/1074); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de noviembre de 1997 (AC 1997/2559); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 24 de abril de 1998 (AC 1998/4461); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 13 de abril de 1999 (AC 1999/600); de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, de 26 de mayo de 1999 (AC 1999/4959); de la Audiencia Provincial de Bar-

doctrina quienes para decidir en uno u otro sentido, atienden al criterio de si el gasto del pago de la hipoteca asumido por los cónyuges se destina a satisfacer necesidades mínimas comunes o primarias, de la familia en cuyo caso estamos ante una carga del matrimonio, o, se trata de un acto de inversión que excluye tal consideración⁸⁷; y en la jurisprudencia menor, para excluir la existencia de cargas

celona, Sección 18.^a, de 20 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/2060), propiedad en común y pro indiviso de los cónyuges; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 7 de abril de 2000 (*JUR* 2000/183920); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/133645); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/20778); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7.^a, de 20 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/222906); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, de 11 de junio de 2002 (*JUR* 2002/224639); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 30 de abril de 2003 (*JUR* 2003/254341); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 16 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/30138); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de junio de 2004 (*JUR* 2005/1988); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 1 de octubre de 2004 (*JUR* 2004/304663); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 6 de julio de 2005 (*JUR* 2005/202903); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 13 de julio de 2005 (*JUR* 2006/4774); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.^a, de 22 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/161945); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 8 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/207734); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/272284); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 20 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120508); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, de 13 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/70376); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 18 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/90441); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 29 de enero de 2008 (*JUT* 2008/132034); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 17 de julio de 2008 (*JUR* 2008/271933); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 15 de enero de 2010 (*JUR* 2010/149768); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 23 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/185041); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 1 de marzo de 2010 (*JUR* 2011/13285); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 17 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/364731); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 12 de julio de 2010 (*JUR* 2010/417517); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 25 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/157440); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 11 de julio de 2012 (*JUR* 2012/353825).

⁸⁷ MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio contante matrimonio», *op. cit.*, págs. 594-595 y 597, considera que los alimentos de los cónyuges y los alimentos de los hijos comprenden todos los conceptos contenidos en el artículo 142, salvo la educación de los cónyuges, y, en consecuencia, se incluye todo aquello que sea necesario para la vida diaria de los cónyuges e hijos. A la familia le corresponde no solo cubrir las necesidades mínimas de sus miembros, sino también lo que sea necesario para contribuir a su desarrollo, de manera que todo gasto dirigido a satisfacer esas necesidades será carga a la que deban contribuir ambos cónyuges, si bien ha de estar en correspondencia con los recursos económicos y el nivel de vida de la familia. Si bien, añade que, si los gastos se realizan para atender necesidades familiares, aunque no sean gastos necesarios y excedan del nivel de vida asumido por la comunidad, serán de carga del matrimonio, cuando sean asumidos o se realicen de común acuerdo entre los cónyuges, de otro lado, si el gasto extraordinario que se realiza por uno solo de los cónyuges tiene carácter necesario (art. 1368 del CC), o inevitable, con independencia de su cuantía, también se considerará carga, ya que forzosamente ello tiene que significar que se trata de atender alguna de las cargas del matrimonio. Sin embargo, ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, 2007, pág. 898, señala que, cargas del matrimonio son los gastos destinados a satisfacer las necesidades primarias de los cónyuges e hijos comunes enumerados en el artículo 142 del Código Civil, pero quedan

del matrimonio entre cónyuges divorciados o separados, aducen la quiebra de la convivencia, de los vínculos de la solidaridad familiar derivados de esta, y, en consecuencia, la inaplicabilidad de todas aquellas normas inherentes a la misma destinadas a ordenar la economía de los cónyuges⁸⁸; o, simplemente, para determinar a quién corresponde el pago del préstamo hipotecario parten de la diferente situación económica de los cónyuges⁸⁹; o, en fin, se considera que, la atribución del uso de la vivienda conlleva el pago del préstamo hipotecario⁹⁰.

En todo caso, recordemos que la citada Resolución del Tribunal Supremo formula como doctrina que el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar, constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil. Y, además, añade que deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: «1) *Los relacionados con la conservación y*

fuera los gastos destinados a la adquisición de bienes de inversión, incluso aunque mediante su uso y disfrute se satisfagan necesidades familiares primarias o secundarias, como ocurre en el caso de adquisición de vivienda habitual, porque ello va más allá del mero objetivo de satisfacción de una necesidad familiar; no va exclusivamente destinado a ello, sino a la formación de un patrimonio inmobiliario.

⁸⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de enero de 2000 (*AC* 2000/746); de la misma Audiencia y Sección, de 2 de enero de 2003 (*JUR* 2003/108268) señala en su *Fundamento de Derecho* 3.º que «(...) Disuelta la “vigencia” del matrimonio, tanto las reglas del régimen económico-matrimonial primario como las que sean de aplicación en virtud de los capítulos matrimoniales, si existiesen, o del régimen legal supletorio, establecen la forma en la que ha de participar cada esposo en las cargas del matrimonio, tanto de gastos de sostenimiento, alimentos, incluido capítulo vivienda, como de inversiones privativas comunes. Para los post-cónyuges no existe regulación específica, sin que pueda hacer distinción entre separados, divorciados o anulados, puesto que la *ratio legis* de la vinculación patrimonial en el reparto de las cargas comunes no es otro que la convivencia. La separación matrimonial determina la “disolución del régimen económico” (art. 95 del CC), sea cual sea este (puesto que aun la separación estricta de bienes persiste el ámbito del régimen primario y los eventuales bienes adquiridos en régimen de proindivisión). Con la disolución del régimen las normas relativas a la contribución a las cargas comunes dejan de ser aplicables, aunque todavía no se haya producido la liquidación».

⁸⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 20 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/170534); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 1 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/149978), amortización en solitario a cargo del esposo por carencia de ingresos de la esposa; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 23 de julio de 2002 (*JUR* 2002/262045), abono por el esposo de conformidad con sus circunstancias económicas, pues, el nivel de vida es muy superior al de su esposa; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/193033), la diferente situación económica de la esposa y marido justifica que, al marido le corresponda el abono del 70 por 100 de la carga hipotecaria, dado que en cierto modo actúa como reequilibrador de los diferentes ingresos de uno y otro cónyuge; de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 5 de julio de 2006 (*JUR* 2006/246022); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 22 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/297423).

⁹⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 22 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/164393); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 22 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/253349); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2007 (*JUR* 2007/340864); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 22 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/94697); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 30 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010/385397).

mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tiene la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio; 2) El pago de las cuotas del préstamo ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario, y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente».

Esta solución es también la adoptada por el artículo 231-5 del Código Civil catalán que modifica el artículo 4 del antiguo Código de Familia, pues, en dicho precepto se ha eliminado de la consideración de cargas familiares, el pago de las cuotas dirigidas a la adquisición de bienes destinados a vivienda⁹¹. Además, el artículo 233-23 del citado cuerpo legal, dispone en su párrafo primero que «*en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución*», mientras que el párrafo segundo considera que, «*los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso*»⁹².

En base a lo que es nuestra opinión coincidente en parte con la citada sentencia, la situación no varía cuando se produce la crisis matrimonial⁹³. Estamos ante una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 del CC), y aunque puede objetarse que la sociedad de gananciales se disuelve con la separación o el divorcio.

⁹¹ El artículo 4 del Código de Familia disponía al respecto que: «*1. Tienen la consideración de gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, con adecuación a los usos y el nivel de vida familiar, y en especial: a) Los originados en concepto de alimentos en su sentido más amplio, de acuerdo con la definición que hace del mismo el presente Código; b) Los de adquisición y mejora, si es de titularidad conjunta, de las viviendas u otros bienes de uso de la familia y, en todos los casos, los gastos de conservación. Los derivados de la adquisición, de pago de mejoras y de préstamos concedidos con la finalidad de adquirir o realizar mejoras en la vivienda familiar o en otros bienes de uso de la familia únicamente tienen la consideración de gastos familiares, en la parte que corresponda al valor, de su uso, si se trata de bienes de titularidad de uno de los cónyuges en el régimen de separación de bienes o si se trata de bienes privativos en los demás regímenes económicos matrimoniales. En todos los casos también son gastos familiares los de conservación; c) Las atenciones de previsión, médicas y sanitarias*».

En la línea, de lo que disponía el citado artículo 4 del Código de Familia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de enero de 2000 (JUR 2000/142509), considera que constituyen cargas del matrimonio, acordada la separación, los ocasionados por la amortización del préstamo hipotecario, y el impuesto sobre Bienes Inmuebles, impuesto directo, real y objetivo que grava la titularidad de los bienes inmuebles.

⁹² Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 24 de abril de 1997 (AC 1997/968), las cuotas de la comunidad están comprendidas en la contribución a las cargas del matrimonio, constituyen un gasto ordinario necesario para el sostenimiento de la familia y no requieren tratamiento separado.

⁹³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 12 de abril de 2000 (AC 2000/3607).

Es cierto que, en tanto como en este caso, no se liquide, estamos ante lo que se denomina «comunidad postganancial o postmatrimonial»⁹⁴ —de la que son titulares los cónyuges o excónyuges, o el cónyuge superviviente y los herederos del cónyuge fallecido (o declarado fallecido)— que, como coincide la mayoría de la doctrina, el patrimonio ganancial subsiste y continúa respondiendo de las deudas contraídas con anterioridad a la disolución, como sería el pago del préstamo hipotecario. Constituye una realidad que el patrimonio común se puede agotar —en cuanto han desaparecido las fuentes de las que se nutría el patrimonio ganancial—, al no incrementarse con los rendimientos del trabajo de los cónyuges, que suele ser la principal fuente de ingresos, además de con los frutos o rendimientos de los bienes privativos de los cónyuges, que pasarán a formar parte de su patrimonio privativo. Pero en tanto esto no suceda, dicho patrimonio común ha de seguir respondiendo de los pagos del crédito hipotecario que, no obstante puede experimentar aumentos (con los frutos o rendimientos de bienes comunes) o cambios en su composición (cobro de créditos comunes u otros casos de subrogación real). Si no hay efectivo común, o es insuficiente habrá que, hacer frente al pago del crédito hipotecario con los patrimonios privativos de los cónyuges⁹⁵. Si uno paga más, puede reclamar

⁹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C., «La sociedad de gananciales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 259, señala que a falta de reglas específicas, la comunidad postganancial se regirá por las de la comunidad ordinaria en cuanto sea aplicables a una comunidad universal y no por las reglas de la sociedad de gananciales. Por su parte, DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 202, manifiestan al respecto que, en principio es razonable entender que no estamos ante una comunidad sobre cada uno de los bienes o derechos, que se regularían por los artículos 392 y siguientes, sino que es probable por la remisión que el Código hace a la partición y liquidación de la sociedad de gananciales que, sea una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, es decir, tendremos un patrimonio cuya titularidad la ostentan varias personas. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de julio de 1995 (AC 1995/1488) dispone que, se acomoda en mayor medida al estatuto de comunidad ordinaria, en la que ambos comuneros ostentarán una cuota idéntica sobre ese conjunto patrimonial en liquidación entendido en su unidad global, comprensiva de bienes, derechos y obligaciones; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/205101). Para RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La comunidad postganancial*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 42-43, estamos ante una cotitularidad sobre un patrimonio especial, que se halla sujeto al levantamiento de determinadas cargas y afecto a ciertas responsabilidades, pero que no proporciona un derecho diferenciado y distinto sobre una *universitas*.

⁹⁵ En esta línea, MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, págs. 128-129 señala que, «tampoco es cierto, como a veces se afirma que, existente una vivienda familiar (privativa o ganancial) cuyo precio se deba en todo o en parte, el pago de ese precio constituya una carga del matrimonio. Verdaderamente, el pago del precio deberá soportarlo uno o ambos cónyuges en cuanto sean y en la medida en que sean titulares del inmueble en cuestión. Así, si se trata de un régimen de separación de bienes y el titular del inmueble es solo uno de los cónyuges, este exclusivamente deberá afrontar el pago (art. 1440.1 del CC). Si la vivienda es ganancial, el pago del precio será de cargo de los gananciales (art. 1362.2 del CC) pero no una carga del matrimonio incluíble en el artículo 1362.1». La trascendencia de esta distinción es importantísima, añade el autor, «en primer lugar, es indudable que los hijos no deberían asumir nunca el pago, no solo porque no sean titulares del inmueble, sino porque al no representar el gasto una carga del matrimonio, tampoco estarán obligados a asumírselos de forma equitativa, lo que sí ocurriría, si realmente constituyera una carga matrimonial (art. 155.2.º del CC). En segundo lugar —aspecto esencial— disuelta la sociedad de gananciales, los cónyuges, si los bienes comunes no son

lo pagado en exceso, lo que no podría hacer, si se trata de una carga, porque es contribución obligada al sostenimiento de la familia⁹⁶.

De manera que el pago de la hipoteca constante matrimonio y tras la situación de crisis conyugal va ligado al título de constitución del préstamo hipotecario —y no como señala la sentencia de 28 de marzo de 2011, necesariamente al título de adquisición de la propiedad del bien—, pues, el acreedor hipotecario es ajeno a lo que suceda en las relaciones inter conyugales⁹⁷. Aun en situación de crisis conyugal, aquel puede dirigirse contra cualquiera de los cónyuges para reclamar el pago, pues, no olvidemos que se obligaron solidariamente⁹⁸, y sin que el convenio regulador o la correspondiente sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio puedan novar el contenido obligacional del título por el que se constituyó la obligación de pago⁹⁹. En todo caso, el establecimiento de una contribución desigual y distinta en el pago del préstamo hipotecario de la que resulte del título constituido, una vez que tiene lugar la situación de crisis

suficientes para afrontar el pago del precio pendiente, deberán soportarlo, en la esfera interna y en última instancia, por mitad con cargo a sus respectivos patrimonios privativos en cuanto serán, a la postre, titulares por iguales mitades del inmueble, y nunca deberán asumir el pago en proporción a sus respectivos recursos económicos, como si cabría defender si se tratase de una carga del matrimonio».

⁹⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 12 de mayo de 2003 (AC 2003/1676), señala que, al considerarse el pago del préstamo hipotecario como contribución a las cargas de la familia destinadas a satisfacer las necesidades alimenticias de vivienda de las hijas, no dará lugar a reembolso alguno en la futura liquidación del bien común. Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La sociedad de gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis conyugal», en *Actualidad Civil*, 1999-2, pág. 366, después de afirmar que, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar es una carga del matrimonio, entiende que respecto de quien afronta la totalidad del pago, ha de computarse lo pagado en exceso en el momento liquidatorio.

⁹⁷ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de enero de 2000 (AC 2000/746), precisa, en este sentido, que el cumplimiento de la obligación hipotecaria frente a la entidad prestamista ha de hacerse a tenor del título que la constituyó. En la misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de enero de 2001 (JUR 2001/114463); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 24 de mayo de 2001 (JUR 2001/200561); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 25 de enero de 2002 (JUR 2002/111416); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 24 de abril de 2008 (JUR 2008/197008); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 17 de marzo de 2009 (JUR 2009/379129).

⁹⁸ En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/8968) señala en su *Fundamento de Derecho* 2.º que: «(...) la regulación de las denominadas cargas del matrimonio tienen por finalidad la adecuada contribución a los gastos, que origine la subsistencia de la familia, incluida la litisexpensas [arts. 90.c), 91, 93 y 103.3 del CC], pero no aquellos gastos en los que aparece como acreedor un prestamista (Banco, Caja o entidad de ahorro), frente al cual se obligan ambos cónyuges en la forma y con el contenido de la escritura de constitución del préstamo hipotecario».

⁹⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 31 de julio de 1998 (AC 1998/6186); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 2 de mayo de 2000 (JUR 2000/209857); de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2004 (JUR 2004/197286), la asunción conjunta y por mitad entre ambos obligados no puede modificarse en la ejecución del título judicial; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de abril de 2006 (JUR 2006/272473). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 16 de abril de 2007 (JUR 2007/313697), se da por válido el convenio *inter partes* por el que se acuerda que el crédito hipotecario sobre la vivienda ganancial sea abonado exclusivamente por la esposa.

conyugal, no debe ser excluida por principio, si existe acuerdo entre los cónyuges al respecto; ahora bien, la no intervención del acreedor en ese acuerdo prestando su consentimiento determina que la obligación se mantenga subjetivamente inalterada; lo que no impide la validez y eficacia *inter partes* del acuerdo de asunción del pago celebrado entre ambos deudores, si bien, no respecto del acreedor que mantiene inalterable su posición crediticia, salvo que consienta la novación subjetiva de la obligación¹⁰⁰.

Lo cierto es que al no existir convivencia entre los cónyuges tras la crisis matrimonial decae el fundamento del deber de contribución a las cargas del matrimonio, basado como bien sabemos, en la colaboración, solidaridad conyugal, ayuda mutua entre ambos cónyuges, y, en el consumo y disfrute de bienes en común; lo único que puede solicitar un cónyuge al otro como medidas en convenio regulador o en la correspondiente resolución judicial, será su derecho de alimentos, pensión compensatoria, contribución a los gastos ordinarios y, en su caso, extraordinarios de los hijos comunes, atribución del uso de la vivienda¹⁰¹.

Desde tal perspectiva, entre las cargas del matrimonio no puede situarse el pago de las deudas como la hipotecaria, ni siquiera las originadas por la adquisición de la vivienda familiar, porque esta es una cuestión ya determinada, como hemos expuesto, por contrato de préstamo, aunque si puede tener alguna repercusión excepcionalmente en algunas de las medidas que, hemos citado.

Ahora bien, tras la crisis matrimonial y, por ende, la disolución del régimen económico no cabe duda que, la capacidad de los excónyuges se ve mermada considerablemente, al haber menos ingresos (o quizá ninguno) para ambas partes. Y aunque los recursos económicos de los que disponen los excónyuges no se toman como base para determinar a quién corresponde y en qué proporción el pago del préstamo hipotecario, si, en cambio, puede ser un criterio a tener en cuenta para el cálculo de otras medidas que se adoptan, bien en convenio regulador debidamente homologado judicialmente, bien en el correspondiente proceso contencioso (pensión compensatoria, alimentos, uso de la vivienda). Precisamente, en la combinación del pago de la hipoteca con esas otras medidas, parece posible y conveniente —entre otras cosas para evitar un posible impago de las cuotas hipotecarias y la pérdida de la vivienda— que, en la determinación del obligado y del cálculo de su cuantía de aquellas, se tenga en cuenta los recursos económicos de los que disponen las partes. Lo cierto que, a ello favorece la existencia de una tendencia mayoritaria en la doctrina de dotar de valor económico al uso de la vivienda, y, en consecuencia, de computarse como tal a la hora de fijar la pensión alimenticia o pensión compensatoria. Así, respecto de los alimentos, se considera que la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar cubre la necesidad de habitación a la que se refiere el artículo 142 del Código Civil, y, por tanto, constituye pago en especie de dicha pensión. Y, en relación a la pensión compensatoria se tiende a considerar como una circunstancia más a tener en

¹⁰⁰ RUBIO, G., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, enero/abril de 2012, pág. 368. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/2852); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 19 de noviembre de 2007 (JUR 2008/65871).

¹⁰¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 8 de febrero de 2012 (LA LEY 54195/2012), señala que, aunque la pensión compensatoria y los alimentos legales entre cónyuges tienen finalidad y características distintas, esto da soporte a su compatibilidad.

cuenta a la hora de determinar su importe conforme lo previsto en el artículo 97 del Código Civil, el hecho que el cónyuge no usuario esté obligado a pagar un alquiler y parte del préstamo hipotecario¹⁰². Así, ROCA TRIAS mantiene, por un lado, que la atribución de la vivienda familiar prevista en el artículo 96 del Código Civil puede considerarse como una forma de contribución que asume una parte del contenido de los alimentos; y, por otro, señala que la cuantía de la pensión compensatoria debe ser menor, teniendo en cuenta que el artículo 97 alude a otras circunstancias que hay que tener en cuenta, cuando el cónyuge titular ha cedido el uso de la vivienda al no titular, con lo que subviene una parte de sus necesidades¹⁰³. ELLORIAGA DE BONIS, asimismo, considera que la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge, en cuya compañía queden, es una de las formas de contribuir a las cargas de conformidad con el artículo 154.1 en relación con el artículo 141.1 del Código Civil. Dicha atribución, precisa, tiene un valor económico, por lo que es lógico que el cónyuge perjudicado con el no uso de la vivienda, sea, al menos, beneficiado con una menor contribución al resto de las cargas; incluso, la pensión compensatoria por desequilibrio regulada en el artículo 97 podría verse reducida¹⁰⁴. Por su parte, MURCIA QUINTANA manifiesta, igualmente, que el disfrute de la vivienda familiar por los hijos menores del matrimonio supone la satisfacción de sus obligaciones de contribución a las cargas del matrimonio y de pago de alimentos por parte del cónyuge que no tiene a su cargo la guarda; se trataría, precisa el autor, de una contribución en especie o como satisfacción *in natura* de parte de los alimentos debidos¹⁰⁵. Asimismo, excluye la pensión compensatoria a favor del cónyuge adjudicatario del uso, si la atribución del uso de la vivienda resulta suficiente para conservar el mismo nivel económico anterior. En relación con la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, RIBERA BLANES afirma que el uso de la vivienda constituye una forma de contribuir en especie del cónyuge que es titular del bien correspondiente. Normalmente, precisa, la contribución no se limita a la aportación del bien en cuestión, sino también a los objetos que se encuentran en él. Ahora bien, esta forma de aportación de bienes propios considera la autora, constituye también una forma de contribuir a las cargas del matrimonio en los casos de separación judicial, en estos casos, la autoridad judicial concede a uno de los cónyuges la facultad de ocupar la residencia familiar que pertenece en propiedad a su consorte sin obligarle al pago de una contraprestación. Y, finalmente, señala que la aportación de un bien inmueble para contribuir a las cargas

¹⁰² RUBIO, G., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011», *op. cit.*, pág. 369, asimismo, opta por qué el pago del préstamo hipotecario en proporción exacta a lo que resulta del título constitutivo, vaya acompañado de una ponderación sobre el resto de las medidas a acordar en el proceso de separación o divorcio. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de noviembre de 1997 (AC 1997/2559); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917), la inclusión en el concepto de alimentos de la atribución del uso de la vivienda.

¹⁰³ ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido PAZ ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 393.

¹⁰⁴ ELLORIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 388.

¹⁰⁵ MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 380-382.

del matrimonio ha de valorarse atendiendo a la renta que tendría que satisfacer por el arrendatario de un bien de similares características, a un tercero. No sería difícil fijar el precio, simplemente habría que atender a los criterios de mercado¹⁰⁶. Por último, en relación con el pago de la hipoteca, piensa GARCÍA DE BLAS que, puede ser computado dentro de la pensión compensatoria atribuida al cónyuge o dentro de la obligación alimenticia a favor de los hijos; en cualquiera de estas formas, considera que «el pago del préstamo hipotecario no genera reembolso alguno por quien paga una vez liquidado el bien»¹⁰⁷.

En esta línea, una parte de la jurisprudencia, atendiendo a los recursos económicos de los cónyuges, condiciona la decisión sobre el pago del préstamo hipotecario y su cuantía, a otras medidas como las pensiones alimenticias debidas a los hijos o la pensión compensatoria, que debe asumir el cónyuge obligado, o incluso la propia atribución del uso de la vivienda, en unos casos reduciéndolas y en otras compensándolas. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de febrero de 2007, precisa en su *Fundamento de Derecho* 3.º, que: «(...) Ha quedado acreditada la diferencia de ingresos de las partes; el hecho de haberse atribuido el uso de la vivienda que fue familiar a favor de la señora Amelia, lo que tiene un evidente contenido económico, además de la cotitularidad de dicha vivienda por ambas partes, impide que se pueda fijar una pensión compensatoria a su favor, pues los ingresos del demandado quedan mermados con los importantes gastos que tienen que afrontar con el pago de la mitad de las cuotas hipotecarias y la renta por alquiler de una vivienda para sí mismo. Todo ello podría obviarse si las partes se pusieran de acuerdo y vendieran el referido inmueble, medida que esta Sala no puede acordar, pero sí las partes, lo que supondría un importante capital tanto para la señora Amelia como para el señor Benedicto, por lo que sus economías serían más holgadas, y podrían, en su caso, revisarse la pensión alimenticia de la hija común, siempre que se acreditara una sustancial modificación de las circunstancias»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ RIBERA BLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 116-119.

¹⁰⁷ GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.ª L., «La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis», en *Conflictos en torno a los patrimonios personal y empresariales*, coordinadores: Martín GARRIDO MELERO y Josep M.ª FUGARDO ESTIVILL, T. II, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 1147.

¹⁰⁸ JUR 2007/205121. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (AC 1994/2304), después de relacionar la atribución de uso de la vivienda como parte de la pensión alimenticia, dispone que, el pago de la carga hipotecaria corresponde al esposo en unas 2/3 y a la esposa en la 1/3 parte restante; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de junio de 1995 (AC 1995/1488), en su *Fundamento de Derecho* 4.º, señala que: «No puede dejar de subrayarse que el uso de la susodicha vivienda familiar fue atribuida a la hija del matrimonio menor de edad, junto con la madre a la que se confió su guarda y custodia, y que la aludida asignación del uso participa, en alguna medida, de la naturaleza de la pretensión alimenticia, siendo criterio legal bien conocido el que proclama la preferencia del beneficio o interés de los menores en cuantas cuestiones dimanen de los procesos matrimoniales y les afecten, habiendo de adoptar el juez, incluso de oficio, las cautelas o garantías precisas para asegurar la efectividad de las prestaciones acordadas, como señalan los artículos 91 y 93 del Código Civil. Y, en este orden de ideas, es patente que la obligación impuesta al padre de satisfacer la parte correspondiente de las amortizaciones del préstamo hipotecario, sin necesidad de acudir al procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, propiciará la estabilidad del uso asignado, evitando que por dificultades económicas de la madre pudiera darse lugar

a la ejecución hipotecaria, con el riesgo de pérdida de la vivienda; por lo que también desde esta perspectiva resulta procedente la estimación de la pretensión deducida»; por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 26 de mayo de 1999 (AC 1999/4959), dispone en su *Fundamento de Derecho* 2.º que, el marido debe satisfacer la mitad de la cuota de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal, y, consecuentemente debe reducirse a 40.000 pesetas la cantidad a satisfacer mensualmente a cada uno de sus dos hijos —Álvaro y Mario—, con precisión en cuanto a las cantidades por concepto de gastos extraordinarios que serán satisfechas por mitad entre ambos cónyuges. Al producir la sentencia firme de separación conyugal la disolución del régimen económico-matrimonial, y siendo un bien ganancial la vivienda familiar, el aporte de la mitad de dicha cuota por cada uno de los cónyuges no hace sino facilitar tal situación en lo más posible, y con ello el padre no destina la cantidad correspondiente a satisfacer un concreto gasto, sino precisamente en la reducción de la hipoteca de un bien en cuya mitad es propietario, teniendo siempre presente que las cantidades fijadas por los diversos conceptos en la sentencia de instancia, y modificación de la presente pueden siempre adecuarse a las concretas necesidades de los padres e hijos conforme dispone la normativa legal o se produzcan alteraciones sustanciales de las concretas circunstancias de cada uno de los interesados». En la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 7 de noviembre de 2003 (JUR 2004/50100), se pone de manifiesto en su *Fundamento de Derecho* 1.º que, en la fijación de las pensiones a favor de los descendientes, la juzgadora *a quo* tuvo en consideración, como claramente se especifica en la resolución, que las mencionadas prestaciones no se verán minoradas por la necesidad de satisfacer cantidad alguna en concepto de habitación, por ser la morada propiedad de las partes, y satisfacer el padre las cuotas del préstamo, cuya cuantía también fue computada a la hora de distribuir los ingresos excedentes del progenitor entre la madre e hijos que conviven en el indicado domicilio, y el esposo que ha salido de la casa y ha de sufragar los gastos de otra residencia. (...) Por lo que interesa que el padre siga abonando las cuotas hasta que se produzca la independencia económica de los hijos, dado que, el padre aceptó dicha carga mientras la vivienda estuviese atribuida al hijo y al progenitor que con él conviviera. (...) Desde otro punto de vista, es evidente que al establecer las pensiones efectivamente se tuvo en cuenta que la madre y los hijos, que no disponen de otros ingresos, no tendrían que pagar alquiler ni atender a las amortizaciones del préstamo y que, por el contrario, sí debería sufragarlas íntegramente el padre, lo que reduciría el aludido monto del saldo neto resultante para el marido que debería simultáneamente atender a su propia habitación, equilibrio que resultaría roto cuando se produjera la liquidación de los gananciales, con el consiguiente empobrecimiento de la parte más débil y enriquecimiento de quien dispone de mayores medios, ante lo cual, procede acceder a que la obligación de pago del préstamo continúe a cargo del padre, mientras que los hijos no tengan independencia económica y ello al margen de que se liquide o no la sociedad de gananciales, conclusión a la que no obsta la consideración de tipo técnico jurídico relativa a que *el pago de las cuotas fue establecido en concepto de contribución a las cargas de la sociedad de gananciales, puesto que, si bien es cierto que, una vez liquidada dicha sociedad, ya no existirán cargas derivadas de la misma, no lo es menos que el mantenimiento después de dicho momento de la obligación de pago por el padre, puede establecerse como un complemento de la pensión alimenticia a favor de los hijos, ya que nada impide que se separen en partidas diferenciadas el coste derivado del mantenimiento de la vivienda mediante el abono del préstamo, y el resto de las que integran la pensión alimenticia, cuyo resultado sería idéntico que el de establecer que, una vez producida la liquidación, la pensión total a favor de los hijos se incrementase en el monto equivalente a la mayor disponibilidad obtenida por el padre al liberarse de la mitad de la aludida obligación y consiguiente empobrecimiento del resto de la familia, máxime cuando la cuantía de la pensión compensatoria no permitiera hacer frente a la mitad de las tantas veces citadas cuotas, lo que, de otro lado, comportaría una alteración de las circunstancias que dieron lugar a la fijación de las medidas reguladoras de la separación que bastaría para instar un expediente de modificación, lo que permite, en aras del principio de economía procesal, y a la protección*

Si bien, no faltan aquellas que, simplemente, mantiene la absoluta independencia de las medidas adoptadas con el pago del préstamo hipotecario¹⁰⁹.

de la parte más débil en la ruptura de la convivencia, salir al paso de tal contingencia ya en este momento; *estableciendo que las cuotas sean íntegramente satisfechas por el padre hasta la independencia económica de los hijos, ya sean en concepto de contribución al levantamiento de las cargas de la sociedad de gananciales, ya en el complemento de las pensiones alimenticias para hacer frente al costo de habitación*. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/234937), se reduce la pensión alimenticia a favor de los hijos teniendo en cuenta la capacidad económica del padre que, debe dar cobertura con un alquiler a su necesidad de propia vivienda, y, asimismo, ha de contribuir con el 50 por 100 del préstamo hipotecario, que en la práctica representa la mitad de los ingresos del recurrente, muy por encima de la tercera parte que viene señalando la doctrina jurisprudencial. La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 6 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/145294), señala que, la hija habida del matrimonio necesita de una vivienda y si la madre no puede hacer frente a la hipoteca que pesa sobre la vivienda que tienen —la hija y la madre a cuyo cuidado se encuentra—, como parece claro a la vista de sus escasos ingresos, resulta de justicia que dicha hipoteca la pague el padre para que su hija pueda seguir teniendo un hogar (*Fundamento de Derecho* 2.º); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/202521), no se fija pensión compensatoria, pues, los ingresos del marido quedan mermados con el pago de la mitad de las cuotas hipotecarias; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008/338256) se señala que, si al salario de 2.221 euros, máximo acreditado con horas extras que percibe el exmarido, se le resta lo que debe pagar de alquiler, y lo que establece la sentencia como pensión de los hijos, y a esta cantidad se suma el salario de la demandada, vienen a ser las percepciones equivalentes, y en definitiva, lo único que se impone es el pago de la mitad de la hipoteca correspondiente a la mitad de la vivienda que a ella le corresponde y que en lógica debe asumir. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 10 de abril de 2000 (*AC* 2000/3381); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 12 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/124648); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 20 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/170534), señala que, es cierto que en la determinación de quien ha de correr con los gastos de vivienda, que también forman los alimentos que el padre ha de satisfacer al hijo, pues, este es el que queda en el uso de la misma, hay que tener en cuenta sus posibilidades económicas reales, su capacidad económica para el cálculo de la contribución al pago de la cuota hipotecaria; de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 1 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/149978), pago a cargo del esposo en solitario de la hipoteca, por carecer de ingresos la esposa; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 30 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/35378), compensación parcial con otros gastos e ingresos familiares; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/234937) reducción de los alimentos a los hijos por la reducida capacidad económica del alimentista al tener que pagar el alquiler de la vivienda y contribuir al pago de la hipoteca que grava el domicilio familiar; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/80915); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 22 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/94697), se considera equitativo que la recurrente satisfaga el importe del préstamo hipotecario, que grava la vivienda que constituye el domicilio familiar, cuyo uso y disfrute se le ha atribuido; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 14 de diciembre de 2011 (*La Ley* 247682/2011), no se establece pensión alimenticia a cargo de la madre a favor de la menor que vive con su padre al considerar los actuales ingresos, y, la asunción de la carga hipotecaria.

¹⁰⁹ En esta línea, CABEZUELO ARENAS, A. L., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, mayo/agosto de 2009, pág. 921. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 17 de febrero de 1998 (*AC* 1998/4886) la carga hipotecaria neta-

Asimismo, tal forma de proceder es asumida en el Código Civil catalán. Así, el artículo 233-20 dispone en su apartado primero que *«los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados»*. Por su parte, si no existiera acuerdo conyugal, o si este no es aprobado, la autoridad judicial a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, deberá ponderar aquel como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria, que eventualmente devengue el otro cónyuge (apartado 7). Y añade el artículo 233-21, que la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar, si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos (apartado 1 b). Ahora bien, esta misma conexión uso vivienda y pensiones de alimentos y compensatoria la reproduce este mismo Código Civil cuando regula los efectos de la extinción de la pareja estable, así el artículo 234-8, apartado primero, señala que, *«los convivientes en pareja estable pueden acordar la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de este»*; y añade en el apartado 3, que *«la atribución o distribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al miembro de la pareja que no es beneficiario, debe ser tenida en cuenta para la fijación de los alimentos a los hijos y la prestación alimentaria que eventualmente devengue el otro miembro de la pareja»*.

En cuanto al régimen de separación de bienes, se puede extinguir por la disolución del matrimonio por sentencia de separación o divorcio, y ha de procederse a una liquidación, que se centra en fijar los pagos que tengan pendientes los cónyuges como contribución a las cargas del matrimonio, a establecer reembolsos —con las revalorizaciones oportunas— que en tal concepto procedan, y, en su caso, a fijar la compensación por el trabajo para la casa que resulte debida. Pero, en tanto no se liquide, la disolución del régimen no modifica la

mente diferenciada de los alimentos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 23 de octubre de 1998 (AC 1998/8095) dispone la necesidad de la determinación individualizada de cada prestación; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/2852), señala que, es lo cierto que no puede entenderse que sobre la materia hubiera un acuerdo válido, en forma de delegación de deuda, ni tampoco que el pago de los plazos de amortización de la hipoteca que grava la vivienda familiar sea una «carga» del matrimonio en sentido estricto, ni mucho menos que pueda ser imputada en forma de pago de pensión compensatoria; la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 20 de abril de 2001 (JUR 2001/181403); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 17 de marzo de 2010 (JUR 2010/364731), en su *Fundamento de Derecho* 2.º, apartado 4, señala que en lo concerniente al motivo de disconformidad con tener que asumir la carga del 50 por 100 de los plazos de amortización de la hipoteca que grava la vivienda atribuida en uso y disfrute a menores y esposa, considera el tribunal colegiado que la decisión adoptada al respecto, con absoluta y plena independencia de la concesión de una pensión compensatoria por desequilibrio económico a la esposa, aspecto este que nada tiene que ver, es decisión adoptada conforma a derecho, pues se trata de un bien de naturaleza ganancial en el que la obligación de pago recae conjuntamente sobre ambos interesados.

regla general contenida en el artículo 1440 del Código Civil en la que cada cónyuge responde de sus deudas propias y no responde de las contraídas por el otro, salvo si ambos se hubieran obligado solidaria, mancomunada o subsidiariamente. En el caso de las sentencias de 26 de noviembre de 2012, la vivienda habitual pertenece en *pro indiviso* a las partes, de forma que resulta aplicable el artículo 393 del Código Civil que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, y, además, el préstamo hipotecario para su adquisición, atendiendo al título de dominio estipulado con la entidad bancaria, ha sido asumida en este caso por ambos cónyuges solidariamente; por lo que, habrá que estar al mismo, como en el supuesto resuelto por la sentencia de 28 de marzo de 2011, para determinar la cuantía y a quién corresponde el pago de la deuda hipotecaria contraída para la adquisición del inmueble que constituye la vivienda familiar¹¹⁰.

IV. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y EL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En el caso resuelto por la citada sentencia de 28 de marzo de 2011, se ha disuelto pero no liquidado la sociedad de gananciales como consecuencia del divorcio. En concreto, dispone que en lo relativo a la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios, mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales. Asimismo, señala que el pago de las cuotas del préstamo, que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial, está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien, y debe ser resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales que, debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente. Parece desprenderse del texto de la sentencia que esta distribución por mitad se mantiene hasta la liquidación, momento en que habrá de resolverse sobre el pago del préstamo hipotecario, y su eventual extinción. Sin embargo, respecto de las deudas comunes no vencidas —como préstamo hipotecario cuyo plazo de amortización se alarga considerablemente en el tiempo— la situación se mantiene igual que en la disolución, pues las operaciones liquidatorias no conllevan necesariamente el vencimiento anticipado de tales deudas y su exigibilidad inmediata, pues, son pasivo de la comunidad ordinaria dividenda, que no pierden el carácter, la exigibilidad y responsabilidad que tenían conforme a su título, cuando se contrajeron¹¹¹. Efectivamente, aunque forman

¹¹⁰ MORENO VELASCO, V., «Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil», en *La Ley*, año XXXI, núm. 7425, de 16 de junio de 2010, pág. 3, señala, sin embargo, que la hipoteca de la vivienda familiar, aunque sea bien personal de uno de los cónyuges, si es usada para la familia debe computarse como carga familiar.

¹¹¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 244. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 6 de marzo de 1996 (AC 1996/469), señala que pasa a ser computable su pago individual en el pasivo.

parte del pasivo de la sociedad entre otras las deudas pendientes a cargo de la sociedad (art. 1398.1.^a del CC) —como ocurre en las situaciones concursales—, ha de tenerse en cuenta que el pago alcanza a las deudas vencidas y exigibles.

Pues bien, con respecto del pago de las deudas y reembolso se dispone que, una vez realizado el inventario, con la determinación del activo y pasivo de la comunidad postganancial, se procederá a la liquidación del pasivo con el activo, y solo después se distribuye el remanente entre los titulares de la comunidad. Si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de crédito (art. 1399 del CC).

En cuanto a las deudas no vencidas, como el préstamo hipotecario, la disolución de la sociedad y su liquidación no provoca, como hemos señalado, su vencimiento anticipado, ni parece necesario reservar bienes para hacer frente al pago, sino que se aplicarán las previsiones del artículo 1401 del Código Civil respecto de los acreedores que, siguen conservando sus créditos contra el cónyuge deudor. Tal precepto presupone que las deudas han sido contraídas por ambos cónyuges (los dos son deudores) o solo por uno de ellos, con consentimiento del otro o sin él, cuando el Código Civil lo permite, frente al acreedor que, podrá dirigirse contra el cónyuge deudor ilimitadamente (patrimonio ganancial y privativo), y contra el cónyuge no deudor solo en la medida de los bienes que le hayan sido adjudicados en la partición, pero solo si se hubiera formulado debidamente inventario, lo que permite identificar los bienes que el cónyuge no deudor recibió como consecuencia de la partición. Si no se hubiera realizado inventario, la responsabilidad del cónyuge no deudor será también ilimitada¹¹². En todo caso, si uno de los cónyuges paga una cantidad mayor de la que le corresponde, tiene derecho a obtener del otro cónyuge el reembolso de lo pagado en exceso.

En todo caso, los acreedores sociales también están protegidos por otras vías, pues, como dispone el artículo 1402 del Código Civil, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias.

Por otra parte, en la liquidación del pasivo deben tenerse en cuenta, por un lado, los créditos que contra la sociedad pudiera tener uno de los cónyuges; y por otro, los créditos de los cónyuges entre sí. Respecto de los primeros, tales créditos son pospuestos a los créditos de terceros, según dispone el artículo 1403 del Código Civil. Así pues, el pago de los créditos que tengan los cónyuges frente al patrimonio común en concepto de indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento de la sociedad conyugal, se efectuarán después de que se hayan pagado las deudas y cargas de la sociedad a los que se refiere el artículo 1399 del Código Civil. Para ello, en primer lugar, se compensarán estas deudas del patrimonio común frente a los cónyuges con los eventuales créditos que tengan el patrimonio común frente a los cónyuges —siempre que tales créditos no hayan sido realizados previamente para pagar las deudas y cargas de la sociedad—; y,

¹¹² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1401 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II dirigidos por Cándido PAZ ARES RODRIGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 787, precisa que, siguen teniendo los acreedores de la sociedad sobre el patrimonio ganancial en liquidación las mismas posibilidades de embargo, y ejecución sobre sus bienes, acción revocatoria, acción subrogatoria, facultad de intervenir en la división de un condominio ordinario en que una cuota sea ganancial, facultades relativas al orden de prelación (tercerías de mejor derecho), y, a los procedimientos concursales.

si el patrimonio común sigue resultando deudor, se efectuará el pago de dichas deudas a cargo de los bienes que conforman aquel. Todo ello, con el límite que supone el activo de la comunidad postganancial¹¹³.

Con relación a los segundos, si uno de los cónyuges resultara en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente (art. 1405 del CC). En nuestro caso, se trata de hacer frente en fase de liquidación de gananciales a los oportunos reintegros a favor de quien contribuyó a la amortización del préstamo hipotecario por encima de la paridad¹¹⁴. De todas formas, tanto los reintegros debidos al consorcio por los cónyuges, como los reintegros del consorcio a los cónyuges ha de pagarse en dinero, salvo pacto en contrario.

De forma que, en el presente caso aunque se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, el pago del préstamo hipotecario se seguirá satisfaciendo por mitad por ambos cónyuges, mientras vayan venciendo los plazos de amortización, sin que tal liquidación determine ni el vencimiento anticipado de la deuda ni tampoco puede conllevar una modificación subjetiva del deudor obligado (en este caso, ambos excónyuges), salvo que tal novación sea consentida por el acreedor.

Al hilo de lo último expuesto, es posible que las partes decidan adjudicar el bien (vivienda familiar) a uno de los cónyuges y la consiguiente asunción de la deuda por uno solo de los deudores, tal forma de proceder exige el consentimiento del acreedor¹¹⁵; asimismo, si se decide la venta conjunta del bien inmueble, puede

¹¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 263, quien, asimismo, precisa que esta regla no se aplica a todos los créditos que tenga cada cónyuge frente al patrimonio común, sino únicamente a los que constituyan indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento interno de la sociedad conyugal. Lo que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1403 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 792, denomina «créditos incidentales que forman parte del complejo de derechos y deberes que integran la posición de cada cónyuge en la relación societaria y que, por tanto, se liquidan con esta».

¹¹⁴ Sobre el derecho de reintegración o reembolso relativo a la contribución a los gastos familiares MONFORT FERRERO, M.^a J., *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 59-72. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de septiembre de 1996 (AC 1996/1768), en la que se reconoce un derecho de reembolso por parte del demandado de la mitad de los pagos por aquella realizados para amortizar el préstamo hipotecario sobre la vivienda que fue domicilio familiar. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.^a, de 11 de septiembre de 2002 (JUR 2002/263460), la hipoteca de la vivienda familiar ha de ser soportada por los cónyuges al 50 por 100, pero la esposa carece de ingresos, de forma que corresponde al esposo satisfacer la totalidad del crédito, con la precisión de que dicho pago íntegro se produce sin perjuicio de que, al tiempo de la liquidación de la sociedad legal de gananciales, puede tenerse en cuenta, como crédito a favor del esposo, las cantidades satisfechas en la parte que excediera de la mitad que le corresponde pagar, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1392, 1396 y concordantes del Código Civil. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.^a, de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2003/7816); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a, de 4 de octubre de 2005 (JUR 2005/274353); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.^a, de 24 de octubre de 2005 (JUR 2005/272727); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 16 de enero de 2008 (JUR 2008/371445); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.^a, de 24 de septiembre de 2009 (JUR 2009/460926).

¹¹⁵ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., «Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio y la separación», *op. cit.*, págs. 41-42, precisa que, «dicho consentimiento es imprescindible, puesto que el artículo 1401 del Código Civil, si bien garantiza la sujeción de los bienes gananciales a pesar de las adjudicaciones de los bienes realizadas por los cónyuges, no asegura, lógi-

optarse por liquidar la deuda y cancelar la hipoteca, o, por la subrogación del nuevo titular en el crédito hipotecario para lo cual, asimismo, se exigirá contar con el consentimiento del acreedor.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2006», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, mayo/agosto de 2007.
- *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Navarra, 1996.
- CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Comentario a la sentencia de 5 de noviembre de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, mayo/agosto de 2009.
- «¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concretadas con la entidad de crédito», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011.
- COSTA RODAL, L.: «Préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar ganancial: obligación de los excónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-3 (junio).
- GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «La sociedad de gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis conyugal», en *Actualidad Civil*, 1999-2.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 3.º, Edersa, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, ÁLVAREZ-OSSORIO, M.^a del C.: «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, año 2011-2.
- HERRERO GARCÍA, M.^a J.: «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991.
- MORENO MOZO, F.: *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008.
- PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del C.: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, 1998.
- RIBERA BLANES, B.: *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La comunidad postganancial*, Bosch, Barcelona, 1997.

camente, la sujeción del patrimonio privativo del cónyuge que también contrató y ahora quedaría liberado si su consorte asume la deuda».

- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E.: *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*, Tecnos, Madrid, 2012.
- RUBIO, G.: «Comentario a la sentencia de 28 de marzo de 2011», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, enero/abril de 2012.
- RUBIO TORRANO, E.: «Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-3 (junio).

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 31 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/3502).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 5 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009/3).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2011 (*LA LEY* 9109/2011; *RJ* 2011/939).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012 (*LA LEY* 185310/2012).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012 (*LA LEY* 181080/2012).
- SAP, La Rioja, de 22 de julio de 1992 (*AC* 1992/1074).
- SAP, Álava, de 18 de febrero de 1995 (*AC* 1995/348).
- SAP, Asturias, de 10 de julio de 1995 (*AC* 1995/1488).
- SAP, Murcia, Sección 1.^a, de 23 de abril de 1996 (*AC* 1996/797).
- SAP, Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de septiembre de 1996 (*AC* 1996/1768).
- SAP, Madrid, Sección 22.^a, de 25 de noviembre de 1997 (*AC* 1997/2559).
- SAP, Madrid, Sección 22.^a, de 17 de febrero de 1998 (*AC* 1998/4886).
- SAP, Barcelona, Sección 12.^a, de 31 de julio de 1998 (*AC* 1998/6186).
- SAP, Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8968).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 9 de febrero de 1999 (*AC* 1999/4031).
- SAP, Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 13 de abril de 1999 (*AC* 1999/600).
- SAP, Barcelona, Sección 12.^a, de 7 de enero 2000 (*AC* 2000/746).
- SAP, Castellón, Sección 3.^a, de 6 de marzo de 2000 (*JUR* 2001/106347).
- SAP, Asturias, Sección 4.^a, de 10 de abril de 2000 (*AC* 2000/3381).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2001 (*JUR* 2001/114463).
- SAP, Las Palmas, Sección 4.^a, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/133567).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 25 de enero de 2002 (*JUR* 2002/111416).
- SAP, Madrid, Sección 22.^a, de 14 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/198894).
- SAP, Alicante, Sección 6.^a, de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003/128642).
- SAP, Toledo, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/173093).
- SAP, Segovia, Sección 1.^a, de 30 de junio de 2004 (*JUR* 2004/197286).
- SAP, Las Palmas, Sección 3.^a, de 19 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/165472).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 27 de abril de 2006 (*JUR* 2006/272473).
- SAP, León, Sección 1.^a, de 29 de junio de 2006 (*JUR* 2006/295475).
- SAP, Las Palmas, Sección 3.^a, de 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/151664).
- SAP, Madrid, Sección 22.^a, de 16 de abril de 2007 (*JUR* 2007/313697).
- SAP, Murcia, Sección 1.^a, de 29 de enero de 2008 (*JUR* 2008/132034).
- SAP, Las Palmas, Sección 3.^a, de 24 de abril de 2008 (*JUR* 2008/197008).
- SAP, Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/379129).
- SAP, Murcia, Sección 4.^a, de 25 de junio de 2009 (*JUR* 2009/308678).
- SAP, Vizcaya, Sección 4.^a, de 15 de enero de 2010 (*JUR* 2010/149768).
- SAP, Cádiz, Sección 5.^a, de 23 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/185041).
- SAP, A Coruña, Sección 3.^a, de 25 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/157440).
- SAP, Cádiz, Sección 5.^a, de 11 de julio de 2012 (*JUR* 2012/353825).

RESUMEN

MATRIMONIO, CRISIS
MATRIMONIAL, VIVIENDA
FAMILIAR, HIPOTECA, CARGAS,
DEUDAS, PROPIEDAD

La controversia jurídica se centra en determinar si el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, que grava la vivienda familiar, constituye una carga del matrimonio, integrada en la noción de alimentos y, por tanto, sometida al régimen de contribución de aquella, o estamos ante una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 del CC). La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011, opta por esta segunda opción en sede de sociedad de gananciales, tanto constante matrimonio como para las situaciones de crisis conyugal; de forma que las relaciones con el acreedor hipotecario no se rigen tan solo por el régimen económico-matrimonial, sino por las normas que disciplinan la contratación privada, atendiendo al título de constitución del préstamo hipotecario. Por su parte, en esta línea, las sentencias de este mismo Tribunal, de 26 de noviembre de 2012, para el régimen de separación de bienes, consideran que quedan fuera del concepto de cargas del matrimonio (art. 1438 del CC) aquellos gastos que tienen por objeto la adquisición de bienes de inversión aunque se destinen a vivienda familiar y, en consecuencia, si tal bien ha sido adquirido por un cónyuge, la deuda que se deriva de tal adquisición es asumida únicamente por este; mientras que si tal adquisición es conjunta, la propiedad será en pro indiviso ordinario; de forma que ambos son titulares de la deuda, y para su pago se ha de atender a la cuota establecida en la copropiedad.

ABSTRACT

MARRIAGE, MATRIMONIAL CRISIS,
FAMILIAR HOUSING, MORTGAGE,
LOADS, DEBTS, PROPERTY

The juridical controversy establishes on determining if the payment of the quotas of the mortgage lending that burdens the familiar housing constitutes a load of the marriage, joined the food notion, and, therefore, submitted to the regime of contribution of that one, or, we are before a debt of the company of joint property (article 1362.2 of the Civil Code). The judgment of the Supreme Court, of March 28, 2011 he chooses for this second option in headquarters of company of joint property, so much constant marriage as for the situations of conjugal crisis; so that, the relations with the mortgage creditor are not ruled only by the economic matrimonial regime, but for the procedure that discipline the private contracting attending to the title of constitution of the mortgage lending. For your part, in this line, the judgments of the same Court of November 26, 2012, for the regime of separation of goods, think that there stay out of the concept of loads of the marriage (article 1438 of the Civil Code) those expenses that take the acquisition of capital goods as an object though they are destined to familiar housing, and, in consequence, if such good has been acquired by a spouse, the debt that stems from such an acquisition it is assumed only by this one; whereas, if, such a acquisition is joint, the property will be in pro undividedly ordinarily; so that, both are holders of the debt, and, for his payment one has to attend to the quota established in the co-ownership.

ALGUNAS CUESTIONES JURISPRUDENCIALES EN TORNO
A LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE CADA UNA DE LAS CAUSAS:

A) JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CAUSA PRIMERA: EXTINCIÓN POR LA CAUSA QUE LO MOTIVÓ. B) JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CAUSA SEGUNDA: EXTINCIÓN POR CONTRAER EL ACREEDOR NUEVO MATRIMONIO. C) JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CAUSA TERCERA: EXTINCIÓN POR VIVIR MARITALMENTE CON OTRA PERSONA. D) JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA LLEGADA DEL PLAZO O TÉRMINO POR EL QUE SE PACTÓ (TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN).— III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).— V. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 101 del Código Civil indica que el derecho a la pensión se extingue por tres causas concretas que enumera, basadas en:

- el cese de la causa que lo motivó,
- por contraer el acreedor nuevo matrimonio, o
- por vivir maritalmente con otra persona.

Precepto que además aclara que el derecho a la pensión *no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor*. No obstante, los herederos de este podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima¹.

¹ La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su Sección III trata el tema de la prestación compensatoria. Pues bien, su artículo 233-19 analiza la «Extinción del derecho a prestación compensatoria», basada en las siguientes causas:

- Por mejora de la situación económica del acreedor, si dicha mejora deja de justificar la prestación, o por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, si dicho empeoramiento justifica la extinción del derecho.
- Por matrimonio del acreedor o por convivencia marital con otra persona.
- Por el fallecimiento del acreedor.
- Por el vencimiento del plazo por el que se estableció.

Pero no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, aunque el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital, teniendo en cuenta el importe y, si procede, la duración de la pensión, así como el activo hereditario líquido en el momento del fallecimiento del deudor.

II. ANÁLISIS DE CADA UNA DE LAS CAUSAS

A) JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CAUSA PRIMERA: EXTINCIÓN POR LA CAUSA QUE LO MOTIVÓ

Es el supuesto de extinción por modificación de las causas iniciales, consecuente con la naturaleza de la pensión compensatoria y su finalidad de reequilibrar la situación del cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial, como nos recuerda la sentencia de 23 de enero de 2012 del TS².

De manera que si desaparece la causa que motivó el desequilibrio, se extinguirá la pensión compensatoria de la esposa por la posibilidad que tiene de reincorporarse a su puesto de trabajo fijo (en el caso de la sentencia como enfermera).

Es más, el propio Tribunal recoge que «el tiempo transcurrido entre la sentencia de separación y la de divorcio fue suficiente para que la esposa, en situación de excedencia voluntaria, se reincorporase a su puesto de trabajo fijo de enfermera como personal estatutario, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades, lo que implica que la superación del desequilibrio estaba a partir de entonces en su mano».

Por otro lado, el hecho de que el marido (cirujano) haya mantenido el mismo nivel de ingresos tras la ruptura no determina, por sí mismo, la subsistencia del desequilibrio que justifica la concesión y el mantenimiento de la pensión.

No puede olvidarse que la desaparición de la pensión se produce también por el empeoramiento económico del obligado al pago. Es el caso en el que el nivel de ingresos en el deudor desciende.

Esta causa de extinción se basa en la necesidad de probar que el desequilibrio ha desaparecido. Es muy necesaria la valoración de las circunstancias del caso, ya que la incorporación al mercado laboral tiene que determinar la concurrencia de la causa extintiva de la pensión, pues aunque trabaje el acreedor puede que los ingresos no sean suficientes para tener un nivel de vida igual o superior al que antes tenía, o que se trate de trabajos ocasionales que son insuficientes para la consolidación de un cambio en la situación económica de la persona con visos de cierta estabilidad.

La SAP de Córdoba, de 13 de mayo de 1995, incide en que «se ha producido una alteración de las circunstancias que existían cuando se otorgó la pensión, puesto que deben considerarse prevalentes los intereses de los dos hijos habidos en el ulterior matrimonio, sin que los ingresos del demandante sean suficientes para atender adecuada y simultáneamente a sus dos familias, con lo que paradójicamente el desequilibrio repercutirá sobre el propio afectado»³.

El requisito básico utilizado como definidor y aclaratorio de que se produce el cese de la situación o desequilibrio padecido originador de la pensión, lo encuentran las Audiencias en el hecho de la consolidación de la beneficiaria en el mercado laboral. Así lo indica la SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 20 de octubre de 2009, que declara extinguida la pensión compensatoria por cese de la causa que motivó su establecimiento, ya que el periodo de tiempo transcurrido desde que dicha pensión fue reconocida ha permitido a la esposa beneficiaria consolidar su incorporación al mercado de trabajo y obtener una compensación pecuniaria

² STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de enero de 2012, recurso 124/2009. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 1/2012. Número de recurso: 124/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2373/2012.

³ SAP de Córdoba, Sección 1.^a, de 13 de mayo de 1995. Ponente: Antonio PUEBLA Povedano. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5985/1995.

cuantitativamente acorde con la entidad del desequilibrio patrimonial relacionado con su pasada dedicación a la familia, habiendo agotado la pensión compensatoria en su día establecida su función reparadora del desequilibrio originado con la ruptura de la convivencia matrimonial⁴.

Con la crisis económica, esta es una de las causas que más se está utilizando para la modificación y, en su caso, extinción de la pensión compensatoria. Pues como indica la SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2012⁵, «aún no habiendo transcurrido el plazo inicial de trece años, fijado en la sentencia de separación, procede la extinción de aquella pensión, *ex* artículo 99 del Código Civil. Este precepto establece que el derecho a la pensión se extingue, entre otros motivos, por el cese de la causa que lo motivó... en la actualidad tal desequilibrio ha desaparecido. Si precaria sigue siendo la situación de la recurrente, no menos cabe predicar de la de su esposo, en situación de desempleo y encargado de mantener a las dos hijas del matrimonio, quienes subsisten gracias a la ayuda de la pareja de aquel»⁶.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la prueba del cese de la situación de desequilibrio económico incumbe a quien lo invoca (art. 217 LEC)⁷.

La mejor fortuna del acreedor puede también demostrarse por la obtención de herencias posteriores (vid., la SAP de Cuenca, de 19 de noviembre de 1997, que suprimió la pensión por la recepción y aceptación de una herencia que destruye cualquier desequilibrio)⁸.

No obstante, si lo que se pretende demostrar es cualquier reequilibrio, los ingresos o cualquier clase de incrementos patrimoniales deberían ser equivalentes a la cuantía fijada para la pensión compensatoria⁹. Este es el criterio utilizado por la SAP de Cuenca, de 19 de noviembre de 1997.

⁴ SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 20 de octubre de 2009, recurso 423/2009. Ponente: Angel Luis SANABRIA PAREJO. Número de sentencia: 492/2009. Número de recurso: 423/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 241173/2009.

⁵ SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2012, recurso 16/2012. Ponente: Juan Manuel CABRERA LÓPEZ. Número de sentencia: 67/2012. Número de recurso: 16/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10384/2012.

⁶ En el mismo sentido se hallan las: SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 24 de octubre de 2011, recurso 386/2011. Ponente: Rosa María FERNÁNDEZ NÚÑEZ. Número de sentencia: 505/2011. Número de recurso: 386/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 234503/2011, que precisa que el cambio de circunstancias constatado justifica la cancelación de la pensión compensatoria asignada a la esposa, pues el desequilibrio que la alentara al tiempo del divorcio, fruto de la significativa diferencia entre los haberes del esposo en ejercicio de su profesión médica, y los de ella como docente, eficientemente compensado en estos años, ha desaparecido en la actualidad.

Y la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 29 de junio de 2011, recurso 540/2011. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 501/2011. Número de recurso: 540/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165087/2011. Extinción de la pensión condicionada su percepción a la situación de desequilibrio real entre los cónyuges. El marido lleva abonando dicha pensión más del doble de tiempo del que duró la convivencia, habiendo trabajado la esposa desde siempre, debiendo tenerse en cuenta la edad que tenían los litigantes al tiempo de la separación y la duración de la convivencia.

⁷ SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 24 de noviembre de 2011, recurso 329/2011. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 399/2011. Número de recurso: 329/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238212/2011.

⁸ SAP de Cuenca, Sentencia de 19 de noviembre de 1997, recurso 102/1997. Ponente: Leopoldo PUENTE SEGURA. Número de recurso: 102/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 771/1998.

⁹ BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, «La extinción del derecho a la pensión por el cese de la causa que lo motivó», en AC (LA LEY). 1999. Sección: Doctrina, pág. 1039. Ref.: LIII, pág. 1048.

La STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de octubre de 2011, recurso 1739/2008, recoge el supuesto de la incidencia de la herencia recibida por el cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria en orden a su supresión o reducción¹⁰.

Cuestión aparte es la analizada en la STS de 20 de abril de 2012, ponente: Encarna Roca¹¹.

En base a la autonomía de la voluntad de las partes pactaron en el convenio regulador una cláusula que se titulaba como pensión compensatoria pero que en realidad no tenía tal carácter. Se trata de un pacto atípico y lícito, pues su función no era la de compensar el desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación y donde en el último párrafo se establece que la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo.

El TS entiende que la entrada en el mercado de trabajo de la demandada no permite la extinción de la pensión compensatoria por cuanto que en el pacto litigioso no se contempló el desequilibrio económico como fundamento de la prestación, sino que la misma se pactó con absoluta abstracción de tal posible desequilibrio y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa¹².

¹⁰ STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de octubre de 2011, recurso 1739/2008. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 700/2011. Número de recurso: 1739/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 186207/2011.

En teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. Entendida pues como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración *a priori*, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el artículo 100 del Código Civil para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la pensión reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica). De lo que se sigue que la decisión de la AP en uno y otro sentido, como resultado de valorar tales circunstancias fácticas que singularizan el supuesto enjuiciado, no puede ser revisable en casación, ni es útil al objeto de sentar jurisprudencia con base al aludido interés casacional.

¹¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de abril de 2012, recurso 2099/2010. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 233/2012. Número de recurso: 2099/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 56725/2012.

¹² Vid. SANZ ACOSTA, Luis, «Imposibilidad de extinción como pensión compensatoria de la prestación pactada por los cónyuges que no tenía tal carácter», en AC (LA LEY), núm. 17, octubre de 2012. Sección: Fundamentos de Casación. Tomo 2: LA LEY 16688/2012. Tomo: 3. LA LEY 1783/2001.

B) JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CAUSA SEGUNDA: EXTINCIÓN POR CONTRAER EL ACREEDOR NUEVO MATRIMONIO

Esta causa de extinción trata, en palabras de VELA SÁNCHEZ, de dispensar de su obligación al deudor de la pensión cuando el acreedor de ella haya iniciado una nueva relación personal estable —con matrimonio o sin él—, porque, en tal situación, quien así lo ha decidido, debe cargar con todas las consecuencias —también económicas— de esta nueva circunstancia, sin que el prestador de la pensión deba soportar los resultados creados por su anterior pareja sin contar con su consentimiento o su conocimiento. Las nuevas nupcias representan una ruptura total con el pasado —y con el anterior estatus económico—, y del mismo modo, la convivencia marital con otra persona produce idéntico efecto, evitando también un posible fraude de ley, pues bastaría no contraer matrimonio con alguien con quien se convive maritalmente para burlar la norma¹³.

El *fundamento* de esta segunda causa de extinción se halla en que el legislador parte de que el nuevo matrimonio o convivencia marital permitirá al cónyuge beneficiario de la pensión reequilibrar su anterior estatus económico-social, por lo que cesa la ratio de la compensación; sin que sea preciso, para estimar la cesación de la prestación, y en aras de evitar posibles fraudes, que se acredite un nuevo régimen económico-matrimonial de tipo comunitario o una nueva comunidad patrimonial (vid. la SAP de Asturias, de 5 de octubre de 1993)¹⁴.

La cuestión a tener en cuenta es que esta posibilidad no va a ser siempre así, porque no siempre el nuevo cónyuge o conviviente va a proporcionar mayores recursos o medios económicos que reequilibren la situación económica del ex-cónyuge, ya que puede suceder que se trate de persona sin empleo y sin bienes productivos ni dinero.

También es posible que se piense en que el excónyuge, deudor de la pensión compensatoria, no debe quedar obligado, aunque sea indirectamente, a mantener a la nueva pareja del pensionado o bien que el deber de socorro, *ex* artículo 68 del Código Civil, corresponde ahora al nuevo consorte o conviviente, sin referencia alguna a la desaparición del desequilibrio económico.

Evidentemente el nuevo matrimonio hace surgir un nuevo deber de socorro mutuo que extingue el vínculo económico anterior. Resultaría, como mínimo, satírico que el deudor de la prestación, si esta subsistiera, beneficiase al nuevo cónyuge o conviviente de su anterior pareja.

C) JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CAUSA TERCERA: EXTINCIÓN POR VIVIR MARITALMENTE CON OTRA PERSONA

Desde la entrada en vigor de la Ley de 17 de julio de 1981, se ha intentado interpretar la disposición contenida en el artículo 101.1 del Código Civil. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código Civil utiliza la expresión «vivir maritalmente» como equivalente a convivencia

¹³ VELA SÁNCHEZ, Antonio J., «La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera», en *Diario La Ley*, núm. 7459, Sección Doctrina, 2 de septiembre de 2010, año XXXI, Ref. D-256, Editorial LA LEY. LA LEY 4337/2010.

¹⁴ SAP de Asturias, Sección 1.ª, sentencia de 5 de octubre de 1993. Ponente: Guillermo SACRISTÁN REPRESA. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 4352/1993.

matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales¹⁵.

Así, la doctrina ha intentado analizar lo que el legislador ha querido decir con la expresión «vivir maritalmente con otra persona», pues al ser un concepto

¹⁵ Las Audiencias Provinciales ya habían creado un cuerpo doctrinal importante basándose en entender que la situación de estabilidad no se encuentra en relación con el transcurso de un tiempo determinado, sino que el tiempo estará en función de la naturaleza de las relaciones que se han observado, se mantienen por las personas en un plano de normalidad, y así cuando esa relación de hecho, asimilable a la relación marital, se observa, no solo por el transcurso de un tiempo prudencial como más de un año y las circunstancias que rodean a la relación se percibe por personas ajenas y especialmente por los propios hijos mayores de edad, aportan el suficiente material probatorio para poder afirmar que la acreedora de la pensión ha decidido situarse en una relación de hecho con otra persona, dando sentido a su vida sentimental que, superando la mera relación amistosa, se transforma en una relación de estabilidad, creadora de un ámbito *more uxorio* que resulta incompatible con la percepción de la pensión compensatoria.

Ejemplo de ello lo tenemos en las siguientes:

- SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 10 de julio de 1997, recurso 34/1996. Ponente: Antonio ALCALÁ NAVARRO. Número de recurso: 34/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10017/1997.
- SAP de Zamora, de 21 de mayo de 1998. Ponente: Longinos GÓMEZ HERRERO. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 62006/1998.
- SAP de Lleida, Sección 1.ª, de 7 de septiembre de 1998, recurso 69/1998. Ponente: Carolina VILLACAMPA ESTIARTE. Número de recurso: 69/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 95365/1998.
- SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 14 de mayo de 2001, recurso 35/2001. Ponente: María Esther VILLIMAR SAN SALVADOR. Número de sentencia: 236/2001. Número de recurso: 35/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 96786/2001 (se cumplen las notas de habitualidad y estabilidad configuradoras del estado de convivencia marital).
- SAP de Castellón, Sección 2.ª, de 29 de julio de 2004, recurso 150/2004. Ponente: Cristina DOMENECH GARRET. Número de sentencia: 186/2004. Número de recurso: 150/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 178457/2004.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, de 15 de junio de 2010, recurso 223/2010. Ponente: José Alberto NICOLÁS BERNARD. Número de sentencia: 383/2010. Número de recurso: 223/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 186764/2010.
- SAP de Vizcaya, Sección 6.ª, de 16 de marzo de 2001, recurso 195/2000. Ponente: María Lucía LAMAZARES LÓPEZ. Número de sentencia: 47/2001. Número de recurso: 195/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58689/2001. En este caso se extingue la pensión por existencia de convivencia marital, al probarse la existencia de cohabitación de carácter permanente y estable que en la práctica genera una posesión de estado familiar de hecho. En el caso de autos, la propia esposa reconoció ser cierto que mantiene una relación estable de pareja con otra mujer desde hace algún tiempo.

Por el contrario, hay alguna sentencia que mantenía la no extinción de la pensión compensatoria aunque la esposa mantuviera una relación sentimental:

- SAP de Murcia, Sección 5.ª, sentencia de 31 de octubre de 2006, recurso 274/2006. Ponente: Miguel Ángel LARROSA AMANTE. Número de sentencia: 413/2006. Número de recurso: 274/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 201960/2006. En este caso, se entiende que no se puede producir la extinción de la pensión compensatoria pactada de mutuo acuerdo por los litigantes y reconocida a favor de la esposa, porque aunque la esposa mantiene una relación sentimental, están los niveles de permanencia, convivencia y notoriedad que justifiquen la extinción. No imposición de un límite temporal, puesto que no se han producido alteraciones sustanciales de la fortuna de uno u otro cónyuge.

jurídico indeterminado surge la duda acerca de lo que debe entenderse por una relación que derive en una anulación absoluta o una disminución de las necesidades que surgieron en la parte más necesitada de protección, tras su ruptura matrimonial y que le produjo un desequilibrio económico que dio lugar a la necesidad de otorgar una pensión compensatoria.

Lo que implica detenerse en realizar en diversas interpretaciones. Por un lado, si vale cualquier tipo de relación, o, por el contrario, debe contener una serie de requisitos suficientes para poder conllevar la extinción de la pensión compensatoria. Si optamos por la segunda opción debemos indicar qué tipo de relación se exigiría o establecer al menos una graduación de las posibles relaciones.

El precepto, que se ha mantenido tras la reforma de la ley de 2005, indica que la convivencia debe ser marital. Expresión que en nuestro Código Civil indica la necesidad de que se cumplan los requisitos de convivencia continuada, y estable propia de una relación matrimonial.

En este punto, llegamos a la necesidad de probar la «existencia de un modo de vida en común que exteriorice un proyecto compartido»¹⁶. Esta es la clave que nos da la pauta para determinar si la relación es o no marital. Pues la existencia de una relación íntima de amistad, o más allá, el mantenimiento de relaciones sexuales de cierta duración nunca puede ser calificada de marital.

Por otro lado, no se puede mantener que la existencia de una pensión compensatoria obligue al sujeto a llevar una vida de aislamiento social, en palabras de MAGRO SERVET: «le está permitido efectuar cualquier actividad que sirva a su realización personal, entre la que se incluye el pleno desenvolvimiento de su libertad sexual». El artículo 101 del Código Civil introduce una *sanción* originadora de la extinción de la compensación económica reservada a la celebración de un nuevo matrimonio a la convivencia matrimonial caracterizada por el propósito de llevar un modo de vida en común...».

El cambio de interpretación *hacia una forma más extensiva* se produce con la STS de 9 de febrero de 2012¹⁷.

A juicio del TS, y de su ponente, doña Encarnación Roca, «deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la *finalidad de la norma* y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor»¹⁸.

¹⁶ MAGRO SERVET, Vicente («La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma», en AC, núm. 10, quincena del 16 al 31 de mayo de 2012, sección: A Fondo, LA LEY 4984/2012) indica que en el caso que analiza la STS de 9 de febrero de 2012, «solo se prueba la existencia de una relación sentimental, de manera pública y en diversos vehículos y establecimientos hosteleros de esta ciudad y alrededores».

¹⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 9 de febrero de 2012, recurso 1381/2010. Ponente: Encarnación Roca TRIAS. Número de sentencia: 42/2012. Número de recurso: 1381/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 12835/2012.

¹⁸ El Código Civil de Catalunya también incluye esta causa de extinción de la que denomina «prestación compensatoria», en su artículo 233-19.1.b), tal como lo había recogido el artículo 86.1.c) CF.

El segundo canon interpretativo, relativo a la *realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse*, debe señalarse que la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos:

- uno, desde el *subjetivo*, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma;
- otro, el elemento *objetivo*, basado en la convivencia estable.

En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones.

Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina «vida marital» son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes, siempre que haya habido forma, y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.

De esta manera, el TS encuentra que existe «vida marital» que produce la anulación de la pensión compensatoria porque se dan los siguientes requisitos objetivos:

- 1.^a Existencia probada de una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se oculta, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales.
- 2.^a Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores.
- 3.^a Permanencia: duración de un año y medio.
- 4.^o Exclusivas y estables: Relaciones que fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad.

Con esta sentencia además se produce un cambio en la consideración de que la extinción por esta causa no conlleva una sanción: sino *simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su excónyuge*, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio.

Consideración que ya se había iniciado tímidamente en la STS de 23 de noviembre de 2011¹⁹, la cual se hace eco de la posibilidad de que tras haber consentido el exmarido la pensión compensatoria en el proceso de separación a favor de la exesposa, pese a conocer la existencia de una causa de extinción —convivencia de la esposa con un tercero— no impide solicitar dicha extinción posteriormente en el proceso de divorcio.

¹⁹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de noviembre de 2011, recurso 757/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 825/2011. Número de recurso: 757/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 228517/2011.

En este caso, el TS entendió que esta nueva situación solo sería efectiva desde la sentencia de divorcio y, por tanto, no puede ser retroactiva al momento de la demanda.

Posteriormente, la STS de 28 de marzo de 2012, de la misma ponente, Encarnación Roca Trías²⁰, confirma el inicio del nuevo camino interpretativo del concepto jurídico indeterminado en el sentido de que se afirma la existencia de vida marital cuando se produce:

- Una convivencia real, probada y de una duración de dos años en aquel momento.
- No es necesaria la existencia de una convivencia continuada bajo el mismo techo. Aunque las visitas se habían convertido en estancias de muchos fines de semana.
- Relaciones con carácter de permanencia: en base a la duración de la misma (dos años).
- El entorno de la pensionista conocía las relaciones.

D) JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA LLEGADA DEL PLAZO O TÉRMINO POR EL QUE SE PACTÓ (TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN)²¹

Realmente esta causa de extinción no consta estrictamente en el artículo 101 del Código Civil, pero obviamente se desprende del artículo 97.1 del Código Civil cuando se fija temporalmente. Así lo recoge la STS de 27 de octubre de 2011²², al indicar que el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal.

Recordemos que el artículo 101 del Código Civil permite la revisión de la pensión *por el cese de la causa que lo motivó*. De manera que el simple transcurso del tiempo sería un supuesto incluido en la primera de las causas previstas en el artículo 101.1 del Código Civil.

Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente²³.

²⁰ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2012, recurso 1002/2010. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 179/2012. Número de recurso: 1002/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 44075/2012.

²¹ Vid.: «El desequilibrio económico en la pensión compensatoria y el régimen económico-matrimonial. Cuestiones jurisprudenciales», en *RCDI*, núm. 73, 2012, págs. 3509-3537.

²² STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2011, recurso 1022/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 726/2011. Número de recurso: 1022/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 218016/2011.

²³ En el presente caso, no puede admitirse la extinción de la pensión compensatoria, porque:

- 1.º No se había constituido como temporal.
- 2.º No se ha probado que concurran causas para la modificación de medidas.

En consecuencia, esta Sala dicta la siguiente doctrina: el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal.

III. BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La extinción del derecho a la pensión por el cese de la causa que lo motivó», en *AC (LA LEY)*, 1999. Sección: Doctrina, pág. 1039. Ref.: LIII.
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel DE LA: «El desequilibrio económico en la pensión compensatoria y el régimen económico-matrimonial. Cuestiones jurisprudenciales», en *RCDI*, núm. 73, 2012, págs. 3509-3537.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma», en *AC*, núm. 10, quincena del 16 al 31 de mayo de 2012, sección: A Fondo, LA LEY 4984/2012.
- MORENO VELASCO, Víctor: «Principio dispositivo y la pensión compensatoria: expresiones en la práctica judicial», en *Diario La Ley (LA LEY)*, núm. 7467, 14 de septiembre de 2010. Sección: Tribuna. Ref.: D-271. LA LEY 9166/2010.
- SANZ ACOSTA, Luis: «Imposibilidad de extinción como pensión compensatoria de la prestación pactada por los cónyuges que no tenía tal carácter», en *AC (LA LEY)*, núm. 17, octubre de 2012. Sección: Fundamentos de Casación. Tomo 2: LA LEY 16688/2012. Tomo 3: LA LEY 1783/2001.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera», en *Diario La Ley (LA LEY)*, núm. 7459, 2 de septiembre de 2010. Sección: Doctrina. Ref.: D-256. LA LEY 4337/2010.

IV. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA) CITADAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de abril de 2012, recurso 2099/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 233/2012. Número de recurso: 2099/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 56725/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de enero 2012, recurso 124/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 1/2012. Número de recurso: 124/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2373/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 9 de febrero de 2012, recurso 1381/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 42/2012. Número de recurso: 1381/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 12835/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de noviembre de 2011, recurso 757/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 825/2011. Número de recurso: 757/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 228517/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2011, recurso 1022/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 726/2011. Número de recurso: 1022/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 218016/2011.
- SAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 16 de febrero de 2012, recurso 16/2012. Ponente: Juan Manuel CABRERA LÓPEZ. Número de sentencia: 67/2012. Número de recurso: 16/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10384/2012.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 24 de noviembre de 2011, recurso 329/2011. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 399/2011. Número de recurso: 329/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238212/2011.

- SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 24 de octubre de 2011, recurso 386/2011. Ponente: Rosa María FERNÁNDEZ NÚÑEZ. Número de sentencia: 505/2011. Número de recurso: 386/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 234503/2011.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 29 de junio de 2011, recurso 540/2011. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 501/2011. Número de recurso: 540/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165087/2011.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 15 de junio de 2010, recurso 223/2010. Ponente: José Alberto NICOLÁS BERNARD. Número de sentencia: 383/2010. Número de recurso: 223/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 186764/2010.
- SAP de Castellón, Sección 2.^a, de 29 de julio de 2004, recurso 150/2004. Ponente: Cristina DOMENECH GARRET. Número de sentencia: 186/2004. Número de recurso: 150/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 178457/2004.
- SAP de Burgos, Sección 3.^a, de 14 de mayo de 2001, recurso 35/2001. Ponente: María Esther VILLIMAR SAN SALVADOR. Número de sentencia: 236/2001. Número de recurso: 35/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 96786/2001.
- SAP de Vizcaya, Sección 6.^a, de 16 de marzo de 2001, recurso 195/2000. Ponente: María Lucía LAMAZARES LÓPEZ. Número de sentencia: 47/2001. Número de recurso: 195/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58689/2001.
- SAP de Zamora, de 21 de mayo de 1998. Ponente: Longinos GÓMEZ HERRERO. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 62006/1998.
- SAP de Lleida, Sección 1.^a, de 7 de septiembre de 1998, recurso 69/1998. Ponente: Carolina VILLACAMPA ESTIARTE. Número de recurso: 69/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 95365/1998.
- SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 10 de julio de 1997, recurso 34/1996. Ponente: Antonio ALCALÁ NAVARRO. Número de recurso: 34/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10017/1997.
- SAP de Cuenca, sentencia de 19 de noviembre de 1997, recurso 102/1997. Ponente: Leopoldo PUENTE SEGURA. Número de recurso: 102/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 771/1998.
- SAP de Asturias, Sección 1.^a, sentencia de 5 de octubre de 1993. Ponente: Guillermo SACRISTÁN REPRESA. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 4352/1993.

V. LEGISLACIÓN CITADA

- CE: Artículos 32 y 39.
- Código Civil. Artículo 101.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su Sección III, prestación compensatoria.

RESUMEN

PENSIÓN COMPENSATORIA EXTINCIÓN

La extinción de la pensión compensatoria tiene lugar tras la desaparición del desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio.

ABSTRACT

COMPENSATION TERMINATION

Compensation is terminated after the imbalance created by a separation or divorce ceases to exist. Legislation specifies four causes that put an end to such

El legislador ha concretado en cuatro las causas que resuelven el desequilibrio y posibilitan la extinción de la pensión: por la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio, por vivir maritalmente con otra persona, por la llegada del plazo o término por el que se pactó (temporalidad de la pensión). La Ley de 2005 incluyó la cuarta causa indirectamente en el artículo 97.1 del Código Civil, basada en la temporalidad de la pensión.

imbalances and enable compensation to be terminated: the cause originally motivating it; remarriage of the recipient; marital cohabitation with another person; completion of the period or term for which the compensation was originally arranged (in temporary compensation payments). The Act of 2005 included the fourth cause indirectly in article 97.1 of the Civil Code, based on the temporary nature of the payments involved.

1.3. Derechos reales

*LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA. SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE COSAS**

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. VIVIENDA FAMILIAR: CONCEPTOS GENERALES.—II. LA CUSTODIA COMPARTIDA: BREVE REFLEXIÓN: 1. LA PATRIA POTESTAD. 2. LA CUSTODIA COMPARTIDA.—III. LA ATRIBUCIÓN DEL USO COMPARTIDO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA: DIFERENTES SOLUCIONES: 1. USO EXCLUSIVO DE LA VIVIENDA FAMILIAR PARA UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES Y SUS HIJOS. 2. USO COMPARTIDO (ALTERNATIVO) DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR AMBOS CÓNYUGES Y SUS HIJOS. 3. LA NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A NINGUNO DE LOS DOS CÓNYUGES.—IV CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. VIVIENDA FAMILIAR: CONCEPTOS GENERALES

La vivienda familiar es el lugar donde se desarrolla la vida familiar, el lugar de residencia habitual de los miembros de la unidad familiar en la que se ejercen las funciones y derechos y deberes propios e inherentes a la familia.

Se entiende que es el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas. Se convierte así en el marco indispensable para el correcto desenvolvimiento de la familia¹.

Según MORALEJO IMBERNÓN², podemos definir la vivienda familiar como «aquella en la que el grupo familiar, o los cónyuges exclusivamente si no hubiera hijos, tiene instalada su residencia conjunta, permanente y habitual»³. Dos son los rasgos que destaca esta autora para considerar que una vivienda es familiar: a) Uno, que

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación sobre «La nueva familia ante el Derecho público y privado» (DER 2010/17847), contando con la financiación I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Sobre el concepto y régimen de la vivienda familiar, véase el completo estudio de CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia* (YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., dir.), tomo III, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2012, págs. 273-439.

² MORALEJO IMBERNÓN, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Jurídica Galega*, núm. 33, 2001, pág. 92.

³ Del mismo modo, la jurisprudencia ha definido en distintas ocasiones qué debe entenderse por vivienda familiar: SAP de Bilbao, de 3 de febrero de 1992: «es el lugar de ubicación o asentamiento de esta con anterioridad a la ruptura del vínculo afectivo de los cónyuges, donde estos han venido desarrollando su vida en común en compañía de sus hijos, y con independencia de que tal bien sea privativo o ganancial»; SAP de Mallorca, de 24 de febrero de 1992, afirma que la vivienda familiar «lo es, únicamente, la conyugal, es decir, aquella

sea «habitual», lo que a su juicio implica continuidad y permanencia, excluyendo aquellos supuestos en los que la vivienda solo sirve como alojamiento familiar durante un tiempo, de forma ocasional —caso de las segundas residencias—, y b) dos, que el disfrute y uso de la misma sea conjunto, es decir, que sea todo el conjunto familiar el que resida en la misma, excluyendo aquellas viviendas en las que solo están ocupadas por uno o varios de sus miembros —desplazamiento profesional de uno de los cónyuges, o residencia estudiantil de alguno de los hijos—. Además, y también según esta autora, es necesario, para poder calificar a una vivienda como familiar, que exista un ánimo específico en los miembros de la familia de que dicha vivienda constituya la residencia habitual. La SAP de Ciudad Real, de 30 de diciembre de 1995, recoge perfectamente estos requisitos: «el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges».

Solo si se dan estos tres requisitos deberemos entender que nos encontramos ante una vivienda familiar, y este carácter debe ser interpretado restrictivamente, ya que el especial régimen atribuido a la vivienda familiar, que está sometida a limitaciones importantes en cuanto a su disposición, así lo aconseja, según defiende esta autora.

La jurisprudencia ha subrayado el carácter de habitual de la vivienda familiar en distintas ocasiones, baste ver, por ejemplo: SAP de Palma de Mallorca, de 19 de enero de 1998; SAP de Bilbao, de 21 de septiembre de 1991; SAP de Bilbao, de 3 de febrero de 1992; SAP de Palma de Mallorca, de 24 de febrero de 1992; de igual forma, la jurisprudencia insiste en otros caracteres, como en la necesidad del *animus manendi* en SSTs de 20 de febrero de 1995 y 13 de julio de 1996. Y por último y *sensu contrario*, podemos entender que se exige el uso o disfrute conjunto de la vivienda por parte de toda la familia en la RDGRN de 27 de junio de 1994 que afirma que no puede considerarse vivienda familiar aquella que ocupan simultáneamente las familias de los dos partícipes, «porque por su propia esencia ese uso no puede realizarse por cada una de ellas sobre la vivienda familiar en su totalidad».

El Código Civil no define, ni aporta los rasgos distintivos de la vivienda familiar, pero sí le confiere un régimen especial, solo aplicable a ella, por lo que es importante hacer constar tal carácter respecto de una vivienda concreta, pues las facultades de disposición sobre la misma están limitadas.

Este especial régimen, se concreta en:

- a) Las limitaciones para llevar a cabo los actos de disposición sobre la misma, constante matrimonio, y sea cual sea la titularidad en virtud de la cual se ocupa el inmueble y con independencia de a quién pertenezca, que establece el artículo 1320 del Código Civil. En su virtud, los actos dispositivos sobre la vivienda familiar deberán realizarse siempre con el consentimiento de ambos cónyuges o mediante autorización judicial que los supla, aunque la vivienda sea de titularidad exclusiva de uno de ellos. Lo que se pretende con esta medida es la protección de la vivienda habitual de la familia mientras dura el matrimonio, garantizar

donde, de manera permanente y estable y como centro de su convivencia íntima, han venido habitando esposos e hijos hasta el momento de producirse la crisis en el matrimonio».

la adscripción de la vivienda al núcleo familiar, al igual que ocurre en el siguiente supuesto.

- b) El derecho de adquisición preferente que tiene el cónyuge supérstite sobre la vivienda habitual —familiar—, al morir el otro cónyuge, o bien el derecho a que se constituya un derecho de uso o habitación a su favor sobre ese bien (arts. 1406 y 1407 CC), y que solo se tiene sobre este tipo especial de vivienda.
- c) En los casos de ruptura matrimonial, separación, divorcio o nulidad, habrá que atribuir el uso de la vivienda familiar (art. 90 CC), bien a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, bien, al cónyuge más necesitado no habiendo hijos. Y no podrá disponerse de esa vivienda por su titular (aunque sea de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges), sin el consentimiento del otro a cuyo favor se hubiera atribuido el derecho de uso (art. 96.4 CC).

Pero, además, existen otras disposiciones legales que otorgan más especialidades a la vivienda familiar, componiendo de este modo, y como ya hemos dicho, su peculiar régimen:

- a) La LAU de 1994, en su artículo 15, establece la posibilidad de que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar arrendada, tras la nulidad, separación o divorcio, pueda decidir continuar en el uso, a pesar de no ser él el titular del mismo.
- b) El artículo 593 LEC establece una peculiaridad con respecto al embargo de la vivienda habitual, y por tanto, también la familiar, ya que se permite que en el plazo de cinco días las partes afectadas por el embargo de dicha vivienda pueden manifestar su conformidad en que no se practique el embargo sobre ella, debiendo el juez abstenerse de acordar dicho embargo. Además y cuando la vivienda familiar embargada pertenezca en exclusiva a alguno de los cónyuges, y del Registro resulte el carácter de vivienda habitual del bien embargado, el registrador suspenderá la práctica del asiento hasta que no se le acredite que no se trata de la vivienda familiar o que se ha producido la notificación del embargo al cónyuge no titular, conforme al artículo 144.5 RH (RRDGRN de 13 de junio de 1998, 25 de febrero de 2000, 29 de febrero de 2000 y 9 de marzo de 2000).
- c) El Real Decreto-ley 8/2011, de 7 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, establece en su artículo 1 que, ejecutada la vivienda habitual conforme al 129 LH, y cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 del salario mínimo interprofesional. Suponiendo, por tanto, un régimen diferenciado entre la vivienda habitual que, en este caso, es equivalente a la familiar, pues se ligan ambos conceptos claramente, y la que no lo es.
- d) También, en el reciente Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se establecen medidas especiales en relación con la vivienda habitual que entendemos, también aquí, se equipara con la familiar, por las constantes

referencias a la familia que en el Real Decreto se hace. De este modo, en el artículo 12 del Real Decreto, se reforma el proceso de ejecución extrajudicial de bienes hipotecados del artículo 129 LH cuando estos sean la vivienda habitual del deudor, equiparando el procedimiento al de ejecución judicial, y solo para ese tipo de vivienda. Y en el anexo del Real Decreto que recoge el Código de Buenas Prácticas al que pueden adherirse las entidades financieras, se permite la dación en pago solo cuando esta sea la vivienda habitual del deudor, y se encuentre en situación de umbral de exclusión y cumpla el resto de requisitos descritos en el Real Decreto.

Como se puede observar, el hecho de que una vivienda sea calificada como familiar, le otorga un régimen jurídico peculiar con importantes consecuencias e implicaciones legales y jurídicas, sobre todo, a efectos civiles, con trascendencia para terceros, y por lo tanto con necesidad de su conocimiento por los mismos, y necesidad de oponibilidad *erga omnes*; lo que hace, a nuestro parecer, necesario que tan especial adscripción tenga importancia y deba quedar constancia de la misma en el propio Registro de la Propiedad.

En cualquier caso, este especial régimen con las limitaciones de disponer que supone, y que deben ser conocidas por los terceros, se deriva del carácter de «vivienda familiar», pero si la vivienda familiar, como hemos dicho, es aquella donde la familia vive, usa y disfruta, lo que realmente caracteriza a la vivienda familiar es su «uso», el especial uso que se hace de la misma.

El uso de la vivienda familiar existe, por supuesto, constante matrimonio y, durante este periodo, probablemente el uso de la vivienda familiar no cobra relevancia externa porque va unido a la titularidad de la misma (sea conjunta o exclusiva); no se pone de manifiesto la disociación entre el uso y la titularidad de la vivienda, pues el titular también vive en la misma. Aquí es necesario, no tanto poner de manifiesto el uso, sino el carácter de vivienda familiar por lo que este afecta, tal y como ya hemos dicho, a los actos de disposición, embargo, ventajas fiscales, etc., aunque, como mantenemos, ese carácter viene dado por el uso.

Sin embargo, cuando se produce la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges que integraban la familia, muchas veces el uso de la vivienda familiar se separa de la titularidad de la misma, pues se atribuye en virtud del artículo 96 del Código Civil al otro cónyuge no titular o cotitular. En estos casos, se pone realmente de manifiesto que el carácter de vivienda familiar lo atribuye el «uso» a la vivienda, pues las limitaciones en los actos dispositivos de la misma provienen ahora con claridad y autonomía del «uso», pues el cónyuge que lo tenga atribuido deberá consentir en cualquiera de los actos dispositivos realizados sobre la misma (art. 96.4 CC).

Es decir, realmente es el uso de la vivienda familiar lo que caracteriza a la vivienda familiar, y lo que obliga, por así decirlo, a su especial régimen jurídico, pues no es tanto la titularidad del mismo (más bien es irrelevante), sino el uso de esa vivienda lo que supone limitaciones en su disposición. Por tanto, creemos que, incluso, constante matrimonio, y antes de la crisis, también se debe dejar constancia del uso de la vivienda familiar, porque es lo que hace que una vivienda sea calificada o no como familiar. De hecho, y tal y como recoge la reciente SAP de Girona, de 7 de junio de 2012, cuando no existe ya «uso», o atribución del uso de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges tras la separación,

se facilita la división de la cosa común —la hasta entonces vivienda familiar—, perdiendo esta tal carácter⁴.

Pero, la necesidad de la inscripción del derecho de «uso a la vivienda familiar» se pone sobre todo de relieve en los supuestos en los que se pone fin al matrimonio. En estos casos, y como ya hemos dicho, es cuando se puede disociar la titularidad de la vivienda, del uso de la misma, y por eso, y tras la crisis conyugal, es cuando defendemos sin lugar a dudas la constancia e inscripción en el Registro del derecho de uso, tal y como hemos comentado en esta misma revista⁵, y ha corroborado la DGRN en multitud de ocasiones. Ese uso limita las facultades de disposición, y por tanto debe ser oponible *erga omnes*⁶.

Y cuando, además de una crisis conyugal, existen hijos menores, y se atribuye la custodia compartida de los mismos a ambos cónyuges, se complica todavía más el derecho de uso a la vivienda familiar, pues puede ocurrir que, consecuencia de esa custodia compartida, no se comparta solo la custodia, sino también la vivienda familiar, o que, consecuencia de esa custodia compartida, se generen dos viviendas familiares con dos usos distintos sobre las mismas; o por último que no sea factible atribuir la vivienda familiar —hasta entonces propiedad de un familiar de los cónyuges— a ninguno de los cónyuges, puesto que puede ocasionarse una situación de precario que concluya con el desahucio de los menores.

Como vemos, la vivienda familiar, tiene un régimen jurídico especial que debe ser conocido y que viene determinado por el uso a esa vivienda; si además, hay crisis familiar, el uso cobra especial importancia y necesidad de oponibilidad y, si además, se establece un régimen de custodia compartida se complican enormemente las relaciones entre el derecho al uso y la vivienda, teniendo todo ello una trascendencia importante para el derecho de cosas, y su eficacia frente a terceros, que es lo que se va a tratar de analizar en las siguientes líneas.

⁴ Esta sentencia recoge la doctrina establecida en la anterior SAP de Girona, de 23 de diciembre de 2010, y afirma que: «el domicilio familiar es una vivienda propiedad de ambos, por lo que los dos tienen derecho a su disfrute, resultando injusto que uno disfrute de la vivienda a cosa del otro y de forma indefinida, debiendo solamente excepcionarse tal regla cuando exista realmente una necesidad en uno de los cónyuges... y en el presente caso, la única diferencia acreditada es la de los ingresos, que ya hemos dicho que no es determinante para la concesión de dicho uso...», y concluye, por lo tanto, «la no atribución de la misma —uso— a ninguna de las partes facilitará la ejecución de la sentencia en orden a la acción de división de la cosa común».

⁵ GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 710, 2008, págs. 2518-2524.

⁶ Véase, confirmando esta idea, a AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley*, núm. 7378, 2010, págs. 1-8. Para este autor, el uso de la vivienda familiar no solo tiene una eficacia negativa en cuanto que limita las facultades de disposición, sino también una eficacia positiva, un contenido positivo que le hace merecedor de inscripción registral y oponibilidad *erga omnes* como verdadero derecho real de uso. Entiende que este derecho confiere a su titular la facultad de usar y ocupar como residencia familiar una determinada vivienda, y esa es la esencia positiva del derecho que debe oponerse a terceros. Prueba de ello, afirma este autor, es la oponibilidad de este derecho de uso al adjudicatario de la finca embargada o hipotecada, cuando este derecho estuviera inscrito con anterioridad al gravamen que se ejecuta, o se hubiera podido conocer por el mismo. E igualmente es oponible en las enajenaciones en subastas de procedimientos de disolución de comunidad, sea de bienes o de gananciales, tal y como ha confirmado la jurisprudencia en varias ocasiones (SSTS de 14 de julio de 1994 y 28 de marzo de 2003).

II. LA CUSTODIA COMPARTIDA. BREVE REFLEXIÓN⁷

Empecemos por analizar, siquiera someramente, qué es la custodia compartida, qué implicaciones tiene para poder abordar, luego, sus interacciones con el derecho de uso de la vivienda familiar.

1. LA PATRIA POTESTAD

El deber de custodia (compartida o no) se inserta dentro de la patria potestad. El contenido de la patria potestad se establece en el artículo 154 del Código Civil que distingue dos grandes aspectos: *a)* el relativo al ámbito personal y físico del menor, y *b)* el relativo al ámbito patrimonial del mismo, ya que este artículo establece que la patria potestad «comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes».

De este modo, distinguimos dentro de la patria potestad:

- A) Funciones relativas al ámbito personal y físico: Entre ellas se encuentran los siguientes deberes: el deber de alimentar a los hijos, el deber de educarlos, el de prestarles asistencia sanitaria, el derecho-deber de corrección, y por último la guarda y custodia.
- B) Funciones de carácter patrimonial: Nos referimos a las facultades de representación y administración de los bienes de los menores sometidos a la patria potestad.

Destacamos en estas líneas, el deber de guarda y custodia que tienen los padres respecto de los hijos, pues está en íntima y estrecha relación con la vivienda familiar, que es donde se desarrolla y desempeña la parte fundamental del deber de custodia.

De este modo, sabemos, tal y como establece el Código Civil, que la patria potestad supone que los padres deben «velar por sus hijos, tenerlos en su compañía», es decir, vigilar y convivir con sus hijos, y es en el día a día de esa convivencia donde se desarrollan las demás funciones. El derecho/deber de guardar y custodiar a los hijos implica: darles un techo, convivir con ellos y velar para que nada malo les suceda.

El deber de velar por los hijos, como dice LACRUZ BERDEJO⁸, normalmente supone el tenerlos en su compañía, pero puede separarse de este, y aun en caso de separación matrimonial, el padre no conviviente sigue teniendo el deber de velar por sus hijos, de procurarles la debida atención en todos los aspectos (art. 103.1.^a CC).

⁷ Sobre este tema, véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., y MONTERROSO CASADO, E., «Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: Una propuesta de *lege ferenda*», en *CEF Legal, Revista Práctica de Derecho*, núm. 131, diciembre de 2011, págs. 5-58.

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, vol. 2.º, *ob. cit.*, pág. 246, y *Elementos de Derecho Civil*, IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 400.

Sin embargo, el deber de compañía, parte fundamental en la guarda y custodia, supone necesariamente que los padres vivan bajo el mismo techo que sus hijos, pues de otra manera no puede ejercitarse.

El deber/derecho de compañía lleva aparejado el domicilio, y por eso, el domicilio de los hijos será el de sus padres, este es uno de los componentes más importantes de esta función, si bien no es el único, pues la compañía comprende también cariño, atención y comunicación. La compañía junto con el deber de velar por sus hijos compone el deber de guarda y custodia.

Por eso, este deber/derecho, es uno de los que se ve más afectado tras la crisis conyugal, y la separación de los cónyuges, ya que esta tiene como consecuencia que los cónyuges dejen de compartir techo, y que uno de ellos se vea separado de sus hijos. Es en esos momentos de crisis matrimonial cuando la custodia adquiere mayor relevancia; y de hecho, fuera de los artículos 154 del Código Civil y 156 —donde se establece la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad—, el Código Civil regula lo relativo a la custodia en los artículos 90 y siguientes que recogen los efectos derivados de la separación, nulidad o divorcio. El deber de convivir y el cumplimiento de la guarda y custodia se dificulta notablemente en estas situaciones de crisis conyugal⁹.

Solo el que convive con sus hijos puede ejercitar la guarda y custodia plenamente —los deberes de vela y convivencia—, a diferencia del ejercicio de deber de alimentos o a decidir en la educación escolar o sanitaria. Implica, por tanto, una relación estrecha, cercana y diaria con los hijos, que no puede ejercitarse «a distancia». Por eso, dentro de las funciones-deberes que conforman el contenido de la patria potestad, la que realmente se verá afectada en su ejercicio por la separación de los padres, cuando no convivan con estos, será la de la custodia de los hijos para el padre no conviviente; pues, difícilmente puede «tenerlos en su compañía», si no vive con ellos.

De este modo, tras una crisis conyugal, el cónyuge al que se atribuya la guarda y custodia es el cónyuge conviviente, y el otro no ejercitará la patria potestad de manera plena al faltarle, o ver muy limitado, el desempeño de la función de convivencia.

En cualquier caso, el padre que convive tiene el ejercicio y la custodia, y el que vive separado de sus hijos tras la separación o divorcio, no puede ejercitarla. Por eso, muchas veces, se ha reclamado la necesidad de que la custodia —y no solo el ejercicio general de la patria potestad— sea compartida por ambos padres, aunque estén separados; de esta forma, los dos padres tendrían los menores a su cuidado, conviviendo con ellos, y ejercitando, ahora sí, de forma plena y conjunta la patria potestad.

Analizamos a continuación qué supone exactamente esta figura de la custodia compartida.

⁹ Sin embargo, no puede olvidarse que existen casos en los que la convivencia no es posible físicamente, pero no impide el cumplimiento del deber de guarda o custodia de los padres con respecto a los hijos, como son los casos en los que los menores están internos en una institución de enseñanza, o el padre o madre es destinado por trabajo fuera de la ciudad del domicilio familiar, etc.

2. LA CUSTODIA COMPARTIDA

No existe una definición legal de este término, por lo que es la doctrina la que ha aportado algunas aproximaciones a su significado¹⁰. La custodia compartida supone que ambos padres, separados, y no convivientes compartan la vigilancia y cuidado de sus hijos menores, lo que implica que ambos físicamente están cercanos a sus hijos para poder desempeñar tales funciones. Por eso, en supuestos de crisis matrimonial, la guarda y custodia compartida se ve como una solución adecuada para evitar esta situación de ejercicio «no pleno» de la patria potestad.

En palabras de ORTUÑO MUÑOZ¹¹, la custodia compartida es una «modalidad de la responsabilidad parental en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos». Del mismo modo, para ROMERO COLOMA¹², la custodia compartida significa «continuar con las mismas atribuciones paterno-filiales ejercidas antes de la ruptura, así como la responsabilidad y vinculación continuada de ambos progenitores en las decisiones relacionadas con el bienestar de los hijos, en las cuestiones de educación, cuidado médico, manutención y desarrollo emocional, moral y religioso»; en definitiva, la custodia compartida supone prolongar el ejercicio dual completo y de hecho de la patria potestad, en su totalidad, incluyendo también la custodia estricta.

A la vez, a través de ella, se consigue mantener vigente el principio de corresponsabilidad parental, pues como se deduce de las palabras de los autores citados, este es el fundamento de la custodia compartida, a la vez que su fin, pues no se pretende otra cosa que mantener el ejercicio pleno de la patria potestad a favor de ambos progenitores aunque estén separados, consiguiendo que los hijos mantengan una relación fluida con ambos padres tras el divorcio, tal y como afirma el preámbulo de la Ley 15/2005, que establece esta figura de la custodia compartida por primera vez, siempre pensando en el beneficio del menor.

El Código Civil no ha regulado la figura de la custodia compartida hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el artículo 92 del Código Civil, introduciendo un nuevo apartado 5, estableciéndola para los casos de nulidad, separación o divorcio. El artículo 92.5 del Código Civil actual tiene el siguiente tenor:

¹⁰ Dicho esto, la doctrina ha puesto de manifiesto que el término «custodia compartida» no es el más apropiado (ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos en las crisis de convivencia de sus padres», en ZARRALUQUI *et al.*, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 91-92; o GODOY MORENO, A., «La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa», en *Diez años de abogados de familia, 1993-2002*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 323-324), siendo preferible referirse a ella como custodia alternativa o guarda alterna. En la misma línea, señala IVARS RUIZ, J., «Los progenitores no custodian ni guardan a sus hijos sino que los tienen en su compañía y cuidado» (*Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2008 [Recurso electrónico TOL1.340.974]).

¹¹ ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación familiar. Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2005.

¹² ROMERO COLOMA, A. M., «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *La Ley*, núm. 7504, 8 de noviembre de 2010, pág. 1.

«Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos».

Los autores¹³ han diferenciado la custodia compartida, de la custodia partida (aquella en la que parte de los hijos se quedan con un progenitor, y el resto con el otro), y de la repartida (en la que se distribuyen por tiempos determinados las funciones propias de la misma), pues la custodia compartida implica el ejercicio conjunto y continuado por ambos padres sobre la totalidad de la prole. Pero dentro de esta se puede atribuir la custodia compartida de diversas formas, normalmente en función de la atribución de la vivienda familiar; como luego veremos: custodia conjunta con domicilio fijo de los hijos, con domicilio rotatorio de los hijos, que a su vez puede conllevar la atribución temporal exclusiva de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, o a ninguno de ellos.

Es, precisamente, esa distinta atribución del uso de la vivienda, en relación con la custodia compartida, lo que ocasiona una pluralidad de situaciones diversas con distintos usos de la misma, que consideramos que pueden generar cierta dificultad práctica, de la que en cualquier caso debería quedar constancia o bien registral, o desde luego, entre las partes.

Es decir, de la situación más sencilla: vivienda de titularidad conjunta con uso conjunto y familiar; constante matrimonio o relación de análoga convivencia, donde no es necesario separar ni referenciar o distinguir el uso de la titularidad, podemos pasar tras una separación, nulidad o divorcio, al supuesto donde puede diferenciarse entre titularidad y uso, y dentro del uso, debe diferenciarse, además, si la custodia compartida también afecta al mismo, si hay, por decirlo de alguna manera, un uso compartido de la vivienda familiar, que solo creemos posible cuando la custodia es compartida, pues solo entonces ambos cónyuges deben vivir con sus hijos.

Veamos a continuación las diferentes atribuciones de uso de la vivienda familiar que se establecen en los supuestos de custodia compartida que complican este derecho de uso de la vivienda familiar, y tiene en todo caso implicaciones para el Derecho de cosas.

III. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA: DIFERENTES SOLUCIONES

Como ya hemos dicho, tras la separación o divorcio y acordado de mutuo acuerdo o de forma contenciosa por el interés del menor, determinada por el juez la custodia compartida de los hijos menores del matrimonio que se acaba de romper, conviene pararse a reflexionar qué ocurre en estos casos con la vivienda familiar.

Si normalmente, y como ha sido tradicional hasta ahora, y así lo avalan una pluralidad de pronunciamientos jurisprudenciales y el artículo 96.1 del Código

¹³ En este sentido, véase ROMERO COLOMA, A. M., «La guarda y custodia compartida», *ob. cit.*, pág. 1.

Civil, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge conviviente con los hijos —independientemente de quién sea su titular dominical—, si la custodia es compartida, ambos cónyuges serán cónyuges convivientes, y ambos estarán a cargo de sus hijos menores. ¿A quién atribuimos o cómo el uso de la vivienda familiar?

Como bien afirma GONZÁLEZ DEL POZO¹⁴, no existen criterios legales de atribución de la vivienda en estos casos de custodia compartida, y por lo tanto, entiende que puede aplicarse de forma analógica el párrafo 2.º del artículo 96 del Código Civil, prevista para la guarda partida o repartida (a cada cónyuge se le atribuye la custodia exclusiva sobre parte de los hijos), es decir, «el juez resolverá lo procedente sobre el uso de la vivienda familiar y del ajuar».

De este modo, la práctica nos enseña que pueden existir varias fórmulas y modelos¹⁵.

1. USO EXCLUSIVO DE LA VIVIENDA FAMILIAR PARA UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES Y SUS HIJOS

El modelo más sencillo se produce cuando, a pesar de que la custodia —y por tanto el deber de guarda— sea compartida por ambos cónyuges, se decide que, la que hasta ese momento era la vivienda familiar, se atribuya en exclusiva a uno de los cónyuges y sus hijos, y que cuando los menores deban convivir con el otro cónyuge al que no se le atribuye el uso, lo hagan en una vivienda distinta de la anterior que no es la vivienda familiar hasta el momento.

En estos casos, se puede distinguir, siguiendo a GONZÁLEZ DEL POZO¹⁶: a) atribución temporal exclusiva de la vivienda familiar común a un solo titular; b) atribución temporal exclusiva de la vivienda familiar privativa al cónyuge no titular; c) atribución exclusiva de la vivienda familiar privativa al cónyuge titular familiar.

De esta forma, la vivienda familiar tiene asignado un derecho de uso, al igual que ocurre con los casos de custodia exclusiva a favor de uno de los cónyuges, y el propio régimen de custodia compartida es equivalente, en este caso, al de custodia exclusiva con un régimen muy amplio de visitas¹⁷. Y ese derecho de uso, sea cual sea su naturaleza, debe constar en el Registro, pues impide la disposición por el otro cónyuge, y debe, en consecuencia, ser oponible a terceros¹⁸.

¹⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley*, núm. 7206, junio de 2009, págs. 1-7.

¹⁵ Véase, con respecto a las distintas fórmulas y alternativas posibles de atribución a GONZÁLEZ DEL POZO, *ob. cit.*, y DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 732, págs. 2298-2327; MORENO VELASO, V., «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados Unidos», en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009, págs. 1-6.

¹⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», *ob. cit.*, págs. 1-7.

¹⁷ DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar...», *ob. cit.*, pág. 2314, que recoge las sentencias en las que equiparan realmente ambos supuestos: SJPI, núm. 28 de Madrid, de 19 de julio de 2007; SJPI, núm. 2 de San Javier, de 22 de junio de 2007.

¹⁸ Sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, y su necesidad de inscripción en el Registro, véase: GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad»,

¿Y qué pasa con la otra vivienda? En ella, durante periodos similares a la primera, también viven y habitan los menores y el otro cónyuge, es decir, hay un derecho de uso de la vivienda de la misma o análoga naturaleza que en la primera, pues en ella también se ejercita el deber de guardia y custodia pleno de los hijos menores, y es el lugar donde residen y desarrollan sus funciones vitales. Se puede decir, en estos casos, que ambas viviendas son el lugar de residencia habitual y conjunta de la familia (cada cónyuge con los hijos), y que en ambas se quiere habitar, residir, y desempeñar las funciones propias de la patria potestad y del derecho-deber de custodia, al ser esta compartida. Luego, podemos decir que, en estos casos, se cumplen los requisitos que hemos visto antes como necesarios para calificar una vivienda como familiar, en consecuencia, no sería descabellado aseverar que existen dos derechos de uso muy similares sobre dos viviendas distintas, que podría ocasionar el calificar a ambas como «vivienda familiar». Si admitimos esta reflexión, se genera una duplicidad de régimen sobre dos viviendas distintas y con dobles limitaciones de cuya constancia debería quedar reflejo en sus respectivos folios registrales. Es cierto que la auténtica vivienda familiar seguirá siendo la que era antes de la ruptura matrimonial, pues es en ella donde vivía la familia surgida de esa unión conyugal y la que se constituyó como tal tras la sentencia judicial de separación o divorcio, pero no es menos cierto que tras la ruptura, también podría calificarse como familiar —monoparental— cada una de las instituciones formadas por cada uno solo de los cónyuges y sus hijos, que ejercitan sus funciones de guarda y custodia con plenitud, en periodos diferentes, pero de igual consideración, siendo la segunda una nueva vivienda familiar de hecho.

Lo cierto es que el uso sobre la segunda vivienda, que no era la familiar originaria, es menos complejo en este caso porque normalmente la titularidad dominical es del mismo cónyuge titular del uso, o bien tiene el uso por un arrendamiento o precario que coincide con el uso familiar propiamente dicho, sin que se generen conflictos entre ambos excónyuges. Por eso, la inscripción independiente de ese uso no es necesaria como lo es en el primero, en cuanto a la limitación a la facultad de disposición del titular si es el cónyuge, amén de que no se ha constituido judicialmente un derecho de uso verdadero.

Pero imaginemos esta situación: la segunda vivienda donde se va a ejercitar el deber de custodia pertenece al otro cónyuge, al que se le atribuyó la vivienda inicialmente familiar, o bien que fuera de titularidad conjunta de ambos cónyuges (una anterior segunda residencia). ¿No estaríamos en estos casos en la misma situación de uso de vivienda familiar atribuido a cónyuge no titular al menos de hecho? ¿No se vería limitada la facultad de disposición del titular, necesitando el consentimiento del otro que tiene atribuida esa segunda vivienda? Creo que podría defenderse esta idea, por eso, consideramos que, aunque con menos énfasis, también podría inscribirse en el Registro ese nuevo uso en vivienda distinta, porque *de facto*, ambas pueden considerarse viviendas familiares y estar sometidas al mismo régimen jurídico especial.

En cualquier caso, si se admite esta tesis, se complica enormemente la administración y gestión de estas dos viviendas familiares. Hay que tener cuidado entonces con la complicación que la atribución de una custodia compartida

en *RCDI*, núm. 710, 2008, págs. 2518-2524; y AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley*, núm. 7378, 2010, págs. 1-8.

con atribución de uso exclusivo de la original vivienda puede ocasionar, porque realmente, podría llegar a alegarse este razonamiento en aras de defender que ambas viviendas cumplen los requisitos de vivienda familiar cuando la custodia es compartida plenamente, en periodos similares de tiempo y en distintas viviendas —cosa que no ocurre cuando la custodia es exclusiva aunque haya un régimen amplio de visitas, pues entendemos que solo habrá una vivienda familiar, aquella en la que se desarrolle la custodia exclusiva—.

2. USO COMPARTIDO (ALTERNATIVO) DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR AMBOS CÓNYUGES Y SUS HIJOS

En estos casos, se produce el supuesto de que, establecida la custodia compartida, se decide que también se va a compartir el uso de la vivienda familiar, de manera que ahora ambos cónyuges y sus hijos van a convivir en la misma vivienda con un uso alternativo sobre la misma. Es decir, serán los padres los que roten y cambien de domicilio, pero los hijos permanecerán siempre en la misma vivienda familiar.

Es lo que se llama la modalidad «nido» o custodia compartida con domicilio fijo de los hijos.

La vivienda familiar será usada por periodos sucesivos o alternativos por los progenitores, sin que suponga ningún cambio para los hijos.

En este caso, y a diferencia del anterior, solo existe una vivienda familiar y, por lo tanto, un solo uso que deba constar o hacerse oponible respecto de una sola vivienda, pues aunque los padres vivan en otras casas por ciertos periodos, al no vivir en ellas los hijos, no pueden considerarse como viviendas familiares porque genera muchos conflictos posesorios al compartir el uso ambos cónyuges. De este modo, es habitual que se discuta por la entrega de la posesión de la vivienda en cada uno de los periodos, por los gastos que genera la posesión de la misma: consumos de luz, agua, calefacción, por los daños o desperfectos ocasionados, reparaciones¹⁹, etc. Por eso, la jurisprudencia no suele atribuir un uso alternativo de la vivienda familiar, por ejemplo, la STSJ de Cataluña, de 5 de septiembre de 2008, rechaza la atribución de un uso compartido alternativo porque este supone una incomodidad para todos y también una fuente de conflictos que casa mal con la guarda y custodia compartida, que busca la corresponsabilidad parental y el beneficio del menor. En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Barcelona, de 21 de febrero de 2008, añadiendo que solo sería aconsejable esta solución por periodos muy breves, y siempre inmediatamente después de la separación, como un remedio temporal. La SAP de Barcelona, de 12 de diciembre de 2006, incide en lo perjudicial de esta solución por el nivel de enfrentamiento que puede generar en los progenitores.

¹⁹ Como dice HERRERO GONZÁLEZ, es doctrina frecuente de las Audiencias Provinciales, siguiendo las SSTs de 20 de junio de 1992 y 14 de marzo de 2000, que se debe «atribuir a quien disfrute de la vivienda aquellos gastos que respondan a su uso, tales como los recibos del agua, fluido eléctrico o gastos ordinarios de comunidad, mientras que habrá de imputarse a la propiedad los que gravan o redundan en su provecho, es decir, los que guarden conexión directa e inmediata con la propiedad del inmueble y no con su mero disfrute». Véase en HERRERO GONZÁLEZ, R., «El impuesto de bienes inmuebles. Su tratamiento jurídico en supuestos de divorcio y atribución del uso de vivienda a uno de los cónyuges», en *Diario La Ley*, núm. 7374, 2010, págs. 1-4, pág. 3.

Es cierto, como recoge GONZÁLEZ DEL POZO²⁰, que también existen sentencias en las que se decide la atribución del uso alternativo de la vivienda familiar por considerarlo beneficioso para el menor, que así no sufre la incomodidad de los desplazamientos continuos y cambios de domicilio (Auto JPI, núm. 20 de Palma de Mallorca, de 25 de octubre de 2007; SJPI, núm. 2 de Murcia, de 22 de junio de 2007, y SJPI, núm. 8 de Gijón, de 3 de octubre de 2008; SJPI, núm. 7 de Sevilla, de 8 de abril de 2011; SJPI, núm. 2 de San Javier, de 22 de junio de 2007, y SJPI, núm. 20 de Palma de Mallorca, de 22 de enero de 2010). No obstante, consideramos que el uso compartido de forma alternativa de la vivienda familiar, pese a ser, a priori, algo positivo para los menores, ya que no cambian su entorno, generará un desacuerdo mucho mayor entre los progenitores, siendo por eso menos recomendable.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho de cosas y de sus implicaciones jurídicas, esta solución es mucho más sencilla que la anterior, puesto que solo existe una vivienda que pueda calificarse como familiar, y solo respecto de una deberá quedar constancia de tal carácter, y por tanto, sometida al régimen especial que caracteriza a la vivienda familiar; pues el desarrollo de la vida familiar solo se predica respecto de aquella donde viven los menores. Eso sí, los conflictos posesorios que pueden generar son importantes y a tener en cuenta. De nuevo, la decisión de una custodia compartida tiene consecuencias en el Derecho de cosas.

3. LA NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A NINGUNO DE LOS DOS CÓNYUGES

En estos casos, podemos diferenciar, además, el supuesto de si la vivienda familiar es común a ambos, o, si por el contrario, no pertenece a ninguno de los dos sino a un tercero:

- a) A veces, para evitar las situaciones conflictivas que puede generar atribuir a uno solo de los cónyuges o a los dos a la vez la vivienda familiar, se decide no atribuírsela a ninguno y, si fuera de titularidad común, habrá que proceder a su venta, o bien al arrendamiento de la misma a favor de un tercero. En estos casos, el dinero obtenido por la venta o en su caso la renta procedente del arrendamiento se repartirá entre los cónyuges. También es posible en este supuesto que se adjudique la vivienda común a uno solo de los cónyuges que deberá abonar el valor de su parte al otro que pierde la titularidad.

La SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005, tomó partido por esta opción y decidió no atribuir a ninguno de los cónyuges la vivienda porque así lo habían pactado los cónyuges años atrás y, además, por considerar que el uso alternativo de la vivienda es una fuente continua de conflictos. En términos semejantes, la SAP de Barcelona, de 21 de febrero de 2008, atribuyó el uso de la vivienda familiar a la madre a cuyo cuidado quedaba la hija menor, pero solo hasta que se dividiera la cosa común, poniendo fin al pro indiviso sobre la misma. Muy parecida la SAP de Valencia, de 18 de octubre de 2006.

- b) Si, por el contrario, la vivienda perteneciera a un tercero, normalmente un familiar —padres de uno de los cónyuges— que la cede a uno de los

²⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», *ob. cit.*, pág. 4.

cónyuges, no conviene, como bien dice GONZÁLEZ DEL POZO²¹, atribuir el uso compartido ni exclusivo de esta vivienda a uno de los cónyuges, pues aquel al que se le atribuye el uso puede convertirse en precarista. Sobre todo si se atribuye al cónyuge al que no le cedieron la vivienda (exnuera o exyerno), pues se podría iniciar una acción de desahucio en precario contra él. En este caso, la posesión del cónyuge que se quedaría en la vivienda es la de un precarista, puesto que no tiene título para poseer, ya que la sentencia por la que se le atribuiría el uso a la vivienda familiar, en su caso, no es un «título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial», como afirma BELTRÁ CABELLO²².

La jurisprudencia ha confirmado esta tesis, sentando la siguiente doctrina: «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubieran sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda como vivienda familiar, por resolución judicial» (SSTS de 29 de octubre, 30 de octubre, 13 de noviembre y 14 de noviembre de 2008 y 30 de abril de 2011). En estos casos y como bien recoge LÓPEZ FRÍAS²³, si la exnuera o exyerno son precaristas, el legítimo titular dominical está plenamente facultado para intentar recuperar la posesión mediante la correspondiente acción reivindicatoria o de desahucio en precario.

En última instancia y como resumen de lo dicho, comprobamos cómo una institución en principio de carácter familiar (la custodia compartida) se extralimita de su ámbito para entrar de lleno en colisión con el Derecho de cosas, delimitando nuevos supuestos en relación con el derecho de uso a la vivienda familiar, la inscripción registral, los desahucios, los conflictos posesorios...; en definitiva, una pluralidad de instituciones propias del derecho patrimonial, de los derechos reales, que se ven afectadas por el derecho de familia.

V. CONCLUSIONES

La vivienda familiar no es un inmueble más, sino que goza de un especial régimen jurídico. Este especial régimen ocasiona la necesidad de conocer cuándo nos encontramos ante una vivienda familiar. Por ello, es conveniente hacer constar en el Registro tal carácter, ya que implica limitaciones en los actos de disposición que recaen sobre la misma, y por tanto pueden afectar a terceros.

Lo que realmente califica a una vivienda familiar como tal, es el uso que se realiza sobre la misma. Es ese derecho al uso que implica facultades de ocupación y disfrute de todos los miembros de la unidad familiar sobre la misma, de forma permanente y conjunta.

²¹ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», *ob. cit.*, pág. 7.

²² BELTRÁ CABELLO, C., «Problemas surgidos en relación al uso de la vivienda conyugal tras la disolución del matrimonio», en *Diario La Ley*, núm. 7962, 12 de noviembre de 2012, págs. 1-3.

²³ LÓPEZ FRÍAS, A., «El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 729, pág. 113, págs. 111-136.

El derecho al uso de la vivienda familiar se pone de manifiesto con claridad, tras los casos de crisis matrimonial, donde puede disociarse de la titularidad dominical de la vivienda, atribuyéndose al otro cónyuge no titular, o cotitular de aquella.

En estos casos es especialmente importante la inscripción del derecho de uso sobre la vivienda familiar para que sea conocido por todos, ya que, a veces, él mismo es oponible y en otras actúa como límite a la facultad de disposición del cónyuge titular que debe contar para ello con el asentimiento del excónyuge que tiene atribuido el uso.

Cuando, además de una crisis matrimonial, existen hijos menores, y se establece un régimen de custodia compartida sobre estos, las implicaciones y relaciones entre la vivienda familiar, el derecho al uso y la custodia se complican sobremedida, pues el régimen de custodia compartida puede generar nuevas situaciones sobre la vivienda familiar que tienen incidencia en el Derecho de cosas.

De este modo, establecida la custodia compartida, según como se decida la atribución del uso de la vivienda familiar puede ocurrir que: *a)* no se comparta solo la custodia, sino la vivienda, con las complicaciones y conflictos posesorios que ello genera; *b)* o que consecuencia de esa custodia compartida se generen dos viviendas familiares *de facto* con dos usos distintos sobre las mismas; *c)* o por último, que consecuencia de esa custodia compartida no sea factible atribuir la vivienda familiar —hasta entonces propiedad de un familiar de los cónyuges— a ninguno de los cónyuges, puesto que puede ocasionarse una situación de precario que concluya con el desahucio de los menores.

Todas estas implicaciones y problemáticas nuevas sobre el derecho de uso a la vivienda familiar surgen cuando se establece la custodia compartida de los menores, lo que pone de relieve, una vez más, las conexiones claras y complejas entre las relaciones familiares (Derecho de familia) y el derecho de cosas, parte pasiva del Derecho patrimonial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J.: «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley*, núm. 7378, 2010, págs. 1-8.
- BELTRÁ CABELLO, C.: «Problemas surgidos en relación al uso de la vivienda conyugal tras la disolución del matrimonio», en *Diario La Ley*, núm. 7962, 12 de noviembre de 2012, págs. 1-3.
- CUENA CASAS, M.: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia* (M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, dir.), tomo III, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2012, págs. 273-439.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 732, págs. 2298-2327.
- GODOY MORENO, A.: «La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa», en *Diez años de abogados de familia, 1993-2002*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 323-324.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», en *La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, junio de 2009, págs. 1-7.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 710, 2008, págs. 2518-2524.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., y MONTERROSO CASADO, E.: «Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: Una propuesta de *lege ferenda*», en *CEF Legal, Revista Práctica de Derecho*, núm. 131, diciembre de 2011, págs. 5-58.
- HERRERO GONZÁLEZ, R.: «El impuesto de bienes inmuebles. Su tratamiento jurídico en supuestos de divorcio y atribución del uso de vivienda a uno de los cónyuges», en *Diario La Ley*, núm. 7374, 2010, págs. 1-4.
- IVARS RUIZ, J.: «Los progenitores no custodian ni guardan a sus hijos sino que los tienen en su compañía y cuidado» (*Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, 2008 [Recurso electrónico TOL1.340.974]).
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- LÓPEZ FRÍAS, A.: «El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 729, págs. 111-136.
- MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 2001, págs. 91-119.
- MORENO VELASO, V.: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados Unidos», en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009, págs. 1-6.
- ORTUÑO MUÑOZ, P.: *Mediación familiar. Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2005.
- ROMERO COLOMA, A. M.: «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *La Ley*, núm. 7504, 8 de noviembre de 2010.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L.: «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos en las crisis de convivencia de sus padres», en ZARRALUQUI *et al.*, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 91-92.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 20 de junio de 1992.
- STS de 14 de julio de 1994.
- STS de 20 de febrero de 1995.
- STS de 13 de julio de 1996.
- STS de 14 de marzo de 2000.
- STS de 28 de marzo de 2003.
- STS de 29 de octubre de 2008.
- STS de 30 de octubre de 2008.
- STS de 13 de noviembre de 2008.
- STS de 14 de noviembre de 2008.
- STS de 30 de abril de 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CATALUÑA

- STSJ de Cataluña, de 5 de septiembre de 2008.

RESOLUCIONES DGRN

- RDGRN de 27 de junio de 1994.
- RDGRN de 13 de junio de 1998.
- RDGRN de 25 de febrero de 2000.
- RDGRN de 29 de febrero de 2000.
- RDGRN de 9 de marzo de 2000.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Bilbao, de 21 de septiembre de 1991.
- SAP de Bilbao, de 3 de febrero de 1992.
- SAP de Bilbao, de 3 de febrero de 1992.
- SAP de Palma de Mallorca, de 24 de febrero de 1992.
- SAP de Palma de Mallorca, de 24 de febrero de 1992.
- SAP de Ciudad Real, de 30 de diciembre de 1995.
- SAP de Palma de Mallorca, de 19 de enero de 1998.
- SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005.
- SAP de Valencia, de 18 de octubre de 2006.
- SAP de Barcelona, de 12 de diciembre de 2006.
- SAP de Barcelona, de 21 de febrero de 2008.
- SAP de Barcelona, de 21 de febrero de 2008.
- SAP de Girona, de 23 de diciembre de 2010.
- SAP de Girona, de 7 de junio de 2012.

TRIBUNALES DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI, núm. 2 de Murcia, de 22 de junio de 2007.
- SJPI, núm. 2 de San Javier, de 22 de junio de 2007.
- SJPI, núm. 2 de San Javier, de 22 de junio de 2007.
- SJPI, núm. 28 de Madrid, de 19 de julio de 2007.
- SJPI, núm. 8 de Gijón, de 3 de octubre de 2008.
- SJPI, núm. 7 de Sevilla, de 8 de abril de 2011.
- SJPI, núm. 20 de Palma de Mallorca, de 22 de enero de 2010.
- Auto JPI, núm. 20 de Palma de Mallorca, de 25 de octubre de 2007.

RESUMEN

VIVIENDA FAMILIAR
CUSTODIA COMPARTIDA
DERECHO USO VIVIENDA
FAMILIAR

La vivienda familiar es un bien inmueble que por su especial destino —servir de lugar donde se desenvuelve la vida de la familia— tiene un especial estatuto

ABSTRACT

FAMILY HOME
SHARED CUSTODY
RIGHT TO USE THE FAMILY HOME

The family home is a special-purpose property, the place that hosts family life. Accordingly, there are special laws and legal procedures that apply to it. When the couple who originally formed a fam-

jurídico y régimen jurídico que hay que poner de relieve. Cuando el matrimonio que ha originado la comunidad familiar se disuelve, surge el problema de la atribución del uso de la vivienda familiar, y si se ha optado por un régimen de custodia compartida de los hijos menores, el problema es mayor. ¿Cómo se distribuye el derecho al uso a la vivienda cuando la custodia es compartida? ¿De forma exclusiva, alternativa, común, por tiempos, en dos viviendas diferentes? Todos estos problemas y la necesidad de que conste el derecho al uso, y su variedad en el Registro, así como las consecuencias que para el Derecho de cosas tiene la especial atribución del uso a la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida es lo que se pretende abordar en este estudio.

ily community breaks up, the problem of who gets to use the family home arises; and when the members of the original couple share the custody of young children, the problem is worse. Who is entitled to use the family home in shared custody cases? One parent only? Should they alternate? Take turns? Should they share? Should they set up two family homes? This study attempts to address all these problems. It also discusses the need for the parents in such cases to have their right of family home use and the system of use they are applying registered. The study goes on to examine the consequences of assigning use of the family home in shared custody cases through the lens of property law.

1.4. Sucesiones

LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DEVENGADOS DE LAS CREACIONES LITERARIAS, ARTÍSTICAS Y CIENTÍFICAS: CONTROVERSIAS TESTAMENTARIAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Contratada Doctora del Departamento
de Derecho Civil de la UNED (TU acreditada)*

SUMARIO: I. EL ACTO DE CREACIÓN DE UNA OBRA: EL DEVENIR TEMPORAL DEL DERECHO DE AUTOR Y SUS DISTINTAS MANIFESTACIONES COMO PROPIEDAD ESPECIAL: 1. LA CREACIÓN CIENTÍFICA, LITERARIA O ARTÍSTICA: NOTAS PRELIMINARES. 2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL DOTADA DEL DERECHO DE USO Y DISFRUTE: PARTICULARIDADES. 3. LOS DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL O DE EXPLOTACIÓN Y LOS DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES O MORALES: LA EXCLUSIÓN DE LOS DERECHOS MORALES DE LA MASA HEREDITARIA.—II. FORMULACIÓN DEL RECONOCIMIENTO A LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* EN LAS DISTINTAS REGULACIONES ESPECIALES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: DEL REGLAMENTO DE 1834 AL VIGENTE TEXTO REFUNDIDO DE 1996: 1. EL DERECHO A LA PATERNIDAD DE LA CREACIÓN COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO Y PREVIO AL SISTEMA JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 2. EL REGLAMENTO DE IMPRENTA DE 1834 Y LA LEY DE PROPIEDAD LITERARIA DE 1847: DEL DERECHO DE DIEZ AÑOS EN FAVOR EXCLUSIVO DE LOS HEREDEROS A LA AMPLIACIÓN A LOS VEINTICINCO AÑOS DE LOS HEREDEROS DE OBRAS DRAMÁTICAS. 3. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 10 DE ENERO DE 1879 Y SU REGLAMENTO DE 1880: SU TRANSMISIÓN A HEREDEROS TESTAMENTARIOS O LEGATARIOS POR OCHENTA AÑOS.—III. DERECHOS DE LOS LEGITIMARIOS DE LOS AUTORES: NULIDAD DE LEGADOS Y DECLARACIÓN DE INOFICIOSIDAD DE DONACIÓN EFECTUADA A UNA FUNDACIÓN QUE LLEVA EL NOMBRE DEL CAUSANTE.—IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO CONJUNTO DE DERECHOS TRANSMISIBLES *MORTIS CAUSA* Y SUS ESPECIALIDADES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL ACTO DE CREACIÓN DE UNA OBRA: EL DEVENIR TEMPORAL DEL DERECHO DE AUTOR Y SUS DISTINTAS MANIFESTACIONES COMO PROPIEDAD ESPECIAL

1. LA CREACIÓN CIENTÍFICA, LITERARIA O ARTÍSTICA: NOTAS PRELIMINARES

La vida de una creación científica, literaria o artística no se agota en el preciso momento de su creación o mediante su divulgación o publicación —si estas llegasen a tener lugar—; antes bien, algunas destacadas obras adornadas de especiales cualidades intrínsecas, deudoras del favor del público, y dada la perseverancia

de causahabientes y entes erigidos en celosos guardianes de su integridad frente a potenciales ilícitos civiles o, en síntesis y al margen de cualesquiera causas que lo justifiquen, por tratarse de obras singularmente controvertidas, han sido capaces de desplegar sus efectos jurídicos a lo largo del tiempo y entre distintos ordenamientos y jurisdicciones aplicables a dichas contiendas judiciales.

Caso emblemático del recorrido vital de una obra más allá que la del propio autor, es el caso que agudamente evidencia PALAZÓN GARRIDO ilustrado mediante la profusa historia judicial de *Los Miserables* de Víctor Hugo, cuyo «tercer acto» se cerraba en la *Cour de Cassation*, mediante sentencia de 30 de junio de 2007¹.

¹ «Ya en 1964, la *Caisse Nationale des Lettres* (actual *Centre Nationale des Lettres*) interpuso acción ante el TGI de París en reclamación contra una edición de *Los Miserables* que deformaba, a juicio de aquella, la narración. La Sala, sin entrar en el fondo, rechazó la legitimación del organismo, señalando que solo está justificada su intervención cuando no haya herederos vivos y conocidos y, en el caso, había dos bisnietos de Víctor Hugo que habían permanecido indiferentes ante la adaptación litigiosa. En el año 2001 la sociedad editorial Plon publicó dos libros, escritos por François Cérésa, titulados *Cosette ou le temps des illusions* y *Marius ou le fugitif*, que se presentaron como la continuación de *Los Miserables*. La portada del primer libro se revestía de una banda roja con un mensaje sorprendente: “Ciento cincuenta años más tarde, regresan los héroes legendarios...”; mientras que una banda similar rezaba en el segundo: “El libro que quisieron prohibir”. Comienza aquí el contencioso sobre *Los Miserables*, un drama en tres actos. En el primer acto, Pierre Hugo, tataranieto del autor, demandó al editor y al autor ante el Tribunal de Grande Instance de París, alegando violación del derecho moral de autor y reclamando la prohibición de su distribución e indemnización de 4.500.000 francos en concepto de daños y perjuicios. La Société des Gens de Lettres (SGDL) quiso intervenir también en el proceso, solicitando la indemnización simbólica de un franco, en virtud de los daños colectivos sufridos por sus miembros y la publicación de la decisión en diez periódicos. Asimismo, se sumaron otros cinco descendientes de Víctor Hugo, primos hermanos del demandante. En sentencia de 12 de septiembre de 2001, el TGI de París desestimó en primera instancia la demanda sin pronunciarse sobre el fondo, por falta de legitimación activa de los demandantes. Así, por cuanto se refiere a Pierre Hugo, el TGI entendió que, aunque estaba fuera de duda que era descendiente del autor, no se había justificado su condición de heredero del mismo mediante la prueba de la serie ininterrumpida de sucesiones *abintestato*. Además, advertía el Tribunal que, aunque justificarse tal cualidad, no correspondería a los herederos la defensa del derecho moral de V. Hugo, ya que este, mediante disposición testamentaria, habría manifestado su voluntad de ceder tal potestad a Paul Merice (mediante una carta dirigida a su editor Hetzel y un testamento posterior). Y en lo que concierne a la intervención voluntaria de la SGDL, la Sala rechaza su legitimación argumentando que el Código de Propiedad Intelectual solo le reconoce calidad para defender los intereses de la profesión, lo que no incluye la intervención principal en un procedimiento que se refiere únicamente al derecho de un autor. Así, a falta de testamento de Víctor Hugo (miembro fundador de la asociación) que le reconocía la cualidad de heredero, la SGDL carece de legitimación activa. En el segundo acto, apelado el fallo por Pierre Hugo y la SGDL (sin que se sumaran los demás codemandantes), la Cour d'appel de París en sentencia, de 31 de marzo de 2004, atribuye a los actores plena legitimación para actuar en el juicio. Se reconoce a Pierre Hugo la cualidad de heredero y, por tanto, titular del derecho moral de autor de Víctor Hugo; desestimándose que el escritor hubiera cedido la defensa de sus derechos extrapatrimoniales a terceros. Y con respecto a la SGDL, la Cour entiende de recibo su acción al no pretender sustituirse a los herederos ni ejercer a título personal el derecho moral de Víctor Hugo, sino por tratarse de cuestiones de principio sobre las modalidades de ejercicio del derecho moral y de la práctica de “continuaciones” de obras literarias, susceptibles de provocar repercusiones sobre los intereses materiales y morales de sus miembros. En el examen del fondo, los magistrados toman como punto de partida la premisa de que el derecho moral no es absoluto y debe ejercerse al servicio de la obra y en concordancia con la personalidad del autor expresada en vida;

Empero y aunque no sea este el lugar y momento para reverdecir el debate sobre la Propiedad Intelectual como Derecho especial, en tanto en cuanto recae sobre bienes calificados de inmateriales y duración determinada, excepción hecha sobre el reconocimiento de la autoría de la obra o su integridad², conviene reiterar su condición de propiedad y como tal dotada del derecho de uso y disfrute del bien inmaterial sobre el que recae³.

por lo que entienden que corresponde a la Sala determinar la voluntad de *Víctor Hugo* en relación al ejercicio del derecho moral sobre su obra. Ciertamente, el escritor, en vida, se había manifestado numerosas veces al respecto, así con ocasión de un discurso pronunciado el 21 de junio de 1878 en un congreso literario internacional, *Víctor Hugo* se expresaba en estos términos: "Antes de la publicación, el autor tiene un derecho incontestable ilimitado (...). Pero una vez que la obra se publica, el autor no es ya más el amo. Es entonces otro personaje el que se adueña de ella, pueden darle el nombre que deseen: espíritu humano, dominio público, sociedad... Muerto el autor..., declaro que si tuviera que elegir entre el derecho del escritor y el derecho del dominio público, escogería el derecho del dominio público". Y tratándose del rol del heredero, declaraba: "El heredero de la sangre es el heredero de la sangre. El escritor, en tanto que escritor, no tiene más que un heredero; el heredero del espíritu; es el espíritu humano, el dominio público. He ahí la verdad absoluta". No obstante lo anterior, la Sala no estima aceptable la pretensión de los apelados según la cual *Hugo* habría querido vaciar de todo alcance y contenido sus derechos morales de autor. El escritor, en una carta que acompañaba el envío del último capítulo de *Los Miserables* al editor *Albert Lacroix*, afirmaba: "Si este final no emociona, renuncio a escribir"; palabras que traslucen, a juicio de los magistrados, su voluntad de que la obra no pudiera sufrir alteración ni continuación alguna. En consecuencia, declara la *Cour d'appel* que: "La prohibición de toda continuación de *Los Miserables* no constituye atentado a la libre creación, ya que esta obra, verdadero monumento de la literatura mundial, por una parte no es una simple novela sino una postura filosófica y política (...) y, por otra, está terminada". Por todo ello, la Sala declara que la sociedad Plon, al editar y publicar los dos libros que motivaron el litigio y hacerlos pasar por la continuación de *Los Miserables*, atentó contra el derecho moral de *Víctor Hugo*, y la condena a pagar a *Pierre Hugo* un euro en concepto de daños y perjuicios y la misma suma a la *SGDL*, a título de perjuicio colectivo sufrido por sus miembros. Asimismo, accede a la publicación del fallo en tres diarios o revistas. El tercer y último acto tiene como escenario la *Cour de Cassation*. El alto Tribunal, en sentencia de 30 de junio de 2007, casa parcialmente la sentencia anterior. Admite la legitimación de *Pierre Hugo* en cuanto heredero para defender el derecho moral de autor; así como la de la *Société de Gens de Lettres* para la defensa del derecho colectivo de sus miembros; pero considera inapropiado el método utilizado por la *Cour d'appel* para caracterizar la lesión del derecho moral, pues no se examinan las obras litigiosas ni se constata si han alterado o no la novela original o si pueden inducir a confusión en cuanto a su paternidad, por lo que se vulneran los artículos 121-1 y 123-1 *CPI*, y el artículo 10 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (PALAZÓN GARRIDO, «Libertad de creación y protección del Derecho moral *post mortem auctoris*: el caso de *Los Miserables*», en AC, 5, 2009, págs. 528 y sigs.).

² Vid., artículos 14, 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

³ En este sentido, la SAP de Madrid, de 13 marzo de 1998, en un asunto siendo demandante Films, S. A., en su condición de única y legítima titular de los derechos exclusivos de explotación en España de las películas «Agustina de Aragón», «Ama Rosa», «El Beso de Judas», «Condenados», «Currito de la Cruz», «De mujer a mujer», «Doña Francisquita», «Duquesa de Benamejí», «Festival en Benidorm», «La hermana San Sulpicio», «Juanito», «La leona de Castilla», «Locura de amor», «Lola la Piconera», «Muchachas de Bagdad», «Pequeñeces», «La reina del Tabarin», «Las ruinas de Babilonia», «Una cubana en España»,

2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD ESPECIAL DOTADA DEL DERECHO DE USO Y DISFRUTE: PARTICULARIDADES

De lo dicho se sigue que, en buena lógica, esté incluida en el Libro segundo de nuestro Código Civil, *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*; Título IV, *De algunas propiedades especiales*; capítulo III, *De la propiedad intelectual*, cuyo artículo 428, declara: «El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad».

A renglón seguido, el artículo 429 del Código Civil, teniendo en cuenta la normativa especial existente con carácter previo a la codificación, asevera: «La Ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad»⁴.

De este modo, como aprecia la SAP de Madrid, de 13 de marzo de 1998, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia que, «precisamente lo que caracteriza a la propiedad, y por tanto, insuprimible de ella, es la plenitud de dominación, ser el derecho que confiera todos los aprovechamientos posibles, todas las posibilidades de actuación sobre el bien de que en cada caso se trate, sin necesidad de enumerarlas y caracterizarlas singularmente».

Sigue la resolución ratificando la vieja doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: «Dicha amplitud máxima del contenido de la propiedad intelectual ha sido además reiteradamente afirmada en la Jurisprudencia. Así, la sentencia de 26 de junio de 1912, la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 1930 y de 4 de abril de 1936. En definitiva, resulta que la propiedad intelectual que el Código y la Ley especial atribuyen al autor, o a su adquirente, se quiso configurar como concepto capaz de asegurar al autor todos los aprovechamientos o posibles utilidades derivados del producto de su trabajo, tanto los ya conocidos en el momento, como aquellos que se preveía “habían de inventarse en el futuro” (art. 1.º del Reglamento). Ya en relación al estricto término “derecho de explotación”, tanto a juicio de los profesores LA-CRUZ como de ESCRIBANO, el término “explotar” es, sin ningún género de dudas, equivalente a lo que en el artículo 348 del Código Civil, se designa como goce; y comprende por ello, tanto lo que se entiende por “uso” como el “disfrute” del bien en cuestión. Habría que pensar entonces que el énfasis en la “explotación” o “goce” de la obra reside en el aspecto del disfrute (art. 394 del CC) es decir,

«Vampiresas, 1930», «Buen viaje Pablo», «Calabuch», «Caravana de esclavos», «Esa voz es una mina», «El genio alegre», «Operación Popoff», «El pescador de coplas», «El Piyayo», «El puente de la paz», «Qué bella eres, Roma», «El soltero», «Susana pura nata», «Suspiros de Triana», y el «Último cuplé», por haberlos adquiridos de su anterior titular don Matías, quien consolidó plenamente los derechos de explotación subastados por medio de la prescripción adquisitiva o usucapión.

⁴ Vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 599 a 601; «Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1690 a 1692; RAMS ALBESA, «Comentario a los artículos 42 y 43 de LPI», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del Código Civil y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

en la imputación al autor o su adquirente, en tanto que titular de la facultad de “explotación” de la obra (art. 428 del CC) de los rendimientos y utilidades derivados de dichas actividades de explotación. Por ello, al ser la idea de enajenación incompatible con la de “goce” de un bien; no había previsión en la Ley de 1879 ni en su Reglamento, de la posibilidad de que el autor percibiese los rendimientos derivados de la explotación ajena de su obra conservando su titularidad. En ninguno de los dos textos se regulan los negocios autorizativos o de cesión a terceros de modalidades concretas de utilización de la obra, participando el autor, como sus propietarios, en los beneficios derivados de dicha utilización autorizada por él».

Por su parte, uno de los antecedentes jurisprudenciales constituido por la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1913, ventila un asunto sobre la propiedad literaria vendida, estando ajustado a derecho el negocio de transmisión en virtud de la legislación vigente, por la viuda e hijos de Modesto Lafuente autor de la *Historia General de España*, a una editorial. En el ejercicio de los derechos que el ordenamiento les confería, los titulares de los derechos de explotación, en la escritura de dicha venta los compradores se declaraban subrogados en todos los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles a los vendedores⁵.

Sin embargo, aquella circunstancia y condición de derecho inmaterial, se traduce en que al autor o autora de la creación científica, literaria o artística, no se le reconoce en idéntica medida los derechos de goce y disfrute de los titulares de las propiedades ordinarias. Es en la Revolución francesa el momento en el que la Monarquía pierde el control de la impresión, cobrando entidad propia el derecho a la Propiedad sobre las obras del intelecto humano y, por ende, el reconocimiento de la libertad de creación y pensamiento⁶.

Siguiendo con el control del privilegio de la impresión y como expone el profesor ROGEL VIDE: «con el transcurso de los años y con todo, el privilegio [de los libreros-impresores titulares del privilegio mediante el cual se les concedía la exclusiva o el monopolio de explotación sobre ciertas obras] se va haciendo impopular, siendo el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra, de 10 de abril de 1710, la primera norma que rompe con el privilegio de los editores, reconociendo el derecho que corresponde a los autores, en cuanto creadores de sus obras. Así, en lugar de que el impresor reciba un monopolio y se encargue de pagar al autor unos honorarios, ocurrirá a la inversa: el titular del monopolio será el autor, quien lo cederá al editor en las condiciones económicas que convengan. De este modo, el Estatuto de la Reina Ana inaugura lo que podría llamarse el ciclo del derecho positivo de la propiedad intelectual, ciclo que alcanza su consagración

⁵ Dice en su considerando primero, teniendo en cuenta el derecho vigente a la sazón, de 10 de junio de 1847 «quedó sometido el aludido contrato, dado que, á tenor de los artículos 2.º y 7.º de la indicada ley pudieron pactar los cedentes y conforme al artículo 28 entrar los cesionarios en el pleno goce y disfrute de la exclusiva propiedad de la *Historia* referida, con los mismos derechos y facultades que, mientras vivió, correspondieron á su autor, que al fallecer pasaron á sus herederos los aquí vendedores, y estos han enajenado á los demandantes».

⁶ Vid., en este sentido, el extenso capítulo que mi maestro, el profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, dedica a la Propiedad Intelectual, así como el Derecho de Propiedad en la codificación y el que lleva por título «Consideración actual de la propiedad privada», en sus *Principios de Derecho Civil*, IV, *Propiedad y Derechos reales de goce*, Madrid, 2010, 10.ª ed.

en la Francia de la Revolución, en relación con todas las obras del espíritu y no simplemente con las literarias»⁷.

Precisamente en el país galo sería donde de forma más evidente serían cuestionadas estas nuevas tendencias, como la polémica surgida entre CONDORCET, *Fragmentos sobre la libertad de prensa*, y DIDEROT, *Carta sobre el comercio de librería*, «el primero abogando por el servicio social de las ideas del intelectual, y el segundo por la intrínseca originalidad de las mismas, y por tanto, por la individualización del intelectual»⁸.

3. LOS DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL O DE EXPLOTACIÓN Y LOS DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES O MORALES: LA EXCLUSIÓN DE LOS DERECHOS MORALES DE LA MASA HEREDITARIA

En este sentido, entre el contenido del derecho de autor se encuentra tanto el conjunto de los derechos patrimoniales o de explotación —Reproducción, Distribución, Comunicación Pública y Transformación⁹— como los derechos morales¹⁰

⁷ ROGEL VIDE, «Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del Código Civil y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

⁸ SÁNCHEZ GARCÍA, «La Propiedad Intelectual en la España contemporánea, 1847-1936», en *Hispania*, LXII/3, 212, 2002, pág. 995.

⁹ Vid., artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁰ Recuérdese el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual sobre el contenido y características del derecho moral. Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente. 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural. 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias. 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen. Asimismo conviene tener presente el artículo 15 sobre los supuestos de legitimación *mortis causa*: 1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos. 2. Las mismas personas señaladas en el número anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el apartado 1.º del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40. Y por último, el artículo 16. Sustitución en la legitimación *mortis causa*. Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las

y, por último, otros de naturaleza debatida, como la compensación equitativa por copia privada¹¹ o el de participación o *droit de suite* de los autores de obras de artes plásticas previsto en el artículo 24 en favor de los creadores y transmisible únicamente por sucesión *mortis causa*¹².

Dadas las características de los derechos morales, lo cierto es que esta especialidad impide que formen parte de la masa patrimonial hereditaria tal y

Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo (vid., sobre la materia y en particular ROGEL VIDE, *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, 2003; CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral de autor*, Granada, 1998).

¹¹ Este derecho a la compensación subsiste pese a la Disposición Adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Así, el Gobierno español actuando como intérprete auténtico de aquel Real Decreto-ley, declara en el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, que sin derogar ese límite a los derechos de propiedad intelectual, sí ha suprimido el sistema de compensación que se preveía en el artículo 25 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Dice el artículo 25.1: La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

¹² Vid., SAP de Madrid, de 19 de abril de 2005 (recurrida y resuelta por STS de 7 de diciembre de 2005): «No puede olvidarse que aunque la Ley no establece la gestión obligatoria del derecho de participación de los artistas plásticos por las entidades de gestión, no es menos cierto que, dada la multiplicidad de posibles titulares de derechos de participación en reventa (autor, sucesores *mortis causa* hasta setenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor), y pudiendo estos ser tanto españoles o extranjeros, el cumplimiento de la obligación de notificación de la reventa a que hace referencia el número 4 del artículo 24 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, resulta muy difícil, sino imposible para el vendedor o revendedor conocer quiénes pueden ser los eventuales titulares de dichos derechos y un domicilio para la notificación (lo que no puede servir para eximirse del cumplimiento de dicha obligación) por lo que la intervención de la entidad de gestión correspondiente, en este caso VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP), debe considerarse imprescindible. No puede dejar de llamar la atención que la demandada FERNANDO DURÁN, S. A., que en todo momento alude al peligro de doble reclamación para oponerse a la demanda, no haya probado ni intentado probar siquiera que siquiera haya intentado cumplir con su obligación de notificar la subasta pública a los autores o personas eventuales titulares del derecho de participación, por lo que su defensa puramente negativa debe considerarse que tiene como única finalidad eludir el pago de los legítimos derechos de los artistas plásticos o de sus herederos, negándose a reconocer la representación de la actora, todo ello en contra de lo dispuesto por la Ley y de lo que resulta acreditado por la prueba practicada en autos, posición que por ello no puede ser amparada».

como se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, sobre la legitimación de la sobrina del Maestro don Gabriel, autor de «La Violetera»¹³.

En definitiva y a la vista de cuanto se acaba de decir, para fijar el ámbito objetivo de la sucesión, resulta presupuesto jurídico fundamental el artículo 659 del Código Civil, toda vez que asevera que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte». De este modo, el profesor HERNÁNDEZ GIL, distinto de los derechos de la personalidad, las relaciones obligatorias «predominantemente» transmisibles, derechos reales o los derivados de las relaciones familiares, aborda los denominados «derechos de autor», aclarando de forma inmediata «los llamados derechos morales de autor no se transmiten. Son consustanciales a la persona del autor. Los derechos patrimoniales de autor sí son transmisibles conforme a la Ley de 10 de enero de 1879, aunque no ilimitadamente. El derecho de autor subsiste ochenta años después de la muerte del autor y durante este tiempo corresponde a los herederos, transcurridos los ochenta años, se extingue»¹⁴.

¹³ Así lo ratifica el AAP de Madrid, de 20 de abril de 2005, en la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la sobrina del Maestro Gabriel, en tanto en cuanto aprecia legitimación activa de la sobrina del autor para instar la adopción de medidas cautelares, en su calidad de cesionaria de sus derechos, que no heredera, por haber recibido en el testamento de su propia madre y hermana del compositor la facultad de ejercer cuantas acciones resultasen pertinentes contra usurpadores y todos aquellos que quisieran dañar su obra. Con todo, la resolución judicial declara no haber lugar a acordar medida alguna. Como elemento común de múltiples sentencias y autos, es la necesaria colación de la normativa vigente en el momento del fallecimiento del creador de la obra original, momento que no coincide con la legislación vigente. Así, el compositor de «La Violetera», don Gabriel otorgó testamento en 1956 y falleció en 1960 y los pretendidos ilícitos civiles de la entidad demandada no son anteriores a 1990. En particular dice el Auto: «cuando la Ley habla de legitimación de los herederos “en defecto” de designación del causante, aparte de no distinguir qué tipo de herederos, debe interpretarse, a juicio de esta Sala, de acuerdo con el contenido, extensión y finalidad apuntada, siendo irrelevante, en consecuencia, que ante la ausencia de aquellos que el causante designó, los posteriores herederos ejercitantes de la acción ostenten esa cualidad *mortis causa* o *inter vivos*, como refiere en este último caso el auto apelado, por haber recibido la actora en herencia testamentaria de su madre, los derechos de la obra del maestro fallecido, pues los derechos morales no forman parte de la masa patrimonial de la herencia, sino que se constituyen en esa mencionada facultad o atribución legitimaria de la defensa de la obra intelectual, cuyo *ius delationis* no se relaciona con un determinado orden de preferencia legal para ostentar la titularidad de bienes patrimoniales de la herencia, sino con esa situación de poder o la facultad de ejercitar dicha acción en defensa de la obra de su familiar, hasta el grado que legalmente determina esa cualidad jurídica de heredero, lo que nos llevaría a plantear la hipótesis y conclusión de inexistencia de preferencia alguna entre estos, en defecto de persona física o jurídica designada por el causante, para el ejercicio de tales acciones, por los fundamentos expuestos, o, incluso, la posible concurrencia de varios de ellos, y, en último extremo, la indemnización de daños y perjuicios, prevista en el artículo 140 de la LPI» [sobre este mismo auto puede consultarse RAMOS GUTIÉRREZ, «Legitimación para la defensa *post mortem* de los Derechos Morales de Autor: Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 57/2005», en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, MACÍAS CASTILLO, HERNÁNDEZ ROBLEDO (coords.), 2008, Madrid, págs. 383 y sigs.].

¹⁴ Ya se ha transcrito la normativa actualmente vigente y la duración temporal fijada ahora en los setenta años desde la muerte del autor.

II. FORMULACIÓN DEL RECONOCIMIENTO A LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* EN LAS DISTINTAS REGULACIONES ESPECIALES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: DEL REGLAMENTO DE 1834 AL VIGENTE TEXTO REFUNDIDO DE 1996

1. EL DERECHO A LA PATERNIDAD DE LA CREACIÓN COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO Y PREVIO AL SISTEMA JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Como la mejor doctrina ha señalado, cuestión previa al sistema jurídico de protección a la creación, la historia de la literatura da buena cuenta de los antecedentes cifrados en el necesario reconocimiento de la condición de autor de la obra controvertida¹⁵.

Baste para ilustrar la mencionada evidencia, el Libro I, LII, *Mis versos son míos*, defiéndelos donde Marco VALERIO MARCIAL, con sorna, decía: «Te encomiendo, Quinciano, mis libritos, si es que puedo llamar míos a los que recita un poeta amigo tuyo. Si ellos se quejan de su gravosa esclavitud, acude en su ayuda y ponte a su entera disposición, y cuando él se proclame su dueño, di que son míos y que han sido manumitidos. Si lo dices bien fuerte tres o cuatro veces, harás que le dé vergüenza al plagiario». En idéntico Libro, el Epigrama LIII, *Ladrón de poemas*, dice: «En mis libritos hay, Fidentino, una página tuya, una sola, pero señalada con la impronta inconfundible de su autor, que convierte tus poemas en robo manifiesto (...)»¹⁶.

2. EL REGLAMENTO DE IMPRENTA DE 1834 Y LA LEY DE PROPIEDAD LITERARIA DE 1847: DEL DERECHO DE DIEZ AÑOS EN FAVOR EXCLUSIVO DE LOS HEREDEROS A LA AMPLIACIÓN A LOS VEINTICINCO AÑOS DE LOS HEREDEROS DE OBRAS DRAMÁTICAS

Abstracción hecha de los antecedentes históricos más remotos, el *Real Decreto que contiene el Reglamento de Imprenta, de 4 de enero de 1834*, declaraba en su *Introducción*: «No pudiendo existir la absoluta e ilimitada libertad de imprenta, publicación y circulación de libros y papeles, sin ofensa de la pureza de nuestra religión católica, y sin detrimento del bien general, ni todas las trabas y restricciones que ha sufrido hasta aquí, sin menoscabo de la ilustración tan necesaria para la prosperidad de estos reinos; á fin de evitar ambos extremos y que sus habitantes no carezcan de los conocimientos artísticos y científicos que tanto les interesan, conformándome en lo sustancial con lo que me ha propuesto la comisión nombrada por mi Real decreto de 26 de Octubre del año último, y oído el dictamen del Consejo de Gobierno y del de Ministros, he venido en nombre de mi augusta hija la Reina Doña Isabel II, en modificar el sistema de impresión, publicación y circulación de libros».

Su Título IV, *De la propiedad y privilegios de los autores y traductores*, contiene los preceptos que ilustran la cuestión. Así, dice el artículo 30: «Los autores de obras originales gozarán de la propiedad de sus obras por toda su vida, y será transmisible a sus herederos por espacio de diez años. Nadie de consiguiente podrá reimprimirlas á pretexto de anotarlas, adicionarlas, comentarlas ni compendiarlas».

¹⁵ Vid., ROGEL VIDE, «Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual», cit.

¹⁶ *Texto, introducción y notas* de José GUILLÉN. Revisión de Fidel ARGUDO, Zaragoza, 2004, 2.^a ed., págs. 98 y 99.

Por su parte, el *Real Decreto de 10 de junio de 1847*, circunscrito a la propiedad literaria, declaraba en su artículo primero, «se entiende por propiedad literaria para los efectos de esta ley el derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas o por cualquier otro semejante», en el precepto inmediatamente posterior concretaba que «el Derecho de propiedad declarado en el artículo anterior corresponde a los autores durante su vida, y se transmite a sus herederos legítimos ó testamentarios por el término de 50 años».

En cuanto al derecho transitorio, previsto en sus *Disposiciones Generales*, artículo 28, declaraba: «el que haya comprado a su autor la propiedad de alguna de sus obras, gozará de ellas durante el término fijado en la legislación hasta hoy vigente. Al cumplirse este plazo volverá la propiedad al autor, que la disfrutará por el tiempo que falte para completar el que para cada clase de obras fija la presente ley».

Pronto se suscitaron distintas controversias judiciales, fruto de esta sucesiva ampliación temporal en la transmisión hereditaria de los derechos. Destacaremos la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1946, que ventila la validez o nulidad de las anotaciones de reversión hechas en el Registro de la Propiedad Intelectual a favor de la heredera y sucesora de don José Zorrilla, doña Blanca. En la resolución judicial se pasa examen del proceso legislativo sufrido por la propiedad intelectual denominada propiedad literaria desde que el editor don Manuel, padre del causante de la recurrente, adquirió la propiedad de «Don Juan Tenorio».

La resolución declara la validez de la inscripción efectuada por doña Blanca como heredera de don José Zorrilla, anotación registral practicada el 21 de marzo de 1933 en cumplimiento de las órdenes del Ministerio de Instrucción Pública de 14 y 20 de enero del mencionado año.

En idéntico sentido se pronunciaría la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 9 de septiembre de 1997, en la que en virtud de la Disposición Transitoria de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual¹⁷, los herederos del autor de la obra *Mitologías y supersticiones de Cantabria*, recuperan los derechos de explotación de una obra que entraron en el dominio público por su falta de inscripción, al amparo de la legislación anterior.

Así, expresivamente recoge el Ponente de la SAP: «La Disposición Transitoria 2.^a, en cuya interpretación radica el nudo gordiano de este asunto, establece que: «a los autores cuyas obras estuvieren en dominio público, provisional o definitivamente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 LPI de 1879, les será de aplicación lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos por otras personas al amparo de la legislación anterior». La Disposición Transitoria 2.^a resulta clara cuando establece, al respecto, una norma de derecho transitorio de contenido material evidente: a raíz de la entrada en vigor de la LPI de 1987, los autores de obras que estuvieren en el dominio público exclusivamente por aplicación de las reglas de caducidad de los artículos 38 y 39 LPI de 1879, van a ver rehabilitados o recobrados por Disposición Legal tanto su derecho moral de autor como sus derechos de explotación de

¹⁷ Disposición Transitoria segunda. A los autores cuyas obras estuvieren en dominio público, provisional o definitivamente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la Ley de 10 de enero de 1879, les será de aplicación lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos por otras personas al amparo de la legislación anterior.

la obra, el primero porque pese a no haberse visto menoscabado no se hallaba recogido en la legislación de 1879 —habiendo sido desarrollado por vía jurisprudencial— y los segundos por la configuración de la inscripción en el RPI como acto de naturaleza meramente declarativa, y no constitutiva como en la Ley de 1879. Ningún otro sentido puede tener la citada Disposición Transitoria».

Prosigue la resolución aclarando que: «Para llegar a tal conclusión, debe partirse del siguiente razonamiento: a) Discutida durante la vigencia de la LPI de 1879 la naturaleza “monista” o “dualista” del derecho de autor, al manifestarse este tanto desde una perspectiva patrimonial como desde una perspectiva moral, la LPI de 1887, en su artículo 2, configura dicho derecho de autor en ese doble aspecto, personal o “moral” uno (a cuyo tenor se han de considerar como propios del autor de la obra el derecho de reconocimiento de su autoría, el respeto a la integridad de la misma y el derecho a decidir la divulgación, facultades todas ellas descritas en el art. 14 LPI/1887), y patrimonial o económico otro (configurado principalmente por las facultades de explotación económica centradas en la divulgación, publicación, exhibición o reproducción de la obra artística). Sin embargo, y como recuerda la STS 3-6-1991, el derecho de autor ha de recibir un tratamiento unitario, único permitido por la Ley que lo regula, siendo el derecho subjetivo “inescindible”, sin perjuicio de que el cúmulo de facultades del autor puedan agruparse en dos haces convergentes en su persona, de contenido personal unas, y patrimonial otras. b) El autor que inscribía su obra, según la legislación de 1879, veía reconocido a todos los efectos su derecho de autor, incluso sin necesidad de que la obra se publicara (art. 8 LPI/1879); si no la inscribía, aunque se publicara la misma, caducaban sus derechos y la obra podía entrar en el dominio público si en el plazo de doce años (un año del art. 36, diez años del art. 38 y un año más del art. 39), ni el autor ni sus derechohabientes hubieran inscrito la obra en el RPI. La inscripción era, en consecuencia, constitutiva del derecho, y no meramente declarativa. Con la entrada de la obra en el dominio público por esa vía, el autor o sus derechohabientes perdían la exclusividad de los derechos de explotación de la misma. c) La LPI/1887 modifica sustancialmente la regulación legal del derecho de autor, distingue las facultades derivadas del derecho moral de autor (arts. 14 a 16) de las derivadas del derecho patrimonial de autor (arts. 17 y sigs.), reconoce ambos (art. 2) y suprime el carácter constitutivo de la inscripción en el RPI (art. 130), admitiendo, como la anterior legislación (art. 6 LPI/1879), la transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación, por cualquiera de los medios admitidos en derecho (art. 42)».

En suma, «con la Ley de 1887 desaparecen las reglas de caducidad existentes en la Ley de 1879, entrando los derechos de explotación de las obras en el dominio público únicamente con la extinción de los mismos por el transcurso de los plazos marcados en la misma. Igual regulación se contiene en la reciente Ley de Propiedad Intelectual publicada por Real Decreto-ley 1/1996, de 12 de abril. Precisamente para dar respuesta legal a la situación, a todas luces desigual, del autor de la obra —o de sus derechohabientes— que, por la razón que fuere, vio o vieron sus derechos de explotación traspasados al dominio público por no haber inscrito en su momento en el RPI aquella, la Ley de 1887, que ya no exige la inscripción para proteger los derechos dimanantes de la titularidad de la obra, introduce la Disposición Transitoria 2.ª. El legislador, mediante dicha norma, extiende a los autores cuyas obras estuvieren en dominio público por aplicación precisamente de aquellas reglas de caducidad de los artículos 38 y 39, la aplicación de la nueva Ley (“...les será de aplicación lo dispuesto en la presente Ley...”), aplicación que es en bloque, tanto en lo relativo a los derechos de autor en su

faceta personal, como en la esfera patrimonial, y siempre dejando a salvo los derechos adquiridos por otras personas al amparo de la legislación anterior. La alusión a los “autores” de la Disposición citada debe entenderse que se extiende a los herederos de aquellos, si el autor ha fallecido, pues la aplicación en bloque de la Ley de 1987 incluye también la normativa relativa a la transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación (art. 42). No es óbice a tal interpretación la alegación contenida en la contestación a la demanda de la “Institución Cultural Cantabria”, relativa a que la Disposición Transitoria 2.^a LPI/1987 solo alude a los “autores”, excluyendo a los derechohabientes, basando tal interpretación en el contenido de las normas transitorias de la LPI/1979 (arts. 54 y 55), y alegando que si en aquellas se permitía el recobro de los derechos de explotación traspasados al dominio público a los autores, derechohabientes y sucesores hasta el cuarto grado, tal facultad se ha restringido en la Ley de 1987 solo a los autores, y en consecuencia los herederos quedarían excluidos. La Disposición Transitoria 2.^a no hace distinciones entre autores vivos y autores fallecidos. Por su propia razón de ser, y tratándose de derechos caducados, cabe pensar incluso que la norma tendrá mayor aplicación virtual respecto de los segundos y sus herederos, que respecto del propio autor vivo. La única alusión al autor fallecido se hace en la Disposición Transitoria 1.^a, punto 2, y solo para mantener el plazo de duración de los derechos de explotación de las obras previsto en la LPI/1979, de ochenta años. La reciente LPI de 1996 mantiene la redacción de las Disposiciones Transitorias 1.^a y 2.^a LPI de 1987, y su nueva Disposición Transitoria 5.^a (transcripción de la 2.^a de la Ley anterior), se inicia con las palabras “sin perjuicio de lo previsto en la disposición anterior”, refiriéndose a la Disposición Transitoria 4.^a (que es fiel transcripción de la Disposición Transitoria 1.^a 2 de la Ley precedente, y que alude a los autores fallecidos). Por tanto, de la interpretación conjunta de las normas estudiadas se colige que el legislador ha querido facilitar tanto a los autores vivos, como a los derechohabientes de los mismos y siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por tercero, la recuperación de los derechos de explotación que entraron en el dominio público por la falta de inscripción en su día de la obra en el RPI».

En consecuencia, «y ya en el caso de autos, los demandantes, como únicos herederos testamentarios del autor de la obra, están perfectamente legitimados para ejercitar las acciones que ejercitan y para reclamar, como reclaman, la indemnización por el beneficio que hubieran obtenido, toda vez que los demandados han editado una obra sin el consentimiento de los titulares de sus derechos de explotación. Accionan estos, por otra parte, dentro del plazo de cinco años desde que se publica la tirada de la obra, por lo que no hay prescripción (art. 125, *in fine*)»¹⁸.

3. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, DE 10 DE ENERO DE 1979, Y SU REGLAMENTO DE 1980: SU TRANSMISIÓN A HEREDEROS TESTAMENTARIOS O LEGATARIOS POR OCHENTA AÑOS

Previamente a la normativa vigente en la actualidad, la *Ley de 10 de enero de 1979*, de la Propiedad Intelectual, en su artículo sexto, concreta lo siguiente: «La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida, y se transmite a sus herederos testamentarios ó legatarios por el término de ochenta años.

¹⁸ SAP de Cantabria, de 9 de septiembre de 1998, siendo ponente ALONSO ROCA.

También es transmisible por actos entre vivos, y corresponderá a los adquirentes durante la vida del autor y ochenta años después del fallecimiento de este si no deja herederos forzosos. Mas si los hubiere, el derecho de los adquirentes terminará veinticinco años después de la muerte del autor, y pasará la propiedad a los referidos herederos forzosos por tiempo de cincuenta y cinco años».

Materializaba las previsiones anteriores el Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, Reglamento para la Ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879, Sobre Propiedad Intelectual, que en su Capítulo X, *Del tránsito del antiguo al nuevo sistema*, prevenía que: «54. Las obras que a la publicación de este Reglamento no hayan entrado en el dominio público, y tengan asegurada su propiedad con arreglo a la legislación anterior, no necesitarán llenar las nuevas prescripciones legales. Pero los autores o propietarios que lo crean conveniente podrán convertir las antiguas en nuevas inscripciones con arreglo a las prescripciones de este Reglamento, siempre que hagan constar bajo su responsabilidad, y con toda exactitud, las fechas de la publicación y de presentación de la obra en los antiguos Registros, y, por tanto, el tiempo que las obras gozan de los derechos de la Ley. 55. La indemnización a que se refiere el artículo 55 de la Ley la fijarán los peritos que nombren las partes y un tercero por el juez, en caso de discordia, según las reglas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero dicha indemnización solo tendrá lugar respecto de las existencias que se presenten debidamente documentadas. 56. Los derechohabientes de los autores, a quienes según el artículo 28 de la Ley de 10 de junio de 1847 haya vuelto o hubiere de volver la propiedad, podrán inscribir los derechos en el Registro, toda vez que el artículo 52 de la Ley deja a salvo y reconoce los derechos adquiridos bajo la acción de las leyes anteriores 21. 57. Los que por haber enajenado la propiedad de una obra antes del 10 de junio de 1847 hayan de recobrar la propiedad con arreglo al artículo 28 de la Ley de Propiedad Literaria de aquella fecha acreditarán al inscribir su derecho el día de la muerte del autor para que de este modo conste en el Registro la fecha en que recobran dicha propiedad. 58. Los compradores de propiedad literaria anteriores a la Ley de 10 de junio de 1847 o sus derechohabientes que en el término de un año, contado en la forma que previene este reglamento, no inscriban su derecho por el tiempo que les otorgó el artículo 28 de aquella Ley, le perderán, y volverá la propiedad, desde luego, a quien corresponda».

Para ilustrar esta sucesiva ampliación temporal de los derechos de explotación transmitidos *mortis causa*, vamos a traer a colación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 12 de los de Madrid, de 14 de julio de 2011. En dicha resolución, la parte actora titular de los derechos de explotación de la obra de Chesterton en virtud de las aportaciones hechas a la entidad The Royal Literary Foundation, insta acciones judiciales ante la infracción por la edición, publicación y comercialización por la sociedad demandada de varias obras del escritor inglés.

Estimada la demanda, dice la Resolución: «Chesterton falleció el 14 de junio de 1936. Pues bien, el Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas (en el texto del acta de revisión de París de 24 de julio de 1971) señala en su artículo 5.2 (teniendo en cuenta el ámbito subjetivo que señala el art. 2.6 del mismo) que la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente, por la legislación del país en que se reclama la protección. A este respecto, ha de estarse al Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Luego, se habría de partir de la legislación española. Tal Convenio entra a considerar la duración de la protección. El artículo 7.8 de la referida

norma internacional determina que la aplicabilidad de la normativa del país en el que se reclama la protección de la propiedad intelectual queda limitada, en lo relativo a la duración de los derechos de explotación derivados de la misma, al plazo máximo establecido por la legislación del país de origen de la obra. Ello debe completarse con el plazo establecido en la Directiva CE 93/98, relativa a la armonización del plazo de protección de los derechos de autor (70 años a computar desde la muerte del autor) y la doctrina establecida en la STJCEE, de 20 de octubre de 1993, sobre no discriminación entre los nacionales de los países comunitarios en el ámbito de la protección de los derechos de propiedad intelectual en el cual pueden invocar no solo los propios autores y sus derechohabientes sino también los cesionarios».

Pues bien, «la vigencia de los derechos de explotación en España viene regulada en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y depende de la fecha de fallecimiento del autor. En el supuesto que nos ocupa, Chesterton falleció antes de la entrada en vigor de la actual Ley, por lo que su obra se regulará conforme lo regulado en la Disposición Transitoria 4.^a, que literalmente establece lo siguiente: «Cuarta. Autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987; Los derechos de explotación de las obras creadas por autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987 tendrán la duración prevista en la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual. A su vez, el artículo 6 de la Ley de 10 de enero de 1879 citada estipula lo siguiente: La propiedad intelectual corresponde á los autores durante su vida, y se transmite a sus herederos testamentarios ó legatarios por el término de ochenta años. También es transmisible por actos entre vivos, y corresponderá á los adquirientes durante la vida del autor y ochenta años después del fallecimiento de este si no deja herederos forzosos. Más si los hubiere, el derecho de los adquirientes terminará veinticinco años después de la muerte del autor; y pasará á la propiedad á los referidos herederos forzosos por tiempo de cincuenta y cinco años».

En justa consecuencia, resulta aplicable la LPI de 18 de enero de 1879, y, asimismo su Reglamento de 3 de septiembre de 1880, en los términos que se acaban de transcribir; acreditándose que si en alguna materia pudiéramos tener la generalizada y equivocada creencia de que el derecho derogado desaparece, en esta que ahora se ventila resulta evidente y prístino que las relaciones creadas al amparo de una norma, en virtud de dicha regulación habrán de ser resueltas. En particular los derechos de explotación de la obra de Chesterton regirán hasta el 31 de diciembre de 2016.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de marzo de 2006, sobre infracción de los derechos de autor sobre el interior del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia por la producción y comercialización no autorizada de unos CD-Roms y de un libro en los que aparece el templo terminado. Es actor de la demanda la *Fundación Junta Constructora del Temple Expiatori Sagrada Familia*, titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra por haberlos adquirido en virtud de la designación efectuada por el arquitecto Gaudí a sus herederos de confianza y, en particular, ostenta legitimación activa para impetrar la defensa de los derechos morales de la citada obra.

El ponente declara que «se llaman herederos de confianza los instituidos con encargo de destinar los bienes de la herencia a los fines que les comunicó, casi siempre reservadamente, el testador. Esta institución de origen canónico está fundada en el principio *qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit non videtur descedere intestatus* (así lo recoge PELLA I FORGAS en su *El Código Civil*

de Cataluña, Tomo IV, pág. 49. Barcelona, 1916-1918). La razón por la que se solía acudir a la misma era que, si bien ofrece el peligro de la infidelidad de los herederos, permite, sin embargo, cumplir reservadamente obligaciones de conciencia. La actual regulación en el *Codi de Successions de Catalunya* (CSC) no difiere del mencionado concepto pues se regula como un mecanismo previsto para que el testador pueda mantener reservada su última voluntad más allá del momento en que se abra la sucesión y por este motivo forma parte del testamento (art. 152.3 del CSC). Los herederos de confianza reciben una titularidad fiduciaria que ostentan hasta que transmiten la herencia o legado a los verdaderos sucesores. De ahí que el heredero de confianza es instituido como los demás herederos y, ante terceros, disfruta de la misma consideración. La revelación de la confianza podía hacerse ya exhibiendo las instrucciones escritas (lo que se denominaba memoria de confianza) o verbales del causante sin que precisara una determinada forma tal revelación. De dicha revelación se desprende que la intención y voluntad del causante era de poner su caudal relicto (unas acciones, determinada cantidad en metálico y una casa situada en el Parc Güell de Barcelona) al servicio de las referidas obras, las del templo de la Sagrada Familia. Aún sin acudir a la claridad del artículo 101 del Codi de Successions de Catalunya que determina que la sucesión testada se rige por la voluntad del causante manifestada en testamento conforme a la Ley, en la época de la revelación de la confianza testamentaria, tampoco otro criterio interpretativo pudiera haberse tenido, en primer lugar, como el señalado. Así PELLÀ I FORGAS (*Código Civil de Cataluña*, pág. 117, Tomo III, Barcelona, 1916-1918) señala que la interpretación de los testamentos se asemeja a la interpretación de una Ley, porque es ley la voluntad del testador. Es por ello que no puede negarse que, de manera implícita, la voluntad de Antonio G. i C. era la de disponer que todos sus bienes lo fueran a favor del organismo que gestionaba en aquel entonces las obras del templo, habida cuenta que nadie más llevaba a cabo tal cometido. Si el destinatario de su caudal relicto aparece concretado también lo es el que tal sucesión abarcaba todos sus bienes dada la propia literalidad de la confianza revelada y el carácter de herederos y no de legatarios de los instituidos. Además ha de recordarse que, conforme a los artículos 15 y 16 LPI, tras la muerte del autor, sus derechos morales, el ejercicio del derecho de divulgación, en su caso, y de los de integridad y paternidad de la obra corresponden, en primer lugar, a la persona expresamente designada por el autor y, en su defecto, a los herederos del autor y a falta de todos ellos al Estado y otras instituciones públicas señaladas en la Ley. Los derechos patrimoniales por otro lado se transmiten *mortis causae* por cualquiera de los medios admitidos en derecho (art. 42 LPI). Por ello, en las presentes actuaciones, respecto a los derechos morales, no habiendo persona específicamente designada por el causante, la junta sucesora heredó los derechos morales respecto a la obra. Respecto a los derechos patrimoniales la sucesión también se produjo sin otra particularidad».

Sigue la resolución en su Fundamento Jurídico sexto declarando que: «La última cuestión que se plantea al amparo de la excepción de falta de legitimación activa es la considerar que los derechos de propiedad intelectual no pertenecen a la Junta demandante, ya que el arquitecto Antoni G. no los inscribió según exigía la Ley de Propiedad Intelectual de 1879. La Ley de Propiedad Intelectual de 10 enero de 1879 (Gazeta del mismo día) en su artículo 36 señalaba que, para gozar de los beneficios de la Ley, era necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual, el artículo 37 excluía de la obligación de registro a los cuadros, estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura o topografía y en general todas las obras de arte pictórico, escultural o plástico.

Además el Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, para la protección de obras literarias y artísticas, en su artículo 5.2, señala que el goce y ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. En el ámbito del derecho moral de autor si bien no reconocía este expresamente en la Ley de 1879, la ratificación por España del citado Convenio de la Unión de Berna supuso cuando un cambio a este régimen pues contenía, en su artículo 6 bis. 1, el reconocimiento explícito del derecho moral de autor pues regulaba expresamente las facultades que aquel contiene. Por último, es de hacer mención de la adecuación del supuesto enjuiciado a las normas de derecho temporal que se señalan en las Disposiciones Transitorias cuarta y sexta de la vigente Ley cuyo Texto Refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996. Todo lo anterior lleva a desestimar las excepciones opuestas».

Finalmente «desestimadas las anteriores excepciones debe señalarse que la actora ejercita sus acciones al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual y considera que tanto los proyectos planos, obra arquitectónica y esculturas que conforman el Templo de la Sagrada Familia se hallan dentro del concepto de obra original que tutela aquella norma legal. Si bien dentro del artículo 10.1.f) y e) se incardinan tanto los planos, proyectos y esculturas cuya tutela se pretende, no ocurre otro tanto respecto a la obra arquitectónica. Es cierto que la misma no encuentra, dentro de la dicción literal de aquel precepto, mención específica alguna pero ello no obsta como alega la demandada que la obra arquitectónica carezca de tutela en el seno de la LPI. Esa falta de mención expresa no priva que, como obra plástica, se extienda la protección de la propiedad intelectual cuando la obra arquitectónica goce de un grado originalidad suficiente. Este grado de originalidad suficiente el Templo de la Sagrada Familia lo tiene, sin duda, con creces. La enumeración que hace el artículo 10 al respecto es una enumeración no cerrada, sino meramente enunciativa. Cuando se trata de obras arquitectónicas carentes de funcionalidad práctica o que son de carácter representativo, las posibilidades de una creatividad original aumentan. De ahí que una obra arquitectónica como la que nos ocupa, con una innegable originalidad, no pueda dejarse al margen de la tutela que otorga la LPI. Si se protegen los planos y proyectos no puede dejarse de proteger su resultado salvo que el mismo sea producto de una ostensible modificación o alteración de aquellos. Además el citado Convenio de Berna en su artículo 2 recoge expresamente dentro de su ámbito de aplicación las obras de arquitectura. Por lo que sí están dentro del concepto de obra protegible que genéricamente señala el artículo 10, las obras arquitectónicas han de quedar protegidas por la legislación de propiedad intelectual como obras plásticas aplicadas que son».

III. DERECHOS DE LOS LEGITIMARIOS DE LOS AUTORES: NULIDAD DE LEGADOS Y DECLARACIÓN DE INOFICIOSIDAD DE DONACIÓN EFECTUADA A UNA FUNDACIÓN QUE LLEVA EL NOMBRE DEL CAUSANTE

En este punto, dos asuntos, uno especialmente conocido por la relevancia mundial del autor y causante como era el Premio Nobel de Literatura don Camilo José Cela, siendo el demandante de la acción el hijo del autor; en su condición de legitimario y su derecho a percibir dos terceras partes de la herencia del finado, insta la nulidad de los contratos de cesión de explotación de la Propiedad Intelectual materializada en vida por el causante a una mercantil, así como

inoficiosa de las donaciones que el literato hizo a la Fundación constituida con su nombre.

Y tras una primera instancia estimatoria, en la apelación la Audiencia también estima pertinentes los derechos del legitimario, diciendo que: «Como establece la STS de 28 de septiembre de 2005, conforme a los términos del artículo 806 del Código Civil, que define la legítima como porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados forzosos, en el sistema que dicho cuerpo legal sanciona la legítima no constituye una *pars reservata bonorum*, dado que el testador puede disponer de estos, *inter vivos* y *mortis causa*, bien que con una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que de su legítima haga el legitimario (sentencias de 31 de marzo de 1970 y 20 de noviembre de 1990) el cual puede recibir por cualquier título apto el contenido patrimonial a que tiene derecho (art. 815 del CC y sentencias de 20 de junio de 1986 y 9 de mayo de 1990, y no solo como heredero. El sistema se califica como de reglamentación negativa, dado que la Ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución y confiere al legitimario (art. 763.2 del CC), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de su legítima, con la reclamación del complemento (art. 815 del CC), la reducción de legados excesivos (arts. 817 y 820 del CC y sentencia de 24 de julio de 1986) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (arts. 634, 651, 819 y 820 del CC), aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (sentencia de 14 de noviembre de 1986). Como consecuencia, la legítima se calcula adicionando al valor del *relictum* el del *donatum* (art. 818 del CC y sentencias de 17 de marzo de 1989, 27 de febrero de 1997, 15 de febrero de 1999 y 28 de febrero de 2002) y se imputan a ella las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora (art. 819 del CC y sentencia de 21 de abril de 1997). Del mismo modo, el legitimario que hubiera recibido íntegramente la legítima por herencia, legado o donación, carece del derecho a reclamarla como heredero forzoso, independientemente del título de su atribución por el causante, pues no ha sido favorecido por una delación legal inmediata y directa. Es cierto que en este caso existe un testamento y que la norma general sobre interpretación testamentaria, artículo 675 del Código Civil, supone el principio de la supremacía de la voluntad del testador; pero ello nada tiene nada que ver en la presente situación por cuanto la cuestión radica en si en dicho testamento se ha vulnerado o no la legítima, y el artículo 815 dispone que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda podrá pedir su complemento, es decir, que se impone a todo testador la obligación de efectuar atribuciones patrimoniales en una cuantía determinada a los legitimarios para satisfacer su derecho, y este es un régimen imperativo al estar establecido por ley. Y siguiendo en la misma línea el artículo 818 establece que en ese cálculo de la legítima se atenderá al valor de los bienes existentes a la muerte del testador; con deducción de deudas y cargas, y agregando al valor líquido el de las donaciones colacionables, con lo cual ese patrimonio hereditario estaría constituido no solo por los bienes que deje el testador sino también por los que haya dispuesto en vida sean quienes sean los donatarios, ya sean otros legitimarios o extraños, siendo la única excepción la que se produce en materia de colación cuando concurren a la herencia más de un heredero forzoso y lo recibido en vida del causante se considere como anticipo de herencia, lo que no es el caso porque como hemos ma-

nifestado existe un único legitimario. Y si esa legítima no alcanza el *quantum* previsto, los dos tercios de la herencia, tendrá derecho el legitimario a pedir el complemento hasta el límite, artículo 815, o bien del resto de herederos instituidos en una porción hereditaria mayor que la que les corresponde, o bien por reducción de legados y donaciones que es lo que también ha ocurrido en este caso, y ha procedido a efectuar el juez de instancia. El fundamento de ello radica en que el testador en vida puede haber realizado, como es este caso, actos de disposición que finalmente lesionen la legítima y el mecanismo correspondiente para solventar la situación es la reducción de donaciones, y en este punto también el artículo 636 impide que una persona pueda dar por vía de donación más de lo que pueda dar por testamento, con lo cual a la hora de su muerte debe determinarse cuál es la parte libre de herencia de la que pudo disponer y si lo donado está fuera de ese límite debe reducirse por ser dichas donaciones inoficiosas, debiendo efectuarse esa reducción conforme a lo dispuesto en los artículos 656 y 820. Siendo la legítima una institución de derecho necesario para el testador, las operaciones sobre el cálculo de la misma, correctamente expuestas en la sentencia impugnada y que no es necesario reproducir, deben hacerse de acuerdo con los criterios que establece la ley, esencialmente objetivos, con las dificultades que ello puede comportar, pues el concepto valor admite variedad de acepciones, y que el valor de venta es un valor objetivo y real, sin que sean relevantes las valoraciones que pretenda establecer el testador o cualquiera de los interesados en el pago de la legítima. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, al indicar que para el cálculo de la legítima habrá de estarse a los valores reales, sin que vinculen los que atribuya a los bienes el testador, o el heredero o legatario gravado con su pago, añadiendo que no cabe atribuir efecto a los valores que se hacen constar en la escritura de manifestación y aceptación de herencia, pues su consignación puede responder a otras finalidades (fiscales, administrativas, etc.) (STS de 20 de septiembre de 1999). Finalmente, en sentencia de fecha 22 de febrero de 2006, el Tribunal Supremo significa que el artículo 654 del Código Civil y los dos siguientes desarrollan la inoficiosidad de las donaciones, y así, al fallecimiento del donante, se computan las donaciones, las cuales se imputan a la legítima, si el donatario es, a su vez, legitimario, pues aquella se atribuye, amén de por otros medios, por donaciones, que, con lo que deja el donante a su muerte, sirve para su cálculo; es el *donatum*, que se suma al *relictum*, y si con este último no hay bienes suficientes para que los legitimarios perciban sus legítimas, las donaciones son inoficiosas y habrá que rescindir las total o parcialmente para alcanzar los bienes suficientes para cubrir las legítimas, que es lo que establece el primer párrafo, inciso primero, del artículo 654 del Código Civil, con la significación de que, si la donación es inoficiosa, se reducirá lo que sea necesario para defender las legítimas. Esa Sala tiene declarado que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración, en atención a los artículos 636 y 654 del Código Civil y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la de libre disposición; no se genera entonces suplemento de la legítima, al no resultar perjudicado el heredero forzoso en dicha porción legal y no tiene lugar la imputación cuando en el artículo 1037 del Código Civil se establece que la colación no procede, si el testador así lo dispone, salvo el supuesto de inoficiosidad; lo que hay que entender es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de aquellas en el inventario general de los bienes del causante para imputarlas donde resultase preciso (sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1962 y 21 de

abril de 1997). La imputación precisa para determinar las legítimas se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del artículo 1036. El segundo párrafo del artículo 818 del Código Civil establece que “al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables” y la expresión “colacionables” no cabe interpretarla en un sentido rigurosamente técnico, y, en esta hermenéutica, deben incluirse en el cálculo cualquier clase de donaciones, salvo aquellas que se consideren no computables, respecto a las cuales, para fijar el importe de la legítima, el artículo 819, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981, ha suprimido el inciso final, relativo a que la donación debía computarse según el valor que tuviese en el tiempo en que se hubiese hecho, y ante el silencio legal, la doctrina científica mayoritaria mantiene que la estimación pecuniaria se hará según el estado físico que mantuviere el bien al tiempo de la donación, pero teniendo en cuenta el correspondiente cuando se evalúen los bienes hereditarios, de manera que con ello se evita la inclusión en la valoración de las mejoras efectuadas por el donatario. Por otra parte, la doctrina jurisprudencial, sobre la redacción actual del artículo 1.045 del Código Civil, tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha declarado que se ha de atender al valor de lo donado al tiempo de su evaluación (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1989); la modificación del artículo 1045 consistió en referir el tiempo del evalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación (sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1989); el artículo 1045 establece como importancia constatable de la colación el sistema *ad valorem*, es decir, que no han de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valoración al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, lo cual es absolutamente lógico, ya que al tratarse de una prestación de valor, en principio, había que tener en cuenta el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, al fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria, y en este sentido se ha inclinado la doctrina científica moderna y la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1982, 17 de marzo de 1987 y de 22 de noviembre de 1991); además, el párrafo primero del artículo 1045, tanto desde el punto de vista finalista, como desde el conceptualista, permite una hermeneusis literal, que no admite duda, y ello desde el instante mismo de que es lógico y sobre todo justo que la frase “al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios” significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá hacer en el instante de practicarla (sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 2003); y el artículo 1045, en su actual redacción, adopta, frente al sistema anterior, el de colación *ad valorem*, por lo que el valor de los bienes que hubieren sido objeto de donación se proyecta a tiempo posterior al de la propia donación, ya que tiene lugar en el momento de evaluar los dejados en herencia (sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2005)).

Otra resolución, esta ventilada en primera instancia por el heredero de la madre y esposa del autor don Rogelio, con la pretensión de que sea declarada la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia de su madre, así como los legados instituidos a favor de las tías del demandante en cuanto resultan perjudiciales para su legítima y se ordene, en buena lógica, nuevo cuaderno particional.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia 54 de los de Madrid, de 22 de octubre de 1998, dice: «Doña Maite, su madre, otorgó testamento el día 11 de noviembre de 1985 en el que le instituyó como único y universal heredero, al

ser el único hijo habido de su matrimonio con don Jose María. En el testamento dispuso, además, unos legados, por mitad y con derecho de acrecer, a favor de sus hermanas, las demandadas doña María del Pilar y doña Antonia. Consistían estos legados en la porción que a la testadora correspondía en la finca del término de Alcalá de Henares, que fue de don Rogelio y en la porción que igualmente le correspondía en los derechos de propiedad intelectual de la obra del propio señor Rogelio. Porciones que alcanzan al 20 por 100 de tales bienes. Nombraba albacea contador-partidor al codemandado don Jose Luis. 2. Doña Maite falleció el día 19 de mayo de 1991, habiendo premuerto su esposo y padre del actor. 3. El Albacea contador-partidor otorgó el día 8 de octubre de 1991, sin contar para nada con el demandante, una escritura de manifestación y adjudicación de herencia de doña Maite en la que: a) No hizo inventario de bienes; b) manifestó que no había de tener en cuenta los legados, en lo que las legatarias estaban conformes; c) le adjudicaba al único heredero dos saldos existentes en cuentas corrientes del Banco Hispano-Americano y del Banco Central, respectivamente, más el ajuar de casa, importando todo ello 294.399 pesetas. 2. Alude también el demandante a su delicado estado de salud y a su situación de soledad familiar, con reiterados episodios de internamiento en centros psiquiátricos. Su madre lo consideraba incapaz, aunque nunca ha existido una sentencia de incapacitación; y de ahí que asignara a sus hermanas la mayor parte de sus bienes, con el encargo y la esperanza de que lo cuidaran. No obstante, las tías se han terminado desentendiendo de él y retienen indebidamente unos legados que son, en parte improcedentes. 5. Afirma el actor que la escritura de manifestación y adjudicación de herencia es nula, pues no se contó con él, ni se hizo inventario. Que los saldos existentes no eran los que la escritura consignó y que los legados constituyen, con mucho, la práctica totalidad del caudal relicto, pues la finca de Alcalá vale unos 50.000.000 de pesetas y la propiedad intelectual de las obras de don Rogelio tiene un valor incalculable, dado el prestigio y significación histórica del autor; y por ella ya se han cobrado y se están cobrando importantes cantidades. 6. Termina suplicando que se declare la nulidad absoluta de la escritura de manifestación de herencia y la nulidad de los legados en cuanto perjudican su legítima, y que en ejecución de sentencia se proceda a la redacción de un nuevo cuaderno particional ajustado a derecho, con indemnización al actor de los daños y perjuicios que se le han causado».

Como resulta evidente, los codemandados se oponen a la demanda, con todo se revoca por inoficiosos los legados hechos por la mujer del autor don Rogelio, a sus hermanas, por cuanto: «Procede, sin embargo, ver si estos legados deben reducirse como pretende el actor. El artículo 813 del Código Civil dispone que el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la Ley. El principio de intangibilidad de la legítima, como institución de Derecho Necesario, se encuentra sustraído a la libre disponibilidad del causante. En el presente caso la legítima ha de estimarse de 2/3 del caudal, pues no existen otros legitimarios o descendientes (art. 824 CC), ni se está en el caso de sustituciones fideicomisarias sobre el tercio de mejora en favor de descendientes, (art. 782 CC). El artículo 815 del Código Civil autoriza al heredero a quien el testador haya dejado menos de la legítima a pedir el complemento de la misma; para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador (art. 818 CC) y la reducción se hará, en primer lugar, de las mandas o legados hechos en el propio testamento (art. 829 CC), a prorrata sin distinción alguna (art. 820.2.º CC). En el presente caso resulta evidente que el valor de los legados excede, con mucho, del valor de los saldos adjudicados al

heredero, que, con la ínfima cantidad asignada al ajuar, constituyeron su única herencia. Es más, no es difícil comprender que esto fue algo expresamente querido por la testadora, que tuvo en cuenta la especial situación personal del hijo y trató de poner a salvo ciertos bienes —los más importantes— para garantizar que, en manos de sus hermanas, aseguraran el propio cuidado y subsistencia de quien consideraba incapaz. La forma de actuar, en cambio, se revela en la actualidad que fue incorrecta, ya que los legados anulaban en la práctica, la legítima obligada. Aunque los demandados insistan una y otra vez en que la valoración hay que referirla al momento de la muerte, y no al actual, constituye una obviedad aritmética el comprender que la finca de Alcalá de Henares y los derechos de propiedad intelectual de la obra de don Rogelio, aún en el porcentaje que correspondía a la testadora (20 por 100), excedían manifiestamente de las 294.399 pesetas que se le adjudican al heredero; y que cualquier cuenta que se haga conduce a la constancia de que el heredero no recibió los dos tercios del caudal relicto».

En definitiva, los derechos de autor forman parte del contenido de la sucesión, con las particularidades ya reseñadas en lo que a los ejercicios de los derechos morales se refiere, y en todo caso, las prescripciones testamentarias habrán de respetar la denominada intangibilidad de la legítima.

IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO CONJUNTO DE DERECHOS TRANSMISIBLES *MORTIS CAUSA* Y SUS ESPECIALIDADES

La Propiedad Intelectual ostenta la singular caracterización de «especial», toda vez que recae sobre un derecho inmaterial. Esta condición se traduce en que el autor o autora de la creación científica, literaria o artística, carece de la simetría e igualdad de los derechos de goce y disfrute de los titulares de las propiedades ordinarias.

En este sentido, el contenido del derecho de autor se encuentra tanto en el conjunto de los derechos patrimoniales o de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) como en los denominados derechos morales. Adicionalmente al titular de la creación se le reconocen otros de naturaleza debatida, como la compensación equitativa por copia privada o el de participación o *droit de suite* de los autores de obras de artes plásticas previsto en el artículo 24 en favor de los creadores y transmisible únicamente por sucesión *mortis causa*.

Dicho lo anterior sobre los «otros» derechos de autor y dadas las características de los derechos morales, lo cierto es que esta especialidad impide que formen parte de la masa patrimonial hereditaria, tal y como se ha pronunciado la jurisprudencia. Por tanto, para fijar el ámbito objetivo de la sucesión, el presupuesto jurídico fundamental es el artículo 659 del Código Civil, toda vez que asevera que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte».

De modo que los derechos de autor forman parte del contenido de la sucesión, con las particularidades ya reseñadas en lo que a los ejercicios de los derechos morales se refiere, y en todo caso, las prescripciones testamentarias habrán de respetar la denominada intangibilidad de la legítima, cuestión esta última que ha sido discutida en los tribunales por parte de los legitimarios que se han visto privados de sus derechos por mor de donaciones hechas en favor de fundaciones o personas jurídicas interpuestas, para eludir el cumplimiento de dichas prescripciones de carácter imperativo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- BALTAR TOJO: «Castelao y la Ley de Propiedad Intelectual de 1879: un curioso incidente legal», en *Boletín de ANABAD*, XXIX, 1, págs. 95 a 105.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 599 a 601.
- «Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-Picazo y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1690 a 1692.
- CÁMARA ÁGUILA: *El derecho moral de autor*, Granada, 1998.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, III (tomo 1) *Derechos reales en general*, Madrid, 2012, 8.ª ed.
- ESPÍN CÁNOVAS: «El Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1986», en *Diario La Ley*, 1986, tomo 3, págs. 972 y sigs.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual y Derecho Administrativo*. Prólogo de PRIETO DE PEDRO, Madrid, 1999.
- HERNÁNDEZ GIL: «Contenido de la sucesión», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 483 a 487.
- LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2009, 6.ª ed.
- *Principios de Derecho Civil*, IV, *Propiedad y Derechos reales de goce*, Madrid, 2010, 10.ª ed.
- PABLO CONTRERAS: «Comentario al artículo 42», en *Comentarios a la LPI*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Madrid, 2007, 3.ª ed., pág. 745 y sigs.
- PALAZÓN GARRIDO: «Libertad de creación y protección del Derecho moral *post mortem auctoris*: el caso de *Los Miserables*», en *AC*, 5, 2009, págs. 528 y sigs.
- PAU PEDRÓN: «La obra intelectual en dominio público», en *Anales RAJL*, 39, 2009, págs. 320 y sigs.
- RAMOS GUTIÉRREZ: «Legitimación para la defensa *post mortem* de los Derechos Morales de Autor: Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 57/2005», en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, MACÍAS CASTILLO, HERNÁNDEZ ROBLEDÓ (coords.), 2008, Madrid, págs. 383 y sigs.
- RAMS ALBESA: «Comentario a los artículos 42 y 43 de LPI», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del CC y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.
- RIVERO HERNÁNDEZ: «Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones particulares», en *RCDI*, 622, 1994, págs. 1190 y sigs.
- RODRÍGUEZ TAPIA: «Comentario al artículo 42», en *Comentarios a la LPI*, Madrid, 2007, pág. 353 y sigs.
- *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS: «Protección administrativa: el Registro de la Propiedad Intelectual», en *RCDI*, 636, 1996, págs. 1733 y sigs.
- ROGEL VIDE: «Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del CC y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

- *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid, 2003.
- ROGEL VIDE (coord.): *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ GARCÍA: «La Propiedad Intelectual en la España contemporánea, 1847-1936», en *Hispania*, LXII/3, 212, 2002, págs. 993 y sigs.
- SERRANO FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en los ordenamientos español y alemán», en *InDret*, 4, 2012.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 26 de junio de 1912.
- STS de 4 de octubre de 1930.
- STS de 4 de abril de 1936.
- STS de 12 de febrero de 1946.
- STS de 7 de diciembre de 2005.
- SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 2006.
- SAP de Cantabria, de 9 de septiembre de 1998.
- SAP de Madrid, de 31 de mayo de 2012.
- SAP de Madrid, de 19 de abril de 2005.
- SAP de Madrid, de 13 marzo de 1998.
- AAP de Madrid, de 20 de abril de 2005.
- SJ Mercantil 12 de Madrid, de 14 de julio de 2011.
- SJ 1.^a instancia de Madrid, de 22 de octubre de 1998.

RESUMEN

PROPIEDAD INTECTUAL Y DERECHO DE AUTOR TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

El Libro Primero del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, dedica su Título V a la Transmisión de los derechos. En particular, si el artículo 43 se ocupa del sistema de transmisión inter vivos, el artículo 42 recoge, expresamente, el régimen sobre la que tenga lugar mortis causa. Su tenor literal establece: «los derechos de explotación de la obra se transmiten mortis causa, por cualquiera de los medios admitidos en derecho». Es decir, teniendo en cuenta que la propiedad intelectual está integrada por los derechos de carácter personal y patrimonial, dicha disposición se circunscribe al ámbito de estos últimos o derechos

ABSTRACT

INTELLECTUAL PROPERTY AND COPYRIGHT MORTIS-CAUSA TRANSFER OF EXPLOITATION RIGHTS

Book One of Royal Legislative Decree 1/1996 of 12 April passing the Revised Intellectual Property Act devotes Title V to right transfers. In particular, while article 43 addresses the system for inter vivos transfers, article 42 deals expressly with the procedure for transfers taking place on mortis causa grounds. It reads, «Exploitation rights in the work are transferred mortis causa by any of the means allowed by law». In other words, whereas intellectual property is made up of rights of a personal and economic nature, article 42 is circumscribed to the sphere of rights of an economic nature, or exploitation rights. These, in turn, may be split into rights of reproduction, distribution, public communication and

de explotación, cuyas modalidades integran, a su vez, su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. En este sentido, el titular de estos derechos de explotación bien puede ser el propio creador de la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica, o un tercero a los que haya cedido su explotación. De modo que esta transmisión mortis causa se refiere al titular de los derechos sea el creador o autor, o, en su caso, el cesionario en exclusiva o no, de dicho ámbito patrimonial de la propiedad intelectual. En su virtud y con estos elementos básicos revisaremos los derechos devengados de las obras correspondientes por parte de los herederos legitimarios de los autores o autoras y las disposiciones del causante en sus testamentos o donaciones, así como las principales controversias que en la materia se han sustanciado en los tribunales como la formulada por el legitimario de los derechos de su padre contra la Fundación Camilo José Cela.

conversion. In this sense, exploitation rights may be held as easily by the creator of the copyright at issue (covering a literary, artistic or scientific work) as by a third party to whom exploitation has been assigned. Thus, the mortis-causa transfer in article 42 refers to the right holder, whether the right holder is the creator, the author, the exclusive assignee or a non-exclusive assignee of the copyright's economic sphere. With these basic elements in hand, a review is given of the rights, stemming from an author's works, that belong to the heirs to a mandatory legal share of the author's estate and the provisions made by the testator or donor. The leading controversies in these matters that have come to court include a suit filed against the Camilo José Cela Foundation by Camilo José Cela's son, as heir to a forced share in his father's estate.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA DONACIÓN CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN. SU RÉGIMEN JURÍDICO, NATURALEZA Y EFECTOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.—III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA.—IV. CLASES: 1. REVERSIÓN VOLUNTARIA *VERSUS* REVERSIÓN LEGAL. 2. REVERSIÓN A FAVOR DEL DONANTE. 3. REVERSIÓN A FAVOR DE TERCERO.—V. EFECTOS DE LAS DONACIONES CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN: 1. LA SITUACIÓN DEL PRIMER DONATARIO DURANTE LA PENDENCIA DE LA REVERSIÓN. 2. LA SITUACIÓN DEL DONANTE O DEL TERCERO, CUMPLIDO EL HECHO DEL QUE DEPENDE LA REVERSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 618 del Código Civil dice que: «La donación es un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta». Como señala ALBADALEJO¹, por acto liberal se entiende aquel por el que, sin estar obligado a ello, una persona proporciona a otra alguna ventaja o beneficio gratuito, es decir, sin nada a cambio. Como señala el TS en sentencia de 8 de mayo de 1962, la liberalidad no se presume en un caso en que se pretendía considerar como tal una entrega de cantidad.

El mencionado artículo considera la donación como un negocio dispositivo para el donante que crea un título gracias al cual se enriquece el donatario y en el que la *iusta causa traditionis* es la liberalidad del donante. El donante realiza un negocio directamente dispositivo a diferencia de un contrato o acuerdo que no tendría virtualidad traslativa directa, sino que sería el origen de una obligación de transmitir y la *traditio* de la cosa sería el modo de cumplir la obligación contraída, de ahí la distinción entre donación y «contratos mediante la tradición» a la que se refiere el artículo 609 del Código Civil².

El hecho de que entendamos la donación como un negocio dispositivo no significa que no sea necesaria la aceptación del donatario, esta implica una declaración de voluntad recepticia en la que el donatario manifiesta su voluntad y produce dos efectos fundamentales: por un lado, determina la eficacia de la donación, ya que nadie puede enriquecerse en contra de su voluntad y, por otro, determina el momento de irreversibilidad del acto dispositivo, es decir, desde el

¹ ALBADALEJO GARCÍA, M., «Liberalidad y donación», en *La donación*, ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 25.

² Véase, BARRAL VIÑALS, I., «Comentario a la STS de 15 de julio de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 2010, pág. 571.

momento en que el donante conoce la aceptación del donatario, la donación es irrevocable.

La consideración de la donación como un título adquisitivo nos permite incorporar en el negocio jurídico de donación cláusulas que limitan la eficacia del acto adquisitivo. El donante con *animus donandi* tiene poder de configurar el título bien imponiendo un modo (arts. 619 y 642 del CC), reservándose la facultad de disponer *ex* artículo 639 del Código Civil, o bien ordenado el destino de la donación tras la propiedad temporal concedida al donatario mediante la llamada cláusula de reversión tipificada en el artículo 641 del Código Civil y que es objeto de estudio en este trabajo.

La regulación de la figura es bastante parca y plantea dificultades en la práctica, el artículo 641 del Código Civil dice: «Podrá establecerse válidamente la reversión a favor de solo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no a favor de otras personas, sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante a favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula, pero no producirá la nulidad de la donación».

Con este precepto, la legislación española se aparta de las regulaciones contenidas en otros ordenamientos como el Derecho francés o el italiano, en los que no se admite la reversión a favor de tercero. Esto hace que en Derecho español se susciten determinados problemas, entre otros, si cabe admitir que la reversión a favor del donante dependa de su exclusiva voluntad o el problema de la premoriencia del donante al cumplimiento del hecho del que depende la reversión. Es diversa la problemática que plantea la reversión a favor de tercero, analizaremos si puede perfeccionarse la donación por la sola aceptación del reversionario, si se deben aplicar los requisitos de forma que establece el Código para la aceptación de las donaciones o cómo afecta la cláusula de reversión a los negocios jurídicos celebrados por el donatario en el momento de cumplirse el hecho del que depende la reversión.

II. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

Como señala SOTO BISQUERT, A.³, la donación con cláusula de reversión es aquella donación en que se sustituye al donatario por otra u otras personas para que lo donado pase a ellas al cumplirse un determinado evento.

Este autor considera que esta donación debe recibir un tratamiento unitario, cualquiera que sea la persona del reversionario, tanto si la reversión es a favor del donante o sus herederos como si lo es a favor de terceros.

La donación con cláusula de reversión no es una unión de contratos, ni un contrato mixto, ni un contrato típico con prestaciones subordinadas, es simplemente, un negocio típico, el de donación, con una limitación, la cláusula reversional. Su régimen jurídico es el de la donación *inter vivos*, pero con la limitación que supone la reversión. Siendo esta limitación una verdadera sustitución, hay que acudir a las normas de esta, según el tipo de sustitución de que se trate, pero sin olvidar el carácter de acto *inter vivos* que tiene el negocio y que hará de imposible aplicación las reglas de la sustitución que estén pensadas

³ SOTO BISQUERT, A., «La donación con cláusula de reversión en el Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 459, marzo-abril, 1967, pág. 361.

exclusivamente para los actos *mortis causa*; por esta razón no le son aplicables las normas de la reversión legal del artículo 812 del Código Civil que se refieren a un supuesto de derecho sucesorio.

En virtud de la cláusula de reversión, el objeto donado volverá de nuevo al patrimonio del donante del que salió o irá a un tercero. La reversión puede hacerse depender de una condición, que actuaría con carácter resolutorio o de un término. La reversión deberá establecerse en el momento de hacer la donación, cumpliendo los requisitos formales necesarios para donar, teniendo en cuenta que el requisito de forma abarca todo el contenido del contrato y la reversión sigue siendo una cláusula más del contrato de donación, lo que significa que siendo la forma solemne, el pacto que no cumpliera este requisito formal sería nulo (STS de 14 de mayo de 1987).

Admitida la nulidad de la cláusula de reversión por defecto de forma, queda por determinar si sería solamente nula esa cláusula con la consiguiente nulidad parcial o si la nulidad de la reversión determinaría también la nulidad de la donación, a pesar de que esta haya cumplido el requisito de forma. La solución dependerá de la voluntad de las partes, y lo probable, a falta de otra voluntad del donante, es que cuando se dona con reversión, no hay voluntad de mantener la donación sin la reversión; el donante que ha donado con reversión seguramente no querrá una donación pura, por lo que habrá que declarar la nulidad de la donación globalmente considerada⁴.

La cláusula reversional es de interpretación restrictiva⁵, ya que lo normal es entender que la donación tienda, en principio, a entregar al donatario la propiedad de la cosa de la cosa definitivamente y sin limitaciones.

III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El fundamento de la donación con cláusula de reversión es, en principio, el de la donación temporal y condicional⁶. Con la finalidad de proteger determinados

⁴ ALBADALEJO, M., «La nulidad de la donación con cláusula de reversión a favor del donante, si esta no guarda la debida forma solemne», en *Homenaje a Roca Juan*, Murcia, 1989, págs. 1 y sigs.

⁵ En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 7 de julio de 2008: «Si los donantes hubieran querido establecer la reversión para el caso de premoriencia de su heredero a favor de otra persona lo hubieran dispuesto así en la cláusula de reversión que es de interpretación estricta, debiéndose incluir la donación con reversión en la modalidad de donación condicional no pudiéndose equiparar jurídicamente a una sustitución fideicomisaria. El derecho del donatario quedó purificado quedando libre de la amenaza de la reversión al haber muerto previamente todas las personas llamadas a recibir la misma».

⁶ El TS en sentencia de 11 de marzo de 1988, señala: «La doctrina científica y la jurisprudencia distinguen, por sus efectos, a las donaciones en: puras, cuando la liberalidad no tiene otro propósito que el de favorecer al donatario; condicionales, cuando la existencia de la relación jurídica depende de un acontecimiento futuro o incierto; modales, en las que se expresa un motivo, finalidad, deseo o recomendación; y finalmente, las onerosas, aquellas en las que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló (para cualquier caso y circunstancias), o el paso de lo donado, desde el donatario a terceras personas (con el límite de las sustituciones fideicomisarias),

intereses que son susceptibles de protección jurídica, es admisible que pueda donarse desde o hasta que se cumpla un plazo o una condición.

La esencia de esta donación es permitir al donante la fijación inicial de un orden sucesivo de donatarios en el bien donado, con esto se va más allá de la donación a término o condición, en que la determinación de los donatarios se hace por Ley y no por voluntad del donante. Además, la donación reversional cumple una función importante, como es permitir la donación actual a personas no existentes al tiempo de otorgarse, esto se consigue a través de la donación primera, logrando indirectamente lo que en opinión de la doctrina mayoritaria, no se puede realizar directamente⁷.

Atendiendo a la denominación de esta figura jurídica, ya MUCIUS SCAEVOla⁸ criticó la incorrección gramatical del artículo 641 del Código Civil: «Cuando la *donatio* vuelve, retorna al dominio del donador, entonces hay verdadera reversión. Mas cuando los bienes donados pasan a un tercero por efecto de haberlo así ordenado el donante, en uso de su derecho, entonces no hay reversión sino sustitución, y es verdaderamente lamentable que los legisladores hayan dejado pasar este lapsus que viene repitiéndose desde el proyecto de 1851».

Es costumbre en la doctrina tratar separadamente la donación con reversión a favor del donante y la donación a favor de terceros. Así MUCIUS SCAEVOla y MANRESA entienden que la primera es una donación sujeta a condición resolutoria, en la que de modo expreso se pacta el derecho de volver a adquirir, mientras que la segunda es una donación con sustitución de donatarios.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO considera que en el primer caso, el evento reversional actuará como un término resolutorio que atribuirá los bienes al donante, mientras que en el segundo es donde considera aplicable la existencia de diversas teorías que contribuyen a delimitar su naturaleza jurídica.

Por otro lado, autores como SOTO BISQUERT⁹ estiman que no hay ninguna razón para apreciar una naturaleza distinta en la cláusula reversional, según que la persona a cuyo favor se realice la reversión sea el propio donante o terceros. La donación con cláusula de reversión puede ser contemplada desde un doble punto de vista: externa e internamente. Externamente, tanto si es a favor del propio donante o sus herederos como si es a favor de terceros, es una donación no modal, pero sí modalizada, se trata de una donación sujeta a limitación, en definitiva, una donación bajo sustitución. Apoya esta tesis la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 1955, que dice: «En virtud del carácter contractual que otorga

pudiendo establecerse la reversión tanto a favor del donante como del tercero, no solo para si ocurre un cierto suceso y entonces serían condiciones, sino también para cuando llegue cierto tiempo y entonces serían a plazo; entendiéndose que la reversión acordada a favor del donante, y en el caso de que hubiese muerte de sus herederos, habrá de corresponder a estos si viviesen al cumplirse la condición puesta para la reversión, conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria bajo la que se hizo la donación y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma; conjunto de elementos que han llevado a la mayoría de la doctrina a equiparar esta institución con la fideicomisaria».

⁷ Sobre la posibilidad en nuestro Derecho de la donación directa a personas no existentes, vid. José Luis Díez Pastor, «La donación al no concebido», en *AAMN*, T. VI, Madrid, 1952, págs. 111 y sigs., y la crítica de Ignacio Nart, «Donación y reversión a personas futuras», en *ADC*, V. II, 1952, págs. 579 y sigs.

⁸ *Código Civil comentado y concordado*, Madrid, 1986, T. XI, pág. 643.

⁹ Soto Bisquert, A., *ob. cit.*, págs. 365 y sigs.

a las donaciones *inter vivos* el artículo 621 del Código Civil, pueden establecerse en la donación, conforme al artículo 1255 del Código Civil, los pactos, cláusulas y condiciones que los otorgantes tengan por conveniente». Como tal donación sujeta a una limitación que consiste en la sustitución, es un negocio jurídico único y de carácter *inter vivos*, ya que la muerte del donante o de cualquier otra persona no se toma en consideración para su otorgamiento.

Internamente contemplada, en esta donación puede distinguirse la existencia de dos o más donaciones. La cláusula de reversión es una limitación de la donación realizada, pero al mismo tiempo es una sustitución establecida en negocio *inter vivos*. Como tal sustitución supone un posterior llamamiento realizado por el donante respecto de los mismos bienes donados, pero hay que tener en cuenta que este llamamiento no tiene el carácter de una mera oferta contractual, sino de una verdadera donación.

En definitiva, en la donación con cláusula de reversión, el donante hace una donación actual *inter vivos* a favor de una persona y otra u otras donaciones también actuales e *inter vivos*, pero con efectividad diferida al cumplimiento de un determinado evento, a favor de otra u otras personas, creando a favor de todas ellas el derecho de aceptar o repudiar la donación realizada en su favor.

En la reversión a favor de terceros, LACRUZ entiende que el llamamiento reversional puede construirse de las siguientes maneras:

- a) Como un contrato a favor de tercero celebrado entre donante y donatario, ex artículo 1257 del Código Civil.
- b) Si la reversión ha de tener lugar, como es normal, al fallecimiento del donatario, puede construirse como un contrato de legado o de institución de heredero, celebrado por el donatario con el donante como cocontratante; se trata de un contrato que se añade al de donación, pero que puede distinguirse de este.
- c) Como una donación doble, a término final a favor del primer donatario y bajo término suspensivo a favor del reversionario.
- d) Como una donación corriente con un llamamiento posterior que: mientras vive el donante es una donación a término inicial y fallecido este, tiene naturaleza similar a una sustitución fideicomisaria.
- e) Como una donación bajo sustitución fideicomisaria.

La primera construcción ha sido rechazada por la doctrina¹⁰, que ha entendido que no es un contrato a favor de tercero ni una donación *sub modo*. El contrato a favor de tercero está regulado en el Código Civil, pensando en el contrato oneroso en el que existe una correspondencia entre la prestación que la contraparte realiza a favor del obligado y la que este ha de realizar a favor del tercero. Por el contrario, en la donación con cláusula de reversión no existe tal correspondencia ya que el donatario primero no queda obligado a restituir los bienes al segundo como contraprestación de la donación que recibe, sino como consecuencia lógica de haber finalizado su derecho al cumplirse el hecho determinante de la reversión y el derecho del donatario segundo no nace en virtud de ninguna carga, *modus* u obligación impuesta al donatario primero, sino que deriva directamente del donante que es quien lo crea al llamarle a los bienes donados.

¹⁰ En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO, «La donación *mortis causa* en el Código Civil español», en *AAMN*, T. V, Madrid, 1950, pág. 781; NART, *ob. cit.*, pág. 600.

Por todo ello, para el primer donatario la existencia de la reversión no supone una carga, sino una disminución de su derecho, una *minus adquisitio*, así lo entendió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de diciembre de 1925, al declarar que: «las cláusulas de reversión no imponen ninguna obligación propiamente dicha a los adquirentes, siendo más bien deducciones de la cosa donada». Además, la admisión de esta teoría, con aplicación del artículo 1257 del Código Civil, obligaría al tercero favorecido a comunicar su aceptación al primer donatario, lo que como señala Díez PASTOR, guarda concordancia con nuestro concepto tradicional del contrato oneroso, pero no guarda ningún parentesco con los fines de la reversión de donación.

La segunda teoría tampoco parece aplicable al Derecho común, ya que el artículo 641 no autoriza la creación de un contrato de institución de heredero o de nombramiento de legatario, contra la prohibición general de los pactos sucesorios *ex* artículo 1271 del Código Civil. Ello obligaría a configurar al segundo donatario como sucesor del primero, lo que va en contra de la voluntad de las partes y con todas las consecuencias que ello acarrea respecto de capacidad para suceder, concurrencia con acreedores del primer donatario, etc.

La tercera posición puede considerarse acertada en un principio, ya que es admisible una donación a término final a favor de una persona y bajo término suspensivo a favor de otra, pero esto no es donación reversional ni cumple los fines de la misma, ya que si la configuramos como donación ordinaria nunca podría hacerse a favor de personas no concebidas al tiempo de su perfección.

La cuarta teoría es la seguida por LACRUZ BERDEJO, a su juicio, la liberalidad por reversión, siempre sujeta a término inicial tiene una doble naturaleza: acto *inter vivos* hasta que fallece el donador y *mortis causa* en adelante, entendiendo que esto es lo más acorde con la voluntad de las partes y con la esencia del artículo 641 del Código Civil. Esta posición doctrinal ha sido rebatida por SOTO BISQUERT¹¹, que considera que la muerte del donante no varía la naturaleza del negocio, produciendo una conversión de acto *inter vivos* en *mortis causa*. La muerte del donante es un hecho que en la estructura que pudiéramos llamar típica de la donación con cláusula de reversión, no se toma en consideración ni influye en su realización. El donante hace su donación a favor de varias personas sucesivamente para que el posteriormente llamada adquiriera los bienes al cumplirse un determinado hecho, pero sin contemplación a su propia muerte, próxima o remota. Otra cosa es que sea la propia muerte del donante el hecho determinante de la reversión, pero esto es accesorio en la estructura típica del negocio y no constituye la esencia del mismo. El fallecimiento del donante, como hecho no tenido en cuenta en el otorgamiento del negocio, no puede variar el carácter de acto *inter vivos* con el que ha nacido.

La quinta teoría, la de la donación bajo sustitución fideicomisaria, la critica LACRUZ, señalando que es unilateral, porque no siempre el llamamiento reversional adopta la forma de una sustitución fideicomisaria.

El TS se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la naturaleza de esta donación, así en sentencia de 13 de julio de 1989 dice: «Puede decirse que la donación con cláusula de reversión no es en suma más que una donación con condición resolutoria, en la que de un modo expreso se pacta el derecho de volver a adquirir lo que tiene lugar cuando las condiciones bajo las que se establece llegan a cumplirse».

¹¹ SOTO BISQUERT, *ob. cit.*, pág. 369.

En sentencia de 11 de marzo de 1988 señala: «Las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recibo por el donante de lo que regaló o el paso de lo donado desde el donatario a terceras personas (con el límite de las sustituciones fideicomisarias), pudiendo establecerse la reversión no solo para si ocurre un cierto suceso, en cuyo caso serían condicionales, sino también para cuando llegue cierto tiempo y entonces serían a plazo». También admite la reversión de lo donado, no solo ante el incumplimiento de cierta condición, sino también por el transcurso de plazo la RDGRN de 28 de julio de 1998. Por lo demás, la condición funcionará como condición resolutoria para el donatario y como suspensiva para el donante, si la reversión se dispone a su favor, y para el tercero beneficiario de la reversión (STS de 15 de julio de 2009).

Por su parte, la STS de 14 de mayo de 1987 dice: «Es de sobra conocido que en la donación de bienes inmuebles el requisito formal de su otorgamiento en escritura pública se convierte en un elemento esencial del contrato por imperativo del artículo 633 del Código Civil, requisito formal que abarca todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión que, como una cláusula más del contrato, está sometido a sus mismas exigencias solemnes, en cuanto dicho pacto introduce una determinación accesorio o accidental al contenido de la voluntad que, como configuradora o limitadora de los naturales efectos de la donación, está supeditada a iguales requisitos, tanto si dicho pacto de reversión se integra en el inicial contenido del contrato, como si se conviene con posterioridad a una donación pura y ello, ya se entienda que la reversión produce simples efectos modificativos de la anterior donación, ya se admita, lo que parece más acorde con el mecanismo de este negocio jurídico, que una vez producido el efecto traslativo del dominio en virtud de la donación, seguida de *traditio*, la introducción de dicho pacto implica una nueva donación del donatario al donante o a un tercero en la hipótesis de cumplimiento de la condición a la que se supedita la reversión. Por lo que ni son admisibles en el ámbito de la donación de inmuebles los pactos de reversión verbales o en documento privado o simultáneos a la donación, ni los posteriores al contrato lucrativo convenidos en dicha forma privada».

IV. CLASES

1. REVERSIÓN VOLUNTARIA *VERSUS* REVERSIÓN LEGAL

Como ya había declarado el artículo 949 del Proyecto de 1851, que pasa íntegramente al artículo 641 del Código Civil en su párrafo primero, el artículo contempla únicamente la reversión convencional no la legal. En nuestro Código Civil además de la reversión voluntaria *ex* artículo 641 del Código Civil, existe otra reversión que puede denominarse legal, a favor de los ascendientes respecto a las cosas donadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posterioridad y que se encuentra regulada en el artículo 812 del Código Civil.

El artículo 641 del Código Civil no ordena la reversión, sino que permite que esta sea acordada al hacer la donación, declarando posible el pacto siempre. Se trata de dos casos que tienen en común el mecanismo recuperatorio: el evento reversional, que determina automáticamente la readquisición por parte del donante o la adquisición del segundo favorecido. Y como ha declarado la STS, de 15 de

julio de 2009, deben distinguirse dos elementos en este tipo de donaciones: a) La donación en la que consta la condición y la cláusula reversional, y b) La reversión que se produce en el momento en que se cumple lo previsto por el donante.

Como ha señalado la doctrina, este tipo de donación es consecuencia del poder de configuración del título que tiene el donante, que permite la incorporación de cláusulas como la reversional. El carácter dispositivo del precepto se manifiesta cuando se prevé la reversión a favor del donante, que puede hacerse «para cualquier caso y circunstancias» y nada obsta a que se disponga una reversión parcial, como es el caso contemplado en la RDGRN de 25 de septiembre de 2007, que declara la inscribibilidad de una escritura de donación de un templo católico otorgada por el administrador diocesano, que se somete a reversión parcial en caso de que acaezcan determinadas circunstancias, como la destrucción del edificio y la enajenabilidad de la finca.

La reversión voluntaria y la legal son dos instituciones distintas sujetas a un régimen jurídico diferente, estas diferencias derivan del carácter *mortis causa* de la reversión legal frente a la calificación de *inter vivos*, que merece la reversión voluntaria. La donación *ex* artículo 812 del Código Civil es una donación pura, mientras que la donación del artículo 641 del Código Civil es una donación limitada, en consecuencia, en aquella el donatario tiene una amplia libertad respecto de lo donado, lo que no se da en esta por la existencia de la limitación. De ello se derivan importantes consecuencias en lo relativo a la enajenación de lo donado y a la subrogación de lo obtenido por la enajenación, admitidas ampliamente en la reversión legal y no tanto en la voluntaria.

2. REVERSIÓN A FAVOR DEL DONANTE

Como estamos viendo, el artículo 641 del Código Civil otorga un amplio margen a la voluntad del donante para regular la reversión a su favor, ya que señala que podrá establecerse «para cualquier caso y circunstancias». Por lo tanto, este precepto permite que el donante establezca la reversión a su favor, tanto para el caso de que tenga lugar un evento futuro e incierto, en cuyo caso sería condicional, como también para cuando llegue cierto plazo, en cuyo caso la reversión sería a término¹².

La donación puede consistir en dar algo y asegurar con una cláusula el retroceso patrimonial hasta el haber del donante, es lo que se ha denominado operación *boomerang*, que después de rebotar en la economía del donatario, regresa al acervo del donante¹³.

El Código Civil de Cataluña en el Libro V, relativo a los derechos reales, al regular la donación con cláusula de reversión, distingue entre «la reversión a una tercera persona» (art. 531.19.2) y la reversión «al propio donante», e incluye aquí la reversión «en el cónyuge o la cónyuge, en el otro miembro de la pareja o en sus herederos» (art. 531.19.1).

¹² En este sentido, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. V, Madrid, 1972, pág. 227; LACRUZ, J. L., *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1958, págs. 242 y 243; SOTO BISQUERT, A., *ob. cit.*, pág. 385; ALBADALEJO, M., «Comentarios al artículo 641 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986, pág. 277.

¹³ NIETO ALONSO, A., «Comentario al artículo 641 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. II, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 172.

La cuestión más discutida es si establecida la reversión a favor del donante sin más especificación, si este falta antes de consumarse la reversión, se produciría dicha reversión a favor de los herederos que ocuparían su puesto o si hay que entender que la reversión opera con carácter personalísimo a favor del donante, por lo que cuando este muera, sus herederos no le sustituyen en la expectativa de recibir la reversión. En este punto tenemos que distinguir los casos de reversión sometida a plazo y a condición: en el primer caso, se produce la reversión a favor de los herederos del donante, si el donante premuere a la llegada del plazo: al vencer el término, se resolverá la titularidad de los bienes donados y estos, automáticamente quedan incluidos en el patrimonio de donde salieron, alegando como fundamento de derecho positivo el artículo 799 del Código Civil.

Más dudas plantea el caso en que la reversión sea condicional, podemos entender que *pendente conditione* se purifica el derecho del donatario, quedando libre de la amenaza de la reversión, de manera que lo donado no revierte a los herederos del donante, recordemos que, también en la donación con reserva de la facultad de disponer *ex* artículo 639 del Código Civil, el legislador ha querido que si el donante muere sin hacer uso de este derecho, pertenezcan al donatario los bienes o cantidades reservadas. En definitiva, si el fallecimiento del donante determina o no la existencia de la reversión, es cuestión de interpretación de la voluntad de las partes que la establecieron y especialmente del donante, que es el que se desprende de los bienes con la intención inmediata de enriquecer al donatario.

También cabe la posibilidad de dejar al libre arbitrio del donante la reversión de lo donado, como ha ocurrido en el caso de la STS de 31 de enero de 1955, en el que se realizaba la donación en premio a las atenciones o cuidados que la donataria había tenido con el donante, con posibilidad de reversión a favor del donante «si por circunstancias especiales así lo estimase oportuno. En todo caso y atendiendo a razones de seguridad jurídica, conviene que en la propia donación reversional se especifique con claridad el término o condición a que se supedita la reversión.

3. REVERSIÓN A FAVOR DE TERCERO

El TS ha calificado la donación con cláusula de reversión o sustitución a favor de tercero de «reversión impropia». Así la sentencia del TS, de 27 de diciembre de 1945, ha entendido que la cláusula de reversión impropia supone llamamiento en concepto de sucesor del primeramente llamado como donatario con las limitaciones y en los casos que determina el Código Civil para las sustituciones testamentarias *ex* artículo 641 del Código Civil. Si la reversión se establece a favor de un tercero, la doctrina entiende que existe una verdadera *sustitución* de donatario y de ahí que el artículo 641 del Código Civil determine que solo será válida en los casos y con las limitaciones que determina el Código para las sustituciones testamentarias, que están reguladas en los artículos 774 a 789 del Código Civil, así, pueden ser beneficiarios de la reversión sucesivamente todas las personas que vivan o están concebidas en el momento de la donación y se permitirán dos llamamientos más de los no vivientes por el juego de los artículos 781 y 785.2 del Código Civil.

Como consecuencia de la remisión realizada a las sustituciones testamentarias, si la reversión no se estipula de manera expresa (arts. 783.1 y 785.1 del CC) o si se hace depender de instrucciones comunicadas con carácter reservado por el donante (art. 785.4 del CC), o si conculca las limitaciones establecidas en

el artículo 781 del Código Civil, en estos casos, la reversión será nula, aunque subsista la validez de la donación. También es posible que subsista la eficacia de la donación al amparo del artículo 641 del Código Civil, aunque los sucesivos llamados sean *concepturus*, por aplicación de las normas y principios que regulan la sustitución fideicomisaria, a la que se remite el citado precepto. Conviene recordar que el artículo 781 del Código Civil permite que el fideicomisario (que equivale al reversionario o favorecido por la reversión) que se instituya sea persona que ni viva ni esté concebida al tiempo del fallecimiento del testador, que en el caso que estamos analizando equivale al momento de hacerse la donación.

Como señala NIETO ALONSO¹⁴, la doctrina prefiere, en estos casos de donaciones sucesivas, de reversión impropia, hablar más que de reversión de sustitución. El criterio jurisprudencial sentado en la STS de 25 de julio de 2009 es que «el término reversión se utiliza en forma propia cuando lo donado debe volver al donante, pero no cuando sea un tercero el beneficiario para el caso de que se cumplan las condiciones previstas, porque en este caso lo más propio sería hablar de sustitución».

En algún caso, se ha admitido que el donante ordene en la donación la sustitución del reversionista y que se deje tal posibilidad al «juicio de los donatarios». Este caso ha sido tratado en sentencia del TS, de 27 de septiembre de 1945, que contempla un supuesto en el que el donante había establecido la reversión de lo donado a favor de José, hijo natural de la donataria, pero permitiendo a los donatarios sustituir al reversionario por otra persona de la familia del donante: «Si José no fuese de su agrado, o por su comportamiento no fuese merecedor de tal gracia, a juicio de los donatarios, podrían estos sustituirle en el derecho que le queda reservado por otra persona de la familia del donante».

Es interesante plantear en este punto si es necesaria o no la aceptación de la donación por el tercero favorecido por la reversión, cuestión que está relacionada con el problema de la revocabilidad o irrevocabilidad de la donación a dicho reversionario y que pasamos a analizar.

A) *La innecesaria aceptación por el tercero de la donación originaria*

La doctrina ha sostenido opiniones discrepantes, por un lado, se ha considerado que la donación reversional no deja de ser un acto *inter vivos*, propiamente un contrato, que requiere por tanto la aceptación del donatario y también en su momento la aceptación del favorecido por la reversión. En este sentido, se ha estimado que el carácter claudicante del derecho de los reversionarios dura solo en tanto no aceptan la donación reversional, sin embargo, otro sector doctrinal cuya opinión comparto entiende que el acto queda perfecto por la aceptación del primer donatario tanto si se trata de donación con una sola reversión, como si contiene reversiones sucesivas, esto no significa que el tercero beneficiario adquiera nada sin su voluntad, sino que su aceptación no es un elemento de perfección del contrato sino que solo se trata de la mera admisión de un enriquecimiento. El TS ha permanecido al margen de este debate y en sentencia de 15 de julio de 2009 ha concluido que el beneficiario de la reversión adquirirá

¹⁴ NIETO ALONSO, A., «Código Civil comentado», vol. II, libro III, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*, comentario al artículo 641 del Código Civil, Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 169 y sigs.

automáticamente el objeto donado, aunque siempre le quede la posibilidad de rechazarlo, porque no se puede permitir que una persona aumente el patrimonio del beneficiario sin su consentimiento. El TS, al estimarla como situación semejante a la resuelta, trae a colación el artículo 881 del Código Civil que tipifica: «El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo transmite a sus herederos».

B) *La revocación por el donante de la reversión a favor de tercero*

Otro tema interesante que se plantea en las donaciones que estamos estudiando es el de su revocabilidad por el donante o la irrevocabilidad de la donación, cuestión que está condicionada por la respuesta dada a la necesidad o no de aceptación del reversionario, tercero favorecido por la donación. Comparto las opiniones doctrinales que estiman que la aceptación del primer donatario hace irrevocable la donación, teniendo también en cuenta las opiniones de quienes con sólidos argumentos defienden que la inserción de la segunda donación en el otorgamiento de la primera sirve para dar sustantividad a aquella pero no para hacerla irrevocable.

La jurisprudencia ha admitido la revocabilidad de los llamamientos a terceros favorecidos con la reversión. Así ha ocurrido en el caso contemplado en la sentencia del TS de 27 de diciembre de 1945¹⁵. Se decanta también por la revocabilidad de la donación sucesiva a favor de tercero, la RDGRN de 13 de diciembre de 1963, que en base al artículo 1257 del Código Civil, estimó revocable la liberalidad mientras el tercero no hubiera manifestado su voluntad de aceptar.

V. EFECTOS DE LAS DONACIONES CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN

Para estudiar esta materia vamos a distinguir dos supuestos:

1. LA SITUACIÓN DEL PRIMER DONATARIO DURANTE LA PENDENCIA DE LA REVERSIÓN

Entendemos por fase de pendencia el periodo que media desde que el donatario recibió la cosa y el cumplimiento del hecho determinante de la reversión. El donatario gravado con cláusula de reversión, que acepta y notifica su aceptación al donante, adquiere los bienes bajo la condición o término impuestos por el donante y conserva en esta fase, las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos cuando tenga lugar el hecho reversionario¹⁶. Por lo tanto el primer donatario tiene una titularidad claudicante que depende del cumplimiento de la condición, funcionando como condición resolutoria para este donatario y como suspensiva para el tercer beneficiario.

¹⁵ Esta sentencia resuelve el supuesto de un testamento ológrafo otorgado por el que había sido donante, refiriéndose a la reversión que se había establecido, manifiesta la ingratitud de su sobrino, reversionario y su deseo de que la reversión se produzca a favor de otro sobrino. De donde concluye el TS la revocabilidad: porque «si en la cláusula de referencia se dispuso que aquel pudiera ser sustituido, como efectivamente lo fue, indudablemente se trata de un llamamiento revocable».

¹⁶ Así se infiere de la STS de 11 de marzo de 1988.

El donatario que acepta, adquiere los bienes donados y es propietario de los mismos, con todas las facultades inherentes a dicha condición, pero con la limitación de que al producirse el hecho determinante de la reversión lo donado pasará al donatario sustituto. Ello plantea el problema de si el primer donatario puede enajenar los bienes que recibió con cláusula de reversión.

La doctrina ha mantenido diferentes opiniones, así SCAEVOLA se inclina por la posibilidad de enajenación al menos en la reversión a favor del donante, considera que el donatario puede vender la cosa donada, arrendarla, cederla gratuitamente, etc., pero todos estos contratos quedarán subordinados a la cláusula de reversión y se rescindirán *de iure* por el hecho de revertir los bienes donados al donante. En su opinión esto deriva «de la naturaleza íntima del derecho de reversión, y quizá por ello, el Código patrio ha preferido prescindir de enumerar los efectos propios de dicho derecho, fiando en la intuición jurídica de los legislados».

En sentido similar, MANRESA admite para el caso de reversión a favor del donante o de sus herederos que «puede el donatario disponer de su derecho, pero solo en la forma limitada que le corresponde. Llegado el caso de la reversión, las cosas o derechos han de volver al donante o dichos herederos en el estado que tenían cuando se hizo la donación, resolviéndose, por tanto, todos los derechos constituidos por el donatario».

Cuando se trata de reversión a favor de terceras personas, ambos autores se remiten a las reglas de las sustituciones testamentarias.

En contra se pronuncia PONS PÉREZ¹⁷, basándose en que la existencia de un término cierto o incierto o una condición como hecho determinante de la reversión son cosas accesorias de la reversión misma. Considera que la reversión tiene sustantividad propia y hay que atender a los efectos que debe producir su propia virtud de figura principal, con independencia de sus accesorios. Y esta virtud consiste en lo que lleva anejo: la obligación en el donatario de conservar los bienes donados durante el periodo de expectación del derecho de reversibilidad de los mismos. Se trata, en definitiva, de una vinculación de bienes a favor del donante o, en general del reversionario.

En mi opinión podemos estimar posible la enajenación siempre que la misma quede sujeta al mismo condicionamiento del hecho de la reversión. Las reglas aplicables a la materia de disposición son las de las sustituciones testamentarias por la propia naturaleza de la cláusula de reversión y en base al artículo 641 del Código Civil podemos entender que se está refiriendo particularmente a las sustituciones fideicomisarias, por lo que en aplicación del artículo 781 del Código Civil, este primer donatario debe, al igual que el fiduciario, conservar y transmitir la cosa donada, de manera que aunque no le afecte una prohibición de disponer propiamente dicha, sí tiene esa obligación de conservar, lo que significa que si dispone, los negocios que haya realizado se resolverán al cumplirse el hecho reversional.

Llegamos a esta conclusión por el juego del artículo 480 del Código Civil, aplicable al usufructo, y considero que también es aplicable aquí, ya que aunque no existe identidad absoluta entre usufructo y sustitución fideicomisaria, procede la aplicación analógica a la sustitución fideicomisaria de las disposiciones que se refieren al usufructuario.

¹⁷ PONS PÉREZ, «La reversión de donaciones en el Código Civil», en *RDP*, XLI, 1957, pág. 1185.

2. LA SITUACIÓN DEL DONANTE O DEL TERCERO CUMPLIDO EL HECHO DEL QUE DEPENDE LA REVERSIÓN

Cumplida la condición o cuando llegue el término fijado, no nace para el donatario una mera obligación de entregar, sino que tiene lugar un cambio de titularidad dominical, porque el suyo se resuelve. La reversión se produce a favor del donante o del tercero beneficiario de forma automática, de tal manera que el donante o el tercero favorecido por la reversión adquieren *ipso facto* en virtud de la realización del hecho reversional y ha de serles entregada la cosa donada. Como ha señalado la STS, de 15 de julio de 2009, una vez que se verifica el cumplimiento de lo previsto para que se produzcan los efectos devolutivos, «el beneficiario adquirirá automáticamente el objeto donado, aunque siempre le queda la posibilidad de rechazarlo». Como señala NIETO ALONSO¹⁸, además la cosa donada se recobra ahora, tal y como estaba antes, quedan borrados retroactivamente los gravámenes y transmisiones intermedias o lo que es lo mismo, los efectos de esta resolución actúan *ex tunc* y arrastran cualquier disposición del donatario.

Por lo tanto, cumplido el hecho del que depende la reversión, la cosa donada debe pasar al reversionario favorecido, y es en este momento cuando se resuelven todos los negocios traslativos o de gravamen que haya celebrado el primer donatario con terceros. De esta regla resolutoria se exceptúan los supuestos en que el derecho del tercer adquirente, que inscribe en el Registro, deba prevalecer sobre el del beneficiario de la reversión. Es decir, tratándose de una cosa mueble, si el tercero la adquirió *a non domino*, por aplicación del artículo 464 del Código Civil: «La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título», y si se trata de una cosa inmueble, siempre que en el Registro de la Propiedad no conste la mencionada reversión, la adquisición tenga lugar a título oneroso y concurran los demás requisitos tipificados en el artículo 34 de la LH. Entiendo que también son aplicables las reglas de los artículos 1122 y 1123 del Código Civil por los que se rigen las obligaciones condicionales sobre pérdida, deterioro o mejora de la cosa donada.

Si cumplida la condición o llegado el término no existe el donatario sucesivo o no ha tenido lugar la aceptación ni antes ni ahora, el primer donatario purifica su adquisición y no está obligado a ninguna restitución.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «La donación con pacto de reversión», en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S.: *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 517 a 537.
- BARRAL VIÑALS, I.: «Comentario a la sentencia del TS de 15 de julio de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 2010, págs. 565 a 577.
- CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.): *Código Civil comentado*, vol. II, Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, III, Barcelona, 1986, págs. 163 a 165.

¹⁸ NIETO ALONSO, A, *ob. cit.*, pág. 177

- MARÍN CASTÁN, F.: «Comentario al artículo 641 del Código Civil», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, IV (2.^a ed.), Bosch, Barcelona, págs. 164 a 177.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J.: «Código Civil comentado y con jurisprudencia», en *La Ley*, Grupo Wolters Kluwer, 6.^a ed., Madrid, 2008.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Tratado de contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- SIRVENT GARCÍA, J.: *La donación con cláusula de reversión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SOTO BISQUERT, A.: «La donación con cláusula de reversión en el Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 459, marzo-abril de 1967, págs. 359 a 414.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 27 de diciembre de 1945.
- STS de 27 de mayo de 1955.
- STS de 8 de mayo de 1962.
- STS de 14 de mayo de 1987.
- STS de 13 de julio de 1989.
- STS de 18 de junio de 1990.
- STS de 27 de febrero de 1993.
- STS de 20 de noviembre de 1997.
- STS de 11 de marzo de 1998.
- STS de 15 de julio de 2009.
- STS de 27 de enero de 2011.
- STS de 8 de noviembre de 2011.
- STS de 28 de diciembre de 2011.
- SAP de A Coruña, Sección 1.^a, de 24 de septiembre de 1999.
- SAP de A Coruña, Sección 3.^a, de 19 de julio de 2002.
- SAP de Alicante, Sección, 6.^a, de 30 de junio de 2004.
- SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 20 de junio de 2005.
- SAP de Huesca, Sección 1.^a, de 7 de julio de 2008.
- SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 28 de mayo de 2012.
- RDGRN de 17 de diciembre de 1925.
- RDGRN de 28 de julio de 1998.
- RDGRN de 25 de septiembre de 2007.

RESUMEN

DONACIÓN CLÁUSULA DE REVERSIÓN

En este trabajo pretendemos analizar la donación con cláusula de reversión regulada en el artículo 641 del Código Civil. Con este precepto la legislación española se aparta de las regulaciones con-

ABSTRACT

GIFT REVERSION CLAUSE

Gifts under a reversion clause are regulated in article 641 of the Spanish Civil Code, where Spanish legislation strays from the path followed by the law of other countries, such as France and

tenidas en otros ordenamientos como el francés o el italiano, en los que no se admite la reversión a favor de tercero. Esto hace que en Derecho español se planteen una serie de problemas que han sido objeto de nuestro estudio, entre ellos si es posible que la reversión a favor del donante dependa de su exclusiva voluntad, o el problema de la premoriencia del donante al cumplimiento del hecho determinante de la reversión.

Se analiza su régimen y naturaleza jurídica, sus clases distinguiendo la reserva voluntaria o convencional del artículo 641 del Código Civil de la legal tipificada en el artículo 812 del Código Civil, así como la reversión a favor del donante y de un tercero y los efectos que se derivan de las donaciones con pacto de reversión.

Italy, which do not allow reversion to a third party. This means there is series of problems in Spanish law, problems that this paper considers. One such problem is whether reversion to the donor can be made to depend on the donor's wishes alone. Another is the problem of the donor's dying before the event triggering reversion has taken place.

An analysis is given of the reversion procedure and the legal nature of reversion clauses. Classes of reversions are distinguished: Voluntary or conventional reservation under article 641 of the Civil Code is different from legal reservation as defined in article 812. Other issues include reversion to the donor versus reversion to a third party and the effects stemming from gifts made under a reversion agreement.

1.6. Responsabilidad civil

EL DISTINTO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: APORTACIONES PARA UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LAS CONTROVERSIAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES PLANTEADAS ANTE ESTA DUALIDAD

por

M.^a CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES: LA ELECCIÓN DE LA VÍA EJERCITABLE PARA EL RESARCIMIENTO.—II. DESLINDE ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL A TENOR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: ALGUNOS SUPUESTOS DUDOSOS: 1. EL DISTINTO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL CASO DEL TRANSPORTE DE GRACIA, *CULPA IN CONTRAHENDO*. 2. DUALISMO Y DISTINTO ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL *VERSUS* UNIDAD DE LA CULPA CIVIL. 3. LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO *NEMINEN LAEDERE*: LA ELECCIÓN DE LA ACCIÓN A EJERCER.—III. LOS LÍMITES, DIFERENCIAS Y ESPECIALIDADES DE CADA INSTITUTO: REQUISITOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES: 1. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. 2. LA RELATIVA TENDENCIA A LA SUPERACIÓN.—IV. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES: 1. REQUISITOS PARA QUE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES SE PRODUZCA. 2. ÁMBITO DEL CONTRATO. 3. TEORÍAS PROPUESTAS PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA: A) *Teoría de la opción*. B) *Teoría de la absorción o incompatibilidad*. C) *Teoría del concurso de normas*. 4. ESPECIAL REFERENCIA A AQUELLOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE LESIONAN DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. LAS LLAMADAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CUESTIONES PRELIMINARES: LA DIFÍCIL ELECCIÓN DE LA VÍA EJERCITABLE PARA EL RESARCIMIENTO

La responsabilidad civil, tema de notable importancia y constante actualidad —aunque al decir de algunos, en franca decadencia¹—, presenta en la práctica un buen número de cuestiones controvertidas motivadas, en buena medida, por la concurrencia de distintos regímenes jurídicos aplicables a la misma dependiendo de su origen, esto es, contractual o extracontractual. Las dificultades al respecto, podrían ser agrupadas en dos apartados, si bien desembocan en una duda de carácter práctico esencial para el resarcimiento de la víctima: ¿qué acción ejercitar en cada caso?

¹ Según DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 25, ciertos postulados permiten poner en tela de juicio la misma noción de responsabilidad civil.

En este sentido, de una parte, ha de ser afrontada la existencia de una zona de, por decirlo de alguna manera, dudosa contractualidad; esto es, la existencia de relaciones entre partes en las cuales no está claro si «el vínculo» existente entre ellas tiene entidad suficiente para generar responsabilidad contractual, o, si por el contrario, la acción adecuada será la de responsabilidad extracontractual; cuestión esta que no es baladí, dadas las diferencias existentes entre ambos institutos y a las que luego nos referiremos.

Por otra parte, a veces, en el seno de un contrato, se producen actos lesivos para uno de los contratantes, susceptibles de generar ambos tipos de responsabilidad, en la medida en que el contrato resulta incumplido, pero si este no hubiera existido, el causante del daño incurriría igualmente en responsabilidad, planteándose la cuestión de si la responsabilidad contractual excluirá, dentro del ámbito de acción del contrato, a la aquiliana, o, qué acción ejercitar, caso de que disponga de las dos. Pues bien, a la exposición de estos problemas —que no a su solución— es a lo que vamos a dedicar el presente trabajo.

II. DESLINDE ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA-CONTRACTUAL A TENOR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: ALGUNOS SUPUESTOS DUDOSOS

1. EL DISTINTO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL CASO DEL TRANSPORTE DE GRACIA, LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

En sentido técnico, la institución jurídica de la «responsabilidad» se refiere al estado de sumisión en que se encuentra una persona (deudor), o más concretamente su patrimonio², al poder coactivo del acreedor, por haber incumplido una obligación, o infringido el deber genérico de no causar daño a otro, a consecuencia de lo cual este sufre un perjuicio que debe ser reparado. Cuando esto sucede, se dice que el causante del daño incurre en responsabilidad.

Sabido es que dos son los distintos orígenes: si lo que se infringe es el deber genérico de no causar daño a otro, sin que entre el causante y la víctima exista una previa y concreta relación, sino que esta surge a consecuencia del evento dañoso, en cuyo caso puede decirse que la relación entre ambos es un *posterius*³. Por tanto, nos hallamos en presencia de la llamada responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a cuyo tenor el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Pero también puede ocurrir que entre ambas partes exista una previa relación obligatoria (generalmente un contrato) que resulta incumplida, o defectuosamente cumplida por el deudor, en cuyo caso estamos en presencia de la responsabilidad contractual, u obligacional⁴ que aparece regulada en los artículos 1101 y

² En este sentido, DE COSSÍO, «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», en *ADC*, 1966, pág. 528, advierte que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál es el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas.

³ En este sentido se ha pronunciado el TS en las sentencias de 9 de julio de 1984 (*RJA*, núm. 3802) y 10 de junio de 1991 (*RJA*, núm. 4434).

⁴ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «La responsabilidad civil contractual y extracontractual», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. IV, 1991, pág. 169, considera incorrecta la denominación de

siguientes del Código Civil, al disponer el citado precepto quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquellas.

Debemos destacar que, a pesar de su denominación, el Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que no es necesario que entre las partes exista un contrato para que surja este tipo de responsabilidad, siendo suficiente que estén ligadas por una específica relación semejante a un contrato, por ejemplo, las relaciones surgidas de la comunidad de bienes, o de la propiedad horizontal, o incluso, una relación de Derecho público semejante a un contrato de Derecho privado. Así lo puso de manifiesto, entre otras, la sentencia de 26 de enero de 1984⁵ la que, además, aclaraba que aunque no haya obligación derivada de un contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual.

Esto supone la existencia de un buen número de supuestos en los que no es fácil determinar si nos encontramos ante una relación susceptible de generar responsabilidad contractual o extracontractual, en cuyo análisis, naturalmente, no vamos a entrar, pues excedería ampliamente la finalidad de este trabajo, pero sí hacer una breve referencia a algunos de ellos para poner de manifiesto la índole del problema.

Tal es el caso, por ejemplo, del transporte de favor, en el que surge la duda de si la existencia de acuerdo entre dos personas conocidas para que el conductor transporte a la otra, es suficiente para generar responsabilidad contractual en el caso de que se le ocasionen daños en este traslado, o, si por el contrario, esta responsabilidad será extracontractual.

En opinión de algunos autores⁶ resultará decisivo dilucidar si, en realidad, se trata de un transporte de cortesía, en cuyo caso la responsabilidad será extracontractual, o si lo que las partes han querido, fue que una de ellas asumiese la obligación de prestar a la otra el servicio aunque sea de forma gratuita, caso en el que habría que admitir la responsabilidad contractual. En la sentencia de 28 de diciembre de 1964⁷, el TS condenó a los herederos del conductor de un vehículo accidentado, en el que transportaba gratuitamente a un conocido, a indemnizar a los herederos de este (ambos, conductor y ocupante, fallecieron en el siniestro) sustentándose en el artículo 1902 del Código Civil. Idéntica línea, de considerar que se trata de responsabilidad extracontractual, parece seguir la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1994⁸, donde no hubo

responsabilidad contractual, puesto que esta responsabilidad deriva, no solo del incumplimiento de un contrato, sino del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de cualquier obligación, ya provenga esta del contrato o de cualquier otra fuente. También ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 168.

⁵ *RJA*, núm. 386. También las de 19 de junio de 1984 (*RJA*, núm. 3250); 9 de julio de 1984 (*RJA*, núm. 3802); 10 de junio de 1991 (*RJA*, núm. 4434); 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663), entre otras.

⁶ Cfr. JORDANO FRAGA, «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», en *RCDI*, 1985, pág. 683. YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, 1991, pág. 456.

⁷ *RJA*, núm. 5911.

⁸ *RJA*, núm. 9321.

condena porque no pudo acreditarse quién conducía el vehículo, pero se partía de la aplicación en estos casos del artículo 1902 del Código Civil. Por su parte, LATOUR BROTONS⁹ considera admisible en estos supuestos la validez y licitud de la renuncia, incluso anticipada, a exigir responsabilidad al conductor en caso de que llegue a producirse algún resultado dañoso.

También es dudosa la naturaleza de la responsabilidad en el caso de la *culpa in contrahendo*; esta es la que tiene lugar en la fase previa o de preparación de un contrato, en la que uno de los futuros contratantes resulta perjudicado, por ejemplo, por la ruptura de los tratos preliminares (los casos que bajo la misma pueden agruparse no son homogéneos), en un punto en que la parte perjudicada creía con fundamento que las negociaciones llegarían a buen fin, pese a lo cual el contrato proyectado no llega a perfeccionarse¹⁰.

En este caso no faltan autores que sostienen que en nuestro Derecho no es imprescindible recurrir a esta idea de responsabilidad precontractual por disponer de una amplia fórmula de responsabilidad extracontractual, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán, aunque reconociendo su utilidad en un intento de que las partes actúen con el debido respeto de los intereses de la persona con la que se entablan negociaciones¹¹.

Buena parte de la doctrina considera más acertado que el tipo de responsabilidad que se contraiga en este periodo sea extracontractual¹²; sin embargo, también hay argumentos que permiten defender su carácter contractual¹³. Es más, incluso ha llegado a mantenerse una posición intermedia que, aceptando la posibilidad genérica de encuadramiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, sostiene la necesidad de contar con normas propias. No parece aventurado defender tal postura; pues, por un lado, la obligación de indemnizar *in contrahendo* se fundamenta en el quebrantamiento de la confianza, en el dolo, engaño o deslealtad de las partes en los actos preparatorios del negocio, no en una relación jurídica contractual; y, por otro, su base inmediata en la buena fe,

⁹ «El transporte gratuito y la responsabilidad civil», en *Revista de la Circulación*, 1965, pág. 181.

¹⁰ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 94. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 74. Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 81.

¹¹ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa «in contrahendo»*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pág. 294.

¹² En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, «Comentario de la STS de 16 de mayo de 1988», en *CCJC*, 1988, pág. 446; «La culpa *in contrahendo*», *ob. cit.*, pág. 252.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Tratado de responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 74, y Díez PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 81.

¹³ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, «La culpa *in contrahendo*», *ob. cit.*, págs. 252 y 294; «Comentario de la sentencia de 16 de mayo de 1988», *ob. cit.*, págs. 516 y sigs. YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana...», *ob. cit.*, pág. 459. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», en *CCJC*, pág. 154, plantea la posibilidad de que la responsabilidad contractual se pueda extender a todos aquellos casos en que entre el dañante y la víctima exista una relación de contacto social (tratos preliminares, responsabilidad precontractual, relaciones de hecho, etc.), aunque advierte sus dudas al respecto porque la gran «volatilidad» de los medios de prueba que caracteriza a tales relaciones inclina a aplicarles el breve plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual, y no el demasiado largo de la responsabilidad contractual.

de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito¹⁴.

Con todo, y a nuestro juicio, parece más adecuado pensar que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, pues no puede decirse que exista en este periodo una concreta relación obligatoria a cargo de las partes, aunque su actuación debe acomodarse a las exigencias de la buena fe. Desde luego, compartimos la opinión de la no necesidad de un tercer tipo de normas que regulen la responsabilidad que pueda contraerse en esta fase, pues, en definitiva, se trata de indemnizar unos perjuicios ocasionados y no vemos razón para que deba atenderse al origen de estos, al momento de su producción o las circunstancias en que tienen lugar para regularlo de una forma u otra; sencillamente se han causado unos daños por una cuantía determinada a una de las partes que hay que reparar, y, dada la dicotomía existente en nuestro Código Civil según se trate de culpa contractual o aquiliana, habrá que clasificarlos en una de las dos categorías para aplicarle una de ambas normativas, pero no elaborar normas específicas.

Sin embargo, cuando los daños derivan del incumplimiento de un precontrato existe una clara vinculación entre las partes que originaría una responsabilidad contractual. El TS también se ha pronunciado en este mismo sentido en la sentencia de 16 de mayo de 1988¹⁵, pues manifiesta que «si no existe contrato ni promesa de contrato, no puede mantenerse que hubo un incumplimiento contractual, generador de una obligación de resarcimiento, conforme a los mencionados preceptos legales», de donde se deduce claramente, que la promesa de contrato da lugar a responsabilidad contractual. Y, por el contrario, considera extracontractual la responsabilidad dimanante de la *culpa in contrahendo*; dice lo siguiente: «la existencia de *culpa in contrahendo* que al fallar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio *neminem laedere*, que determina la responsabilidad de los demandados...».

Por supuesto, hay otras relaciones en las que puede resultar dudoso si la responsabilidad que como consecuencia de las mismas pueda contraerse es contractual o extracontractual, como por ejemplo, la procedente del cuasicontrato¹⁶;

¹⁴ MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», en ADC, 1985, pág. 1007.

¹⁵ RJA, núm. 4308. El supuesto de hecho es el siguiente: el demandante, empleado de un Banco, inicia conversaciones con los directivos sobre su traslado a otra oficina de la compañía, sita en Miami (EE.UU.). En un punto determinado de las conversaciones, él y su esposa empezaron a realizar disposiciones relativas al traslado, que debieron de considerar inminente; vendieron el automóvil y la esposa pidió excedencia en su trabajo como auxiliar de clínica de la Seguridad Social. Finalmente, el traslado no se produjo, con los consiguientes perjuicios derivados de los gastos mencionados y las decisiones adoptadas, por lo que interpone una demanda ante la Jurisdicción laboral, que fue desestimada. Posteriormente, y junto con su esposa, exige indemnización de daños y perjuicios al Banco y sus directivos, al amparo del artículo 1101 del Código Civil por vulneración de un contrato de compromiso. En primera instancia se concede una indemnización, pero por responsabilidad extracontractual, sentencia que fue revocada en segunda instancia por incongruente. El TS casa la sentencia y confirma la de Primera Instancia en todos sus extremos, apreciando la existencia de culpa *in contrahendo* en los demandados, pero considerando que esta es extracontractual.

¹⁶ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1993, pág. 93. En su opinión, tal responsabilidad debe ser extracontractual. Distinto criterio mantiene, sin embargo, GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la

pero, como hemos señalado más arriba, no vamos a entrar a analizarlas, pues ese no es el objeto de este trabajo en el que únicamente se pretende ofrecer una visión panorámica de los problemas prácticos que plantea la existencia de esa dicotomía arriba señalada.

2. DUALISMO Y DISTINTO ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL VERSUS UNIDAD DE LA CULPA CIVIL

Continuando con los requisitos que el TS exige para que surja la responsabilidad contractual, tampoco considera suficiente la existencia de esa previa y concreta vinculación entre las partes, sino que es necesario que el acto lesivo se haya producido en la rigurosa órbita de lo pactado, y como desarrollo del concreto contenido negocial¹⁷, y todo lo que rebase este ámbito entraría en el terreno de la responsabilidad extracontractual.

Esto plantea el problema de determinar el ámbito y extensión del contrato, cosa que, aunque pueda parecer lo contrario, no es tarea sencilla, dado que no se limita a lo específicamente pactado por las partes, sino que el artículo 1258 del Código Civil se extiende a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley¹⁸. Por otro lado, la doctrina ha señalado que el ámbito de la responsabilidad contractual va adquiriendo una extensión creciente¹⁹, y ello, como dicen CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ²⁰, «por la evolución expansiva de esta responsabilidad que, alejándose del centro de gravedad tradicional, se manifiesta en la simplificación de las formas contractuales y multiplicación de las relaciones contractuales de hecho, en la adición a lo pactado de una amplia gama de obligaciones que, con origen en la buena fe, en la publicidad o en la naturaleza misma de las cosas, vienen a integrar el contenido obligacional del contrato, o, como última expresión en la adopción de posturas más flexibles en torno a la admisibilidad de acciones directas. Es precisamente en estos nuevos territorios de la responsabilidad contractual, por lo tenue, difuso y discutible de su contractualidad, donde con más agudeza se plantea la dificultad de excluir la responsabilidad extracontractual en beneficio de la contractual».

acumulación de responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *RDP*, 1962, pág. 52, quien defiende el carácter contractual de la misma.

¹⁷ Pueden citarse, entre otras muchas, las sentencias de 16 de diciembre de 1986 (*RJA*, núm. 7447); 10 de junio de 1991 (*RJA*, núm. 4434); 11 de octubre de 1991 (*RJA*, núm. 8230); 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 854); 21 de noviembre de 1996 (*RJA*, núm. 9195); 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663).

¹⁸ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación, (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *RDP*, 1980, pág. 71. PASCUAL ESTEVELL, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana y delictual*, t. II, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 58 y sigs. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 108. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pág. 416. ALBALADEJO, «Derecho Civil», II, vol. I, *ob. cit.*, pág. 445. En este mismo sentido, la STS de 30 de abril de 1959 (*RJA*, núm. 1981).

¹⁹ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 31 y sigs. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 839.

²⁰ CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 8.

El artículo 1157 dispone que no se entenderá pagada una deuda, sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía. Y, por su parte, el artículo 1097 dice que la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados. Con base en estos preceptos la doctrina sostiene que el contrato se extiende más allá de lo pactado, abarcando todas las obligaciones accesorias a la principal que se hubiese estipulado, o que se le sobreentiendan a la convención y a todos aquellos deberes de protección del crédito para procurar la plena satisfacción del acreedor²¹.

Esta dualidad de responsabilidades da lugar a que cada una de ellas tenga su propio régimen jurídico distinto al de la otra, lo que en la práctica, como ya hemos avanzado más arriba, ocasiona no pocos problemas según iremos viendo a lo largo de las páginas siguientes.

Debemos señalar que no toda la doctrina comparte este tratamiento dual de la responsabilidad civil, y a la teoría dualista se opuso la denominada de la «unidad de responsabilidades», según la cual, al asentarse la responsabilidad civil en la violación de una obligación preexistente, se considera indiferente que la obligación violada sea la que imponga el principio *neminem laedere* o la que se haya estipulado en un contrato²².

A esta tesis se ha opuesto innumerables objeciones, considerando que entre ambos tipos de responsabilidad existen diferencias insoslayables; a saber, la responsabilidad delictual sanciona el incumplimiento de un deber muy general y que se impone a todos; deber que no es una obligación en sentido técnico, y que no implica la previa existencia de un acreedor y de un deudor concretos y determinados²³.

De todas formas, no nos parece que estos argumentos sean decisivos, pues la inexistencia de acreedor y deudor concretos no es óbice para que la obligación de abstenerse de causar daño a otro exista; el artículo 1089 del Código Civil señala la ley como fuente de obligaciones, y el artículo 1902 impone la obligación de reparar el daño causado por acción u omisión; esto significa que, *sensu contrario*, se está imponiendo la obligación de no perjudicar a nadie, y que el incumplimiento de esta obligación legal produce unos efectos, al igual que el incumplimiento de una obligación contraída en virtud de pacto, dado que en ambos casos debe existir una reparación por los daños ocasionados.

Cierto que existen algunas diferencias entre ambos tipos de obligaciones, pues en las contraídas mediante contrato, al haber convenido las partes una de-

²¹ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación...», *ob. cit.*, págs. 65 y sigs. PASCUAL ESTEVILL, «La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual», *ob. cit.*, pág. 39. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 108. ALBALADEJO GARCÍA, «Derecho Civil», II, *ob. cit.*, pág. 445.

²² SÁNCHEZ VÁZQUEZ, citando a PLANIOL, «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana», en *RDP*, 1972, pág. 968.

²³ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual», en *RDP*, 1972, pág. 968. BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*. Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pág. 30, opina que por más que se reconozca que las diferencias son menos de las que pudiera pensarse, ello no debe impedir observar la importancia de los elementos diferenciales entre ambas. Las formalidades distintivas de sus regímenes inciden en el fondo de ambos institutos y, pese a atender a una misma finalidad reparadora, los mecanismos que presiden la acción resarcitoria parten de presupuestos heterogéneos.

terminada prestación, si esta no se cumple o resulta defectuosamente cumplida, al margen de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pueden tener lugar otras consecuencias, por ejemplo, el cumplimiento de lo que específicamente se hubiese estipulado (art. 1124), circunstancia que no suele ocurrir en las obligaciones extracontractuales, pues lo único que cabe es la reparación de los daños.

Sin embargo, estas diferencias no impiden, en nuestra opinión, que, cuando se trate de indemnizar los perjuicios, las normas para ambos tipos de responsabilidad puedan ser las mismas. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que un importante sector de la doctrina considera que las diferencias existentes entre ambos son más aparentes que reales y en la práctica se encuentran muy atenuadas²⁴.

3. LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO *NEMINEM LAEDERE*: LA ELECCIÓN DE LA ACCIÓN A EJERCER

Corresponde ahora el análisis comparado de ambos institutos, y en particular en aquellos supuestos conflictivos en los que pueden concurrir ambas responsabilidades; es decir, un mismo acto lesivo implica el incumplimiento de una concreta obligación existente entre las partes, y, al tiempo, una infracción del principio *neminem laedere*, planteándose si el perjudicado podría optar por instar la reparación por la vía contractual o por la extracontractual, o si, por el contrario, el contrato va a tener una fuerza absorbente que le permita excluir, en su ámbito, la normativa extracontractual.

Dilucidar qué acción procede en estos casos es de vital importancia, habida cuenta, por un lado, de la distinta regulación de ambos tipos de responsabilidad, y por otro, que el perjudicado solo puede obtener una única indemnización; es decir, a pesar de que el evento productor del daño encaje en la responsabilidad contractual y extracontractual, no significa que puedan utilizarse las dos vías obteniendo una reparación en cada una de ellas, pues en este caso se estaría reparando dos veces el mismo daño, lo cual es inadmisibles. Lo que se pretende es la reparación del perjuicio causado, no de que el perjudicado se enriquezca.

Aquí conviene aclarar también que para que surja el deber de indemnizar es necesario que efectivamente se produzca un perjuicio en el patrimonio del acreedor, no bastando el simple incumplimiento, pues la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria; no tiene una función preventivo-

²⁴ En este sentido es de destacar la postura de ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, págs. 41 a 45, quien, tras comparar ambos institutos, llega a la conclusión de que la separación entre ambos no es tan grande como pudiera pensarse. Opinión que también comparte REAL PÉREZ, «Comentario de la sentencia de 22 de febrero de 1991», en *CCJC*, pág. 291. CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *ob. cit.*, págs. 21 y sigs. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil», *ob. cit.*, págs. 25 a 29, donde pone de relieve que los criterios de distinción entre ambos tipos de responsabilidad son objeto de una progresiva difuminación. Ya veremos, en el lugar oportuno, cuál es al respecto la postura de la Jurisprudencia que parece consagrar el principio de «unidad de culpa civil», en el sentido de que «lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia (se refiere al caso de yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual), son los hechos de la demanda, gozando de amplia libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia*» (STS 1210/2004, de 23 de diciembre, entre otras a las que nos referiremos).

punitiva²⁵. Además, los daños resarcibles deben ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (art. 1107.1).

Para una mejor comprensión del problema empezaremos por señalar las diferencias existentes entre ambas regulaciones, puestas de manifiesto tanto por la doctrina como por el Tribunal Supremo, entre otras, en la importante sentencia de 19 de junio de 1984²⁶, cuestión que abordaremos en epígrafe separado.

III. LOS LÍMITES, DIFERENCIAS Y ESPECIALIDADES DE CADA INSTITUTO: REQUISITOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

1. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

No hay unanimidad en la doctrina respecto de las diferencias existentes entre ambos institutos, o, más exactamente, del alcance de algunas de ellas, pues no faltan quienes opinan que son más aparentes que reales, dado que en la práctica están muy atenuadas:

- 1.^a Atendiendo al origen, en la responsabilidad extracontractual no hay entre las partes vínculo obligacional preexistente; es precisamente el hecho lesivo el que crea la responsabilidad. En la contractual, sin embargo, es necesaria la existencia de una obligación anterior que continúa vigente, se perpetúa a pesar de su incumplimiento²⁷.
- 2.^a Por la distinta apreciación de la culpa. El artículo 1089 del Código Civil señala como fuente de las obligaciones: «...los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». De la dicción del precepto se deduce que el daño es resarcible en la responsabilidad extracontractual, aunque el grado de negligencia en el actuar de su causante hubiera sido mínimo²⁸, siendo suficiente, según la opinión tradicional, la culpa levísima. Sin embargo, en la contractual, ha de estimarse de acuerdo con la diligencia programada por las partes al perfeccionarse el contrato, es decir, según el artículo 1104, la que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Si la obligación no expresa la diligencia que debe observar el deudor, se le exigirá la que correspondería a un buen padre de familia (art. 1104.2.º). Con todo, no faltan autores que sostienen que la culpa aquiliana, al igual que la contractual, supone la omisión de la diligencia de un buen padre de familia, según se deduce del artículo 1903 el cual, después de enumerar los casos de responsabilidad por actos ajenos, exonera de dicha responsabilidad a quienes prueben haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia

²⁵ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pág. 1020. JORDANO FRAGA, «La responsabilidad contractual», *ob. cit.*, pág. 35. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 171. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 257.

²⁶ *RJA*, núm. 3250. También la de 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663). Ya más recientemente, se puede citar la STS 135/2009, de 4 de marzo.

²⁷ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 968.

²⁸ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, «Principios de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 273.

para prevenir el daño causado²⁹. En nuestra opinión, la diligencia del buen padre de familia en las obligaciones extracontractuales, tal como aparece redactado el citado precepto, parece únicamente referida a los casos de responsabilidad por actos ajenos, sin que quepa extenderlo a los demás supuestos. Tras enumerar a estas personas (padres, tutores, dueños de empresa, etc.), dispone (el art. 1903) que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño causado». Es de observar que, en primer lugar, se refiere a la responsabilidad de que habla este artículo (1903), es decir, por actos ajenos; no a los artículos anteriores, lo cual entonces sí se referiría a toda la responsabilidad aquiliana al comprender también el artículo 1902. Y, por otro lado, dice muy claramente que las personas que deben haber observado tal diligencia son las en él mencionadas, es decir, en el artículo 1903 exclusivamente, a saber: padres, tutores, dueños o directores de un establecimiento o empresa y las personas o entidades titulares de un centro docente de enseñanza no superior; cuando respondan por los actos de las personas que se encuentren a su cuidado o trabajen a su servicio³⁰.

El artículo 1104 del Código Civil se considera de común aplicación a ambos tipos de responsabilidad³¹. En nuestra opinión, y de conformidad con lo que acabamos de decir, únicamente parece que debería aplicarse a ambos institutos el apartado 1.º del precepto que se refiere a que la diligencia que debe observarse sea la que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Evidentemente, no en todo caso y circunstancia debe procederse con el mismo cuidado, y esto, lo mismo si se trata de cumplir un contrato, como si se trata de otra situación, pues

²⁹ Cfr. GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», *ob. cit.*, pág. 842. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 90, dice, refiriéndose a la exigencia del artículo 1089 de responder de «cualquier género de culpa o negligencia», que si la negligencia supone falta de diligencia razonable según cada caso, es natural entender que el prototipo de conducta del autor del daño no ha de ser siempre igual, pues solo es una conducta razonablemente diligente la que está en proporción con el riesgo aparente de la situación en la que el daño se produce.

³⁰ Vid., LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, *El ámbito de la responsabilidad en los centros docentes*, Madrid, 2007; MORETÓN SANZ y LÓPEZ PELÁEZ, «La objetivación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones: acoso escolar, causa adecuada y daño moral en centros docentes», en *RCDI*, 726, 2011, págs. 2331-2347. Con todo y sobre la unidad de culpa civil, no puede obviarse esta noción tal y como recoge MORETÓN SANZ, «Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: vis atractiva del orden contencioso *versus* vis residual de la jurisdicción civil», en *RCDI*, 731, 2012, págs. 1716 y 1717, nota 26.

³¹ Cfr. COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 446. CA-VANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 21. DIEZ PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 609. BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 32, quien opina que el artículo 1089 al referirse a la culpa extracontractual, habla de «cualquier género de culpa o negligencia», y el artículo 1101, en orden al incumplimiento del contrato, alude simplemente a «negligencia», sin excluir ningún grado de la misma, con lo que parecen coincidir ambas regulaciones. LASARTE ÁLVAREZ, «Principios de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 273.

parece claro que la atención y diligencia que debe observar un conductor, por ejemplo, no es la misma que la que debe tener una persona que da un paseo, pues, aunque esta última se despiste y tropiece con otra, las consecuencias no serán graves, a diferencia de lo que ocurre si el que se despista es un conductor; y ello, aunque no esté cumpliendo un contrato, sino dando una vuelta en coche. No obstante, el párrafo 2.º del artículo impone la diligencia programada en la obligación, cosa imposible en la responsabilidad extracontractual dada la inexistencia de relación entre las partes, o, en su defecto, la de un buen padre de familia. Si esto va a ser aplicado también a la culpa aquiliana, resulta contradicho el artículo 1089 que se refiere a cualquier género de culpa, tesis que parece confirmar el artículo 1903 al referirse a la diligencia de un buen padre de familia en casos muy concretos (los vistos anteriormente), y parece que como excepción a la norma general.

- 3.^a Por la carga de la prueba. En la responsabilidad extracontractual le corresponde probar la falta a la víctima que reclama la indemnización del perjuicio. En la contractual, el acreedor solo debe probar la existencia de la obligación, y el deudor debe demostrar que ha cumplido, o que la falta de cumplimiento fue debido a caso fortuito o fuerza mayor. De ahí que se diga que la falta contractual es presunta. Aunque en la práctica, como después se verá, esta diferencia se encuentra muy atenuada³².
- 4.^a Por la extensión de la reparación del daño. La reparación ha de ser íntegra en la culpa aquiliana; en la contractual limitada a los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación³³ si el deudor actuó de buena fe (art. 1107.1.º). En caso de que procediese con dolo, responderá de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento³⁴.
- 5.^a Pluralidad de obligados. Si existen varios obligados extracontractualmente, responden de forma solidaria. En la responsabilidad contractual, para

³² Cfr. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 96. LASARTE ÁLVAREZ, «Principios...», II, *ob. cit.*, pág. 274.

³³ Según PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pág. 1028, la decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquel, habría previsto que pudieran producirse a consecuencia de tal incumplimiento.

³⁴ Aquí conviene destacar que las sentencias de 19 de junio de 1984 (*RJA*, núm. 3250) y 24 de noviembre de 1995 (*RJA*, núm. 6362), consideran aplicable a la culpa extracontractual el artículo 1107 del Código Civil. Postura que también sostienen YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 280. SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 97. Díez PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 617. En contra, al menos si se trata del apartado 1.º del citado precepto, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual», *ob. cit.*, pág. 1031, y «Comentario de la STS de 10 de mayo de 1984», en *CCJC*, 1984, pág. 1655. Y MIGUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», en *Responsabilidad civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 67.

que la pluralidad de deudores responda solidariamente, es necesario que la obligación o la Ley así lo hayan establecido³⁵.

- 6.^a Prescripción de la acción. Para exigir la responsabilidad contractual, la acción prescribe a los quince años. La extracontractual, un año, desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2).
- 7.^a Competencia. En la responsabilidad extracontractual la jurisprudencia oscila entre el Juzgado correspondiente al domicilio del demandado y el del lugar donde se cometió el ilícito. Para la contractual, el Juzgado competente es el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y no estando este determinado, el demandante podrá elegir entre el domicilio del demandado y el del lugar de celebración del contrato, si hallándose en él el demandado, puede ser citado (art. 62, 1.º LEC).
- 8.^a Por la capacidad del sujeto. Para incurrir en responsabilidad contractual se requiere, en general, capacidad de obrar, que se adquiere de forma plena con la mayoría de edad. Mientras que en la extracontractual puede surgir la obligación de reparar por actos realizados por menores e incapaces³⁶.
- 9.^a Causas limitativas o exonerativas de responsabilidad. Suelen admitirse, en general, en la responsabilidad contractual, mientras que no lo son en la responsabilidad aquiliana³⁷.

Como ya puede suponerse, estas diferencias hacen que al perjudicado no le resulta indiferente ejercitar una u otra acción para obtener la reparación de los daños, si bien ambas presentan ventajas e inconvenientes. Así se considera más conveniente para la víctima el ejercicio de la acción contractual, en tanto que no tiene que probar la culpa del demandado; y el plazo de prescripción de la acción es mucho más largo. En cambio será más beneficioso utilizar la acción delictual en cuanto que del acto ilícito se responde cualquiera que sea el grado de culpa; la responsabilidad del demandado se extiende a todos los daños ocasionados, sin distinguir si el acto que los causó fue intencionado o meramente culposos; si los autores del ilícito son varios, responden solidariamente. No obstante, en general parece que ofrece más ventajas la acción contractual, sobre todo porque no debe probar la culpa del demandado, prueba que siempre resulta muy difícil. A esto se une el mayor plazo de prescripción de la acción.

³⁵ PANTALEÓN PRIETO, en «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», *ob. cit.*, pág. 1884, pone de manifiesto que la Sala 1.ª del TS, «parece definitivamente decidida a extender también la solidaridad sin pacto (ni explícito, ni implícito) al campo de las obligaciones contractuales». También SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 98.

³⁶ GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 842, señala que para responder delictualmente, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad contractual, «basta con tener la capacidad natural de discernimiento entre lo lícito y lo ilícito. En consecuencia son incapaces los locos, los niños, los ebrios, cuando la embriaguez no es culposa, etc.».

³⁷ GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 838, opina que es admisible la exoneración de responsabilidad extracontractual cuando se circunscribe a ciertos daños que pueden producirse en situaciones muy particulares y concretas; por ejemplo, el dueño de un coto de caza conviene con sus vecinos una exención por los daños que en sus fincas pueda causar la caza. El TS, sin embargo, en la sentencia de 18 de octubre de 1995, *RJA*, núm. 7544, ha considerado que tales cláusulas son impensables en la responsabilidad extracontractual.

2. LA RELATIVA TENDENCIA A LA SUPERACIÓN

No obstante, debemos poner de relieve que a consecuencia de la evolución del Derecho en los dos ámbitos de la responsabilidad civil, tales diferencias se han ido atenuando y ya no se aprecian con el rigor de antaño³⁸. Tratándose de responsabilidad contractual, se exceptúa de la regla general de que el *onus probandi* le corresponde al deudor las obligaciones de no hacer y las llamadas de medios. En las primeras, porque de ser cierto el incumplimiento, le será más fácil al acreedor demostrarlo que al deudor acreditar no haber realizado el hecho que le estaba prohibido; en las segundas, porque el deudor promete actuar con diligencia, con la finalidad de obtener un resultado, pero sin garantizar su consecución (por ejemplo, el médico)³⁹. Si no se consigue, ello no supone sin más el incumplimiento; este consistiría en no haber actuado con la diligencia prometida, o de forma incompetente, y que el deudor tenga que demostrar que actuó con la debida diligencia es sumamente difícil. El principio de la aptitud de la prueba nos conduce a una traslación de la carga de la misma, incumbiendo al acreedor probar que la obligación no ha sido cumplida, es decir, que el deudor no ha sido diligente en su cumplimiento. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTs de 7 de febrero de 1990⁴⁰ y 29 de junio de 1990⁴¹ y 27 de junio de 1997⁴².

En la delictual, el perjudicado debería probar la culpa del demandado, pero ante la dificultad de la prueba, se tiende a la admisión de una prueba *prima facie* o de simple verosimilitud, que sería eficaz mientras no fuese desvirtuada por las pruebas de la parte contraria⁴³.

Esto supone que se considere que se está produciendo un acercamiento entre ambos regímenes⁴⁴, lo que lleva a algunos autores a sostener que caminamos

³⁸ Por todos, Díez PICAZO, «La responsabilidad civil hoy», en *ADC*, 1979, pág. 732.

³⁹ CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 25. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, pág. 36.

⁴⁰ *RJA*, núm. 668.

⁴¹ *RJA*, núm. 4945.

⁴² *RJA*, núm. 511.

⁴³ Sobre la causa adecuada, cfr. DE COSSÍO, «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», *ob. cit.*, pág. 531. LASARTE ÁLVAREZ, «Principios...», II, *ob. cit.*, pág. 274.

⁴⁴ El propio TS, en la sentencia de 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663), tras señalar las diferencias existentes entre ambos tipos de responsabilidad, señala lo siguiente: «esta diferencia no impide que existan puntos de coincidencia basados en el principio general de que quien causa un daño lo debe indemnizar; lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida, que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente. De este fundamental punto de coincidencia se sigue, que la tajante separación originaria se atenúe, aproximándose la común finalidad reparadora, mediante la aplicación indistinta de preceptos que pueden considerarse como comunes...». En este mismo sentido, en aplicación del consagrado por la jurisprudencia principio de «unidad de culpa civil», véanse las SSTs de 23 de diciembre de 2004; 25 de enero de 2006; 18 de julio de 2008 y 7 de octubre de 2010, aunque esta última si bien reconoce que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es relativizada en aplicación del principio *pro actione* por la jurisprudencia, no significa que pueda prescindirse de manera absoluta de la calificación. «La jurisprudencia (según STS de 29 de noviembre de 2005) admite que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede, alternativamente optar por una o por otra, con el efecto de que, en virtud del principio *iura*

hacia una unificación de la responsabilidad civil⁴⁵, pues no faltan quienes opinan que esta diferente regulación que el Código contiene de ambas responsabilidades es más aparente que real, destacando como diferencia más notable el diferente plazo prescriptivo de una y otra acción⁴⁶.

Sin embargo, lo cierto es que, aunque atenuadas, tales diferencias todavía subsisten⁴⁷, y en ocasiones se presentan casos en que esta duplicidad de regulaciones se hace sentir con especial intensidad, planteándose como cuestión prioritaria el dilucidar qué acción corresponde ejercitar en los casos en que, en principio, podría ejercitarse una u otra por constituir el hecho dañoso a la vez incumplimiento de una obligación y del principio *alterum non laedere*, aunque, como opina BERCOVITZ, R.⁴⁸, razones de lógica jurídica inducen a pensar que responsabilidad contractual y extracontractual no deberían concurrir en un mismo supuesto. Pero, con independencia de que esta situación sea o no lógica, lo cierto es que tales supuestos se dan, y así lo ha reconocido el propio TS⁴⁹, planteándose la duda de si el perjudicado puede optar por la acción que más convenga a sus intereses, o, si por el contrario, se considerará preferente la acción contractual con exclusión de la aquiliana.

A continuación vamos a examinar en qué casos puede producirse esta concurrencia de responsabilidades, así como los requisitos que deben darse para que tenga lugar, y las distintas soluciones aportadas por la doctrina, aunque podemos adelantar que en el único punto en que existe acuerdo es respecto a que la víc-

novit curia no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil fundándose en que el fundamento jurídico aplicable es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa... (SSTS de 22 de octubre de 2007; 12 de junio de 2007), pero como precisa la STS de 13 de marzo de 2008, en el caso en que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente». Siguiendo esta línea, aplica esta postura al caso sometido a su conocimiento, y aplica la normativa contractual por considerar que las partes están ligadas por un contrato, basándose en que en caso de que los supuestos puedan enjuiciarse desde una doble vertiente, contractual o extracontractual, aquella opera con carácter prioritario si los sujetos se encuentran ligados por un negocio bilateral y el daño proviene de un hecho realizado dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, en desarrollo normal del contrato.

⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ MARTÍN, «Comentario de la STS de 10 de junio de 1991», en *CCJC*, 1991, pág. 787. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 840. CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 20 y sigs. Díez PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 597. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, págs. 25 y sigs.

⁴⁶ En este sentido, entre otros, ROGEL VIDE, *ob. cit.*, págs. 42 a 45. REAL PÉREZ, «Comentario de la STS de 22 de febrero de 1991», *ob. cit.*, pág. 672.

⁴⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad médica y hospitalaria*, Ed. Edilex, Madrid, 1987, pág. 88, dice, al referirse a la responsabilidad del médico, que aunque sea partidario de una teoría unitaria de la responsabilidad civil, no es menos cierto que esa diferencia de régimen obliga a analizar cuándo se da uno u otro tipo de responsabilidad en orden a fijar las diferentes consecuencias jurídicas de una u otra especie. También MIOQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 64.

⁴⁸ «Comentario de la STS de 14 de octubre de 1983», en *CCJC*, 1983, pág. 90.

⁴⁹ Puede citarse, entre otras, las sentencias de 19 de junio de 1984 (*RJA*, núm. 3250); 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 854); 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663); 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885) y 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151).

tima no puede ejercitar ambas acciones, aquiliana y contractual, obteniendo en consecuencia, una doble indemnización.

IV. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

Esta concurrencia tiene lugar cuando en el acto lesivo coinciden, al tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber general de no causar daño a otro, es decir, cuando el hecho causante del daño es un acto ilícito, abstracción hecha de la obligación contractual, o sea, aunque esta no hubiera existido nunca⁵⁰. Podemos citar a modo de ejemplo, la responsabilidad en que incurre el arrendatario que deteriora la cosa arrendada. En este caso el arrendatario no solo incumple el contrato de arrendamiento, sino que, adicionalmente, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro.

En estos casos no faltan autores que defienden que el perjudicado puede optar por pedir la reparación al amparo de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, o por las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual⁵¹, opinión que nosotros no podemos compartir porque las partes cuando celebran un contrato optan por una normativa determinada⁵²; regulación que abarca no solo el cumplimiento normal, sino también el incumplimiento, por lo que parece razonable que cuando este se produce las normas aplicables sean las contractuales. Además, el Código Civil, tras señalar las fuentes de las obligaciones, señala también la regulación de las mismas, que será distinta dependiendo de su origen; en este sentido el artículo 1091 establece que las obligaciones que nacen de los contratos se cumplan al tenor de los mismos; el artículo 1092 dispone que las obligaciones que nazcan de los delitos se rijan por las disposiciones del Código Penal y el 1093, que las obligaciones derivadas de los actos u omisiones ilícitos no penados por la ley quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI (de las obligaciones que se contraen sin convenio) del libro cuarto, por lo que se está estableciendo una clara diferencia de regulación dependiendo del acto que haya dado origen a la obligación; de la misma forma, el plazo de prescripción de la acción se rige por preceptos diferentes, pues el artículo 1968.2 se refiere únicamente a las obligaciones nacidas al amparo del artículo 1902, y no parece que exista nada que autorice al perjudicado a optar por la normativa que más le convenga.

Por otro lado, puesto que, como se ha visto anteriormente, la cuantía de la indemnización suele ser mayor en la culpa extracontractual, el deudor se verá a todas luces perjudicado, pues cuando decidió celebrar el contrato habrá hecho los pertinentes cálculos teniendo en cuenta incluso el coste del incumplimiento⁵³,

⁵⁰ Cfr. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 833. CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 6.

⁵¹ En este sentido se pronuncia DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, «Elementos...», *ob. cit.*, pág. 173, pues en su opinión, cuando los perjuicios causados en el cumplimiento de un contrato fuesen igualmente indemnizables aunque no existiese esa previa relación, podría aplicarse, a elección del perjudicado, el artículo 1902, aún cuando el supuesto se reconduzca por la ley a la culpa contractual. El régimen de esta no es sino una especialidad del de la extracontractual, al cual, en su caso, no excluye, dada la amplitud del concepto de daño injusto que contiene el citado precepto, lo que le hace aplicable, cumulativa o alternativamente, en cualquier supuesto de daños producidos por el incumplimiento contractual culpable.

⁵² Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 977.

⁵³ Cfr., PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad...», *ob. cit.*, pág. 1028.

pero de acuerdo con las normas contractuales, por lo que, de permitir al perjudicado optar por situar su pretensión en el campo extracontractual la inseguridad a la hora de contratar es bastante grande⁵⁴. Ciertamente que a esto puede objetarse que es más digno de protección el interés del perjudicado que el de la parte que incumplió su obligación⁵⁵, pero también es verdad que el perjudicado decidió voluntariamente celebrar el contrato y con ello ha sometido su interés a una tutela específica, la contractual, por lo que no debería permitirse que solicite la reparación del perjuicio por la vía extracontractual para obtener una indemnización mayor, o por el contrario, acogerse a los artículos 1101 y siguientes si el breve plazo de prescripción de la acción aquiliana ha transcurrido ya. Además, si llevamos el razonamiento a sus últimas consecuencias, siempre que se incumple un contrato se ocasionan unos perjuicios al acreedor que no ha visto cumplidas sus expectativas, con lo cual se viola, además de la concreta obligación asumida por el deudor, el deber de no causar daño a otro (terreno de la responsabilidad extracontractual), por lo que habrá que llegar a la conclusión de que esa concurrencia se da siempre, no solo en ciertos casos, si bien es verdad que en ocasiones adquiere un especial relieve. Si esto es así, habrá que pensar que se está produciendo una duplicidad de regulaciones incidiendo sobre lo mismo: la causación de un daño a una persona que debe ser reparado. Esta reparación puede ser concedida conforme a dos normativas diferentes, lo que, a nuestro modo de ver, no tiene mucho sentido, máxime cuando lo que se va a recibir en esa reparación varía dependiendo de la acción que se ejercite. Cosa distinta sería la existencia de dos acciones que conduzcan a la obtención del mismo resultado, pues se trataría de elegir entre dos caminos que nos llevan al mismo punto, pero este no es el caso, pues la cuantía de la indemnización suele ser mayor cuando se ejercita la acción aquiliana. Por otro lado, la víctima de un incumplimiento contractual tendría un plus de protección en cuanto que dispone de dos acciones diferentes para reclamar la indemnización. Al hablar de un plus de protección no nos estamos refiriendo a la posibilidad de obtener dos indemnizaciones, una por cada acción, sino a que tiene más oportunidades, pues si el breve plazo de la acción aquiliana que le permite obtener una indemnización mayor ha transcurrido ya, siempre podrá acudir a la vía contractual, para lo que se dispone de quince años, aunque el *quantum* indemnizatorio sea menor. Ciertamente que si se aplica con rigor el situar a cada régimen en el lugar que le corresponde se podría llegar en ocasiones a resultados totalmente injustos, resultando perjudicada en estos casos la víctima contractual, pues, incluso a veces, se vería privada de la indemnización, pero esto vamos a verlo con más detenimiento a lo largo del trabajo. Tampoco debemos olvidar que la consideración de que la función de la responsabilidad civil es puramente indemnizatoria y no punitiva quedaría muy en entredicho, pues se tiene la impresión de que cuando se permite a la víctima optar por lo que más satisfaga sus intereses, se está, de alguna manera, penalizando el incumplimiento del deudor en la medida que se le impone una indemnización más amplia si decide ejercitar la acción aquiliana. Naturalmente, cuando aquí hablamos de incumplimiento contractual nos estamos refiriendo al meramente culposos, pues

⁵⁴ En este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 67, sostiene que el apartado 1.º del artículo 1107 del Código Civil, no debe ser aplicado a la responsabilidad extracontractual, pues responde a la lógica propia de la vinculación contractual que significa, sobre todo, una expresa o implícita asignación de riesgos en el momento de contratar con traducción de los costes que cada parte asume.

⁵⁵ Cfr. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 836.

si es doloso es el propio Código el que establece una mayor extensión de esa reparación, dado que el artículo 1107 declara resarcibles en este caso, todos los daños que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento; con lo que aquí, como bien ha puesto de relieve la doctrina, las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad se atenúan considerablemente⁵⁶.

1. REQUISITOS PARA QUE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES SE PRODUZCA

Para que la citada concurrencia tenga lugar es necesario lo siguiente:

- a) Que las partes estén unidas por un contrato y que este sea válido⁵⁷.
- b) Que el sujeto dañador y la víctima sean las mismas personas que están unidas por esa previa relación obligatoria. Pues bien pudiera ocurrir que por un mismo hecho un sujeto quede obligado con distintas personas, por ej. un transportista tiene un accidente por una negligencia causando daños a un pasajero o a las mercancías transportadas y a un tercero. La obligación que contrae con este último es claramente extracontractual, mientras que en el primer caso puede ser de ambos tipos.
- c) Que se produzca un evento dañoso que suponga al mismo tiempo infracción contractual y violación del deber genérico de no dañar a otro. Siendo necesario además, que el acto lesivo se produzca dentro de la órbita de lo pactado, pues aunque las partes estén vinculadas por un contrato, si el hecho originador del daño acontece al margen de lo pactado, no se producirá la citada concurrencia. Por ejemplo, el arrendador atropella a su arrendatario con el coche; es evidente que, a pesar de estar unidos contractualmente, la obligación de reparar los daños ocasionados por el accidente es extracontractual, pues el acto que causó los daños tuvo lugar al margen de esa relación que unía a ambos sujetos. Más dudoso es, sin embargo, cuando los daños sufridos por el arrendatario son consecuencia de, por ejemplo, la falta de reparación en el local arrendado, a consecuencia de lo cual se producen desperfectos que causan perjuicios al inquilino. En este supuesto se está infringiendo el deber de no causar daño a otro (responsabilidad extracontractual) por un lado, y por otro, la obligación que el artículo 1554-2 del Código Civil impone al arrendador de hacer en la cosa arrendada las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso al que se destina. Es el caso resuelto por la sentencia del TS de 16 de diciembre 1986⁵⁸, en la que se declara la responsabilidad extracontractual de la arrendadora que se negó a hacer reparaciones urgentes en la casa arrendada a consecuencia de lo cual el techo se derrumbó. En principio, cualquiera diría que había incumplido una obligación contractual.

⁵⁶ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 212. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código Civil*, t. II, dirigido por PAZ ARES, DIEZ-PICAZO, SALVADOR CODERCH y BERCOVITZ, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 54.

⁵⁷ Si el contrato fuese inválido, tanto si adolece de nulidad de pleno derecho, como si de anulabilidad, pero se procede a su anulación, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados como consecuencia de esta relación será extracontractual. Véase, en este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 249. YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza...», *ob. cit.*, pág. 463.

⁵⁸ *RJA*, núm. 7447.

2. ÁMBITO DEL CONTRATO

En estos supuestos en los que puede darse una coincidencia entre ambos tipos de responsabilidad, lo decisivo para determinar qué acción procede ejercitar parece que debería ser el delimitar el ámbito y la extensión del contrato y, en este ámbito, que la normativa contractual excluyese la extracontractual; habría que tratar de responder concretamente a la pregunta de hasta dónde se extiende la obligación del deudor para satisfacer el interés del acreedor, siendo necesario también determinar el inicio y el fin del contrato. Resulta evidente que mientras no haya contrato y desde el instante en que ya no lo haya, los problemas de responsabilidad que se originen serán extracontractuales. Pero ¿cuándo empieza y termina un contrato? Imaginemos el supuesto del viajero de una empresa de autobuses. La obligación de seguridad que, según el sentir mayoritario deriva del contrato de transporte, ¿comienza cuando se coloca un pie sobre el primer escalón del vehículo, o se extiende a los minutos de estancia en la estación; concluye con la llegada a destino, o más bien cuando el viajero abandona las dependencias del transportista?⁵⁹

Respecto al ámbito del contrato, ya hemos visto que el artículo 1258 del Código Civil dispone que el contrato obliga no solo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. Por su parte, el TS⁶⁰ viene exigiendo para que la responsabilidad se considere contractual, que el hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del concreto contenido negocial. Ahora bien, ¿qué debemos entender con las expresiones «rigurosa órbita de lo pactado» y «concreto contenido negocial»? ¿Acaso está limitando las obligaciones del deudor a lo expresamente pactado?⁶¹ Estas expresiones han sido duramente criticadas por algunos autores⁶² y lo cierto es que en nuestra opinión, no sin razón, pues

⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, págs. 108 y sigs. El TS, en la sentencia de 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5399), parece dar por supuesto que la vía normal para reclamar indemnización por daños sufridos por un viajero antes de subir al tren es la extracontractual, aunque no condenó a RENFE por ser la culpa exclusiva de la víctima; en la sentencia de 17 de diciembre de 1990, *RJA*, núm. 10282, sin embargo, se declara la responsabilidad contractual de una Compañía aérea por los daños sufridos por una pasajera en la cinta transportadora del aeropuerto, cuando se disponían a embarcar en el avión. Es de destacar que se trataba de un viaje combinado que ya se había iniciado, ocurriendo el accidente en una de las etapas del mismo; pese a tener distintas etapas, se considera que hay un único contrato, imponiendo la indemnización a cargo de la Compañía que realizaba el trayecto en el que se había producido el accidente. Esta sentencia parece partir de que la responsabilidad contractual del transportista se extiende también a los accidentes ocurridos en sus dependencias, al menos cuando los daños tienen lugar en las etapas intermedias, quedando la duda si se declararía el mismo tipo de responsabilidad en caso de haberse producido el accidente antes de iniciarse el viaje, o cuando ya hubiese concluido.

⁶⁰ Entre otras, la sentencia de 19 de junio de 1984 (*RJA*, núm. 3250).

⁶¹ En este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 62, tras señalar que el ámbito de la responsabilidad contractual no se limita al incumplimiento de la prestación, sino que va más allá de lo expresamente pactado, reconoce que la expresión «rigurosa órbita de lo pactado» puede sugerir lo contrario, *ob. cit.*, pág. 64.

⁶² En este sentido, PASCUAL ESTEVILL, «La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual», en *La Ley*, 1991, pág. 1163, refiriéndose a la STS de 19 de junio de 1984, considera que «tal declaración es innecesaria y anfibológica por razón de las dudas que puede generar acerca del concepto y verdadera naturaleza que tiene el instituto de la

las dudas que genera respecto del ámbito del contrato son más que lo que trata de aclarar, pues si bien con el Código en la mano la cuestión no parece ofrecer mayores dificultades, con esta expresión la confusión es grande.

Veamos algunos ejemplos de la incertidumbre que reina en esta materia. En el caso resuelto por la sentencia de 19 de junio de 1984⁶³, se declara la responsabilidad extracontractual del arrendatario de un local de negocio por los daños originados por un incendio ocurrido en el mismo cuando su hijo manipulaba la motocicleta de un cliente produciéndose una explosión que dio origen al fuego. Los propietarios reclaman al arrendatario y a su hijo indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1902 del Código Civil. A los indicados autos se acumularon otros, contra los mismos demandados, por la Compañía de seguros que, como subrogada en el lugar de los propietarios del inmueble, reclamaba el abono de la cantidad que, por el contrato de seguro, habían pagado a aquellos como consecuencia del siniestro, invocando los artículos 1902, 1555, 1559, 1563 y 1564 del Código Civil. El Juzgado condena a ambos demandados solidariamente. La Audiencia confirma la sentencia y el TS declara no haber lugar al recurso.

En esta sentencia, al igual que en la de 16 de diciembre de 1986, anteriormente citada, se condena al arrendatario por culpa extracontractual cuando le unía al demandante un contrato, y, a primera vista, el daño se había producido en el ámbito del mismo, pues se había destruido el local arrendado. Cosa distinta es la responsabilidad del hijo, quien ninguna relación tenía con el propietario; con lo cual, un mismo acto lesivo en el que están implicadas varias personas puede generar distintos tipos de responsabilidad frente a un mismo perjudicado, aunque en este caso, no hay concurrencia de responsabilidades⁶⁴. Por otro lado, los daños causados en el local arrendado deberían ser contractuales, y extracontractuales los ocasionados en los pisos superiores, pues respecto de ellos, ninguna relación tenía el inquilino con el propietario, que era el mismo arrendador; con lo que nos encontramos que un mismo sujeto causante de un daño, puede incurrir en ambos tipos de responsabilidad frente a la misma víctima⁶⁵. A la vista de esto resulta innecesario aclarar que la dualidad de regulaciones en esta materia da lugar a situaciones de gran complejidad práctica, haciendo casi imposible la aplicación con rigor y a cada caso concreto, de la normativa que le es propia. Y de hecho, se declara la responsabilidad extracontractual de ambos cuando uno de los causantes del daño era cocontratante del perjudicado, pero, de no solucionarse de esta forma, la víctima tendría que haber ejercitado dos acciones diferentes: de responsabilidad contractual contra el inquilino y la aquiliana contra su hijo, y todo para la reparación del mismo daño, además de entablar contra el propio arrendatario las dos acciones anteriormente dichas, la contractual para los daños ocasionados en el local y extracontractual para los ocurridos en los demás pisos, que también eran suyos.

responsabilidad obligacional. Pues es precisamente la infracción del programa solutorio preconcebido por las partes de la relación, la razón determinante de tal clase de responsabilidad». Por su parte, BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 86, dice que con tal expresión «hemos tocado fondo», pues, tras un análisis de las distintas sentencias en que tal declaración se contiene, acaba preguntándose, ¿Qué se entiende por estricta órbita de lo pactado? ¿Qué entra en el campo de acción del contrato, y qué proyección debe tener su contenido?

⁶³ *RJA*, núm. 3250.

⁶⁴ Cfr. SANTOS BRIZ, «Responsabilidad civil», I, *ob. cit.*, pág. 107.

⁶⁵ Véase el comentario que de esta sentencia hace PANTALEÓN PRIETO en *CCJC*, 1984, págs. 1875 y sigs.

El razonamiento de la Audiencia, recogido en uno de los considerandos de la sentencia, es el siguiente: «se impone la conclusión de que la culpa en que incurrieron los demandados, con independencia de las calificaciones que los actores hayan podido darle, debe calificarse, a los efectos de la fundamentación legal de esta sentencia, de culpa extracontractual o, por lo menos, sobrepasadora de la estrictamente contractual; los actos que provocaron el daño fueron realizados con ocasión del uso que de la cosa arrendada podía hacer uno de los demandados, como arrendatario del piso bajo, pero tales actos no violaron de forma directa ninguna de las obligaciones que al arrendatario impone el Código Civil» por entrar en la órbita de los que, por razón del destino pactado, había de darse a lo arrendado, según declaración judicial con motivo de otro antecedente juicio seguido para la resolución del arrendamiento, y «la imprudencia con ocasión del ejercicio de funciones lícitas según el contrato, claramente desbordó la relación contractual».

Sin embargo, en un caso muy parecido, la sentencia de 14 de febrero de 1994⁶⁶ consideró que se trataba de culpa contractual: La propietaria de un piso en arrendamiento reclamó indemnización por culpa extracontractual al inquilino y a una tercera persona que lo ocupaba⁶⁷ cuando en el mismo se declaró un incendio. En 1.^a Instancia se estima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia por estimar que la acción que procede ejercitar es la derivada de la culpa contractual. El TS declara no haber lugar al recurso, pues cuando el actuar lesivo se produce en el cumplimiento material de un contrato son de aplicación preferente los preceptos legales atinentes a la culpa contractual sin acudir a los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

Como puede observarse, no es posible saber a ciencia cierta cuándo nos encontramos ante un incumplimiento contractual, o una violación de ese deber genérico de no dañar a otro; o más exactamente, cuándo el órgano jurisdiccional va a considerar que nos encontramos en uno u otro caso, lo cual no facilita en absoluto la elección de la acción a ejercitar en cada supuesto. Nuestro Tribunal Supremo, como hemos visto, exige para la existencia de responsabilidad contractual que el hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, pero analizando las distintas sentencias no se sabe qué extensión tiene esa órbita; es más, la conclusión que se extrae es que su alcance es variable, aunque no se sabe muy bien en función de qué criterios en unos casos el «concreto contenido negocial» a qué se refiere nuestro más Alto Tribunal es más amplio que en otros. Lo cierto es que puede decirse que la jurisprudencia es bastante caótica, aunque puede quedar la duda de si esta situación es totalmente criticable, pues su tarea principal es la aplicación práctica del Derecho y la solución, en justicia, de los casos sometidos a su decisión, por lo que se descuida la elaboración de

⁶⁶ *RJA*, núm. 1468.

⁶⁷ En la sentencia no está claro si el tercero era una persona totalmente extraña a la relación arrendaticia, pues si bien eso es lo que parece al principio, dado que habla del «codemandado EAT, a quien tenía arrendado, en virtud de contrato de fecha X, el piso en cuestión y que en el momento del siniestro estaba ocupado por el otro codemandado JDSM», a continuación parece que este último tenía concertado un contrato de seguro en la modalidad a todo riesgo para el hogar con una aseguradora, también demandada, de lo que parece que puede deducirse que tal vez no fuese totalmente ajeno, aunque únicamente se refiera a él como «la persona que ocupaba el piso» en lugar del subarrendatario, si este fuese el caso, aunque tampoco lo parece; puede incluso que se tratase de la pareja de hecho del arrendador.

criterios generales que puedan ser seguidos a la hora de entablar una reclamación, aunque también es cierto que no siempre se encuentra justificación para esas decisiones tan dispares. Parece claro que entre la seguridad jurídica y la aplicación en justicia de las normas de que dispone ha dado preferencia a esto último, pues se observa una tendencia a favorecer a la víctima, concediendo la reparación cuando considera que tiene derecho a ella, aun a costa de forzar los argumentos y concediéndola por una vía que, al menos en apariencia, no es la más adecuada, lo que da como resultado que lo que para unos casos se considera incumplimiento contractual, en otros parecidos se aplican las normas de la responsabilidad aquiliana.

La verdad es que el TS suele ser bastante restrictivo en lo referente al ámbito del contrato⁶⁸; no en vano, dice la doctrina que a veces se abusa del artículo 1902⁶⁹. No obstante, en alguna sentencia parece haber adoptado un criterio más amplio⁷⁰.

De todas maneras, como pone de manifiesto DE ÁNGEL YAGÜEZ⁷¹, de la jurisprudencia del TS se desprende claramente una conclusión: en caso de duda sobre la naturaleza contractual o extracontractual del daño, y consecuentemente de la acción por entablar, lo aconsejable y prudente es hacerlo de forma alternativa, esto es, planteando la pretensión al amparo de la fundamentación jurídica

⁶⁸ En la sentencia de 20 de junio de 1995 (*RJA*, núm. 4933), el TS declara la responsabilidad extracontractual de una constructora por los desperfectos ocurridos en unas obras de reparación extraordinaria que la citada Compañía había realizado en un edificio. Se aprecia la negligencia de la constructora extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato de ejecución de obra al sustituir el proyectado sistema de anclaje por argollas en las placas de fibrocemento..., lo que disminuyó las garantías de seguridad del edificio. Se razona de la siguiente manera: Si bien la relación jurídica material de fondo es un contrato de ejecución de obra, se ha producido un efecto lesivo a consecuencia del incumplimiento de dicho contrato con una negligencia extraña a lo que era materia propia del mismo, que se ha proyectado sobre entes extraños a la vinculación estricta contractual, por lo que nada obsta a la invocación correcta tanto del artículo 1101, como del artículo 1902 del Código Civil. Ante esto, cabría preguntarse si en un contrato de obra la empresa encargada de realizarla introduce por su cuenta variaciones que hacen peligrar la seguridad de la construcción, y se afirma que esta negligencia es extraña a la vinculación contractual, ¿cuando nos encontramos ante una culpa propiamente contractual?

⁶⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad contractual...», *ob. cit.*, pág. 118.

⁷⁰ En este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1992 (*AC*, 1992, núm. 18, marginal 668) ha apreciado la existencia de culpa contractual en los daños ocasionados por un incendio que se declaró por la actuación negligente de la empresa que realizaba unas obras, y ello tuvo lugar; según la referida sentencia, en el desempeño de sus obligaciones contractuales, pues «en estas circunstancias, la decisión del encargo (sic, debe referirse al encargado), de la codemandada X de emplear un soplete abandonando los medios mecánicos que se utilizaban para cortar uno de los tornillos del tubo de aireación que se cambiaba, precisamente porque en ellos había mucha pérdida de pintura, era sumamente arriesgada y peligrosa y no debió ponerse en práctica mientras no se hubieran hecho desaparecer los abundantes restos de pintura que había...». En esta sentencia el TS parece seguir un criterio más amplio en cuanto al ámbito del contrato, pues ha considerado que debe comprender la adopción de las medidas que sea necesarias para proteger la esfera del *accipiens*, cosa por otro lado normal, aunque no suele ser habitual, pues los daños fueron ocasionados por el incendio, no como consecuencia directa e inmediata de la actuación del empleado, si bien la actuación de este fue lo que provocó aquel.

⁷¹ «Tratado de responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 41.

correspondiente a la responsabilidad contractual y alternativamente, al amparo de la extracontractual⁷².

La doctrina, respecto del ámbito del contrato, se encuentra dividida, pues mientras unos opinan que debe considerarse incumplimiento contractual únicamente cuando se viola una obligación expresamente pactada, rechazando, sin embargo, extender este tipo de responsabilidad a otras consecuencias derivadas de la relación entre las partes que puedan surgir por vía indirecta⁷³; otros, la mayoría, defiende la tesis integradora del artículo 1258, pues consideran que el contrato se extiende más allá de lo expresamente estipulado por las partes, pues, por ejemplo, es indudable la existencia de ciertas obligaciones a cargo de algunos profesionales, aunque nada hubiesen previsto las partes al contratar. En este sentido se manifiestan LASARTE ÁLVAREZ⁷⁴, JORDANO FRAGA⁷⁵, YZQUIERDO TOLSADA⁷⁶, y ALBALADEJO GARCÍA⁷⁷.

⁷² En este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 1468) dice que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades de las que surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una u otra. El mismo pronunciamiento contiene la de 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 854); esta además añade: «e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos». En el mismo sentido la de 15 de junio de 1996 (*RJA*, núm. 4774); 16 de diciembre de 1996 (*RJA*, núm. 8971); 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885) y 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151).

⁷³ Cfr. FUENTES PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 531.

⁷⁴ «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», *ob. cit.*, pág. 71, pues opina que la remisión del artículo 1258 a los criterios mencionados (buena fe, el uso y la ley) tiene como finalidad incardinar el contrato en un ambiente normativo que excede ya a la propia disponibilidad de las partes, y ello como derivación propia de la fuerza de obligar del ordenamiento jurídico. En su opinión, la función característica del artículo 1258 estriba en procurar que la autonomía privada no se eleve al grado de coartada que legitime el desconocimiento de las consecuencias o efectos contractuales impuestos por las más elementales reglas del tráfico jurídico.

⁷⁵ *Ob. cit.*, pág. 32, ya que, en su opinión, el resultado del proceso (de evolución de la responsabilidad civil) es extender la esfera de relevancia de la obligación más allá de la prestación principal en la misma deducida, hacia la consideración de todas las obligaciones accesorias que concurren al objetivo de preparar o integrar el cumplimiento en forma que la satisfacción del acreedor sea plena.

⁷⁶ «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 108, al sostener que el contenido del contrato va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes. Aunque nada se estipule, el médico está obligado a no revelar el secreto profesional. La compañía de transportes, no solo se obliga a realizar la prestación en que el transporte consiste, sino también a velar por la seguridad de los viajeros. Sin embargo opina que estas obligaciones de seguridad no están llamadas a tener mucho éxito en España, pues si en los casos en que el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una prestación claramente pactada, se afirma comúnmente su carácter extracontractual si afecta a cierta categoría de bienes (los de la personalidad), con mayor motivo se suele otorgar la misma calificación si el perjuicio es a consecuencia del incumplimiento de una obligación accesoria no expresamente pactada.

⁷⁷ «Derecho Civil», II, vol. 1.º, *ob. cit.*, pág. 445, para quien las partes no solo vienen obligadas a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza (del contrato) sean conformes a la buena fe al uso y a la ley, con lo que se pretende razonablemente que ninguna pueda escudarse en que no se hizo mención de tal o cual extremo, para así eliminarlo de la conducta total que viene obligada a cumplir. De modo que cuando se trate de algo que, aún no especificado, queda dentro de lo que por ley, por

Pese a que, a primera vista, parece que lo más lógico, puesto que existen diferencias de régimen de ambos tipos de responsabilidad, sea que en el ámbito del contrato la normativa contractual fuese de preferente aplicación, lo cierto es que en la práctica, no parece ser sencillo mantener en toda su extensión esas diferencias, y, además, darle a cada uno lo suyo, aparte de lo difícil que resulta determinar el alcance exacto del contrato, pues no todo el mundo coincide en hasta dónde debe extenderse, existe también el problema de los resultados injustos a que podría llevar la aplicación rigurosa de esta postura. Así que en un intento de llegar a determinar qué acción procede ejercitar en esos supuestos que son susceptibles de generar ambas responsabilidades, se han formulado las teorías que veremos a continuación.

3. TEORÍAS PROPUESTAS PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

A) *Teoría de la opción*

Para los defensores de esta postura, la víctima puede escoger entre una u otra vía, contractual y aquiliana, por considerar que tiene dos pretensiones jurídicamente distintas y autónomas. Una vez efectuada la opción, no podrá ampararse en la posibilidad excluida, pues esto supondría ir contra sus propios actos y modificar la *causa petendi*, cosa inaceptable en un sistema de justicia rogada. La opción vincula también al juez, que no podrá aplicar las normas contractuales si la víctima situó su pretensión en el terreno extracontractual. Ahora bien, si la demanda es rechazada, el interesado podrá iniciar un nuevo proceso, ejercitando la acción inicialmente excluida.

Los partidarios de esta tesis alegan en favor de la misma el que la opción favorece a la víctima que puede, a su conveniencia, acogerse a los preceptos de una u otra responsabilidad, mientras que la teoría de la incompatibilidad (que veremos a continuación) favorece al autor del daño que goza de la seguridad de no contraer otra responsabilidad que la derivada del contrato. El perjudicado es más digno de protección que el autor del ilícito. Desde otro punto de vista, incluso puede considerarse como una manifestación más de un principio general tácitamente admitido en nuestro sistema jurídico, a saber, que cuando en el mismo hecho concurren los requisitos necesarios para el ejercicio de distintas acciones tendentes al mismo fin, el actor puede optar por el ejercicio de cualquiera de ellas⁷⁸.

También se aduce en favor de la opción que es injusto pretender que alguien pueda estar obligado a menor diligencia con quien contrata que con respecto a un tercero⁷⁹.

No obstante, también tiene detractores que han criticado duramente las resoluciones del TS en que se concede a la víctima la posibilidad de optar por considerar que nuestro Alto Tribunal se niega a admitir cuál es el verdadero ámbito del contrato, aceptando que, cuando se contrae una obligación, la responsabilidad por el incumplimiento de la misma debe extenderse a todas aquellas

uso o por buena fe viene a constituir conducta debida por el obligado, podrá serle exigido aunque no hubiera sido expresamente pactado.

⁷⁸ GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, págs. 56 y sigs.

⁷⁹ GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 836.

«precauciones» que deberían adoptarse y obligaciones accesorias a la principal que deben entenderse implícitas y el deudor debe cumplir para que el interés del acreedor se vea plenamente satisfecho; por ejemplo, no puede estimarse cumplido el contrato de transporte si al mismo tiempo no se asume la obligación de garantizar la seguridad del pasajero. Por lo tanto no cabe la posibilidad de opción, sino aplicar en cada caso el régimen correspondiente⁸⁰.

Otra de las razones que se aducen en contra de esta postura es que otorgándose al acreedor la facultad de invocar las normas de la responsabilidad delictual, no se respetaría la voluntad de las partes, que libremente pueden regular su responsabilidad estableciendo las cláusulas, pactos y condiciones que tengan por conveniente dentro de los límites impuestos por la Ley, la moral y el orden público⁸¹.

A nosotros esta teoría no nos parece aceptable por las razones expuestas en páginas precedentes y que no vamos a reiterar y, en buena medida, coinciden con las aquí señaladas.

No obstante, la teoría de la opción es la seguida por mayor número de sentencias del TS, a pesar de los numerosos problemas que puede plantear, como obligar a duplicar los procesos para que el perjudicado pueda obtener la indemnización a la que tiene derecho⁸². Podemos citar en este sentido las de 22 de febrero de 1991⁸³, 1 de febrero de 1994⁸⁴, 15 de junio de 1996⁸⁵ y 27 de junio de 1997⁸⁶.

La sentencia de 1 de febrero de 1994 también parece seguir esta línea, pese a que el razonamiento que hace pudiera llevar a pensar que adopta la del concurso de normas; sin embargo, y esto es lo que nos hace inclinarnos por la teoría de la opción, no se aparta del *petitum* de la demandante, cosa que debería ocurrir si se hubiese acogido a la otra postura y a la que nos vamos a referir más adelante, pese a reconocer que la culpa era contractual y haberse situado la reclamación en el terreno extracontractual, con lo que, de hecho, se le permite optar por una de las dos acciones que se considera le corresponden⁸⁷.

⁸⁰ Cfr. PASCUAL ESTEVE, «La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual», *ob. cit.*, págs. 56 y sigs. y 1171.

⁸¹ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 977.

⁸² Cfr. REAL PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 672.

⁸³ *RJA*, núm. 1588.

⁸⁴ *RJA*, núm. 854.

⁸⁵ *RJA*, núm. 4774.

⁸⁶ *RJA*, núm. 5151.

⁸⁷ El supuesto era el siguiente: al huésped de un hotel le sustraen el coche del aparcamiento cubierto y vigilado del mismo. Reclama indemnización por responsabilidad extracontractual. El juez de 1.ª instancia estima la demanda; en apelación es revocada por considerar que la culpa es contractual; el TS declara haber lugar al recurso. El Alto Tribunal, tras reconocer el principio de unidad de la culpa civil y que en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar por una u otra, dice lo siguiente: «Proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados, puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi* en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente, salvado el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir, por razón de la errónea o incompleta elección de la

B) *Teoría de la absorción o incompatibilidad*

Según esta línea de pensamiento, existiendo entre las partes una previa relación obligatoria, el demandante no puede ejercitar la acción aquiliana, pues se considera que la norma específica, responsabilidad contractual, absorbe y excluye la extracontractual, dado que aquella ha sido la deseada por las partes, que han sometido ese interés a una particular tutela, y por ello lo han sustraído de cualquier otra tutela genérica preexistente. No puede admitirse que, según las necesidades o conveniencias, la víctima opte por situar su pretensión en la órbita extracontractual, en la que obtendrá un mayor resarcimiento si todavía no ha transcurrido el breve plazo prescriptivo, o por resignarse a una indemnización del daño contractual previsible si ha transcurrido ya.

Los partidarios de esta teoría consideran que no debe haber lugar a la opción, sino solo colocar a cada régimen en el lugar que le corresponda. Gracias a la entrada en juego de los factores de integración contractual, artículo 1258 del Código Civil, y a la invocación en más de un caso de la noción de las obligaciones de seguridad, el contrato goza de una virtualidad absorbente que le permite atraer a su campo todo aquello que se encuentra en la zona de influencia que le es propia, y los daños ocasionados en el ámbito del mismo encuentran su eventual reparación conforme a la normativa contractual⁸⁸. Desde luego, esta teoría es la más congruente y acorde con la regulación legal, aunque debe reconocerse que si se aplica con todo su rigor en cada caso la normativa correspondiente podrían producirse resultados bastante injustos y sin sentido, como alguno de los señalados en páginas precedentes. Pues pudiera ocurrir que por un acto dañoso su autor quede vinculado con diversas personas, con unas contractualmente y extracontractualmente con otras, dando lugar en consecuencia a la aplicación de normativas distintas para la reparación de los daños; pues bien, esta situación puede desembocar en que algunos de los perjudicados (los extracontractuales) obtengan una reparación más amplia que los vinculados contractualmente con el dañador. O incluso que estos no perciban ninguna reparación por haber actuado el sujeto con la diligencia necesaria, mientras que las víctimas extracontractuales sí obtendrían la indemnización por los daños sufridos, dado que en este caso se responde cualquiera que sea la culpa o negligencia. En nuestra opinión, no tiene mucho sentido que el hecho de haber contratado con el causante del daño (produciéndose este en el ámbito del contrato) suponga la exclusión de la reparación de aquel; de ahí que algún autor, aún reconociendo la adecuación a las normas existentes opine que es poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede dar lugar a que la víctima no obtenga un resarcimiento tan amplio como si ejercitase la acción aquiliana⁸⁹, pues no otra explicación tiene el frecuente uso y abuso que se hace del artículo 1902⁹⁰.

norma, el conocimiento del fondo, de manera que el cambio de punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O, dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa».

⁸⁸ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil, contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 118.

⁸⁹ PANTALEÓN PRIETO, «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», *ob. cit.*, pág. 1883.

⁹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 118.

El TS ha seguido esta teoría en las sentencias de 26 de enero de 1984⁹¹, 9 de julio de 1984⁹², 14 de febrero de 1994⁹³ y 18 de octubre de 1995⁹⁴, entre otras, declarando la aplicación preferente de la normativa contractual. En la segunda de las citadas se pronuncia así: cuando los contendientes están ligados por un vínculo contractual, sea este expreso o sea tácito o incluso presunto, o por otra relación basada, por ejemplo, en supuestos jurídico reales como la comunidad de bienes, entra entonces en juego el artículo 1101 y el 1106 y demás concordantes..., y no se aplicarán, por tanto, los preceptos que disciplinan la responsabilidad extracontractual (art. 1902 y sigs.), pues ambas responsabilidades, por las diferencias de regulación legal, sobre todo en materia de prescripción, no pueden coexistir y ser exigidas a la vez.

Más recientemente, parece seguir esta teoría, si bien con algún matiz, la STS 135/2009, de 4 de marzo, en el sentido de considerar que se aplique a cada caso el régimen que le corresponda: si el daño se produce en la rigurosa órbita del contrato, se aplicará la normativa de la responsabilidad contractual, mientras que, aunque se produzca entre personas unidas por una previa relación obligatoria, si el incumplimiento no se produce en la rigurosa órbita de lo pactado, la responsabilidad será extracontractual, lo que una vez más parece imponerse la necesidad de delimitar el ámbito del contrato o, más concretamente, qué se entiende por «rigurosa órbita del mismo, cosa que, como se ha visto, no es fácil. Por otro lado reconoce el Alto Tribunal la existencia de zonas mixtas; dice así: «no cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil». Según este pronunciamiento, mientras no resulten afectados bienes de la personalidad, habrá que aplicar la normativa correspondiente en cada caso.

C) Teoría del concurso de normas

Aquí se parte de la base de que no existen dos pretensiones independientes, sino una única pretensión resarcitoria basada en un hecho dañoso único. El demandante se limitará a exponer los hechos en que basa su pretensión, pero no debe calificarlos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*, de modo que si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.

Parece que para mantener esta postura es preciso entender que no hay diferencias de fondo importantes entre responsabilidad contractual y extracontractual. Díez PICAZO⁹⁵ considera que es más realista entender que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar los daños no es tanto un factor que configura la acción, dotándola de una única naturaleza,

⁹¹ RJA, núm. 386.

⁹² RJA, núm. 3802.

⁹³ RJA, núm. 1468.

⁹⁴ RJA, núm. 7544.

⁹⁵ *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 251.

cuanto entender que son simples fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria, y que como fundamentos de derecho, son en alguna medida intercambiables por virtud del principio *iura novit curia*.

En opinión de un sector de la doctrina⁹⁶ esta teoría es la preferible, al menos en un plano teórico, si es verdad que caminamos hacia una aproximación de las responsabilidades contractual y extracontractual. PANTALEÓN PRIETO⁹⁷ hace el siguiente razonamiento: «si la cuestión se plantea en términos de equidad y de economía procesal, es indudable que debe preferirse la tesis del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión, porque, una vez que se parte de que las pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual son pretensiones diferentes y jurídicamente autónomas, parece imposible escapar a la crítica que los partidarios de la tesis de la «incompatibilidad» han dirigido siempre a la de la «posibilidad de opción»: El ordenamiento no puede permitir que el perjudicado, mediante el simple expediente de ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual, pueda privar de significado, por ejemplo, a las normas o pactos sobre limitación de la responsabilidad contractual; o a los plazos más breves de prescripción o de caducidad que, en determinadas ocasiones, (cuando la seguridad del tráfico exige una rápida liquidación de la relación obligatoria), establece la ley para esta última; o a los plazos de caducidad convencionalmente pactados, etc.».

En nuestra opinión, esta teoría es la preferible, pues teniendo en cuenta que no es posible, en la práctica, aplicar con rigor las diferencias normativas existentes entre ambos regímenes, al menos así se evitan los problemas de elección de la acción que corresponde ejercitar, cosa nada sencilla como anteriormente se ha visto, y la necesidad, en muchas ocasiones, de tener que entablar dos procesos para obtener la reparación a la que la víctima tiene derecho, y a que obligaría cualquiera de las posturas anteriormente examinadas.

Sin embargo, es rechazada por bastantes sentencias del TS, en las que considera que las acciones de responsabilidad contractual y aquiliana son de naturaleza diferente⁹⁸, aunque en otras sostenga que ambas acciones responden a una misma finalidad reparadora, y en no pocas se pronuncie en los siguientes términos: cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible⁹⁹.

⁹⁶ REAL PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 672. MARTÍNEZ MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 788.

⁹⁷ «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», *ob. cit.*, pág. 1883.

⁹⁸ Véase como más reciente, la de 4 de marzo de 2009, anteriormente citada, si bien acoge esta teoría si lo que se lesiona son derechos de la personalidad.

⁹⁹ Véase, en este sentido, las sentencias de 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 854), en la que, además, dice: salvado el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio de punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los

No obstante en algunos fallos, aunque de forma más o menos velada, parece que es la tesis que sigue. Así, por ejemplo, en la sentencia de 16 de diciembre de 1986¹⁰⁰, se discutía si el inquilino que había tenido que abandonar el piso arrendado por derrumbamiento de la techumbre al haberse negado la arrendadora a realizar en él reparaciones urgentes, tenía derecho a ser indemnizado en base a culpa contractual o extracontractual. El Juzgado le concedió indemnización por culpa extracontractual; la Audiencia se la negó por estimar que la acción ejercitable era la contractual. El TS casa la sentencia manifestando que la indemnización ha de declararse tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual.

En la de 16 de mayo de 1988¹⁰¹, el demandante solicitó indemnización por responsabilidad contractual, concediéndosela el Juzgado en base a culpa extracontractual, ya que entre demandante y demandado no existía un contrato perfecto; se consideró que estaban en la fase preliminar, por lo que existía *culpa in contrahendo*, determinante de la responsabilidad aquiliana. La Audiencia revocó la sentencia por incongruente y el TS la casó. Esto supone admitir de hecho la teoría del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión¹⁰².

No obstante, en la actualidad, esta es la postura predominante en la jurisprudencia, como así lo pone de manifiesto el TS en la sentencia de 23 de diciembre de 2004; en su segundo fundamento de Derecho dice así: «...Pero no es menos cierto que en otras muchas sentencias esta Sala, desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia*; así en las sentencias (se citan varias) y la de 8 de abril de 1999, que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda...».

Siguen también esta teoría, las SSTs de 25 de enero de 2006; 18 de julio de 2008 y 7 de octubre de 2010.

4. ESPECIAL REFERENCIA A AQUELLOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE LESIONAN DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. LAS LLAMADAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD

La cuestión de la concurrencia de responsabilidades alcanza un especial relieve cuando lo que se lesionan son derechos de la personalidad. Su especial banco de pruebas ha sido el contrato de transporte, cuando por una negligencia del conductor resulta herido un pasajero, lesionando así su derecho a la integridad física¹⁰³. En estos casos se trata de determinar qué tipo de responsabilidad,

hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa; 15 de junio de 1996 (*RJA*, núm. 4774); 16 de diciembre de 1996 (*RJA*, núm. 8971); 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885) y 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151).

¹⁰⁰ *RJA*, núm. 7447.

¹⁰¹ *RJA*, núm. 4308.

¹⁰² Cfr. REAL PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 672.

¹⁰³ En este sentido, PASCUAL ESTEVEILL, «La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual», *ob. cit.*, pág. 56. FUENTES PÉREZ, «Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho dañoso», en *Revista de Derecho de la Cir-*

contractual o extracontractual, contrae el transportista por la lesión de este derecho, aunque si tenemos en cuenta los artículos 1258 y 1157 del Código Civil, según los cuales el contrato se extiende más allá de lo expresamente pactado y no va a considerarse pagada la deuda hasta que se hubiese realizado completamente la prestación, no parece que el tema deba ofrecer muchas dudas. Pese a ello, la doctrina se ha planteado si existe una obligación de seguridad implícita en el contrato de transporte; es decir, a pesar de no pactarse nada al celebrar el contrato, ¿el contratista asume la obligación contractual de garantizar la seguridad del viajero, o, por el contrario, los daños por accidentes que puedan ocurrir entrarán en el ámbito de la responsabilidad aquiliana? Algunos autores entienden que este contrato no puede considerarse cumplido si al tiempo no se asume la obligación de garantizar la incolumidad del viajero¹⁰⁴. Otros, sin embargo, consideran que el transportista solo se compromete a llevar al pasajero a su punto de destino, pero no asume la obligación de garantizar su seguridad; en caso de que por accidente aquel resultase herido, la responsabilidad del transportista sería extracontractual¹⁰⁵.

Debemos señalar que el contrato de transporte no es el único en el que pueden darse estas obligaciones de seguridad, en caso de admitirse, aunque sí es donde, por la naturaleza del mismo, más incidencia tiene esta cuestión, si bien hay otros donde cabe hacerse el mismo planteamiento, pudiendo destacar en este sentido el contrato de trabajo: ¿el empresario asume la obligación contractual de garantizar la seguridad del trabajador?¹⁰⁶. A primera vista y teniendo en cuenta la regulación del Código Civil, parece que el deudor debe realizar todo lo necesario, aún

culación, 1965, pág. 526. BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 127, señalan que ha sido el contrato de transporte donde tradicionalmente se ha producido, de forma más acusada, la acumulación de responsabilidades, tanto por los daños sufridos por el viajero en su propia persona, como por los daños ocasionados a sus cosas no facturadas, como equipaje de mano.

¹⁰⁴ En este sentido, SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 982. CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 10. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 108, opina que el contrato va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes, y que los principios de integración contractual deben conducirnos a la moderna idea de la obligación de seguridad. ZUBIRI DE SALINAS, *La responsabilidad civil del transportista en el contrato de pasaje marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 307 y sigs. BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, págs. 127 y sigs.

¹⁰⁵ Esta es la línea por la que parece pronunciarse FUENTES PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 532, pues, en su opinión, debe interpretarse el silencio de las partes (se refiere a cláusulas no expresamente pactadas, como garantizar la seguridad el transportista), como lógica remisión tácita a la normativa de orden público (responsabilidad extracontractual), por su confianza en el seguro, respaldo de las disposiciones que lo garantizan. Así, aunque los contratos laborales no suelen contener obligación específica de pago en caso de accidentes, con estipulación o sin ella, el obrero sabe que cobrará si el evento dañoso se produce como le consta al patrono que habrá de indemnizarlo. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 839, partidario de la teoría de la opción, opina que al no admitirse esta se tendría que ampliar peligrosamente el ámbito de la responsabilidad contractual, extendiéndola de manera forzada a supuestos en los que difícilmente podría verse el incumplimiento de obligaciones contractuales; pues si se excluye de la esfera del contrato la responsabilidad delictual, resultará que muchos daños que pueden causarse las partes con ocasión del contrato, pero que no suponen incumplimiento del mismo, quedan sin posibilidad de reparación. Para evitar esta situación es para lo que la jurisprudencia francesa ha creado una ficción: considerar implícita, en ciertos contratos, una obligación de seguridad hacia la persona o bienes de la otra parte.

¹⁰⁶ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 109. BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 138.

lo no expresamente pactado, para que el interés del acreedor quede totalmente satisfecho, es decir, todo lo que de una forma directa e indirecta conduzca a la obtención de los fines que las partes se han propuesto con la celebración del contrato. En este, normalmente, solo se pacta el objetivo fundamental que se pretende conseguir y debe suponerse que el obligado lo está a la realización de todo lo necesario para la satisfacción del acreedor, y desde luego, como obligación contractual (art. 1258 y 1157). Sería absurdo pensar, por ejemplo, que una persona que vende los tomates que pueda dar una determinada finca, no está obligada en virtud del contrato a regarlos y hacer lo necesario para que nazcan solo porque no se ha pactado nada al respecto.

Pero lo cierto es que en algún caso en que se ejercitó la acción al amparo del artículo 1902 por daños sufridos por viajeros en el contrato de transporte, o por trabajadores en sus puestos de trabajo, prosperó; aunque no puede decirse que nuestro Alto Tribunal ayudase a clarificar la cuestión creando una línea unitaria que pudiera seguirse en estos casos, sino que, en ocasiones, ha considerado tales obligaciones como contractuales y, en otras, apreció la existencia de culpa extracontractual. Por ejemplo, en el contrato de transporte se consideró que la culpa era extracontractual en la sentencia de 10 de junio de 1991¹⁰⁷; y, respecto de accidentes laborales, las de 23 de noviembre de 1994¹⁰⁸, 8 de julio de 1996¹⁰⁹ y 19 de mayo de 1997¹¹⁰. Sin embargo, declaró la obligación contractual del transportista de garantizar la seguridad del viajero en la sentencia de 30 de abril de 1959¹¹¹; y, más recientemente, la de 18 de octubre de 1995¹¹² en la que el Alto Tribunal se pronuncia de la siguiente manera: «la obligación de conducir al pasajero en condiciones de protección de su persona es una obligación que se deriva ineluctablemente de la principal; el transportista debe trasladar a la persona de un punto a otro, según el contrato, tal y como inició el transporte, absteniéndose de toda conducta que lo imposibilite, o tomando las disposiciones necesarias para que ello sea así. Pero también es cierto que la parte actora no ha ejercitado la acción de responsabilidad contractual, luego no se puede fallar sobre ella porque no responde en absoluto al planteamiento del litigio»¹¹³.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TS en la sentencia de 21 de noviembre de 1996¹¹⁴, que apreció responsabilidad contractual, aplicando los artículos 1101 y siguientes en casos de accidente laboral en las sentencias de 22

¹⁰⁷ *RJA*, núm. 4434.

¹⁰⁸ *RJA*, núm. 8772.

¹⁰⁹ *RJA*, núm. 5663.

¹¹⁰ *RJA*, núm. 3885.

¹¹¹ *RJA*, núm. 1981, en la que se dice que, al existir un contrato celebrado entre el actor y la empresa de transporte, como se acredita por la adquisición del billete, es en razón a su incumplimiento, al producirse el daño, cuando surge la obligación de indemnizar los perjuicios que se ocasionen al viajero conforme al principio de que no hay responsabilidad sin culpa..., culpa que se presume en todo incumplimiento de contrato y que es exigible, aún cuando de modo expreso no figure pactada, por la extensión que le concede el artículo 1258 del Código Civil.

¹¹² *RJA*, núm. 7544.

¹¹³ En este caso, los actores interponen demanda contra Ferrocarriles de vía estrecha por las lesiones recibidas por una colisión debido a una negligencia de los empleados; lo hacen por culpa extracontractual. El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda; la Audiencia estimó el recurso y la demanda, concediendo la indemnización por culpa contractual. El TS casa la sentencia por incongruente confirmando la de 1.ª Instancia.

¹¹⁴ *RJA*, núm. 9195.

de febrero de 1991¹¹⁵, aunque aquí la razón de ello fue que la acción aquiliana, ejercitada por la víctima, había prescrito, no porque se admitiese la existencia de una obligación de seguridad en el contrato de trabajo. Queda la duda de qué habría ocurrido si la acción (extracontractual) hubiese sido ejercitada en plazo ¿se habría concedido la reparación por esta vía, o habría estimado el Tribunal que la responsabilidad era contractual? Por el razonamiento que en la sentencia se hace, todo parece indicar que se habría admitido la acción al amparo del artículo 1902, pues el rechazo de la misma se debió a que había prescrito, no porque resultase improcedente al existir un contrato entre las partes. La de 15 de junio de 1996¹¹⁶, porque, según nuestro Alto Tribunal, fue la deficiente forma de ejecución del referido contrato, por no adopción de las medidas de seguridad por parte de la empresa contratista..., una de las concausas que contribuyeron a la producción del resultado lesivo... A diferencia de la anterior sentencia, en esta sí se admite claramente la obligación contractual de seguridad.

Nosotros compartimos la opinión de que el contrato de transporte, por ejemplo, no puede considerarse cumplido si al viajero no se le garantiza su seguridad y el transportista no asume la obligación de transportarlo indemne; pero no dejamos de reconocer que de llevarse a sus últimas consecuencias y aplicarse en toda su pureza el sistema tradicional de reparación del daño, podría dar lugar a resultados absurdos e injustos. Por ejemplo, en un accidente de autobús resulta herido un viajero y es arrollado un peatón. La responsabilidad para con este último es evidentemente extracontractual, por lo que se le indemnizarían todos los daños que hubiese sufrido; y no solo eso, sino que además percibiría la indemnización con independencia del grado de negligencia del conductor; mientras que al pasajero, al tratarse de responsabilidad contractual, solo se le abonarían los daños previstos o que se hubieran podido prever al contraerse la obligación si la actuación del conductor no ha sido dolosa (art. 1107 CC). Aquí habría que preguntarse si es posible prever, siquiera sea de forma aproximada, los daños que pueden ocurrir en caso de accidente en un contrato de transporte. Un accidente siempre es previsible, pero, ¿cómo saber de antemano el alcance de las lesiones que pueden sufrir los viajeros, y hasta el número de estos que resultarán heridos a efectos de la indemnización que les corresponderá? Pero, además, en caso de que el grado de negligencia del conductor hubiera sido mínimo, o incluso si no fuera culpable del accidente, al tratarse de responsabilidad contractual, el viajero no percibiría ninguna indemnización, mientras que al peatón atropellado le serían reparados todos los daños sufridos con independencia del grado de culpa del conductor.

Evidentemente este resultado no solo no es justo, sino que va contra todos los principios de la lógica humana. Tal vez esta sea la razón por la que un

¹¹⁵ *RJA*, núm. 1558. La demandante ejercitó la acción de responsabilidad extracontractual por el fallecimiento de su esposo en accidente laboral; el Juzgado concedió la indemnización en base a culpa contractual; apelada la sentencia por prescripción de la acción e incompetencia de jurisdicción, la Audiencia rechaza ambos motivos confirmando así el fallo de Primera Instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS casa la sentencia, pues considera que la acción aquiliana ha prescrito, dado que transcurrió más de un año desde que pudo plantearse, y añade «téngase en cuenta que no se está juzgando sobre posible culpa contractual por impedirlo la congruencia». Con ello se está obligando a la víctima (si quiere obtener la reparación) a promover un segundo procedimiento para obtener la indemnización.

¹¹⁶ *RJA*, núm. 4774.

importante sector de la doctrina¹¹⁷, avalada su opinión por numerosa jurisprudencia¹¹⁸, entiende que cuando el incumplimiento del contrato trae consigo la lesión de los derechos de la personalidad, está justificado aplicar las reglas ex-

¹¹⁷ Cfr. FUENTES PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 532. PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», t. II, vol. 3.º, *ob. cit.*, pág. 133. FERNÁNDEZ COSTALES, *ob. cit.*, pág. 94. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, (*Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*), Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 814.

¹¹⁸ Son numerosas las sentencias en las que se ha concedido la reparación al amparo del artículo 1902 del Código Civil por lesiones procedentes de una intervención quirúrgica, entre las que se pueden citar la de 5 de febrero de 1973 (*RJA*, núm. 406), la de 20 de febrero de 1981 (*RJA*, núm. 564), la de 28 de marzo de 1983 (*RJA*, núm. 1646), y, más recientemente, la de 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151). Además, en esta última, pese a que la relación contractual era clara, el TS considera que, cuando hay concurrencia de responsabilidades, puede, prácticamente, hacerse cualquier cosa para favorecer a la víctima y procurarle una reparación lo más completa posible. El supuesto era el siguiente: la esposa e hijos del fallecido a consecuencia de una intervención de cirugía estética interponen demanda por responsabilidad extracontractual contra el cirujano plástico, el anestesista, el intensivista y contra la propietaria de la clínica donde tuvo lugar la intervención. En primera instancia se desestima totalmente la demanda. En segunda instancia es estimada parcialmente; se condena solo al cirujano y se absuelve a los demás demandados. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. En el recurso se denuncia infracción del artículo 1101 del Código Civil por indebida aplicación en relación con el 1544 del mismo Código, así como la doctrina legal concordante. El pronunciamiento de Tribunal es el siguiente: «Ante todo, hemos de hacer constar que el proceso a que este recurso se refiere se ha venido sustanciando, por así haberlo encauzado las partes en sus respectivos escritos rectores, y ha resuelto, como un supuesto de responsabilidad por culpa extracontractual, por lo que llama la atención que ahora en este motivo, por los preceptos que invoca como supuestamente infringidos, el recurrente plantee su tesis impugnatoria bajo la perspectiva de la culpa contractual. Si bien es cierto que el fallecido contrató directa y personalmente los servicios del cirujano..., lo que hace encajar este supuesto, en lo que respecta exclusivamente a dicho cirujano, en el ámbito de las relaciones contractuales, también lo es que no consta que hubiera concertado contrato alguno con el anestesista, ni con el intensivista, y como contra estos, los demandantes, también han dirigido su pretensión resarcitoria, la posible responsabilidad de los mismos (aunque luego denegada por las sentencias de instancia) es más bien de índole extracontractual, lo que entraña un supuesto de yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual), que no impide que los motivos integradores del presente recurso puedan ser examinados bajo la perspectiva impugnatoria que contienen, como inserta en el ámbito de la culpa contractual, ya que es doctrina de esta Sala, la de que, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible». El mismo pronunciamiento contiene la sentencia de 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885); en este caso se trataba de un accidente laboral y se concede la indemnización por culpa extracontractual. Por su parte, la sentencia del TS, de 4 de marzo de 2009, aún considerando que hay que aplicar a cada hecho dañoso la normativa correspondiente, contractual o extracontractual, manifiesta que «no cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil».

tracontractuales¹¹⁹. Probablemente para evitar que, cuando se producen lesiones en las que no ha intervenido culpa por parte del profesional, la víctima se quede sin la correspondiente reparación¹²⁰, o para conseguir que esta sea más amplia. Refiriéndose concretamente al contrato entre médico y paciente razonan de la siguiente manera: cuando el profesional no hace uso de los recursos propios de la *lex artis*, no se está incumpliendo una obligación específica con el paciente, sino unos imperativos legales y profesionales que constituyen auténticos deberes de importancia general frente al público. Así, DE ÁNGEL YAGÜEZ¹²¹ opina que la división entre responsabilidad contractual y extracontractual se desvanece en materia de derechos de la personalidad. DIEZ PICAZO¹²² al hablar de la evolución y transformación del sistema tradicional en la reparación de los daños¹²³, considera que este cambio puede deberse a dos factores, el origen de los daños, y la naturaleza de estos. Respecto del origen, encuadraría los derivados del maquinismo y del progreso tecnológico; en cuanto a los resultados, parece que debe referirse a todos aquellos casos en los que se produce un resultado de muerte o lesiones corporales. Puesto que es imperativo que todas las lesiones sean reparadas, y de algún modo todos somos culpables y partícipes de los daños y los riesgos, en su opinión, debería escindirse el derecho de daños en dos grandes sectores; en uno de los campos se encuadraría todos los actos lesivos con resultado de muerte o lesiones corporales, que se encontraría regido por los nuevos principios, esto es, llevando a una completa socialización de los riesgos, a un pago de las reparaciones por un organismo público y a medir cuidadosamente el derecho de regreso contra alguna persona individualizada. El otro seguiría rigiéndose por los principios tradicionales.

Como puede observarse, de una forma u otra, todos parecen inclinarse por la necesidad de que los daños corporales encuentren siempre una reparación, aún a costa de modificar los principios que tradicionalmente han regido las indemnizaciones de los perjuicios sufridos a consecuencia de un acto lesivo. Pues, en definitiva, los autores que defienden la aplicación de las normas extracontractuales cuando lo que se lesiona en el cumplimiento de un contrato es la integridad física, están tratando de reforzar las garantías para asegurar a la víctima el cobro de la indemnización. A la vista de este estado de cosas, tal vez no resulte aventurado decir que la normativa vigente sobre responsabilidad civil no responde a las actuales necesidades, pues resulta claramente insuficiente para dar solución adecuada a los problemas prácticos que pueden presentarse,

¹¹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana»..., *ob. cit.*, pág. 472; «La responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 106. En parecido sentido se ha pronunciado el TS en la sentencia de 4 de marzo de 2009, anteriormente comentada.

¹²⁰ Aunque, según advierte DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, págs. 31 a 35, se ha ampliado de tal modo el concepto de culpa que se ha llegado a la deformación de su contenido, y para reparar daños resultantes de accidentes, se llega incluso a considerar que son «culpa» los simples errores insignificantes, fruto de una torpeza o un mal reflejo. Ante daños accidentales, y cuando las víctimas no han podido ampararse en un principio de responsabilidad sin culpa, los jueces —en ausencia de una verdadera culpa de conducta reprochable a su autor— se han dado por satisfechos con la existencia de simples «polvos de culpa».

¹²¹ «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, pág. 28.

¹²² «La responsabilidad civil hoy», *ob. cit.*, pág. 738.

¹²³ Véase también GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, págs. 25 y sigs.

obligando de esta manera a forzar los argumentos para conceder una reparación que es justa pero que las normas en vigor impedirían obtener.

Debe ponerse de manifiesto que, a la vez que se pretende asegurar la reparación cuando de daños corporales se trata, incluso socializando los riesgos, también se propugna la existencia de topes a este tipo de indemnizaciones, es decir, de adoptar una fórmula para conseguir que las condenas se ajusten a criterios, si no de rigurosa igualdad, sí de una razonable armonía entre las soluciones judiciales de unos casos y de otros, para evitar que se concedan indemnizaciones de cuantía muy distinta en casos similares¹²⁴.

V. CONCLUSIONES

Como puede observarse, la doctrina está dividida respecto de cuál sea la tesis más adecuada para solucionar estos casos que pueden generar ambos tipos de responsabilidad. Tampoco el TS ha arrojado luz sobre el tema, elaborando una doctrina unitaria que pudiese proporcionar una cierta seguridad a la hora de decidir qué acción ejercitar en estos supuestos. Lo cierto es que la jurisprudencia ha sido vacilante, adhiriéndose, ora a una postura, ora a la otra, tratando de buscar la justicia material del caso concreto. La razón de esta falta de uniformidad se encuentra en la necesidad de resolver en justicia los distintos asuntos que se le someten.

Por eso, si el demandante ha sufrido un daño imputable al demandado y que debe ser resarcido, el TS suele darle la razón aún a costa de forzar los razonamientos jurídicos, llegando a mantener posturas contradictorias, pues, en unas sentencias se destacan las diferencias existentes entre ambos institutos de responsabilidad defendiendo la aplicación preferente de la normativa contractual con exclusión de la aquiliana, mientras que en otras se resalta los puntos de coincidencia en la medida en que ambas acciones responden a una misma finalidad reparadora siendo indiferente que el daño se produzca como consecuencia de una obligación preexistente, o que se trata de una violación de un deber genérico. Por ejemplo, en algunos casos en los que el daño producido no es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, se argumenta que la responsabilidad es contractual, sobre todo si ha transcurrido el breve plazo de prescripción de la acción aquiliana; o, aunque exista vínculo contractual entre las partes y el daño se produzca como consecuencia del incumplimiento del deudor, se afirma que la responsabilidad es extracontractual, generalmente cuando lo que se lesionan son derechos de la personalidad para que el *quantum* indemnizatorio sea más elevado, pues se observa una tendencia a favorecer a la víctima¹²⁵. Incluso, en ocasiones, ha empleado fórmulas a modo de cortinas de humo para no hacer patente su total contradicción con la postura mantenida en fallos anteriores.

A nuestro juicio, todo este estado de cosas es consecuencia de la duplicidad de regímenes de responsabilidad civil, pues, aunque en opinión de un importante sector de la doctrina estas diferencias son más aparentes que reales, lo cierto es

¹²⁴ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Tratado de responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 692; «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, págs. 111 y sigs.

¹²⁵ Véase, en este sentido, las SSTs de 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885) y 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151).

que siguen estando ahí, y algunas son francamente significativas, como el distinto plazo prescriptivo de la acción. ¿No resultaría más sencillo, e incluso más justo, unificar ambos regímenes? En definitiva, a nadie es lícito causar perjuicios a los demás, y si lo hace debe repararlos, con independencia de la existencia o no de una previa relación entre el causante del daño y el que ha sufrido el perjuicio. Así, este dispondría de una acción durante un determinado período de tiempo para pedir la indemnización y sin tener que tratar de encuadrarla en el ámbito de una concreta relación, o tratando de ignorar esta simplemente porque se quiere obtener un *quantum* más elevado, dando lugar a resultados, cuando menos, discutibles.

Suele decirse que una de las razones que permiten poner en tela de juicio la noción misma de la responsabilidad civil es la difuminación de los criterios diferenciales entre ambos tipos de responsabilidad; pero lo que también parece claro, es que si esas diferencias han tenido que ir atenuándose es porque, evidentemente, el mantenimiento de las mismas no resultaba viable, no satisfacía las necesidades de una época en que las relaciones sociales se han hecho muy complejas, los riesgos se incrementan y, en consecuencia, también las posibilidades de ocasionar daños, aunque el actuar del dañador haya sido diligente¹²⁶. Indemnizar a la víctima por los perjuicios sufridos se convierte en una exigencia, y ello, con independencia de la culpa del causante de aquellos; de ahí que para conceder la justa reparación del perjuicio haya que recurrir a suavizar el concepto de culpa, ampliándolo; se invierte la carga de la prueba¹²⁷; para asegurar el cobro de la indemnización y que esta sea lo más completa posible, si lo que se lesionan son derechos de la personalidad, aunque exista contrato entre las partes se recurre a la responsabilidad extracontractual, etc. Pero ocurre que la difuminación de las diferencias no supone su eliminación, y el mantenimiento de las que todavía existen (por ejemplo, el plazo de un año, o quince para la prescripción de las acciones) son las que provocan la necesidad de recurrir a

¹²⁶ Cfr. Díez PICAZO, «La responsabilidad civil hoy», *ob. cit.*, págs. 731 y sigs. SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil», *ob. cit.*, págs. 9 y sigs. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «La responsabilidad por acto ilícito en el área del Código Civil español, con especial referencia a la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo», en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, pág. 205; «La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, ed. Uned, Madrid, 2000, págs. 39 y sigs.

¹²⁷ En este sentido se refieren a la evolución del concepto de culpa las SSTs de 29 de junio de 1990 (*RJA*, núm. 4945); la de 18 de noviembre de 1994 (*RJA*, núm. 9322), en la que se reconoce que la jurisprudencia de esta Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, aunque el cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño...», así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiojetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgos...». Sobre la evolución de la jurisprudencia en este aspecto, véase DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *ob. cit.*, págs. 208-210, 220-222; «La responsabilidad extracontractual...», *ob. cit.*, pág. 61. También CAVANILLAS MÚGICA-TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 21.

forzar los argumentos en más de una ocasión para poder conceder a la víctima la indemnización a la que tiene derecho. Esto, lógicamente, provoca una gran inseguridad jurídica, pues nunca se sabe a ciencia cierta qué acción ejercitar¹²⁸, y si la misma prosperará o no, pese a ser, a primera vista, la correcta; pues ya se ha tenido ocasión de comprobar que en algunos casos la realización de un acto dañoso se ha considerado incumplimiento contractual, y en otros, la misma infracción se estimó generadora de responsabilidad extracontractual, lo que no ocurriría si no existiesen esas diferencias.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, II, vol. 1.º, ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- ASÚA GONZÁLEZ: *La culpa «in contrahendo»*, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- BERCOVITZ, R.: «Comentario de la STS de 14 de octubre de 1986», en *CCJC*, 1983.
- BLANCO GÓMEZ: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho Sustantivo español*, ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- «Comentario de la STS de 16 de mayo de 1968», en *CCJC*, 1988.
- CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ: «La responsabilidad civil contractual y extracontractual», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. IV, 1991.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, ed. Civitas, Madrid, 1995.
- *Tratado de Responsabilidad Civil*, ed. Civitas, Madrid, 1993.
- *La responsabilidad contractual y extracontractual*, vol. I, ed. Reus, Madrid, 1993.
- *Comentario del Código Civil*, t. II, dirigido por PAZ ARES, DíEZ-PICAZO, SALVADOR CODERCH y BERCOVITZ, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- DE COSSÍO: «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», en *ADC*, 1966.
- *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, ed. Civitas, Madrid, 1988.
- DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ: «La responsabilidad por acto ilícito en el área del Código Civil español con especial referencia a la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo», en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, ed. G. Giapichelli Editore, Torino, 1995.
- «La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, ed. UNED, 2000.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 2007.
- «La responsabilidad civil hoy», en *ADC*, 1979.

¹²⁸ De la jurisprudencia del TS se desprende que en caso de duda, pueden ejercitarse ambas acciones de forma alternativa. Véase, en este sentido, las sentencias de 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 855); 1 de junio de 1996 (*RJA*, núm. 4775); 16 de diciembre de 1996 (*RJA*, núm. 8971); 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3886).

- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1979.
- FERNÁNDEZ COSTALES: *La responsabilidad médica y hospitalaria*, ed. Edilex, Madrid, 1987.
- FUENTES PÉREZ: «Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho dañoso», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1965.
- GARCÍA VALDECASAS: «El problema de la acumulación de responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *RDP*, 1962.
- GUIDO CALABRESI: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- JORDANO FRAGA, «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», en *RCDI*, 1985.
- *La responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1987.
- LASARTE ÁLVAREZ: «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *RDP*, 1980.
- *Principios de Derecho Civil*, t. II, ed. Marcial Pons, 2012.
- LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ: *El ámbito de la responsabilidad en los centros docentes*, Madrid, 2007.
- MANZANARES SECADES: «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrayendo», en *ADC*, 1985.
- MARTÍNEZ MARTÍN: «Comentario de la STS de 10 de junio de 1991», en *CCJC*, 1991.
- MIQUEL GONZÁLEZ: «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», en *Responsabilidad Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- MORETÓN SANZ: «Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: vis atractiva del orden contencioso *versus* vis residual de la jurisdicción civil», en *RCDI*, 731, 2012, págs. 1716 y 1717, nota 26.
- MORETÓN SANZ y LÓPEZ PELÁEZ: «La objetivación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones: acoso escolar, causa adecuada y daño moral en centros docentes», en *RCDI*, 726, 2011, págs. 2331-2347.
- PANTALEÓN PRIETO, «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», en *CCJC*.
- «Comentario de la STS de 10 de mayo de 1984», en *CCJC*, 1984.
- «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991.
- PASCUAL ESTEVILL: *La responsabilidad extracontractual, aquiliana y delictual*, t. II, vol. 2, ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- «La responsabilidad extracontractual, aquiliana y delictual», en *La Ley*, 1991.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3, ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- REAL PÉREZ: «Comentario de la sentencia de 22 de febrero de 1991», en *CCJC*.
- ROGEL VIDE: *La responsabilidad civil extracontractual*, ed. Civitas, Madrid, 1977.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ: «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual», en *RDP*, 1972.
- SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil*, I, ed. Montecorvo, Madrid, 1991.
- YZQUIERDO TOLSADA: «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación», en *RCDI*, 1991.
- *Responsabilidad contractual y extracontractual*, ed. Reus, 1993.
- ZUBIRI DE SALINAS: *La responsabilidad civil del transportista en el contrato de pasaje marítimo*, ed. Bosch, Barcelona, 1995.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de abril de 1959.
- STS de 28 de diciembre de 1964.
- STS de 5 de febrero de 1973.
- STS de 20 de febrero de 1981.
- STS de 28 de marzo de 1983.
- STS de 26 de enero de 1984.
- STS de 9 de junio de 1984.
- STS de 9 de julio de 1984.
- STS de 19 de junio de 1984.
- STS de 16 de diciembre de 1986.
- STS de 16 de mayo de 1988.
- STS de 7 de febrero de 1990.
- STS de 27 junio de 1990.
- STS de 29 de junio de 1990.
- STS de 17 de diciembre de 1990.
- STS de 22 de febrero de 1991.
- STS de 10 de junio de 1991.
- STS de 11 de octubre de 1991.
- STS de 11 de febrero de 1992.
- STS de 1 de febrero de 1994.
- STS de 14 de febrero de 1994.
- STS de 14 de noviembre de 1994.
- STS de 18 de noviembre de 1994.
- STS de 23 de noviembre de 1994.
- STS de 18 de octubre de 1995.
- STS de 24 de noviembre de 1995.
- STS de 1 de junio de 1996.
- STS de 15 de junio de 1996.
- STS de 8 de julio de 1996.
- STS de 21 de noviembre de 1996.
- STS de 16 diciembre de 1996.
- STS de 19 de mayo de 1997.
- STS de 27 de junio de 1997.
- STS de 8 de abril de 1999.
- STS de 23 de diciembre de 2004.
- STS de 29 de noviembre de 2005.
- STS de 25 de enero de 2006.
- STS de 12 de junio de 2007.
- STS de 22 de octubre de 2007.
- STS de 13 de marzo de 2008.
- STS de 18 de julio de 2008.
- STS de 4 de marzo de 2009.
- STS de 7 de octubre de 2010.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
Y EXTRACONTRACTUAL
DAÑOS Y PERJUICIOS E
INDEMNIZACIÓN Y REPARACIÓN

Como de todos es sabido, la responsabilidad civil, entendida como necesidad de reparar los daños ocasionados a una persona, puede, y de hecho tiene, distinto origen: contractual, producida por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato por una de las partes, o extracontractual. En este caso, no existe vínculo entre las partes, incluso puede que ni se conozcan, pero una causa un daño a la otra que debe ser reparado. Pese a que en ambos tipos de responsabilidad la obligación del causante del perjuicio debe repararlo, lo cierto es que son objeto de distinta regulación, lo que provoca que al perjudicado no le sea indiferente reclamar la indemnización por una u otra vía. A primera vista pudiera pensarse que la elección es sencilla; si hay contrato entre las partes, lo procedente es ejercitar la acción de responsabilidad contractual, cuyo plazo de prescripción es de quince años y, caso contrario, la responsabilidad extracontractual, cuya acción prescribe al año de producirse el evento dañoso. Pero se da la circunstancia de que existen zonas de dudosa contractualidad, donde no está claro si el daño se produce dentro de la rigurosa órbita del contrato, como exige el TS para poder reclamar contractualmente o, si por el contrario hay que ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual. A las anteriores evidencias, se añade que en la responsabilidad extracontractual la cuantía de la indemnización suele ser mayor que la otorgada en los supuestos de responsabilidad contractual. Por otra parte, un mismo evento dañoso puede dar lugar a la vulneración del principio *neminem laedere* e implicar, al tiempo, un incumplimiento contractual dando

ABSTRACT

CONTRACTUAL AND
EXTRACONTRACTUAL LIABILITY
DAMAGES AND INDEMNIFICATION
AND REPARATION

As we all know, civil liability, meaning the need to repair damage done to a person, can and in fact does have different origins; it may be contractual, caused by a party's breach or defective performance of a contract, or it may be extracontractual. In the latter case, there is no link between the parties. They may not even know each other. Even so, one does damage to the other that must be repaired. Although in both types of liability it is the obligation of the person doing the damage to repair it, the fact is that the two types of liability are regulated differently, which means the channel through which the damaged party claims indemnification matters. At first sight, the choice might be thought to be a no-brainer. If there is a contract between the parties, the right thing to do is take action for contractual liability, which has a 15-year statute of limitations. Otherwise, the correct course is to take action for contractual liability, which one can do up to one year after the harmful event occurred. But it so happens that there are grey areas where it is not clear whether the damage was done within the strict orbit of a contract (as the Supreme Court requires in order for contractual liability to be claimed) or, on the contrary, extracontractual liability action is the way to go. To this we add, as further evidence, that the amount of the indemnity in extracontractual liability is usually larger than in contractual liability. Furthermore, the same harmful event may give rise to a violation of the rule of *neminem laedere* and involve, at the same time, a breach of contract that gives rise to a whole conjunction of liabilities, making it hard to choose which type of legal ac-

lugar a una conjunción de responsabilidades, que dificulta la elección de la acción a ejercitar. Esta dualidad de regulaciones supone en la práctica numerosos conflictos a evidenciar en este trabajo tras un detenido análisis de la jurisprudencia, así como de las aportaciones doctrinales en la materia.

tion to take. The upshot of the duality of regulations involved is that there are numerous conflicts, as shown by this paper, which gives a thorough analysis of the pertinent case law and the contributions of legal thought.

1.7. Concursal Civil

EL REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE: ¿UN DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL DE LA FAMILIA EJECUTADA O UN COMODATO FORZOSO?

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD POR EL ACREEDOR ADJUDICATARIO.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DEL REAL DECRETO-LEY.—IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL.—V. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO CONCEDIDO AL DEUDOR. UNA PRIMERA HIPÓTESIS: UN DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL: 1. SUJETO. 2. REGULACIÓN. 3. CONTENIDO: A) *Obligaciones conexas del habitacionista*. B) *Derechos y obligaciones del dueño*. 4. EXTINCIÓN: A) *Liquidación de cuentas*. B) *Retirada de mejoras*. C) *Compensación de mejoras con desperfectos*.—VI. ¿PROCEDERÍA LA REGISTRACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL?—VII. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO CONCEDIDO AL DEUDOR. SEGUNDA HIPÓTESIS: UN COMODATO FORZOSO.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes (16 de noviembre de 2012) ha entrado en vigor el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, cuya finalidad fundamental es la suspensión inmediata y por un plazo de dos años [de 16 de noviembre de 2012 a 16 de noviembre de 2014 (art. 1)] de los desahucios de las familias que el legislador identifica como especialmente vulnerables. Por lo tanto, en el plazo comprendido entre esas fechas, no podrán producirse lanzamientos de las fincas adjudicadas en ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial a las entidades financieras, de dichas familias.

El legislador afirma adoptar esta medida en atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa España y con el fin de aliviar la situación de los deudores hipotecarios, de modo que se garantice que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social (párrafos I y III de la Exposición de Motivos).

Realmente, en el fondo de la norma late la aplicación de la cláusula de origen medieval *rebus sic stantibus*, que permite modificar el contenido del contrato, cuando una alteración imprevisible y extraordinaria de las circunstancias en que se firmó, produce para una de las partes un desequilibrio económico importante, de modo que resulta perjudicada por la variabilidad de dichas circunstancias, variabilidad que no le es imputable, no teniendo además otro medio de resarcirse de dicho perjuicio.

En este sentido, se indica en la Exposición de Motivos: «con este fin, es necesario profundizar en las líneas que se han ido desarrollando en los últimos tiempos¹ para perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, *a causa de tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección*». Se trata de paliar las circunstancias de mayor gravedad que se vienen produciendo (párrafos IV y V de la Exposición de Motivos).

La medida descrita tiene carácter *excepcional y temporal, por lo que queda excluida la aplicación analógica de la norma* (art. 4.1 CC, que señala que *las normas excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*). Pretende evitar que, adjudicada al acreedor hipotecario, o a persona que actúe por su cuenta, en un procedimiento de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial² la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos definidos como de especial vulnerabilidad (art. 1.2 en relación con el art. 1.4) y en las circunstancias económicas previstas (art. 1.3 en relación con el art. 1.4), dichas personas sean lanzadas de la vivienda.

La concurrencia de las circunstancias descritas en el artículo 1.2, 3 y 4 deberá acreditarse por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes del lanzamiento, ante el juez o el notario encargado del procedimiento, mediante presentación de los documentos referidos en el artículo 2 del Real Decreto-ley.

La norma se aplica a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado *a la entrada en vigor de la norma* [por lo tanto, a fecha de 16 de noviembre de 2012, incluido (*dies ad quem computatur in termino*)] y en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.

¹ Se refiere al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, norma de efectos claramente retroactivos (art. 2 y 3) para las dos medidas de reducción del esfuerzo hipotecario de los deudores (art. 4 y Código de Buenas Prácticas), basada también en la dicha cláusula *rebus sic stantibus*.

² O de ejecución ordinaria basada en la escritura de constitución de hipoteca (art. 517.4.º LEC) o de ejecución ordinaria abierta tras una sentencia recaída en un declarativo seguido contra el deudor hipotecario, pues la *ratio legis* de la norma también en estos casos estaría presente, y hay que entenderlos incluidos en su espíritu aunque no estén enunciados expresamente (*arg. ex Disp. Transitoria Única* que habla de «*procesos judiciales...* de ejecución hipotecaria»). Si bien es cierto que el acreedor hipotecario no suele utilizar estas vías procedimentales sino el procedimiento especial de ejecución hipotecaria judicial [antiguo art. 131 LH (hoy Cap. V, Tít. IV, Libro III de la LEC)] o el procedimiento de venta extrajudicial ante notario [modificado para el caso de vivienda habitual del deudor por el art. 12 del Real Decreto-ley 6/2012, que señala que «la ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulada en el art. 129 de la LH y sujeta al procedimiento previsto en los arts. 234 a 236.o) del RH, se someterá a lo previsto en los apartados siguientes en aquellos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor»]. En este sentido, señalan RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, que «atendiendo a la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, que establece que las suspensiones afectarán a *cualquier* proceso judicial o extrajudicial, una interpretación teleológica del mismo nos obliga a pensar que el ámbito de aplicación se extiende a todos los procesos de ejecución, hipotecarios u ordinarios, o a ejecuciones derivadas de monitorios, siempre que se esté ejecutando una garantía hipotecaria» (RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios» en *Diario La Ley*, 3 de enero de 2013).

La norma tiene, pues, *claros efectos retroactivos* y pretende evitar el desalojo de los deudores hipotecarios considerados especialmente vulnerables, *sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria (Exposición de Motivos, párrafo VI), en la confianza de que, a la finalización de dicho periodo de suspensión de dos años, dichos deudores hayan superado la situación de dificultad en que se encontraban en el momento actual [y estén en condiciones de subvenirse una vivienda en alquiler o en propiedad (Exposición de Motivos, párrafo 10)].* Característica destacada de la medida es que el deudor hipotecario y su familia podrán permanecer en la vivienda habitual adjudicada al acreedor, sin pagar renta o merced alguna, garantizándose que durante este periodo de tiempo los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no podrán ser desalojados de sus viviendas.

II. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD POR EL ACREEDOR ADJUDICATARIO

La primera cuestión a que hemos de responder a la hora de interpretar este nuevo Real Decreto-ley, es si el acreedor adjudicatario que no puede lanzar al deudor hipotecario de la vivienda ejecutada, es efectivamente ya propietario del inmueble en cuestión.

La LEC 2000 no ha fijado de un modo preciso e inequívoco «la actuación procesal o resolución judicial —acto de la subasta (art. 649.3), auto aprobando el remate (art. 670), consignación del resto del precio por el rematante (art. 670), testimonio del auto expedido por el secretario (art. 674.1), entrega de la posesión del inmueble (art. 675.1), o cualquier otro— que, en interpretación auténtica de la legislación civil deba entenderse con virtualidad bastante para transmitir el derecho real de dominio al adjudicatario o rematante...». Se hace preciso, pues, realizar una labor de interpretación de la teoría del título y del modo (arts. 609 y 1095 CC), y de su proyección sobre la ejecución forzosa.

«La proyección de esta doctrina al ámbito de la adquisición en subasta judicial considera que el momento de transmisión del derecho real viene dado por la expedición por el secretario judicial del *testimonio* comprensivo del auto de aprobación del remate o de adjudicación al acreedor, es decir, el auto hoy contemplado en el artículo 674.1»³. Salvando las distancias que impone el ámbito procesal en que se desarrolla la subasta judicial, hay que entender que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2 del Código Civil. La venta se perfecciona con la aprobación de la adjudicación y la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que es un testimonio expedido por el secretario judicial.

El propio artículo 674 LEC (en su redacción posterior a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial) nos da elementos suficientes para entender que la transmisión del dominio se produce a favor del acreedor adjudicatario de este modo. Señala el precepto: «1. Será título bastante para la inscripción en el Registro el testimonio, expedido por el secretario judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al

³ PARDO MUÑOZ, F. J., «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», en *Propiedad y Derecho Civil*. Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, págs. 285 a 287.

acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria...».

Si dicho testimonio es título bastante para la inscripción es porque reúne los requisitos de los artículos 2 y 3 de la LH, y por lo tanto, el documento formal es expresivo de un título en sentido material: un título adquisitivo del dominio. Además el artículo 674.2 LEC señala que «a instancia del *adquirente*, se expedirá, en su caso, *mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación*». Esta mención al *adquirente*, justo en el párrafo posterior relativo al título suficiente para la inscripción, evidenciaría que este es el que produce la adquisición del dominio, no verificada por el decreto aprobatorio de la adjudicación.

En este sentido se ha pronunciado la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, reflejo de la cual es la STS de 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010/265).

La cuestión jurídica que dio origen al recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del TS (art. 477.2.3.º LEC), consistía en dilucidar, ante un caso de doble inmatriculación de una misma finca rústica subastada en un juicio ejecutivo de la LEC 1881 y también en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH, si la propiedad de la finca pertenecía al demandante-recurrente, cesionario del remate en el juicio ejecutivo, o a los demandados, cesionarios del remate en el procedimiento de ejecución hipotecaria. La sentencia de apelación había estimado que la cuestión debía resolverse conforme a las reglas del Derecho Civil puro, sin ser decisiva, por tanto, la fecha de las inscripciones y que eran los demandados quienes habían adquirido la propiedad conforme al sistema de adquisición mediante título y modo, ya que la cesión del remate a favor del actor había tenido lugar el 28 de octubre de 1992, pero no obtuvo el auto de aprobación del remate hasta el 29 de octubre de 1993, mientras que los demandados lo obtuvieron el 5 de junio de 1993. El recurrente impugnaba dicha sentencia por considerarla contraria a la doctrina jurisprudencial del TS, según la cual el acta de remate es suficiente para transmitir el dominio, porque el auto de aprobación únicamente es exigible para inscribir la adquisición en el Registro, citando en su favor diversas sentencias del Alto Tribunal. A su alegato respondió el TS del siguiente modo, lo que le condujo a la desestimación del recurso:

«TERCERO.

Entrando por tanto a decidir la verdadera y única cuestión sobre la que ha de pronunciarse esta Sala, es cierto que las sentencias citadas en el recurso parecen autorizar la tesis del actor-recurrente, especialmente la de 24 de junio de 1997 (RJ 1997/5209) en cuanto *considera que el remate y el pago del precio son eficaces para transmitir la titularidad dominical “aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción”*, si bien las dos sentencias que cita como precedentes de su criterio de decisión poco o nada tienen que ver con el presente caso litigioso, ya que la de 22 de marzo de 1946 (RJ 1946/273) versa sobre una transmisión de créditos y la de 12 de febrero de 1985 (RJ 1985/546) trata de la cualidad de propietario de quien se adjudicó una vivienda en subasta judicial a los solos efectos de poder demandar a un arquitecto por los vicios ruínógenos de dicha vivienda. *Por su parte, la sentencia de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998/756), también citada en el recurso, transcribe y acepta lo declarado por la de 24 de junio de 1997, pero no como razón causal de su fallo* porque, en realidad, tal razón

consiste en que en este otro caso el remate había sido suspendido. *Y aunque no se cite en el recurso, otra sentencia más reciente, la de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003/255), tras considerar no pacífica la cuestión de cuándo se adquiere la propiedad de un bien subastado judicialmente y citando las sentencias de 5-1-1899, 28-6-49, 17-2-56 (RJ 1956/1497) y 29-2-60 (RJ 1960/943) como exponentes, entre otras, de la doctrina que en el régimen de la LEC de 1881 anterior a su reforma por la Ley 10/92 (RCL 1992/1027) exigía escritura pública para que se consumara la adquisición, señala que “más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación que el juez hace al rematante, no hay obstáculo legal alguno de atribuirle el carácter de tradición simbólica ficta, citando como exponentes de esta más moderna corriente jurisprudencial las sentencias de 31 de octubre de 1983 (RJ 1983/5852), 20 de octubre de 1989 (RJ 1989/6945), 13 de octubre de 1998 (RJ 1998/7562) y, especialmente, 1 de julio de 1991 (RJ 1991/5311) y 11 de julio de 1992 (RJ 1992/6280)”.*

Sucede sin embargo, en primer lugar, que de estas últimas sentencias citadas por la de 14 de octubre de 2002 no favorecen precisamente al recurrente la de 20 de octubre de 1989 ni la de 1 de julio de 1991, pues la primera exige inequívocamente la tradición para que se produzca la transmisión del dominio, tradición constituida en el caso por la puesta de la finca vendida a disposición del comprador mediante una cláusula que le autorizaba a disponer de la misma, y la segunda retrasa al auto de aprobación definitiva del remate el momento de la consumación de la venta, negando que tal momento fuera el de la propia subasta; y en segundo lugar, que tanto la sentencia de 24 de junio de 1997 como todas las demás citadas hasta ahora versan sobre casos muy diferentes del aquí examinado, pues se refieren bien a tercerías de dominio tendentes a alzar un embargo (sentencias de 20 de octubre de 1989, 24 de junio de 1997 y 20 de octubre de 1998), bien al plazo para ejercitar la acción de retracto o al nacimiento de esta misma acción (sentencias de 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992), bien a la nulidad de la venta judicial pedida por el propio ejecutado [sentencia de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003/255)], bien, como se ha indicado ya, a una transmisión de créditos o a la legitimación para ejercitar la acción de reclamación por vicios ruinosos [sentencias de 22 de marzo de 1946 y 12 de febrero de 1985 (RJ 1985/546)].

En cambio, cuando lo planteado en el litigio es un conflicto creado por dos ventas judiciales de una misma finca en sendos procedimientos judiciales, la jurisprudencia de esta Sala mantiene toda la virtualidad del artículo 609 del Código Civil, exigiendo algo más que la mera aprobación del remate para la adquisición de la propiedad de la finca subastada por el rematante o el cesionario del remate. Así, la sentencia de 29 de julio de 1999 (RJ 1999/5909), citando extensamente la de 1 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6376) y también las de 16 de julio de 1982 (RJ 1982/4246) y 10 de diciembre de 1991 (RJ 1991/8926), declara que “la consumación venía amparada por el otorgamiento de la escritura pública” y que tras la reforma de la LEC de 1881 por la Ley 10/92, “la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (art. 1515)”; la sentencia de 4 de abril de 2002 (RJ 2002/3285) puntualiza que la subasta supone una oferta de “venta” (de la finca embargada) que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública (en el sistema procesal entonces vigente) como traditio instrumental para producir la adquisición del dominio; y en fin, la de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006/8709) reproduce la anterior, añadiendo que “después de la reforma operada por la Ley 10/1992, el testimonio del auto de aprobación del remate” con-

forma la operación del acto procesal enajenatorio. Y la misma línea se mantuvo incluso en una tercería de dominio por la sentencia de 1 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6376) y, años más tarde, en un caso de nulidad de un procedimiento administrativo de apremio solicitada por quien fue propietario de la finca embargada, por la sentencia de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003/1004), que reprodujo lo ya declarado por la de 4 de abril de 2002 (RJ 2002/3285).

CUARTO

Así las cosas, claro está que la sentencia impugnada, lejos de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo pertinente al caso que resuelve, se ajusta plenamente a ella, pues la supresión del requisito de la escritura pública en el régimen de la LEC de 1881 por la Ley 10/92, no permite olvidar que según el nuevamente redactado párrafo primero del artículo 1515 se ponían los bienes a disposición del comprador «junto con el testimonio» del auto de aprobación del remate, de suerte que la entrega de este testimonio era el acto verdaderamente constitutivo de tradición»⁴.

Para la sentencia citada era evidente que lo que determinaba la adquisición del dominio era la expedición por el secretario judicial del testimonio del auto de adjudicación.

Con mayor claridad todavía y aplicando la LEC 2000, se pronuncia el AAP de Girona (Sección 1.ª) de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012/190084).

El Juzgado de 1.ª Instancia, número 4 de Santa Coloma de Farners, dictó auto el 11 de octubre de 2011, inadmitiendo una demanda de tercería de mejor derecho en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Dicho auto se fundamentaba en el artículo 615.2 de la LEC, al considerar que se había interpuesto cuando se había dictado ya el decreto de adjudicación al ejecutante, considerándose que desde ese momento el ejecutante había adquirido la titularidad del bien. Los recurrentes, por el contrario sostenían la admisibilidad de la tercería hasta el momento de adquisición de la propiedad por el ejecutante que entendían se produce con la entrega del testimonio del decreto de adjudicación.

En su Fundamento segundo, la AP alega, estimando el recurso, lo siguiente (que complementa lo dicho anteriormente por la STS citada):

«A fin de resolver la interpretación del artículo 615.2 de la LEC, que impide la admisión de la tercería de mejor derecho cuando se han adjudicado los bienes embargados al ejecutante, pero con la necesidad de que tal adquisición suponga la

⁴ La sentencia se está refiriendo a la versión del juicio ejecutivo (en el que alegaba haber adquirido el demandante) posterior a la reforma operada por la Ley 10/1992 en la LEC 1881 (aunque la misma doctrina la aplica para el procedimiento de ejecución hipotecaria), según la cual los artículos 1514 y 1515 de la LEC eran del siguiente tenor:

Artículo 1514: Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el secretario, con el visto bueno del juez, comprensivo del auto de aprobación del remate, y en el que se exprese que se ha consignado el precio así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

Artículo 1515: Con el testimonio a que se refiere el artículo anterior, se entregarán al comprador los títulos de propiedad y se pondrán los bienes a su disposición, dándose para ello las órdenes necesarias.

Si lo solicitase el comprador, se le dará a conocer como dueño a las personas que él mismo designe, o se le pondrá en posesión de los bienes.

*efectiva titularidad conforme a lo dispuesto en la legislación civil, debemos empezar acudiendo a lo que estableció el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1999, que aunque se refiere a la legislación anterior, es perfectamente aplicable a la nueva: “La cuestión suscitada en el motivo ha sido examinada ampliamente en la sentencia de esta Sala, de 1 de septiembre de 1997, según la cual, ‘la voluntad que manifiesta la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 1533, según reitera la más autorizada doctrina científica —y así resulta de su tenor literal— es la de fijar el *dies ad quem* eligiendo como punto final el acto de consumación (cuando la cosa pasa a poder del rematante), en vez del acto de ‘perfeccionamiento’ (coincidencia de voluntades). Con independencia de la impropiedad que suponga el empleo del término ‘venta’ para identificar la enajenación forzosa que se lleva a cabo mediante la subasta judicial, es lo cierto que en todo caso, el precepto que se examina exige que la enajenación forzosa no solo se haya perfeccionado, sino también que se haya consumado. Y es lógico que sea así, puesto que en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición’, y continúa diciendo la sentencia que ‘en el supuesto de subasta de bienes inmuebles, la aprobación de remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto enajenatorio’; se refiere seguidamente a la reiterada doctrina de esta Sala, según la cual, ‘el artículo 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, después de ordenar que las tercerías de dominio pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, establece la limitación de que la de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante; de manera que antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura, que según el artículo 1462 del Código Civil (LEG 1889/27) equivale a la entrega de la cosa, puede deducirse y debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate en caso de subasta; por ser esa formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del contrato de compraventa, y no obstante el principio de irrevocabilidad de la venta una vez celebrado el remate que sanciona el artículo 1498 de la propia ley procesal, por referirse evidentemente a los contratantes, con exclusión por tanto de los terceros (sentencia de 5 enero de 1899)”, doctrina ya expresada en sentencias de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991”.*

Y sigue diciendo dicho Alto Tribunal que “lo expuesto conduce necesariamente a la desestimación del motivo, ya que si bien la aprobación del remate a favor del recurrente perfeccionó el acto transmisivo de la propiedad, no se dio la consumación del mismo al no haberse otorgado, antes de la interposición de la demanda de tercería, escritura de compraventa del bien subastado. A ello no se opone la reforma llevada a cabo en el artículo 1514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 10/1992, de 30 de abril, pues como dice la citada sentencia de 1 de septiembre de 1997, ‘la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate, plasmándose en el documento público una venta ya perfeccionada con anterioridad’. En conclusión y tratándose de la venta judicial de bienes inmuebles, en tanto no surge ese documento del que nace la tradición ficta, de acuerdo con el artículo 1462-2 del Código Civil, puede interponerse temporáneamente la demanda de tercería de dominio”.

Dicha jurisprudencia ha sido recogida, por ejemplo, por la AP de Madrid en sentencia de 17 de junio de 2004, que señala que: “El artículo 615-2 del vigente Texto Procesal establece que ‘no se admitirá demanda de tercería de mejor derecho después de haberse entregado al ejecutante la suma obtenida mediante la ejecución forzosa o, en caso de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante, después de que este adquiriera la titularidad de dichos bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil’”, y a su vez el artículo 674-1, prescribe que será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el secretario judicial, comprensivo del auto de “aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor...”, reproduciendo lo que establecía la Ley anterior en su artículo 1514, luego de su reforma por la Ley 10/1992, de 30 de abril. De la interpretación conjugada y armónica de los precitados preceptos se colige, en primer lugar, que a efectos de la temporaneidad de las demandas de tercería, no cabe ya distinguir entre las de dominio y las de mejor derecho, como hacía la Ley de 1881, previendo el párrafo segundo de su artículo 1533 que, “si fuere de mejor derecho, no se admitirá después de realizado el pago al acreedor ejecutante”, cuyo momento del pago cabía identificar con el de la aprobación del remate o con el del auto de adjudicación, habiendo de estarse también en los casos de mejor derecho a la adquisición de la titularidad por el ejecutante, en los casos de adjudicación, conforme a la legislación civil, según el ya transcrito artículo 615-2 de la nueva Ley, y en segundo término y consecuentemente, que rigiendo en nuestro sistema, cuando de adquisición del dominio se trata mediante contrato (o venta pública) la teoría del título y el modo, como se deduce de los artículos 609, 1095 y 1462 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta (sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1989, 4 de enero de 1991, 25 de octubre y 2 de noviembre de 1993, 9 de marzo y 6 de mayo de 1994, 18 y 20 de febrero de 1995, 31 de mayo y 7 de junio de 1996, 10 de julio y 9 de octubre de 1997, etc...), en la realización forzosa de bienes inmuebles, su adjudicación al ejecutante no comporta más que la perfección de la transmisión (título) habiendo de relegar su consumación y efectiva adquisición de la titularidad (modo) al momento posterior de la entrega del testimonio del auto en cuestión, que sustituye a la traditio ficta mediante el otorgamiento de escritura pública regulada por el segundo párrafo del artículo 1462 del mentado Ordenamiento Sustantivo, por lo que cobra plena vigencia la doctrina jurisprudencial que sentaba que hasta dicho momento podía presentarse en tiempo la demanda de tercería (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre y 6 de abril de 1999) y ello, como ya se ha razonado, aunque se trate de la de mejor derecho».

Queda claro, pues, que con la entrega al acreedor adjudicatario del testimonio del decreto de adjudicación a que se refiere el artículo 674 LEC, adquiere este la propiedad del inmueble adjudicado, puesto que al título (venta forzosa) añade la recepción de la posesión como derecho, la cual, según el artículo 438 del Código Civil, se adquiere por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho. Siendo esa posesión como derecho que obtiene el acreedor adjudicatario por el testimonio, la que le permite, en aplicación de la teoría del título y modo, convertirse en propietario.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DEL REAL DECRETO-LEY

El artículo 1.1 del Real Decreto-ley señala: *«Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley (16 de noviembre de 2014), no*

procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo».

El segundo problema que plantea este Real Decreto-ley es determinar su ámbito temporal de aplicación, que no resulta nada claro.

Podría entenderse, según el artículo 1.1 a *sensu contrario*, que solo hasta el 16 de noviembre de 2014, incluido, estarán suspendidos los lanzamientos, que podrían iniciarse a partir del 17 de noviembre de 2014, para los deudores hipotecarios que se hubieran beneficiado de la medida de suspensión.

Pero hay que tener en cuenta que las circunstancias, tanto personales como económicas de la familia, pueden verse alteradas a lo largo del procedimiento de ejecución, por lo que si bien el artículo 2 del Real Decreto-ley señala que la concurrencia de las circunstancias a que se refiere este Real Decreto-ley se acreditará por el deudor en *cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes del lanzamiento*, realmente el momento procesal oportuno a que hay que atender para entender concurrentes dichas circunstancias es el momento de la adquisición por el acreedor hipotecario (testimonio expedido por el secretario judicial, comprensivo del decreto de adjudicación al acreedor (art. 674 LEC), pues es en tal momento cuando surge para el adquirente el derecho a obtener la posesión judicial y el lanzamiento de los ocupantes del inmueble (art. 675 LEC). En consecuencia, entiendo que es en este momento y no en otro, en el que el juez deberá formular una declaración de *status de familia en situación de especial vulnerabilidad*, dando audiencia al acreedor, el cual podrá solicitar el desalojo si considera que los ocupantes no tienen título suficiente (legal) para permanecer en el inmueble (esto es, no son familia especialmente vulnerable). *En este caso, el deudor debería tener presentada su documentación antes de expedirse el testimonio del decreto de adjudicación*. Entiendo que el juez o notario deben pronunciar esa resolución *declarativa* de la situación de familia especialmente vulnerable, pues se desprende del espíritu de la norma que ella es *conditio iuris* para la aplicación de la medida legal de suspensión del lanzamiento. Es evidente que al juez o notario le corresponderá verificar y comprobar el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1 y por lo tanto, sobre la base del cumplimiento de tales requisitos, declarar el *status* de familia especialmente vulnerable, o bien denegar tal declaración y en consecuencia el beneficio de la suspensión del lanzamiento (que es una excepción al derecho concedido al adquirente en la ejecución en el art. 675 LEC).

Si el desalojo ya era inmediato, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, pues el adjudicatario había hecho uso del artículo 675.2.2.º LEC, habiéndose formulado petición de lanzamiento, deberá suspenderse la vista prevista en el artículo 675.3 el tiempo suficiente para que el deudor (que haya presentado declaración responsable en el sentido del art. 2.d) acredite su situación de especial vulnerabilidad. El Tribunal, por medio de auto, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes no comparecieren sin justa causa.

Si ya había recaído auto que resolvía sobre el lanzamiento, la ley obliga a suspender su ejecución, en la medida en que el deudor formule tal solicitud, y presente al mismo tiempo una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley, requisitos que acreditará diligentemente en el plazo más breve posible.

Vemos, pues, que las situaciones contempladas por el Real Decreto-ley son diversas, y que de computarse el plazo de suspensión de los lanzamientos del modo primeramente indicado (dos años desde la entrada en vigor), *prácticamente ningún deudor hipotecario se beneficiaría de una suspensión del lanzamiento durante dos años*, pudiendo suspenderse el lanzamiento simplemente durante meses, lo que no permitiría la recuperación económica del deudor (fin de la norma). Por ello pienso que lo más razonable es entender que el plazo de suspensión del lanzamiento es *de dos años a contar desde la fecha del testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del decreto aprobatorio de la adjudicación*, pues es en esa fecha cuando el deudor pierde la propiedad y queda sujeto al lanzamiento (aunque las circunstancias del art. 1 y la solicitud se verifiquen con posterioridad, por razón de lo avanzado del procedimiento al entrar en vigor la norma o por devenir después la familia en situación de vulnerabilidad).

Verificada la declaración judicial de *status de familia en situación de especial vulnerabilidad*, parece que debería articularse de algún modo la inscripción, en sentido amplio, de la misma en el Registro de la Propiedad, junto con la fecha de inicio y fin del plazo de suspensión del lanzamiento, pues ello vendría exigido por el principio de especialidad. Además, ello garantizaría el perjuicio a todo tercero adquirente (incluso un tercero hipotecario) a que tiene derecho el ejecutado, en la medida en que las entidades crediticias pueden enajenar la finca de su propiedad, pues no están sujetas a ninguna prohibición legal o judicial de disponer. La posibilidad de inscripción de tal declaración judicial depende de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho concedido *ex lege* al ejecutado, como se explicará después.

Por lo tanto, habría que entender que los desahucios podrán comenzar para las familias en situación de especial vulnerabilidad solo *a partir del 16 de noviembre de 2014 y siempre que hubiesen transcurrido dos años de ocupación a título gratuito del inmueble, desde la fecha de expedición del testimonio del auto de adjudicación*⁵.

⁵ Este plazo legal de posesión no podría computarse a efectos de usucapión del dominio en cuanto el deudor ejecutado posee o bien en concepto de habitacionista o de comodatario, y no en concepto de dueño, como indicaremos después. En cuanto a la prescripción de las acciones reales derivadas del dominio, la prescripción hay que entenderla suspendida durante dicho plazo legal, comenzando o reiniciándose (pero en este caso sumando el tiempo de prescripción transcurrido antes de la suspensión), a partir de la expiración del plazo legal de dos años (a contar del modo indicado).

La norma no resuelve si la suspensión puede decretarse de oficio por el juez. Parece que no, siendo precisa la solicitud de parte, pero simplemente presentando un escrito y adjuntando la documentación necesaria, sin necesidad de previa personación mediante abogado y procurador. Si el juez denegase la solicitud mediante auto, sería de aplicación el artículo 562 LEC, relativo a las impugnaciones de infracciones legales durante el curso de la ejecución, que permite recurrir en reposición o mediante la interposición de un escrito dirigido al Tribunal. La resolución del juez, que conoce de la ejecución, no tendría efecto de cosa juzgada, por lo que la cuestión podría volver a plantearse en un ulterior proceso declarativo (RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre...», *op. cit.*).

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

El artículo 1.4 del Real Decreto-ley señala que «a los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá:

- b) Por unidad familiar, la compuesta por el deudor; su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los (menores) vinculados por una relación de tutela, guarda (de hecho) o acogimiento familiar»⁶.

Esta definición debe ponerse en relación con el apartado 2 del artículo 1 del Real Decreto-ley. Esto es, la *unidad familiar definida en el artículo 1.4* debe encontrarse en alguno de los supuestos que la hacen especialmente vulnerable, lo que el legislador entiende que se produce en los siguientes casos:

- a) La unidad familiar es una *familia numerosa* de acuerdo con la legislación vigente (Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas).
- b) La unidad familiar es monoparental con dos hijos a cargo. *Strictu sensu*, dada la definición legal de unidad familiar, haría referencia al supuesto exclusivo de que ha fallecido el cónyuge del deudor o su pareja de hecho inscrita.
- c) De la unidad familiar forma parte un menor de tres años.
- d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga *declarada* discapacidad superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar *una actividad laboral* (luego, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez).
- e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge (no con la pareja de hecho inscrita) por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o *afinidad*, y que se encuentren en situación personal de discapacidad (no siendo necesario tener reconocido un 33

⁶ Como ya he señalado en otros trabajos, el legislador insiste en equiparar situaciones no equiparables como el matrimonio (fundamento de la sociedad familiar) y la convivencia *more uxorio*. Los integrantes de la pareja de hecho tienen el estado civil de solteros, y son jurídicamente extraños entre sí, habiendo rehusado voluntariamente celebrar el contrato matrimonial y por lo tanto, gozar de los beneficios inherentes a la condición de casado. No existe entre ellos relación jurídica alguna, pues falta el negocio jurídico matrimonial que los vincule, faltando por tanto, la identidad sustancial, entre ambos supuestos (matrimonio y unión *more uxorio*), base de la analogía. Además, la potencial protección de los hijos habidos de tales uniones *more uxorio*, no se verifica precisamente, otorgando beneficios propios de la condición de casado a la pareja de hecho, pues ello, en definitiva, fomenta socialmente la huida del matrimonio y potencia una situación no adecuada al bien común de los hijos, que no gozan de un entorno estable y duradero para su educación, entorno que puede desaparecer en cualquier momento por decisión unilateral de uno de los padres. La verdadera protección a los hijos se verifica potenciando el matrimonio, vínculo entre los progenitores que por Derecho natural (esto es, por exigencias de la condición humana tal como la concibió Dios, Creador del hombre) ha de ser indisoluble para el varón y la mujer, para que quede garantizado el bien de la prole.

por 100 de grado de minusvalía, pues la ley no lo exige), dependencia (o) enfermedad grave que les incapacite *acreditadamente* de forma *temporal o permanente* para realizar una actividad laboral (o sea, toda actividad laboral, pues no indica «su» actividad laboral).

- g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

Además de los supuestos de especial vulnerabilidad, para que resulte aplicable la medida de suspensión de los lanzamientos, deben concurrir una serie de circunstancias económicas:

- a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM, esto es, 1.597,53 euros mensuales, es decir, un total de 19.170,36 euros anuales (el IPREM mensual fijado para 2012 es de 532,51 euros)⁷.
- b) Que en los cuatro años anteriores al momento de su solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. De acuerdo con el artículo 1.4.a) se entenderá que se ha producido tal alteración significativa cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5. Dicha alteración significativa no es preciso que se haya manifestado *durante* el periodo de los cuatro años anteriores a la solicitud, sino *en dicho periodo*, que probablemente el legislador ha hecho coincidir con el estallido de la burbuja inmobiliaria (cuatro años anteriores a una solicitud presentada antes del fin de este año, sitúa el incremento del esfuerzo hipotecario en el 2008, fecha del estallido de la burbuja inmobiliaria, a lo que contribuyó la paulatina subida de tipo de interés por el Banco Central Europeo que afectó a los índices de referencia de los préstamos a interés variable). Ahora bien, entiendo que debería estar vigente en el momento de formularse la declaración de «status de familia en situación de especial vulnerabilidad».
- c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

Parece evidente que el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de este Real Decreto-ley es más amplio que el del Real Decreto-ley 6/2012, en la medida en que las circunstancias económicas que deben concurrir para su aplicación son más flexibles. En efecto, los miembros de la familia pueden tener ingresos, *incluso procedentes del trabajo o de actividades económicas*, siempre que no superen el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Además, la cuota hipotecaria basta que resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar (no se exige como en el Real Decreto-ley 6/2012, que supere el 60 por 100 de los ingresos netos de la unidad familiar). La existencia de fiadores, o de otros garantes reales no impide la aplicación de la norma, ni tampoco la existencia de codeudores ajenos a la familia.

⁷ <http://www.iprem.com.es/>

Evidentemente el fin perseguido por la norma es diverso al perseguido por el Real Decreto-ley 6/2012. Este pretendía *la novación de la deuda hipotecaria y la reducción del esfuerzo hipotecario de los deudores (evitando la ejecución hipotecaria) o la dación en pago extintiva de toda la deuda pendiente*. La norma que comentamos no reduce el esfuerzo hipotecario de los deudores ni impide la ejecución hipotecaria, sino que *pretende asegurar la habitación del deudor y su familia durante un plazo de dos años, sin pagar canon o renta alguna, por no estar en condiciones de subvenirse una nueva vivienda*.

Cuestión importante que plantea la norma es si protege también al «fiador real», esto es, al hipotecante por deuda ajena, que suele ser un pariente próximo del deudor hipotecario que adquiere mediante préstamo hipotecario su vivienda habitual. Aunque el texto legal parece pensar en el deudor hipotecario, es evidente que el sentido de la norma también ampara a este hipotecante no deudor, si se encuentra en los requisitos del artículo 1 del Real Decreto-ley. Incluso, señalan RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, que si tanto deudor hipotecario como hipotecante no deudor conviven bajo el mismo techo (esto es, en la vivienda habitual del fiador real) «aunque uno de ellos lo haya hecho sobrevenidamente, como a veces ocurre, por un cambio en su situación económica que le haya obligado a retornar a la vivienda de sus padres o familiares, los Tribunales deberán juzgar (en cuanto a la concurrencia de los requisitos del art. 1 en la unidad familiar de uno u otro) en la forma más benévola para hacer efectiva la protección de los afectos, tanto en lo concerniente a las condiciones de la unidad familiar como en cuanto al nivel de renta exigido»⁸.

En cuanto al acreedor adjudicatario afectado, si bien la ley piensa en principio en entidades financieras, puede ser también un particular o sociedad, que no siendo entidad financiera de las autorizadas en la LMH, hayan sido acreedores hipotecarios de particulares. Es posible también que el acreedor ejecutante se hubiera reservado la facultad de ceder el remate a tercero, ¿afectaría en tal caso al cesionario del remate la suspensión del desahucio decretada por el legislador? Hay que tener en cuenta que con la cesión del remate la ley procesal facilita una nueva transmisión inmediata a favor del tercero cesionario en el mismo procedimiento sin necesidad de constancia registral de la transmisión intermedia⁹. Entiendo que este cesionario debería resultar afectado por la medida de suspensión de la misma forma que el acreedor adjudicatario para evitar que mediante la realización de tales cesiones, pudiera defraudarse el tenor de la ley.

Si el inmueble hipotecado hubiera sido vendido a un tercer adquirente que se subroga en la posición jurídica del deudor hipotecario (art. 1205 CC y art. 118.1.º LH), dicho tercer adquirente entra dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley, en cuanto deudor hipotecario que asume una hipoteca y la responsabilidad personal derivada del préstamo, para la adquisición de su vivienda habitual.

⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre...», *op. cit.*

⁹ *Op. cit.*

V. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO CONCEDIDO AL DEUDOR. UNA PRIMERA HIPÓTESIS: UN DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL

A mi juicio, esta es la cuestión civil fundamental que plantea la norma que se comenta: cuál sea la naturaleza jurídica de la situación creada *ex lege* a favor del deudor ejecutado. La doctrina se pregunta: «¿implica dotar a los ocupantes del inmueble de un *título* posesorio legítimo, o son simples detentadores sin derecho alguno a poseer? ¿Serán una suerte de *precaristas* del inmueble adjudicado al banco, con lo que eso supone desde el punto de vista legal y práctico? ¿Supone esa prohibición legal de expulsar al ocupante que este ostentará *un derecho a poseer ejercitable frente a terceros*, a través de acciones posesorias, o incluso a través de una acción publiciana, no ya reivindicatoria, al haber dejado de ser propietario? Son preguntas que el Real Decreto-ley deja sin respuesta» (la cursiva es nuestra). Igualmente está pendiente de resolver, señala la doctrina, la cuestión del pago de los gastos inherentes al uso del inmueble, como gastos de comunidad o pagos del IBI, durante las anualidades en que esté en suspenso el lanzamiento¹⁰.

En mi opinión, que someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, la cuestión pasa por entender, o bien que el ejecutado hipotecario y su familia ostentan un derecho de habitación legal «tácito» o bien, que existe la obligación para el acreedor adjudicatario de constituir un contrato de comodato forzoso.

Cabe señalar que se define la propiedad como el poder jurídico pleno sobre una cosa, en cuya virtud esta queda sometida directa y totalmente, en todos sus aspectos y utilidades, a nuestro señorío exclusivo. Pero poder pleno no quiere decir ilimitado. La misma ley pone límites al derecho de propiedad, de manera que poder pleno sería poder total dentro de los límites que marcan el contenido normal del derecho de propiedad (ALBALADEJO). Además de tener límites en interés público y límites en interés privado (art. 549 CC), la propiedad puede padecer limitaciones que reducen su contenido normal (por ejemplo, cuando recaen sobre una cosa derechos reales de otras personas).

Los límites en interés privado se rigen por las disposiciones del Código Civil (Título VII del Libro II), sin perjuicio de lo que dispongan las Leyes, Reglamentos y Ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural. Pueden ser modificados por convenio entre los interesados cuando no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio para tercero (art. 551 CC). Fundamentalmente vienen constituidas por las relaciones de vecindad, la medianería y los derechos de adquisición preferente fijados por la ley (tanteo y retracto legales).

Mientras que el límite proviene directamente de la ley y no necesita un acto especial de imposición, ni hay que probarlo, pues basta invocar la norma jurídica que lo establece, las limitaciones requieren un acto especial de imposición y como son excepcionales (la propiedad se presume libre de cargas) han de ser probadas. Son limitaciones a la propiedad los derechos reales limitados que recaen sobre la cosa objeto de nuestro dominio, las servidumbres administrativas, establecidas en beneficio de una comunidad (no de un particular) y que se rigen por el Derecho administrativo y en última instancia por las reglas del Código Civil (art. 550 CC) y las prohibiciones de disponer (procedentes de resolución judicial o administrativa, o que se establecen en actos a título gratuito al propietario sucesivo a quien se transmite la propiedad. Las prohibiciones legales son límites, no limitaciones, pues derivan directamente de la ley).

¹⁰ *Op. cit.*

¿Es una limitación del dominio del adjudicatario o un límite legal la imposibilidad de desalojar al deudor con «status de familia en situación de especial vulnerabilidad»? En mi opinión, que como he dicho, someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, estamos en presencia de un límite que marca el contenido normal del derecho de propiedad del adjudicatario, pues la suspensión del lanzamiento del deudor ejecutado, *no requiere un acto de especial imposición (un acto constitutivo), sino una mera declaración, previa comprobación, de la concurrencia de los requisitos legales integradores del hecho jurídico (situación) que produce el derecho*; declaración que es *conditio iuris* (condición o presupuesto impuesto por la ley para que el hecho jurídico (situación) produzca su efecto (suspensión del lanzamiento) y que integra el supuesto de hecho de la norma. Partiendo pues de que estamos en presencia de un límite legal al contenido del derecho de propiedad, es forzoso calificarlo como límite en interés privado, pues se establece *prioritariamente en beneficio de determinados deudores ejecutados, no siendo un límite que se impone a toda propiedad objeto de ejecución hipotecaria, sino solo a la ocupada por dichos determinados ejecutados*.

Ahora bien, la cuestión es qué tipo de límite en interés privado constituiría esta suspensión de los lanzamientos. Pienso que una primera hipótesis consiste en entender que estamos en presencia de *un derecho real establecido directamente por la ley en beneficio de esos deudores hipotecarios*, pues como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre (Párrafo XI), «la trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este periodo de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables *no puedan ser desalojados de sus viviendas*», *pronunciamiento este que al verificarse en términos absolutos supone que la imposibilidad de desalojo es oponible tanto al acreedor adjudicatario y propietario como a un tercer adquirente del inmueble, que debe soportar la estancia del ocupante. La Ley, pues, crea un derecho real a favor del ejecutado hipotecario, cuya naturaleza jurídica es conveniente dilucidar*. Entiendo que no cabría calificar la situación ni de precario (pues el ejecutado posee con título, un título que le otorga la ley, ni de simple comodato, en la medida en que el comodato es un préstamo de uso cuya perfección requiere la voluntad de comodante y comodatario, voluntad del comodante (acreedor adjudicatario) que la ley ignora, pues incluso contra su voluntad, la ocupación del inmueble de su propiedad se producirá durante dos años [aunque puede verse, como explicaré después, que la ley obliga a formalizar un comodato forzoso (segunda hipótesis)].

Debemos descartar que el derecho concedido por la norma al deudor ejecutado y su familia sea un usufructo, en la medida en que si bien puede poseer y usar la vivienda, no puede percibir sus frutos (rentas civiles), derivadas de un arrendamiento de la misma (art. 480 CC), pues ello es contrario a la *ratio legis* de la norma, que es precisamente *proporcionar una vivienda digna a la familia especialmente vulnerable*. En cuanto al arrendamiento de parte de la vivienda (por ejemplo, una habitación con derecho a uso de la cocina), *perjudicaría al adquirente*, pues el aumento del número de ocupantes produciría mayor deterioro por el uso normal de la cosa (arts. 479, 481 y 498 CC), y aunque pudiese pensarse que tales rentas debían destinarse a la satisfacción del crédito, *no es la finalidad de la norma la disminución del crédito hipotéticamente pendiente tras la ejecución hipotecaria*, sino la satisfacción de la necesidad de vivienda del ejecutado, el cual compró un inmueble con un determinado número de habitaciones, las cuales hay que entender *todas ellas eran necesarias para el desarrollo de su vida familiar*.

Hay que descartar igualmente que el derecho del ejecutado hipotecario sea un derecho de uso, pues este viene a ser un usufructo limitado (derecho de usar una cosa ajena y percibir los frutos de la misma que basten para satisfacer las necesidades del usuario y su familia aunque esta aumente). Además el derecho de uso permite usar el local para vivienda o para otros fines, como local de negocio, lo que excede del fin de la norma, con el agravante de que los frutos obtenidos podrían destinarse por lo menos en parte, si no totalmente, a la satisfacción de las necesidades vitales del usuario, cosa que igualmente va más allá del objetivo perseguido por el legislador que es solamente subvenir la necesidad de habitación.

Es precisamente el derecho de habitación, el que más se ajusta a la voluntad del legislador plasmada en esta norma. El derecho de habitación consiste en la facultad de ocupar en una casa ajena las habitaciones necesarias para el habitacionista y su familia (art. 524.2.º CC). Se trata de un derecho de uso sin percepción de frutos y aplicado a la vivienda. Se rige por lo establecido en el título constitutivo (RD-ley 27/2012), en su defecto, por las reglas del Capítulo II, Título VI, Libro II del Código Civil (art. 523 CC). Y a falta de ellas, por las disposiciones relativas al usufructo (art. 528 CC), salvo que sean contrarias a la esencia del derecho de habitación.

Es cierto que hasta el momento la doctrina señalaba que el derecho de habitación se constituía por negocio jurídico, usucapión o adquisición *a non domino*, pero que no existían derechos de habitación legales. Si bien se indicaba que de acuerdo con el artículo 1406 y 1407 del Código Civil, *cabía exigir la constitución de un derecho de habitación*, lo que sería un derecho de habitación legal al modo en que lo son las hipotecas legales expresas. Ello es indicativo de que no es imposible que el legislador constituya un derecho de habitación legal «tácito», emanado directamente de la ley en beneficio de determinados sujetos.

No parece que pueda hablarse de que el derecho concedido al ejecutado hipotecario sea un derecho de servidumbre personal (arts. 530 y 531 CC), pues la servidumbre es un poder real que una persona tiene sobre predio ajeno para servirse parcialmente de él en algún aspecto. Sin embargo aquí el uso viene marcado por las necesidades de la familia según la posición social y circunstancias del caso que les llevó a adquirir determinada vivienda y por ello es total. Además, la servidumbre personal, si bien es inseparable del predio sirviente, no pudiendo transmitirse aparte de este, su titular sí que puede transmitirla y gravarla, lo que no se corresponde con el derecho que quiere crear el legislador para el ejecutado hipotecario¹¹.

Me inclino, pues, a pensar, que estamos en presencia de un *sui generis* derecho de habitación legal tácito, cuyo nacimiento solo requiere de la previa declaración de que el ejecutado hipotecario se encuentra en «status de familia en situación de especial vulnerabilidad». Sentado eso, dura por disposición legal, dos años desde la fecha en que el acreedor adjudicatario adquiera la propiedad de la finca hipotecada o, en su caso, el tiempo necesario para alcanzar la fecha de 16 de noviembre de 2014, en la medida que hasta entonces está suspendido todo lanzamiento.

1. SUJETO

Pienso que es titular del derecho de habitación la unidad familiar definida en el artículo 1.4 del Real Decreto-ley a la que el legislador quiere proteger. No el

¹¹ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, III. Derecho de Bienes*, 9.ª ed. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002, págs. 231 a 246, 250, 265 a 278, 475 a 531, 553 a 561 y 571 a 633.

deudor hipotecario, pues si este no se integra en tal unidad familiar, literalmente no resulta protegido, pese a que en él concurren las circunstancias económicas del artículo 1.3. Esta solución constituye una discriminación negativa hacia las personas solteras que excluyen tener pareja de hecho, pues si la tuvieran y se encontraran, por ejemplo, en la situación señalada en el artículo 1.2.e), resultarían protegidas por el Real Decreto-ley. Por el contrario, si esas personas solteras han optado por una vida más ordenada desde el punto de vista del Derecho Natural, reservando la afectividad conyugal para el momento posterior a la celebración del matrimonio, no resultarían protegidas por el Real Decreto-ley a pesar de concurrir en ellas las circunstancias económicas del artículo 1.3, lo que resulta cuando menos sorprendente y exigiría una interpretación correctora del precepto legal para evitar tal discriminación negativa.

Siendo la unidad familiar la titular del derecho de habitación (*arg. ex art. 469 CC*), la muerte del deudor ejecutado o su declaración de fallecimiento, no extinguiría el derecho que continuaría vivo para el resto de miembros de la unidad familiar hasta la expiración del plazo legal. Solo la muerte del último de los miembros de la unidad familiar titular del derecho de habitación, provocaría la extinción del derecho antes de la expiración de su plazo legal.

2. REGULACIÓN

Como he indicado antes, el derecho de habitación se rige por lo establecido en el título constitutivo (Real Decreto-ley 27/2012), en su defecto, por las reglas del Capítulo II, Título VI, Libro II del Código Civil (art. 523 CC). Y a falta de ella, por las disposiciones relativas al usufructo (art. 528 CC), salvo que sean contrarias a la esencia del derecho de habitación establecido por el Real Decreto-ley 27/2012.

En este sentido, el artículo 525 del Código Civil señala que el derecho de habitación no se puede arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título, lo que impediría también que pudiera gravarse con hipoteca (art. 108.3.º LH). Aunque esta norma podría modificarse en el título constitutivo por entender la doctrina más extendida que no es de derecho imperativo, es claro que en este caso, el derecho, por disposición del Real Decreto-ley que lo crea es intransmisible, *pues se crea para la unidad familiar del deudor ejecutado, no pudiendo salir de la misma*. Por lo tanto, rige en todo su vigor el artículo 525 del Código Civil.

De acuerdo con el artículo 527 del Código Civil, el habitacionista que ocupa toda la casa, está obligado a *las reparaciones ordinarias de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario*. Como señala el artículo 528 del Código Civil, el derecho de habitación tendría un contenido conexo de obligaciones y derechos entre propietario y habitacionista, igual, en principio, al que se da en caso de usufructo.

Siendo el derecho de habitación legal un límite en interés privado para la propiedad del acreedor adjudicatario, en todo caso, no le resultaría de aplicación la previsión del artículo 551 del Código Civil, consistente en que el límite puede ser modificado por convenio entre los interesados cuando no lo prohíba la Ley ni resulte perjuicio de tercero. En este caso, el convenio entre partes en cuanto al límite en sí (e incluso todo convenio entre partes) ha de entenderse tácitamente prohibido por el Real Decreto-ley, dado, por un lado, la situación de superioridad de la entidad prestamista adjudicataria que podría vaciar de sentido al propio Real Decreto-ley, y, por otro lado, por las evidentes razones de interés público y de orden público que presiden la normativa, que debe, ante todo, evitar toda

nueva situación de abuso entre las partes. Por ello entiendo, que, en todo caso, *debe estarse estrictamente a la regulación legal*.

3. CONTENIDO

Como hemos indicado antes, el derecho de habitación tiene un contenido conexo de obligaciones y derechos entre propietario y habitacionista.

A) *Obligaciones conexas del habitacionista*

Serían obligaciones del habitacionista, una vez declarado su «status de familia en situación de especial vulnerabilidad»:

1. Hacer inventario, describiendo el estado del inmueble. Si incumpliere esta obligación, el propietario le puede privar de la posesión de los bienes (art. 494 CC).
2. Prestar garantía, comprometiéndose a cumplir las obligaciones conexas que le correspondan. Por ejemplo, prenda o hipoteca mobiliaria. Si incumpliere esta obligación, el propietario le puede privar de la posesión de los bienes (art. 494 CC). Esta obligación, sin embargo, sería dispensable por el juez a tenor de las circunstancias concurrentes (art. 493 CC).

Serían obligaciones del habitacionista durante la posesión de los bienes:

1. Cuidar de la vivienda como un buen padre de familia (art. 497 CC). Si cumpliendo esta obligación, la vivienda o sus elementos (puertas, ventanas, terrazas, puntos de luz, etc.) se deterioraran naturalmente por el uso, no podrá reclamarse al habitacionista por el deterioro (art. 481 CC). Sin embargo, sí respondería del deterioro producido por culpa o negligencia.
2. Realizar los gastos de conservación y reparaciones ordinarias que los bienes necesiten (art. 500.1.º CC). Si requerido por el propietario para que hiciere tales reparaciones ordinarias, no las hiciere, podrá este hacerlas por sí mismo a costa del habitacionista (art. 500.2.º CC).
3. Poner en conocimiento del propietario la necesidad de reparaciones urgentes que sean de cuenta de este (art. 501).
4. Pagar, mientras dure el derecho de habitación, las cargas e impuestos que graven el goce de la cosa (art. 527 CC).

Serían obligaciones del habitacionista posteriores a la cesación del derecho:

1. Entregar la posesión de la vivienda al propietario.
2. Si el propietario no hubiese hecho en la cosa reparaciones extraordinarias que eran de su cargo e indispensables para la subsistencia de la cosa, habiéndolas realizado el habitacionista, este tiene derecho a retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos, si el propietario no le satisface el importe del aumento de valor que por efecto de aquellas reparaciones tuviese la cosa (arts. 502 y 522 CC).

B) *Derechos y obligaciones del dueño*

Es evidente que el dueño puede realizar por sí solo directamente y sin contar con el habitacionista, todos los actos que correspondan al propietario, como gravar la cosa, siempre que tal gravamen no perjudique el derecho de habitación (en caso contrario sería preciso el consentimiento del habitacionista) (art. 595 CC y art. 107.2.º LH). Puede enajenar la cosa, pasando al adquirente con el peso del derecho de habitación. Puede mejorarla (arts. 498 y 503), sin perjudicar el derecho del habitacionista.

Aparte de lo dicho, son obligaciones del nudo propietario:

1. Realizar las reparaciones extraordinarias que la cosa necesite (art. 501 CC), teniendo derecho a exigir al habitacionista el interés legal de la cantidad invertida, mientras dure el derecho de habitación (art. 502.1.º CC).
2. Pagar las contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre la cosa, y no sobre su uso (art. 505.1.º CC). Con el derecho de que el habitacionista le abone los intereses correspondientes a las sumas pagadas (art. 505.2.º CC).

4. EXTINCIÓN

El derecho de habitación se extinguiría por transcurso del plazo fijado en el Real Decreto-ley comentado, o por haber cambiado sustancialmente las circunstancias económicas de la unidad familiar, de modo que esta se encuentre ya en condiciones de subvenirse por sí misma una vivienda en alquiler o en propiedad, así como por las mismas causas que el usufructo (consolidación, renuncia del habitacionista...) y por abuso grave de la cosa y de la habitación (art. 529 CC).

Serían casos de abuso grave la transferencia del derecho o su gravamen, o la cesión del ejercicio, el mal uso de la cosa que le produzca importantes perjuicios, etc. En todo caso, la extinción por abuso debe de interpretarse restrictivamente. Los abusos leves solo permitirían al propietario reclamar contra el habitacionista, exigiéndole que cesen e indemnice los perjuicios producidos. Concurriendo el abuso la extinción es automática pues la ley no exige declaración judicial. Pero si el habitacionista no devuelve la cosa al dueño o niega la existencia del abuso, será preciso que un fallo judicial reconozca el abuso y condene a la entrega (ALBALADEJO).

La extinción del derecho de habitación exige que el habitacionista devuelva la cosa al propietario o indemnice a este si ello no es posible por causa imputable a él, procediéndose a continuación a la liquidación de la situación.

A) *Liquidación de cuentas*

Una vez saldadas las cuentas, se cancelará la garantía otorgada por el habitacionista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 522 CC).

El habitacionista puede exigir al propietario el aumento de valor que tuviese la cosa por efecto de las reparaciones extraordinarias que aquel hubiese realizado a su costa (art. 502.2.º CC).

A su vez, el propietario puede exigir al habitacionista, desde que se produjo el hecho de que se trate, y en todo caso, si no se hizo entonces, al término del

derecho de habitación, los gastos hechos por el propietario en concepto de reparaciones ordinarias, que el habitacionista, después de requerido, no hubiese llevado a cabo (art. 500.2.º CC); indemnizaciones por menoscabo que hayan sufrido las cosas por culpa o negligencia del habitacionista (art. 479 y 481 CC), etc.

B) *Retirada de mejoras*

El habitacionista puede retirar si quiere las mejoras útiles o de recreo que hubiese hecho en la cosa, si fuese posible hacerlo sin detrimento de esta. Pero no cabe que no las retire y pretenda pedir por ellas una indemnización (art. 487 CC).

C) *Compensación de mejoras con desperfectos*

Si la cosa tiene mejoras introducidas por el habitacionista y al mismo tiempo desperfectos ocasionados por su culpa o dolo, el habitacionista puede compensar estos con aquellas hasta el valor concurrente (art. 488 CC)¹².

VI. ¿PROCEDERÍA LA REGISTRACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL?

Señalan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL que existen algunos tipos de derechos o situaciones jurídicas «*que no necesitan título de constitución ni ser inscritos o registrados para su plena eficacia jurídica*», por lo tanto, incluso frente a un hipotético tercero hipotecario. Se trata de situaciones jurídicas que tienen una publicidad que emana de las leyes, efectuada en los Diarios Oficiales, de modo que en la mayoría de los casos es superflua su inscripción. Pero en nota al pie añaden: «Se expresa “en la mayoría de los casos” porque existen supuestos en que la constancia registral facilitaría su publicidad, debido al número cada vez más creciente de tales... [límites del dominio]»¹³.

En cuanto al profesor ALBALADEJO, muy acertadamente señala:

«Todo lo relativo a cualquier derecho real sobre inmuebles, tiene ciertamente acceso en principio al Registro, y así incluso sobre los de dominio público (RH, arts. 4 y 5). Pero en algunos casos, aun faltando la registración, el interesado

¹² Cfr., *op. cit.*, págs. 553 a 561 y 475 a 531. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed. Tomo I. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 665 a 668.

¹³ ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo I, 8.ª ed., revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1995, pág. 289. Desde otro punto de vista, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA señalan que «si el adjudicatario decidiese enajenar o transmitir el inmueble a un tercero, en la forma que sea, por ejemplo, podría valer como transmisión de activos inmobiliarios al denominado “Banco malo”, ese tercer adquirente sí estaría vinculado respecto de la prohibición de lanzamiento, incluso aunque no constase en el Registro de la Propiedad, dado que no sería tercero de buena fe *ex* artículo 34 LH. Habría una publicidad legal de la prohibición, conjugada seguramente con la publicidad registral del procedimiento de ejecución hipotecario mismo» (RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre... *op. cit.*).

disfruta por lo menos básicamente (pero no de los poderes o facultades que la ley otorgue precisamente solo para el caso de que el bien esté inscrito, como es el caso de la protección que concede el art. 41 LH) de la misma protección que la ley otorga a lo inscrito. Entonces, podríamos decir que es inútil registrar aquello de que se trate, ya que por registrarlo no aumenta la solidez de la situación de su titular.

En tal supuesto se hallan:

[...] 2.º Los derechos reales creados directamente por la ley

La registración de los actos o contratos relativos al dominio y derechos reales sobre inmuebles persigue, según se dijo, dar publicidad a la existencia y pertenencia de esos derechos. Por tal razón, si el derecho que sea nace *directamente* de una disposición legal (como, por ejemplo, los retractos legales [o el derecho de habitación legal que comentamos]), puesto que mayor publicidad que pudiera darle el Registro, se la da la ley que lo establece, no necesita de registración para poder ser conocido, y aun sin registración puede ser invocado frente a cualquiera (que si lo ignora es por falta de tener el debido conocimiento de la ley que lo establece).

Lo dicho justifica, en principio, que tales derechos reales, a pesar de su falta de registración, no disfruten de menor protección que los registrados (véase LH, art. 37.3.º).

Sin embargo, los derechos reales sobre inmuebles creados directamente por la ley, ¿pueden (aunque inútilmente) inscribirse?

Piénsese que si ciertamente no nacen de un *acto*, sino *directamente* de un *precepto* (la ley que los establece), no es menos verdad que al Registro tienen acceso, no solo los actos que crean, modifican, transmiten, etc., derechos reales, sino también aquellos otros por los que tales derechos se *declaran o reconocen* (véase LH, art. 2.1.º y 2.º). *Luego sería inscribible el documento en el que se hiciese constar que sobre cierto inmueble existe un derecho real de creación legal*¹⁴.

Desde esta perspectiva, entiendo que sería inscribible la declaración judicial de «status de familia en situación de especial vulnerabilidad», que declara la existencia del derecho de habitación legal para tales personas desde la fecha de la expedición del testimonio del auto de adjudicación al acreedor, en cuanto ello facilitaría la publicidad de tal situación, evitaría inútiles conflictos entre subadquirentes de quienes compraron a la entidad financiera, y los ocupantes del inmueble, reforzaría la posición (por la más fácil accesibilidad a la publicidad de tal situación jurídico-real) de los habitacionistas y daría una mayor seguridad jurídica al tráfico de los inmuebles. En conclusión, aunque el derecho real de habitación legal impediría el juego de la fe pública registral a favor de un tercero hipotecario, la constatación registral de tal derecho evitaría una inútil litigiosidad.

VII. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO CONCEDIDO AL DEUDOR. SEGUNDA HIPÓTESIS: UN COMODATO FORZOSO

Una segunda hipótesis que puede barajarse en torno a la naturaleza jurídica del derecho concedido al deudor por este Real Decreto-ley, es que se trate simplemente

¹⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III. *Derecho de Bienes*, 9.ª ed. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002, págs. 861 y 862.

de una situación jurídico-personal, y no real. Desde este punto de vista entiendo que la figura podría encuadrarse en un comodato forzoso. Señala ALBALADEJO que son contratos forzosos aquellos contratos respecto de los cuales *existe el deber de celebrarlos*, de modo que son *actos debidos*. El deber de contratar puede nacer de la ley, de disposición administrativa o judicial. Por ejemplo, en ciertos casos, hay que dar una cosa en depósito porque lo dispone la ley (art. 1781.1.^o); en otros, hay que prestar una fianza porque lo dispone la ley o la autoridad judicial (art. 1823); el que tiene la concesión de un servicio público, debe concluir todos los contratos que sean medio de realizar el servicio público de que se trate, como contratos de transporte, con las personas que deseen utilizar comunicaciones que sirven autobuses, aviones, ferrocarriles... o contratos de suministro con las personas que deseen recibir los de agua, electricidad, gas, etc.; también habría obligación de celebrar el contrato preparado si se admite la teoría de que el precontrato vincula a las partes a celebrar el contrato preparado.

Desde este punto de vista puede pensarse que *la ley impone como acto debido al acreedor adjudicatario, en el acto de adquisición de su propiedad (otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación), el otorgamiento de una oferta de contrato de comodato a la familia del deudor hipotecario ocupante del inmueble, que esta aceptaría en dicho acto, previa la oportuna citación judicial para ello, documentándose en el mismo testimonio del auto de adjudicación*. De igual manera que el testimonio recoge otras manifestaciones como que se ha consignado el precio y las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 674 LEC). Si el acreedor adjudicatario voluntariamente se sometiese a la prescripción legal y celebrase el contrato debido de comodato, habría, sin duda, contrato, naciendo de tal contrato la oportuna relación jurídica *inter partes*.

Si el acreedor adjudicatario se negase a otorgar el contrato debido o no concurriese al acto al que se le llamase a tal efecto, la autoridad judicial reaccionaría imponiéndole, sin su voluntad, el establecimiento de la relación jurídica de comodato que de haber celebrado el contrato, habría sido efecto de este. En abstracto, tal imposición puede tener lugar, automáticamente (por ejemplo, al pasar cierto plazo sin otorgar el interesado el contrato debido), o bien mediante un fallo judicial o por disposición de la Administración, *no habiendo entonces contrato, sino nacimiento de una relación jurídica igual a la que el contrato habría generado*. En este caso parece que la relación jurídica se impondría por la autoridad judicial en la declaración de «status de familia en situación de especial vulnerabilidad»¹⁵.

El comodato es el contrato por el cual dos personas acuerdan la entrega de una cosa por una, el comodante, a otra, el comodatario, para que este *la use gratuitamente y la devuelva después*. En este caso el comodato forzoso quedaría perfeccionado al hacerse constar por escrito el acuerdo de voluntades (art. 1740 en relación con el art. 632 CC), o bien por la entrega ficta (constituto posesorio), en virtud del cual, el propietario (deudor hipotecario) que ha enajenado la cosa (venta forzosa) y entrega su posesión como derecho (a través del testimonio del auto de adjudicación), pasa a poseer de hecho e inmediatamente la cosa en otro concepto (como comodatario), en virtud del contrato que celebran las partes. El comodato es esencialmente gratuito (art. 1740.2.^o y 1741, *in fine* CC), lo que se

¹⁵ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.^o, José M.^a Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1994, págs. 411 a 415.

compagina perfectamente con el derecho que quiere atribuir el Real Decreto-ley al deudor hipotecario y su familia, en la medida en que dispone la imposibilidad de su lanzamiento, sin necesidad de pagar renta o merced alguna (lo que de haberse exigido, habría originado que la relación jurídica entre las partes fuese de arrendamiento).

El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada (art. 1741 CC), y como tal puede enajenarla y gravarla. El comodatario adquiere el uso de la misma, pero no sus frutos (art. 1741 CC). El uso que debe darse a la cosa es el pactado (art. 1744 CC), y en defecto de pacto, el uso determinado por la costumbre (art. 1750 CC) o, en general, por la naturaleza de la cosa. En nuestro caso, pienso que el pacto sobre el uso está excluido, *pues la ley impone como contenido forzoso del comodato, el uso para vivienda, que es la necesidad que se pretende satisfacer con este acto debido que se impone al acreedor adjudicatario.*

La duración del contrato se determina por el uso (art. 1749 CC) o por el tiempo convenido (art. 1744 CC). Si no se pactó ni la duración ni el uso, y este no queda determinado por la costumbre de la tierra, la duración del comodato queda a voluntad del comodante. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario (art. 1750 CC). *Es evidente que en este caso, también la duración está excluida de pacto, pues es voluntad del legislador según se ha señalado antes la duración del uso durante dos años, que deben computarse para todos los ejecutados-comodatarios, desde el momento de adquisición de la propiedad por el acreedor adjudicatario, a lo que hay que unir que solo podrán producirse desahucios (reclamación forzosa de la cosa dada en comodato), a partir del 16 de noviembre de 2014.* Puede reiterarse que no estamos en presencia de un precario, en cuanto este puede considerarse un comodato con duración *al arbitrio del comodante*, lo que por definición se excluye en este caso.

Son obligaciones del comodatario conservar la cosa diligentemente con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1094 CC); satisfacer los gastos ordinarios para el uso y conservación de la cosa (art. 1743 CC), no respondiendo de los deterioros que sobrevengan al inmueble por el solo efecto del uso y sin culpa (art. 1746 CC). Si se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responde del precio a no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad¹⁶ (art. 1745 CC). El comodatario debe servirse de la cosa para el uso debido (vivienda habitual), respondiendo de la pérdida, incluso por caso fortuito, si la destina a un uso distinto (art. 1744 CC). Finalmente, debe devolverla al acabar el comodato, sin derecho de retención aunque el comodante le deba cantidades por gastos causados por la cosa (art. 1747 CC). Si la conserva en su poder más tiempo del debido, responde de su pérdida incluso por caso fortuito (art. 1744 CC). Todos los comodatarios (la familia del deudor ejecutado) a quienes se preste conjuntamente una cosa, responden solidariamente de ella, a tenor de lo dicho (art. 1748 CC).

El comodato es un contrato unilateral. Incluso un comodato no real, en el que queda obligado el comodante a entregar la cosa, es un contrato unilateral, pues la obligación de devolver la cosa (y conservarla y usarla debidamente), no es contrapartida de la de entrega, ya que el comodante, «por definición (puesto que

¹⁶ Entiendo que el artículo 1258 del Código Civil, en relación con el texto del Real Decreto-ley, exigiría que ambas partes procediesen a la contratación de un seguro de la vivienda que respondiese de los casos fortuitos, de modo que este riesgo no recayese en ninguna de ellas.

cede gratuitamente el uso de la cosa no tiene contrapartida) y la del comodatario no la asume a *cambio* de lo que recibe (a cambio de lo que no da nada, porque lo recibe gratuitamente), sino para no dañarlo mientras que lo tiene y para que lo recobre el comodante una vez que él haya cesado en su uso gratuito. No son pues *contraobligaciones*, sino obligaciones *tope o terminales* del derecho que adquiere...».

Son obligaciones del comodante, la de abonar los gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, procediendo su obligación de tales gastos y no del contrato en sí, según lo expuesto, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueran tan urgentes que no pueda esperarse, sin peligro, el resultado de aviso (art. 1751 CC). Además, el comodante que conociendo los vicios de la cosa prestada, no lo hubiere hecho saber al comodatario, responderá a este de los daños que por aquella causa hubiera sufrido (art. 1752 CC). Tampoco estas obligaciones son contrapartida de las que el comodatario asumió de conservar la cosa, usarla debidamente y devolverla en su día, luego tampoco ellas hacen al contrato bilateral.

El contrato de comodato se extingue por muerte de todos los comodatarios (miembros de la familia del deudor ejecutado y de este, artículo 1742 del Código Civil, pues el contrato se celebró *intuitu personae*), aunque aún no hubiera concluido el periodo legal de vida del mismo. Se extingue también por la llegada del término legal fijado. Por reclamación del comodante, si antes de finalizado el plazo tuviese urgente necesidad de la cosa (art. 1749, segunda mitad), lo que entiendo debe interpretarse restrictivamente, en beneficio del comodatario, al que se quiere proteger legalmente. Aunque es dudoso si el comodante tiene derecho a pedir que finalice el comodato, por destinar el comodatario la cosa a un uso distinto del debido, entiendo que en este caso, estando en presencia de un comodato forzoso especial, que pretende satisfacer la necesidad de vivienda del comodatario, el uso del inmueble por este para una finalidad diversa de la de vivienda, daría lugar a tal derecho (pues en tal caso, resulta palmario que otro inmueble es usado para tal menester por el comodatario). Igualmente, si el uso que se da al inmueble es un uso diverso que se conjuga con el de vivienda, pienso que el comodante puede pedir la extinción del comodato en la medida en que no tiene por qué soportar riesgos derivados de tal uso, aunque tal facultad deberá moderarse por la equidad si los riesgos son inexistentes o muy remotos, pues el desarrollo de una actividad profesional en la vivienda puede permitir al comodatario reponerse económicamente de modo que pueda subvenirse una vivienda en propiedad o en alquiler, que es lo que pretende el legislador, beneficiando a la entidad acreedora tal situación por permitir la extinción del comodato¹⁷.

Un importante problema que se plantea es si la enajenación de la vivienda dada en comodato extingue el contrato o la relación jurídica de comodato. Teniendo presente el artículo 1571 del Código Civil que señala que el «*comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta*, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la LH», *a fortiori*, el comprador de una finca dada en comodato también tendría derecho a que terminase el préstamo de uso, pues las relaciones jurídicas gratuitas son jurídicamente más débiles que las constituidas a título oneroso. «Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario [léase comodatario] podrá exigir que... el vendedor le

¹⁷ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, José M.ª Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1994, págs. 328 a 332.

indemnice los daños y perjuicios que se le causen» (arg. ex art. 1571 CC). Sin embargo, esta solución analógica entiendo que no satisface correctamente los derechos del deudor ejecutado y su familia en situación de especial vulnerabilidad, vulnerabilidad que constituye la razón por la que el legislador ha dispuesto el comodato forzoso con un plazo legal. *Por ello entiendo, que de la propia razón de ser de la norma se desprende que este comodato forzoso no se extingue por venta, siempre que estemos dentro del plazo legal de su duración, debiendo subrogarse el comprador en la posición del acreedor adjudicatario, propietario y vendedor.*

Puesto que el comodato es una relación jurídica personal, no accedería al Registro de la Propiedad, ni tampoco la posesión que en concepto de comodatarios disfruta la familia del deudor ejecutado y este, pues los títulos referentes al simple o mero hecho de poseer no son inscribibles (art. 5 LH y art. 9 RH).

VIII. CONCLUSIONES

1. El principal problema civil que plantea el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, es el de la naturaleza jurídica del derecho concedido al deudor ejecutado y su familia. Puede pensarse que se trata de un derecho de habitación legal o de un comodato forzoso.

2. En todo caso, constituye un límite legal en interés privado al dominio que el acreedor adjudicatario detenta desde que se le expide por el secretario judicial el testimonio del decreto de adjudicación, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo.

3. Si se trata de un derecho de habitación legal, este se ostenta a título gratuito y debe durar un periodo de dos años para toda familia que se encuentre en las circunstancias descritas en el artículo 1 del Real Decreto-ley. Este plazo comienza a contar desde la fecha de expedición del testimonio del decreto de adjudicación, de modo que los desahucios de tales familias solo podrán iniciarse a partir del 16 de noviembre de 2014, siempre que haya transcurrido ese periodo idéntico de dos años para todas ellas. Esta interpretación evita situaciones de desigualdad entre las mismas en función del momento en que se encontrase su ejecución al entrar en vigor la norma (que es por esencia, retroactiva).

4. En esta primera hipótesis, el juez o el notario que conoce de la ejecución debería declarar la situación de «status de familia en situación de especial vulnerabilidad» en el momento de expedir el testimonio del decreto de adjudicación, para lo cual deberían haberse presentado los documentos acreditativos previamente por el deudor ejecutado. Dicha declaración, manifestaría, igualmente, que la familia tiene derecho a ocupar el inmueble ejecutado a título de habitación durante dos años. Tal declaración constituiría una *conditio iuris*, para que el hecho jurídico (situación de vulnerabilidad) produjera el efecto jurídico determinado por el legislador: derecho de habitación.

5. Dicho derecho real de habitación tendría un contenido conexo (el del usufructo, aplicado analógicamente y en cuanto no sea contrario a la naturaleza de tal derecho), que regularía los derechos y obligaciones de las partes, al comienzo, durante y en el momento de extinción de la posesión.

6. Si bien los derechos reales que emanan directamente de la ley no necesitan ser publicados en el Registro para oponerse a tercero hipotecario, como al Registro tienen acceso, no solo los actos que crean, modifican o transmiten, derechos reales, sino también aquellos otros por los que tales derechos se declaran o reconocen, sería inscribible el documento (declaración de «status de familia

en situación de especial vulnerabilidad») en el que se hiciese constar que sobre cierto inmueble existe un derecho real de creación legal, lo que facilitaría la publicidad de tal situación, reforzaría la posición de los habitacionistas y daría una mayor seguridad jurídica al tráfico de los inmuebles.

7. Como segunda hipótesis puede pensarse que la ley impone como acto debido al acreedor adjudicatario, en el acto de adquisición de su propiedad el otorgamiento de una oferta de contrato de comodato forzoso a la familia del deudor hipotecario, que esta aceptaría en dicho acto, documentándose en el mismo testimonio de adjudicación.

8. Si el acreedor adjudicatario se negase a otorgar el contrato debido, la autoridad judicial reaccionaría imponiéndole, sin su voluntad, el establecimiento de la relación jurídica de comodato que de haber celebrado el contrato, habría sido efecto de este. En este caso parece que la relación jurídica se impondría por la autoridad judicial en la declaración de «status de familia en situación de especial vulnerabilidad».

9. En este comodato forzoso la duración está excluida de pacto, pues es voluntad del legislador la duración del uso durante dos años. No estaríamos en presencia de un precario, en cuanto este puede considerarse un comodato con duración al arbitrio del comodante, lo que por definición se excluye en este caso.

10. De la propia razón de ser de la norma se desprende que este comodato forzoso no se extingue por venta del inmueble adjudicado, siempre que estemos dentro del plazo legal de su duración, debiendo subrogarse el comprador en la posición del acreedor adjudicatario, propietario y vendedor.

11. Puesto que el comodato es una relación jurídica personal no accedería al Registro de la Propiedad, ni tampoco la posesión que en concepto de comodatarios disfrutaría la familia del deudor ejecutado y este, pues los títulos referentes al simple o mero hecho de poseer no son inscribibles.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, II. *Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, José M.ª Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1994.
- *Derecho Civil*, III. *Derecho de Bienes*, 9.ª ed., Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002.
- PARDO MUÑOZ, F. J.: «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: protección y límites de responsabilidad», en *Propiedad y Derecho Civil*. Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., Tomo I. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001.
- ROCA SASTRE, R. M.ª, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*. Tomo I, 8.ª ed., revisada, ampliada y puesta al día. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1995.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *Diario La Ley*, 3 de enero de 2013.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 22 de marzo de 1946 (*RJ* 1946/273).
- STS de 17 de febrero de 1956 (*RJ* 1956/1497).
- STS de 29 de febrero de 1960 (*RJ* 1960/943).
- STS de 16 de julio de 1982 (*RJ* 1982/4246).
- STS de 31 de octubre de 1983 (*RJ* 1983/5852).
- STS de 12 de febrero de 1985 (*RJ* 1985/546).
- STS de 20 de octubre de 1989 (*RJ* 1989/6945).
- STS de 1 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5311).
- STS de 11 de julio de 1992 (*RJ* 1992/6280).
- STS de 1 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997/6376).
- STS de 24 de junio de 1997 (*RJ* 1997/5209).
- STS de 13 de octubre de 1998 (*RJ* 1998/7562).
- STS de 29 de julio de 1999 (*RJ* 1999/5909).
- STS de 14 de octubre de 2002 (*RJ* 2003/255).
- STS de 10 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/8926).
- STS de 4 de abril de 2002 (*RJ* 2002/3285).
- STS de 11 de febrero de 2003 (*RJ* 2003/1004).
- STS de 4 de octubre de 2006 (*RJ* 2006/8709).
- STS de 2 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/265).
- SAP de Madrid, de 17 de junio de 2004.
- AAP de Girona (Sección 1.^a), de 30 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/190084).

RESUMEN

**EJECUCIÓN HIPOTECARIA
DESAHUCIO
DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL
COMODATO FORZOSO**

En fechas recientes se ha publicado el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Esta norma prevé un plazo de suspensión de los desahucios, una vez adquirida la propiedad en el procedimiento de ejecución hipotecaria por el acreedor hipotecario adjudicatario, durante dos años, lo que constituye un límite legal al dominio, establecido en interés privado aunque la norma está presidida por evidentes razones de interés público y de orden público. La autora solo encuentra dos fórmulas jurídicas viables para describir la situación jurídica (ocupación de la que era su vivienda familiar) en que queda el

ABSTRACT

**FORECLOSURE
EVICTION
TENANT'S LEGAL RIGHT
FORCED COMMODATUM**

Recent days have seen the publication of Royal Decree-Law 27/2012 of 15 November on urgent measures for stronger protection for mortgage loan holders. This piece of legislation establishes a two-year eviction suspension period, effective once the lender has been awarded the property in foreclosure proceedings. This constitutes a legal limit on ownership that is established in a private interest, although the parent law responds to obvious reasons of public interest and public order. This author finds only two feasible legal formulae for describing the legal situation of the borrower and his or her family as they occupy their erstwhile family home. Either the family has a real legal relationship of

deudor ejecutado y su familia. O bien, esta tiene una relación jurídico-real de habitación con el inmueble, o bien existe para el acreedor adjudicatario la obligación de otorgar un contrato de comodato forzoso (acto debido) a favor de dicha familia. En ambos casos la ocupación se produce a título gratuito, pero en el primero, el derecho es oponible erga omnes, tiene un contenido conexo de derechos y obligaciones personales para las partes (propietario y familia habitacionista), por analogía con el usufructo y puede ser objeto de inscripción registral, facilitando su publicidad, la seguridad del tráfico y el cumplimiento del principio hipotecario de especialidad. En el segundo caso, el derecho de la familia, especialmente vulnerable, es un derecho personal, pero que perdura durante el plazo legal, incluso en caso de venta del inmueble, subrogándose el comprador en la posición del banco adjudicatario, si bien carecería de acceso al Registro de la Propiedad.

habitation with the property, or else the lender has the obligation to enter into a forced commodatum agreement with the family (as an obligatory act). In either case the property is occupied on a gratuitous basis. However, in the first the right is enforceable erga omnes, it has a connected web of content establishing personal obligations and rights for the parties (owner and inhabiting family) by analogy with usufructs, and it may be registered, a possibility that facilitates disclosure, secure trade and compliance with the rule that the parties to a mortgage must be specifically named. In the second case, the right of the especially vulnerable family is a personal right, but it is one that lasts for the entire legal period, even if the property is sold (in which case the buyer is subrogated to the lender's position), and it is not eligible for registration.

2. DERECHO MERCANTIL

DE NUEVO SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 25 DE JUNIO DE 2012

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. LA CONTRADICTORIA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES CIVILES.—II. ESPECIAL ATENCIÓN AL ARGUMENTO HISTÓRICO.—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA CONTRADICTORIA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES CIVILES

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012 (*BOE* de 18 de septiembre), vuelve a intentar asestar un nuevo revés a la existencia en el tráfico jurídico de las sociedades civiles, lo que ya ha realizado en anteriores ocasiones, bien mediante su práctica exclusión de determinados sectores, como por ejemplo, el inmobiliario¹, o bien, mediante la obstinada negativa a reconocer la personalidad jurídica de la sociedad civil con independencia de su inscripción en el Registro Mercantil, como hizo en la tan criticadísima Resolución del Centro Directivo, de 31 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/2049) donde se debatía lo siguiente: «*En el presente recurso se debate sobre si determinada sociedad, cuyo objeto civil no cuestiona el registrador en la nota, tiene personalidad jurídica independiente de la de sus socios y si puede, en consecuencia, adquirir como sujeto de derechos un inmueble y figurar en la inscripción de la adquisición como titular registral...*».

Pues bien, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012, que ahora nos ocupa, su tesis viene otra vez a consistir en negar —absolutamente, de forma equivocada— la persona-

¹ Vid. REDONDO TRIGO, «Las sociedades inmobiliarias. Objeto social mercantil o civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, año LXXXIII, núm. 698, págs. 2538-2551.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de mayo de 2006 (*BOE* de 10 de julio de 2006), negó la posibilidad que se planteó si se podía o no inscribir en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad que, en la escritura mediante la cual se constituye, otorgada el mismo día, se califica como sociedad civil, si bien su objeto es la promoción de apartamentos turísticos, denegándose la inscripción en base al artículo 383 del Reglamento Hipotecario al considerar que la sociedad era mercantil irregular, por lo que la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil impedía la inscripción registral citada.

lidad jurídica de una sociedad civil cuya inscripción no conste en el Registro Mercantil.

La propia Resolución de 25 de junio de 2012, reconociendo sus propias vacilaciones, hace descansar su argumentación y razonamiento del siguiente tenor (FD 5.º): *«Es cierto que este Centro Directivo no ha mantenido una doctrina uniforme sobre los requisitos que deben exigirse para reconocer la personalidad jurídica a la sociedad civil. Pero cualquiera que sean las razones dogmáticas, y prácticas, sobre todo fiscales, que pueden hacerse valer aquí para extremar el rigor en este punto (acordes, por lo demás, con la realidad social en la que estamos), es sobre todo cierto que, del estudio de los antecedentes, revisado recientemente con notabilísimo rigor, resulta hoy claramente que fue voluntad del legislador —que debe tener valor preferente para el intérprete— que solo tuviesen “personalidad jurídica las sociedades civiles que cumpliesen un plus de requisitos y que son los mismos que se exigen en el Código de Comercio para que las sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica”»*.

El equivocado —a nuestro juicio— razonamiento histórico o interpretación de la *mens legislatoris* que realiza el Centro Directivo es el siguiente:

«Había partido, en efecto, el anteproyecto del Código Civil de las ideas del anteproyecto Laurent que siguió el sistema de octroi para conceder la “personalidad jurídica a las asociaciones de personas, formen o no sociedades civiles” (cfr. arts. 1943 y 1949.2). Ya, sin embargo, el Código de Comercio de 1829 siguió el principio de libre constitución y derogó el régimen concesional para las sociedades mercantiles —salvo la anónima— y se conformó con escritura notarial e inscripción registral (sistema normativo). En cualquier caso, la nueva comisión dictaminadora de la ley de bases del Código Civil introdujo un inciso en la base segunda, ordenando que Gobierno y Comisión de Códigos regulasen en el futuro código el “reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas”, ajustándose a los “preceptos constitucionales y legales hoy (entonces) vigentes” (lo que obligó a revisar la fórmula acogida en el anteproyecto). Preceptos que no eran otros que los recogidos en la Ley 11-19 de octubre de 1869, el Código de Comercio de 1885 y el texto que había de ser la Ley de Asociaciones de 1887; y que la ley de Bases obligaba a respetar al Código (que no debía tener “otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes”). Preceptos, en fin, que según refrendaba la doctrina de entonces, segúan el “sistema normativo” que imponía escritura pública e inscripción; y que, según esa misma doctrina, ante la insuficiencia de las normas civiles, obligaban a aplicar a las sociedades civiles las que regían para las mercantiles. El artículo 1669 ya anticipó, en efecto, cumpliendo escrupulosamente con el mandato de la Ley de Bases, que carecían de personalidad las sociedades civiles cuyos pactos no tengan la publicidad adecuada para que sus pactos dejaran de ser secretos o reservados; y por tanto, a contrario, que solo gozaban de personalidad las que cumplían con esa publicidad. Antes del Código se entendía por la doctrina que publicidad legalmente adecuada era la prevenida en la Ley citada de 1869.

Pero derogada esta con la entrada en vigor de aquel, no prevé el Código otra publicidad oficial que la que puedan obtener si revisten una de las formas prevenida en el Código de Comercio (art. 1670), por lo que adecuada publicidad para que los pactos de las sociedades civiles dejen de considerarse secretos y adquieran personalidad jurídica, que es “una cualidad oficial y erga omnes”, es solo la misma publicidad “oficial y erga omnes”, que se exige para las sociedades mercantiles.

En resumen, en el artículo 1669 se determinaron las consecuencias que, para las sociedades civiles que no tengan personalidad jurídica, comportaba el hecho de no tenerla, tanto respecto a la titularidad de sus bienes como a la de la gestión de la contratación; en cambio, en el artículo 1670, se definieron cuando la tenían, aunque no se expresasen las consecuencias de tenerla porque esas ya resultaban del artículo 38.1 (que es aplicable a todas las personas jurídicas). Doctrina que fue acogida ya en la Resolución de 31 de marzo de 1997, cuando estableció que las sociedades civiles cuyos pactos se mantienen secretos entre los socios (y por tanto carecen de personalidad) son precisamente las que no se inscriben en el Registro mercantil; conclusión que corresponde reafirmar por las razones ahora expuestas y las en aquella resolución recogidas».

Sin embargo, debe partirse que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de febrero de 2001, sí que había entendido correctamente el argumento histórico al razonar lo siguiente:

«Como se ha puesto de relieve por algún comentarista, los artículos 1669 y 1670 carecen de precedentes en el Anteproyecto del Código Civil (y tampoco se encuentran para los arts. 35 a 39 del CC, aparte el art. 26 de aquel —equivalente al art. 33 del Proyecto de 1851, con la diferencia de que este emplea la expresión “persona moral”—: “las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley se considerarán personas jurídicas para el ejercicio de los derechos civiles”). Y el artículo 55 del mencionado Anteproyecto de 1882-1888 no puede entenderse en el sentido de que las sociedades civiles no contempladas en el vigente artículo 1670 se rijan por las disposiciones de la comunidad de bienes, sino que se limitaba a establecer una clasificación de las “asociaciones”: Por una parte, las que constituyen una sociedad civil en el sentido del actual artículo 1665 y que se regularían por las disposiciones del Título primero del Anteproyecto (coincidentes con las del actual Título VIII, salvo la negación de personalidad jurídica que contenía el art. 5); por otra parte, las asociaciones con personalidad jurídica reguladas en el Título segundo, que recogía una regulación general de las asociaciones civiles de estructura corporativa dotadas de personalidad, y que era aplicable a ciertas sociedades civiles dotadas de personalidad jurídica (cfr. arts. 47 y 49, párrafo segundo); y por último, las restantes asociaciones, que se regirían por las disposiciones de la comunidad de bienes. Así, suprimido el mencionado artículo 5 y sustituido el Título segundo por las normas de los vigentes artículos 1669 y 1670, se ha venido entendiendo, con casi unanimidad doctrinal, que las sociedades a las que no fueran aplicables dichos preceptos tienen personalidad jurídica propia, con los efectos establecidos en el artículo 38 del Código Civil, sin que se rijan por las disposiciones de la comunidad de bienes (en el mismo sentido, cfr., por todas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1994)».

No obstante y pese a la interpretación de la norma conforme a sus antecedentes históricos, tampoco hemos de caer en una excesiva sobrevaloración de la misma y considerarla como fruto único de la hermenéutica a realizar, como parece ser el criterio de esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012. Sin negar, por nuestra parte, el valor de dicha interpretación histórica —que de hecho sí creemos que lo tiene—, no es menos cierto que el propio artículo 3 del Código Civil nos recuerda que en la labor de interpretación de las normas jurídicas se ha de atender *fundamentalmente* al espíritu y finalidad de aquellas.

Resultan esclarecedoras, a este respecto, las palabras del profesor DE CASTRO², quien ya nos advirtió que: «Los antecedentes inmediatos de las leyes tienen un valor que conviene aquilatar. No vinculan al intérprete ni su violación supone infracción de ley, pero su autoridad es muy grande. Las exposiciones de motivos no son ley, llevan la autoridad de haberla redactado alguien que intervino o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa, además de la de su propia autoridad personal y científica. Las discusiones parlamentarias, los discursos de presentación de la ley, proyectos y anteproyectos, todos los trabajos previos a la promulgación importan; pero ha de tenerse en cuenta que son solo un dato, entre los que han de tenerse en cuenta en la interpretación, que, como se ha indicado, se dirige a fijar la finalidad actual de la norma, no el momento de su origen».

Pese a lo anterior y de los restantes argumentos existentes para calificar nuevamente de errónea la doctrina de la presente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012, dada la importancia que le otorga la misma al argumento histórico, analizaremos el mismo para concluir igualmente con el desacierto del razonamiento realizado por el Centro Directivo al respecto.

II. ESPECIAL ATENCIÓN AL ARGUMENTO HISTÓRICO

En el Derecho Romano se desconocía no solo la personalidad jurídica de la sociedad³, sino también la publicidad registral de la *societas*, tal y como está configurada en la actualidad, aunque es cierto que en determinadas ocasiones y en las fuentes clásicas se reguló la publicidad frente a terceros del negocio explotado conjuntamente.

Así, en el marco de las *actiones adiecticiae qualitatis*, el Pretor otorgaba la *actio institoria*⁴. GAYO en sus *Instituta* (GAYO IV-71) nos explica el alcance de esta acción del siguiente modo: «*Por la misma razón proporciona otras dos acciones: la de patrón (exercitoria) y la de factor (institoria). La primera se da cuando el padre o el dueño han colocado al hijo o al esclavo de patrón de una nave y se ha hecho algún negocio referente a la nave con el patrón. Pues como ese negocio parece que se ha hecho con la voluntad del padre o del dueño, se estimó muy justo que se diera contra aquellos una acción sin limitaciones. Es más, aunque el patrón encargado fuere una persona extraña, ya libre, ya esclava, aquella acción pretoria se da de todos modos contra aquellos. Y se llama acción de patrón, porque se llama patrón el que recauda las ganancias cotidianas de la nave. La fórmula de factor (institoria) se da cuando una persona ha puesto, en calidad de factor al frente de una tienda o de cualquier otro comercio, a un hijo o a un esclavo suyo o a cualquier extraño, libre o esclavo, y se ha hecho algún negocio referente a aquel comercio con tal factor. Y*

² DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, pág. 472.

³ Es prácticamente unánime la doctrina romanista a este respecto, con excepción de TROPOLONG, *Comentario del Contratto di Società in materia civile e commerciale*, vol. I, Napoli, 1843, núms. 58 a 74, págs. 67-74.

⁴ Para más detalle sobre la *actio institoria*, con extensa bibliografía al respecto, vid. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Dykinson, 1992, págs. 51 y sigs.

Conectada y analizada la *actio institoria* con el tema de la publicidad registral, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, «La publicidad registral de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, 2008, págs. 10 y sigs.

se llama fórmula de factor porque factor es el que está encargado de una tienda. Esta fórmula también es sin limitaciones»⁵.

Pues en relación con la *actio institoria* y la publicidad, tema que ahora nos ocupa, ha de señalarse el Comentario de Ulpiano al Edicto del Pretor en el Digesto 14,3,11 2-6, donde se nos expone como el *dominus* o los socios que explotan conjuntamente el negocio en común, tenían que hacer público frente a terceros los términos en los que quiere quedar obligado con terceros a través de las actuaciones del institor (factor), al exponerse lo siguiente⁶: «(2) *Al que hubiese prohibido públicamente contratar con él, o se considera en calidad de factor, porque no se habrá de permitir contratar con aquel factor. Pero si alguien no que se contrate, debe prohibirlo "públicamente", pues si no lo hace, se obligará por el mismo nombramiento que hizo.* (3) *Prohibir públicamente lo entendemos en el sentido de hacerlo en carteles claros donde con facilidad pueda leerse bien, como los que se colocan delante de la tienda o del lugar donde se ejerce el negocio, y no en un lugar escondido, sino en uno visible. ¿Deberá estar escrito en griego o en latín?* Opino que conforme a las condiciones de la localidad, para que nadie pueda excusarse con su ignorancia de la escritura. Desde luego, si alguno dijese que no sabía leer o que no se fijó en lo que estaba anunciando, cuando muchos lo leyeron y estuvo expuesto en público, no será oído. (4) *Conviene que la prohibición quede expuesta permanentemente, pues si se contrató durante el tiempo en que no estaba expuesta o cuando ya se borró la prohibición, tendrá lugar la acción institoria. Por tanto, si el principal del comercio hubiese expuesto realmente la prohibición, pero otro la quitó, o por el mucho tiempo o por la lluvia o por otra causa semejante sucediera que la prohibición dejase de estar expuesta o que no fuese visible, se ha de decir que queda obligado el que nombró al factor. Pero si el mismo factor quitó el anuncio para defraudarme, el dolo de este debe perjudicar al que lo nombró, a no ser que participase en el dolo el que contrató.* (5) *Se han de observar los términos del nombramiento. ¿Qué ocurre si el principal quiso que se contratara con el factor de un cierto modo, o con la intervención de determinada persona, o con entrega de prenda, o sobre determinada cosa? Será muy justo que se observen los términos del nombramiento. Asimismo, si alguno tenía muchos factores y quiso que se contratara o con todos a la vez o con uno solo; pero si se inhabilitó formalmente a uno para que no contratara con él, no debe quedar obligado por la acción institoria, porque también podemos prohibir que se contrate una determinada persona, o una determinada clase de hombres o negociantes, o permitirlo solo a ciertas personas. Pero si fue cambiado siempre al prohibir que contratara con este o aquel, se ha de dar acción a todos contra el principal, porque no deben ser engañados los contratantes.* (6) *Pero si prohibió en absoluto que se contrate con el factor, este no se considera nombrado, pues está más como guarda que como factor, y por tanto no podrá vender en la tienda ni mercancía ni cosa alguna aunque sea sin importancia.*».

En nuestra doctrina, MANRESA⁷ explicaba la legislación existente en materia de sociedades civiles del siguiente modo: «Deficiente la legislación alfoncina, que encerraba en los preceptos del título 10 de la Partida 5 a todo el Derecho Civil anterior al Código en materia de sociedades, e inadecuadas sus disposiciones

⁵ *Textos de Derecho romano*. Rafael DOMINGO (dir.), Editorial Aranzadi, 1998, págs. 215 y 216.

⁶ *El Digesto de Justiniano*. Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Versión castellana por A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

⁷ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*. Tomo XI, 2.ª ed., 1911, pág. 246.

para la regulación de todas las relaciones jurídicas a que pueden dar lugar las múltiples combinaciones de la actividad humana en los tiempos modernos con relación a dicha institución, se acudía, como supletorias, a las prescripciones del Código de Comercio y de las leyes complementarias del mismo, y aun a otras de carácter esencialmente administrativo, como la de 19 de octubre de 1869, algunos de cuyos artículos pueden considerarse también, en cierto modo, según el señor SÁNCHEZ ROMÁN, como fuentes legales en el Derecho de Castilla, anterior a la vigente legislación».

Así pues, en nuestro Derecho Histórico, la sociedad se encontraba regulada en el Título X de la Partida V, sin que en la misma se apreciase ningún atisbo de personalidad jurídica en la sociedad.

Ni en el Proyecto de Código Civil de 1820-1821, ni en el de 1833, se reconoce personalidad jurídica a la sociedad⁸. Como afirmara AMORÓS GUARDIOLA⁹: «Fue el Proyecto de 1851, siguiendo la doctrina francesa, el que introdujo una concepción amplia de la persona jurídica, incluyendo bajo esta calificación incluso a las sociedades civiles», recordando que GARCÍA GOYENA¹⁰, cuando comentó el artículo 1594 del Proyecto de 1851, dijo lo siguiente: «La sociedad, según el artículo 33, es una persona moral; y sus acreedores merecen bien la preferencia que aquí se les da, porque los de cada socio en particular no son realmente acreedores de la misma, aunque puedan pedir el embargo y remate de la parte que el socio, su deudor particular, tenga en el fondo social: la responsabilidad final de este artículo es consiguiente al 1599». Resulta muy conveniente a este respecto, recordar que el artículo 33 del Proyecto de 1851 establecía lo siguiente: «*Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles*», diciendo GARCÍA GOYENA¹¹ en el comentario a este artículo 33 que: «En el artículo se conserva el Derecho español hasta ahora vigente». O sea, sin aún declararse con nitidez, podemos afirmar que el Proyecto de 1851 supuso un gran paso en el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil, obviamente sin requisito de publicidad registral alguno.

En la doctrina española del siglo XIX, sobre la personalidad jurídica de las sociedades, destaca la consulta que publicara GÓMEZ DE LA SERNA¹² al respecto sobre la posibilidad de una viuda de reclamar sus bienes dotales y parafernales sobre el activo de una sociedad o sobre la parte que en el mismo tuviera su marido, sin que puedan excluirla los acreedores sociales, razonando al respecto lo siguiente: «El Derecho Romano ha ejercido en este punto, toda su influencia en los pueblos modernos. Los intérpretes de la Edad Media, siguiendo a BALDO, así lo

⁸ Vid., los textos de estos Proyectos, en LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, 4, Codificación Civil (Genésis e historia del Código), vol. II, Ministerio de Justicia, 1979.

⁹ AMORÓS GUARDIOLA, en el Prólogo a DE CASTRO, «Formación y deformación del concepto de persona jurídica», en *La Persona Jurídica*, 2.ª ed., Civitas, 1984, pág. 15.

¹⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Tomo IV, Madrid, 1852, pág. 26. El referido artículo 1594 del Proyecto de 1851 preveía expresamente lo siguiente: «*Los acreedores de la sociedad son preferibles a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Pero, sin perjuicio de este privilegio, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de este en el fondo social; en cuyo caso habrá lugar a la disolución de la sociedad, y el socio que la ocasione responderá de los daños y perjuicios, si se verificase en tiempo oportuno*».

¹¹ Vid., *op. cit.*, Tomo I, pág. 44.

¹² GÓMEZ DE LA SERNA, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo X, 1857.

explicaron, y su doctrina, esparcida por todas partes, ha prevalecido, si no como teoría, al menos en sus aplicaciones prácticas. Esto es de tal modo que cuando se comunicó al Código francés, modelo de tantos otros Códigos, a los Tribunales de apelación, el de Rouen dijo estas notabilísimas palabras: observaremos que se ha omitido uno de los primeros principios que se derivan de la naturaleza de las sociedades: este principio es que la sociedad forma una persona ficticia y moral, separada de los asociados y que, por consecuencia, no pueden embargarse los bienes inmuebles y los fondos de la sociedad por las deudas de uno de los asociados cuando la sociedad está legal y auténticamente constituida. Con razón ha dicho Mr. TROPOLONG, que si bien el Tribunal de Rouen conoció este gran carácter de la Sociedad Civil que vive como un cuerpo moral, se equivocó al creer que el Código Civil no lo revelaba. Las leyes españolas tampoco han necesitado proclamar este principio para reconocerlo; lo han supuesto y esta suposición ha sido origen de muchas disposiciones relativas al contrato de Sociedad. Así, vemos que han dado a la sociedad vida distinta de los asociados, que los socios tienen limitaciones en el uso y disposición de la cosa común, que su interés individual debe obrar con subordinación al colectivo y que la sociedad puede ser deudora y acreedora de los socios. Y esta ha sido la opinión general de los jurisconsultos. STRACCA dice: «*Societas est corpus mysticum ex pluribus hominibus conflatum*» (*Decs. Rotae Genuae V. O., 910*); SCACCIA se expresa así: «*Aliud est corpus unius societatis est aliud est quilibet socius ipsius societatis*» (párrafo 1.º núm. 450); EMERIGON: «*La société est une personne civile, qui a ses droits et ses attributs*» (en su libro *Seguros*, t. I, págs. 111, 324 y 325). Otras autoridades podrían citarse literalmente, pero no lo hago porque, sobre ser bastantes los que quedan mencionados, no encuentro, en ellos formulado el pensamiento con tan cortas y expresivas frases. Los jurisconsultos modernos franceses son, en su mayor parte, de esta misma opinión. Sin embargo, debo decir que no faltan algunos que limitan la personalidad jurídica de la Sociedad a las mercantiles; así opinan TULIER, FREMERY y VINCENS. De lo dicho se infiere de los socios, capaz de propiedad y derecho y obligaciones, que se presenta como actora o como demandada en los juicios y que tiene su modo de dejar de ser, como lo tienen sus individuos».

Asimismo, cabe citar a MARTÍ DE EIXALÁ¹³, quien razonaba que: «Toda sociedad, una vez formada es un ser moral que contrata, obliga y se obliga, de la misma manera que cualquier persona». Por su parte, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ¹⁴ expone que: «La sociedad constituida es una persona jurídica con igual capacidad que la de un individuo, con los mismos y mayores derechos». Por otro lado, DOMINGO DE MORATÓ¹⁵, al decir: «aparte las obligaciones que respectivamente contrae cada uno de los socios en favor del otro, que son las únicas que propiamente hablando nacen del contrato de compañía (...) pueden contraerse otras así como adquirirse derechos por la compañía, considerada como una persona jurídica, respecto de otras personas ó compañías». También ELÍAS¹⁶ opinaba que «la sociedad constituye una persona moral que se considera como distinta y separada de los asociados

¹³ MARTÍ Y DE EIXALÁ, *Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, Tomo 2, 1838, pág. 260.

¹⁴ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo A, *Tratado de las obligaciones*, 1871, pág. 486.

¹⁵ DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, Tomo 2, 1868, pág. 443.

¹⁶ ELÍAS, *Derecho Civil General y Foral de España*, Tomo III, 1877, pág. 162.

así los bienes sociales solo son responsables al pago de las deudas de estos en la porción líquida que deducidas las comunes les corresponda».

SÁNCHEZ ROMÁN¹⁷, cohonestando la situación anterior y posterior al Código Civil, opina que: «las relaciones de la sociedad con terceras personas nacerán por consecuencia de la aplicación de la nueva personalidad, que el contrato de sociedad origina, á ulteriores relaciones contractuales o de otra clase, en las que la sociedad obre por medio de su legítima representación, y serán sus efectos los que correspondan á la naturaleza, en cada caso, de esas ulteriores relaciones, de las que la sociedad es término personal, como entidad colectiva».

En el ámbito mercantil, el Código de Comercio de 1829 tampoco reconocía de forma expresa la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, aunque como recogiera DE CASTRO¹⁸: «La misma Jurisprudencia de los Tribunales, aunque no sin vacilaciones, llegará a admitir el criterio amplio, al decir que “es innegable que al constituirse toda sociedad mercantil se crea una personalidad jurídica de la de los socios”. Será la Exposición de Motivos del Código de Comercio (D. 1 de marzo de 1881) la que reconozca sin ambages la personalidad jurídica de la sociedad mercantil al declarar lo siguiente: *«libre la constitución y creación de toda clase de sociedades mercantiles, las cuales una vez constituidas, tendrán el carácter de verdaderas personas jurídicas y, como tales, podrán realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines sociales y quedarán obligadas en su virtud a los resultados de esos mismos actos»*, quien dará paso a los artículos 116 y 122 del Código de Comercio de 1885, plenamente reconocedores de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil.

Por otro lado y con carácter previo al Código de Comercio de 1885, la Ley 11-19 de octubre de 1869, sobre Libertad de Bancos y Sociedades (*Gaceta* de 21 de octubre), en su artículo 2 prescribía lo siguiente: «*Todo contrato de sociedad mercantil habrá de consignarse en escritura pública, en una de las formas que prescribe el Código de Comercio en su Sección primera, título II del libro II, quedando en libertad los asociados de consignar en dicha escritura, así como en sus estatutos o reglamentos, los pactos o reglas que estimen convenientes para su régimen y administración. Las sociedades que legalmente no tengan el carácter de mercantiles y las cooperativas, en las que ni el capital ni el número de socios es determinante y constante, podrán adoptar la forma que los asociados crean conveniente establecer en la escritura fundamental*». Mientras que el artículo 3 de la citada Ley 11-19 de octubre de 1869, establecía que: «*La constitución de la Compañía se hará constar en acta notarial, que se levantará a presencia de los tenedores o representantes de la mitad, por lo menos, del capital social o de la cifra marcada en los estatutos, a cuyo efecto serán especialmente convocados todos los interesados de la empresa. Dentro del plazo de quince días, a contar desde la constitución de la Compañía, los gerentes, administradores o directores de la misma, presentarán al gobernador de la provincia, en donde tenga aquella su domicilio, una copia autorizada de la escritura social, con sus estatutos o reglamentos, si los hubiere, así como del acta de constitución, para remitirlo al Ministerio de Fomento. Los expresados administradores tendrán además la obligación de publicar en la Gaceta de Madrid y Boletín Oficial de la provincia respectiva, dentro del plazo indicado, los referidos*

¹⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Tomo 4, 1889, págs. 513 y 532.

¹⁸ DE CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica. La persona jurídica*, 2.^a ed., Civitas, 1984, págs. 197 y 198. DE CASTRO se hace eco aquí de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1872.

documentos para que lleguen a conocimiento del público. Si la Compañía tuviese carácter mercantil, presentará además el testimonio que prescribe el artículo 25 del Código de Comercio, con las circunstancias del artículo 290, para la inscripción en el Registro Público, conforme al artículo 22».

Es decir, la Ley 11-19 de octubre de 1869 solo establecía obligatoriedad de forma pública e inscripción en el Registro Público para las sociedades mercantiles, pero no para las sociedades civiles.

En consonancia con lo anterior, cabe destacar la importante sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1870 (*Gaceta* de 17 de abril), que acerca de la distinción entre el carácter civil o mercantil de una sociedad falló lo siguiente: «*El contrato de compañía o sociedad se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes con arreglo a lo dispuesto en la ley 1.ª, título X de la Parte 5.ª, y por consecuencia puede ser justificado, no solamente por documentos públicos o privados, sino también por los demás medios de prueba que el derecho reconoce. Si bien el artículo 284 del Código de Comercio previene que todo contrato de sociedad se ha de reducir a escritura pública otorgada con las solemnidades de derecho, esta disposición, como las demás del mismo Código concernientes a este contrato, se refieren exclusivamente y son tan solo aplicables, según lo tiene declarado este ST, a la sociedad mercantil, cuyo carácter no puede atribuirse, con arreglo a lo establecido por el artículo 315 del propio Código, a la formada únicamente para la elaboración de tejidos*».

O sea, el Tribunal Supremo tenía declarada, conforme a su doctrina jurisprudencial, la inexistencia de formalidades para la sociedad civil, sin que se aplicaren a la misma las previstas en el Código de Comercio para las sociedades mercantiles.

Pese a la claridad de lo anterior y debido al análisis realizado por el Centro Directivo del Derecho Histórico y la aplicación —a su juicio solo— de la normativa de las compañías mercantiles a las sociedades civiles, cabe plantearnos el carácter constitutivo o no de la inscripción de los comerciantes en el Registro Público de Comercio, cuya inscripción obligatoria para los comerciantes venía dada por los artículos 1 y 11 del Código de Comercio de 1829, siendo la consecuencia de la falta de inscripción la establecida en los artículos 28 y 30 del Código de Comercio de 1829. El artículo 28 establecía que: «*las escrituras de sociedad de que no se tome razón en el registro general de comercio, no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas les hubieren sido reconocidos; sin que por esto dejen de ser eficaces a favor de los terceros interesados que hayan contratado con la sociedad*». Mientras que en el artículo 30 del Código de Comercio de 1829 se preveía expresamente lo siguiente: «*Además de los efectos que en perjuicios de los derechos adquiridos por los documentos sujetos a la toma de razón, produce la omisión de esta formalidad, incurrirán los otorgantes mancomunadamente en la multa de cinco mil reales de vellón, que se les exigirá con aplicación al Fisco, siempre que apareciere en juicio un documento de aquella clase con esta informalidad*».

Es decir, la falta de inscripción de la escritura social tan solo llevaba aparejada una falta de eficacia entre los otorgantes, aunque no a favor de terceros interesados y una multa, pero no suponía la inexistencia de la sociedad. Este era el sentir general de la doctrina mercantilista de la época, aunque no está de más comentar que la cuestión tampoco era del todo pacífica. En este sentido, MARTÍ DE EIXALÁ¹⁹ y GONZÁLEZ HUEBRA²⁰ (quien fuera autor incluso de un Proyecto de

¹⁹ MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 1847, pág. 267.

²⁰ GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1853, pág. 134.

Código de Comercio fechado en Madrid, a 1 de octubre de 1858), fueron quizá los máximos exponentes de la crítica efectuada contra la inscripción registral meramente declarativa del contrato de compañía mercantil en el Registro General de Comercio, aunque otros autores como DEL VISO²¹ y BACARDÍ²² la consideraban acertada.

MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ²³, recogiendo la opinión de los anteriores autores, concluye afirmando la inexistencia de una inscripción registral constitutiva al respecto afirmando que: «En el caso de las escrituras de sociedad, la norma sobre los efectos de la omisión de la inscripción en el Registro suscita como primera cuestión la de si esta inscripción tiene o no carácter constitutivo. La contestación ha de ser negativa; la falta de inscripción no impide el nacimiento de la sociedad, conclusión que difiere de aquellos otros supuestos en los que además de la omisión de la inscripción se produce la falta de otorgamiento de escritura pública, pues en este caso, en opinión de un sector de la doctrina, la sociedad no podía nacer (...). Parece, pues, evidente que el legislador español no siguió rigurosamente la vía de la nulidad, como solución a la falta de publicidad, tal como disponía el Derecho francés a partir ya de la *Ordonnance du Commerce* de 1673. SÁINZ DE ANDINO, con buen criterio, prefirió seguir la tesis defendida por la doctrina francesa en su propósito de corregir la regla de la nulidad, admitiendo la existencia de la sociedad a favor de los terceros de buena fe, aun cuando faltara la publicidad legalmente prescrita. Los autores franceses han venido señalando cómo su vieja doctrina había renunciado ya a la interpretación literal de la Ordenanza del Comercio terrestre en aras de la equidad, y cómo consiguientemente la nulidad no operaba para los socios sino en el futuro, no siendo en ningún caso oponible por estos a los terceros (vid. PIC, *Sociétés commerciales*, París, 1940, pág. 254). La línea seguida por SÁINZ DE ANDINO se acerca más a esta posición, tal como aparece elaborada en relación con el Código de Comercio francés, sin duda por la influencia que recibió, como en otros tantos puntos, de la obra de PARDESSUS (*Cours de droit commercial*, pág. 248 y sigs.; cit., sobre la edición de Bruselas, II, 1842, part. V, tit. II, cap. I, sec. 1.^a)».

GARRIGUES²⁴ nos explica cómo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del alcance de la formalidad pública e inscripción de las sociedades mercantiles, se decantaba por la inexistencia de la sociedad mercantil, pero en el bien entendido que dicha inexistencia lo era por la falta de solemnidad más que por la falta de inscripción, cuando afirma lo siguiente: «La jurisprudencia dictada en aplicación del Código de 1829 rechaza la posibilidad de que la sociedad no inscrita pueda demandar a tercero el cumplimiento de un contrato como tal persona jurídica (sentencias de 23 de noviembre de 1883, 8 de mayo de 1885 y 12 de marzo de 1888). Si bien se mira, esta tesis del Tribunal Supremo afecta más directamente al principio según el cual la sociedad mercantil no goza de personalidad en sus actos y contratos si no ha sido otorgada escritura pública e inscrita en el Registro».

²¹ DEL VISO, *Lecciones elementales de Historia de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España*, III, 1864, pág. 238.

²² BACARDÍ, *Tratado de Derecho Mercantil de España*, II, 1840, pág. 220.

²³ MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. Tomo V, vol. I. Registro Mercantil. Formación y Desarrollo. Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, págs. 21 y 22.

²⁴ GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 69, 1930, pág. 675.

Por último y con referencia a la legislación histórica aplicable, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012/5268), resolvió la impugnación de la liquidación efectuada de una sociedad civil por acciones constituida el 20 de junio de 1869, por medio de escritura pública, la SOCIEDAD DE AMIGOS, cuyo capital estaba dividido en 1.700 acciones nominativas libremente transmisibles, quedando limitada la responsabilidad de los socios al capital aportado más las necesarias para llenar el objeto de la compañía, con la finalidad de adquirir el edificio «El Suizo», entonces en construcción, sito en la esquina de las calles Puerta Real, esquina a la calle Mesones, número 1, sito en Puerta Real de Granada, cuya titularidad correspondería a la compañía, para terminar la obra y distribuir los pisos y locales del edificio entre los propios socios.

En lo que ahora nos interesa, esta sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 2012, realiza el siguiente análisis histórico, afirmando rotundamente la inexistencia de ningún requisito de publicidad registral para el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil en función de lo dispuesto en el artículo 1669 del Código Civil y sobre la base de la no incorporación de lo dispuesto en el artículo 5 del Anteproyecto de 1882-1888 en el texto definitivo del Código Civil, cuando razona lo siguiente:

«6. *La personalidad y regularidad de la sociedad civil no inscrita.*

38. *A diferencia de las sociedades mercantiles, cuya actividad exigía algún tipo de publicidad por razones de seguridad del tráfico económico, las sociedades civiles no requerían su inscripción en registro alguno ni siquiera cuando adoptaban “formas mercantiles” —de ahí que no existiese obstáculo a la inscripción del inmueble a nombre de SOCIEDAD DE AMIGOS en el Registro de la Propiedad—.*

39. *El texto definitivo del Código Civil no incorporó el artículo 5 del primer de los títulos dedicados a la sociedad en el Anteproyecto de 1885-1888 a cuyo tenor: “[l]a sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados”, de tal forma que de conformidad con lo previsto en el artículo 1669 del Código Civil, “[n]o tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros”, cabe concluir a contrario sensu con el reconocimiento de la personalidad de las sociedades civiles como consecuencia de la eficacia organizativa del contrato dirigido a crear una entidad destinada a participar como tal en el tráfico jurídico, aunque no se haya inscrito, salvo que las partes decidan que no trascienda al exterior y su existencia se mantenga secreta (en este sentido, la sentencia 778/2006, de 14 de julio (RJ 2006/4716), afirma que la sociedad “ente creado por el contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que no se trate de sociedad irregular (art. 1669) caso de la que no trasciende a terceros”), sin necesidad de inscripción.*

40. *A tal conclusión no se opone que el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, de 20 de septiembre de 1919, admitiese su inscripción, al disponer que “[e]n el libro de sociedades se inscribirán: (...) 2.º Las sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el artículo 1670 del Código Civil”, lo que también admitía el 84.1.º, de 14 de diciembre de 1956, al permitir la de las sociedades que se constituyan “con arreglo a las disposiciones o formas del CCom.” —en dicha fecha el artículo 16 del CCom se refería a la inscripción de “las sociedades” sin otras precisiones—.*

41. *Tampoco se contenía referencia alguna a la inscripción de sociedades civiles con forma mercantil en el artículo 81 del Reglamento, aprobado por Real*

Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre (RCL 1989/2762 y RCL 1990/29), que, al identificar los sujetos y actos de inscripción obligatoria, en el artículo 81 dispone que “[s]erá obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes sujetos: (...) b) Las sociedades mercantiles”.

42. Finalmente, el Reglamento aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (RCL 1996/2112), tampoco se refería a las sociedades civiles, lo que fue determinante de que la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (RCL 1998/2381 y RCL 1999/431), añadiese un apartado 3 al artículo 81, con el siguiente tenor: “[p]odrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil”, y el artículo 269 bis cuyo apartado 1 disponía que: “[l]as sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubiera adoptado”, no obstante lo cual, habida cuenta de que el artículo 16.1 CCom, en la redacción dada al mismo por la Ley 19/1989, de 25 de julio (RCL 1989/1660), dispone que “[e]l Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: (...) 2.º Las sociedades mercantiles (...) 5.º Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley”, por elementales razones de jerarquía normativa y reserva de Ley fueron anulados por la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000/2888) (Recurso contencioso-administrativo 526/1998).

43. En definitiva, a diferencia de otros ordenamientos, como el francés, en el que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles aparece vinculado a la inscripción de la sociedad y hasta que esta se produce rige la regla “il n’y a que des associés point de société” (tan solo existen asociados, no sociedad), al disponer el artículo 1842 del Código de Napoleón que “Les sociétés (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation...” (Las sociedades (...) gozan de la personalidad moral a partir de su inscripción), al margen de su conveniencia o no, nuestro sistema no exige la inscripción de las sociedades civiles en registro alguno y ni el artículo 1669 del Código Civil ni el 35 del mismo Código supeditan a la inscripción el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

O sea, el Tribunal Supremo sí que realiza una correcta interpretación del argumento histórico utilizado por la Dirección General de los Registros y el Notariado en esta Resolución de 25 de junio de 2012, a saber, el consistente en que el texto definitivo del Código Civil no incorporó la negativa al reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil que por el contrario sí hiciera el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, lo cual es obviado por completo ahora por el Centro Directivo.

Debido a la importancia de lo anterior, pasamos a analizar el estado de la cuestión en la elaboración y resultado del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, para lo cual resulta esencial el tratamiento que hiciera PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁵, aunque luego la conclusión de este autor —en clara sintonía con la tesis mantenida por el profesor DE CASTRO, como expondremos con posterioridad— no sea la acertada, a nuestro juicio.

²⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.ª ed., Colegios Notariales de España, 2006.

Es importante tener presente que el Anteproyecto de Código Civil (1882-1888) inspirado directamente en el Anteproyecto del Código Civil de LAURENT, llegó a tener dos Títulos dedicados al contrato de sociedad. En el artículo 5 del primero de ellos, se recogía lo siguiente: «*la sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de la de los asociados*», mientras que en el segundo de los Títulos, el artículo 47 expresamente preveía lo siguiente: «*las asociaciones de personas, formen o no sociedad civil, solo constituyen una entidad jurídica, independiente de la personal de los individuos que las componen, cuando tienen dicho concepto por la ley o se forman con aprobación de la autoridad pública*».

Como expone PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁶, resultó importante antecedente del artículo 1669 del Código Civil que la Comisión, presidida por el liberal Gamazo, introdujera el día 14 de junio de 1887 en la Base 2.^a dentro de las materias que debía contener el futuro Código y a la que se tenían que ajustar tanto el Gobierno como la Comisión de Códigos, el siguiente inciso: «...y el reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas»; ello dio pie a que se introdujeran en el texto definitivo del Código Civil, a propuesta de Gamazo, los artículos 1669 y 1670 del Código Civil, introducidos precipitadamente también a propuesta de Gamazo el día 18 de noviembre de 1888 (DANVILA, *Diario del Congreso* de 21 de marzo de 1889, núm. 75, pág. 2004), sin que contemos con las discusiones parlamentarias al efecto y sin que a juicio de cierta doctrina de la época se hubiera respetado el procedimiento establecido en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN²⁷ se pronuncia al respecto: «En otro lugar

²⁶ Vid., *op. cit.*, pág. 43.

²⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, *La codificación civil en España*, 1890, pág. 75. La referida posible inconstitucionalidad de la introducción de determinados preceptos del Código Civil había sido expuesta por SÁNCHEZ ROMÁN (vid. *La Codificación...*, pág. 43) del siguiente modo: «El importante particular relativo al procedimiento seguido para la redacción y formación del Código Civil fué objeto de impugnación, muy fundada, á nuestro juicio, por el senador Sr. Comas, que no logró destruir, en su brillante réplica, el Sr. Romero Girón. Fundábase aquél en el Decreto orgánico de la Comisión de Códigos, de 10 de Marzo de 1875, que la divide en dos Secciones, de lo *civil* y de lo *penal*; en el de 1.º de Febrero de 1880, que para casos de excepción facultaba á alguna de ellas para la redacción definitiva de algún proyecto; en el de 23 de Septiembre de 1882, artículo 1.º, según el cual, “Los Libros III y IV del Proyecto de Código se someterán al examen y discusión de la *comisión general de codificación en pleno*, la cual lo redactaría antes de presentarlo á la deliberación de las Cortes”; y en el artículo 2.º del Proyecto de ley de Bases del Sr. Silvela, que es el mismo de la Ley de 11 de Mayo de 1888, que dice: “La redacción de este Cuerpo legal se llevará á cabo por la Comisión de Códigos, cuya Sección de Derecho civil formulará el texto del proyecto, oyendo en los términos que crea más expeditos y fructuosos, á todos los individuos de la Comisión, etc.”. Se observa anfibología en este texto, porque si bien es verdad que atribuye, en primer término, la redacción á toda la Comisión de Códigos, y que, aunque encarga á la Sección de Derecho civil que formule el texto del Proyecto, esto puede ser simple reconocimiento de su natural ponencia, dada la índole de aquél, surge alguna legítima duda por el precepto final de que se oiga, *en los términos que se crean más expeditos y fructuosos*, á todos los individuos de la Comisión. Sin embargo, creernos que la interpretación en este punto debió ser muy otra de la que se ha observado, y no reducir de tal suerte las garantías que son indispensables en trabajo legislativo de tal trascendencia, alejando de la confección del Código ilustraciones notorias y competencias tan acreditadas, como las de muchos de sus dignos Vocales, á quienes no se ha oído en condiciones de tiempo y eficacia, ni de modo completo, sino de manera parcial, incidental y por mera fórmula de trámite, y que por varios indicios hay que sospechar que para nada han sido tenidas en cuenta sus observaciones. *Diario de Sesiones del Senado* del 5 de Febrero y siguientes de 1889».

aludimos a ese defecto de inconstitucionalidad, respecto de la intervención parlamentaria incompleta, por lo que al Senado se refiere, y aquí lo completaremos observando que, no obstante decretarse en la Gaceta, con fecha 6 de octubre de 1888, la publicación del Código Civil que se decía adjunto, aparecen actas posteriores, que llegan hasta el 29 de noviembre, de unas veinte sesiones celebradas por la Comisión de Códigos, en las cuales resultan acuerdos, tomados alguna vez con tres individuos, cuando se compone de treinta con los correspondientes, en las que se modifican, sustituyen, añaden y cambian radicalmente una multitud de artículos del Código Civil, y se llevan a cabo hasta trabajos de introducir innovaciones tan importantes, como la del retrato de los asurcanos, de la personalidad jurídica de las personas sociales, de la cuestión de bienes parafernales y de otros, si ha de darse crédito a autorizados testimonios, que en la discusión parlamentaria no han sido desmentidos, después de dicha fecha de 6 de octubre de 1888, en la que el Real Decreto que hablaba de un proyecto adjunto no puede ser entendido sino estimando ultimada la formación del mismo».

Sin embargo, como sabemos, la Ley de 26 de mayo de 1889, no requería más que el Gobierno hiciera una edición del Código Civil con los requisitos de su artículo 1 (intervención de la Comisión General de Codificación en función de los debates parlamentarios existentes). Es decir, se trató de una clara delegación legislativa muchísimo más amplia que la efectuada por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, fruto evidente de las tensiones políticas y legislativas de la época.

En relación con la base 2.^a citada, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁸ se preguntaba lo siguiente: «¿Al publicarse la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, había para las *sociedades civiles*, en relación con su posible personalidad, *preceptos legales vigentes* relativos a su *reconocimiento y condiciones de existencia* como personas jurídicas?»

La contestación ha de ser positiva, puesto que para las sociedades civiles regía el mismo sistema que estaba vigente para las mercantiles con anterioridad a la entrada en vigor del Código de Comercio de 1885».

Es decir, este autor hace referencia a la aplicación a las sociedades civiles de lo previsto en la Ley 11-19 de octubre de 1869, aunque como hemos visto en el articulado de la misma (arts. 2 y 3) las sociedades no mercantiles (civiles) podían adoptar la forma que estimaban conveniente sus asociados, sin que además la inscripción en el registro de actos de comercio se impusiera para las sociedades no mercantiles (civiles), siendo por otro lado opinión de la Jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1870, ya vigente la Ley 11-19 de octubre de 1869) que la sociedad civil no requería formalidad alguna para su existencia, ni se le aplicaban a la misma las formalidades previstas para las sociedades mercantiles.

La siguiente pregunta que se formula PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁹ para razonar su argumento es la siguiente: «Y tratándose de las sociedades civiles, ¿cómo reguló para ellas el Código la materia del reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas a que se refería la base 2.^a de la Ley de Bases?»

Dedica el Código especialmente a la cuestión los artículos 1669 y 1670. Nos parece que los antecedentes inmediatos de los preceptos del Código Civil, antes expuestos, revelan el acierto de la tesis del maestro DE CASTRO (*Temas*, págs. 83 y sigs.), según la cual, la sociedad civil pasa a tener personalidad jurídica indepen-

²⁸ Vid., *op. cit.*, pág. 45.

²⁹ Vid., *op. cit.*, pág. 49.

diente cuando los estatutos sociales no se mantienen secretos entre los socios, por haberse revestido la sociedad de una de las formas reconocidas en el Código de Comercio (cfr. 1670 CC), y haberse inscrito los estatutos en el Registro Mercantil (cfr. art. 119 CCom)».

Después de exponer su interpretación consistente en que el artículo 1669 del Código Civil regula las sociedades civiles sin personalidad jurídica, llega PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS a la conclusión anterior; es decir, a que solo las sociedades civiles con forma mercantil inscritas en el Registro Mercantil son las que gozan de personalidad jurídica, al exponer lo siguiente 30: «En el artículo 1670, en cambio, sí se establece, aunque por referencia, cuándo las sociedades civiles tienen personalidad jurídica. El artículo 1669 ya anticipaba que no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos no tengan la publicidad adecuada para que sus pactos dejen de considerarse secretos o reservados. *Sensu contrario*, de tener los pactos constitutivos la publicidad legalmente adecuada, la sociedad civil sí tendría personalidad. Antes del Código era publicidad legalmente adecuada, conforme al artículo 3.º de la Ley 11-19 de octubre de 1869, la publicación de la escritura de constitución, con los estatutos y reglamentos de la sociedad, en los periódicos oficiales que la ley expresaba (BO de la provincia, *Gaceta de Madrid*). Por respeto de los derechos adquiridos de esta publicidad seguiría siendo suficiente para las sociedades que estuvieran constituidas cuando el Código Civil entró en vigor. Pero desde la entrada en vigor del Código quedó derogada la Ley de 1869 como, en general, todas las leyes sobre materias civiles. Para las sociedades civiles que se constituyan después de la entrada en vigor del Código Civil no se prevé otra publicidad oficial que la que puedan obtener si revisten una de las formas reconocidas en el Código de Comercio. Entonces, de las disposiciones del Código de Comercio a las que se remite el artículo 1670 del Código Civil resulta con toda claridad cuál ha de ser la publicidad legalmente adecuada. Para que los pactos constitutivos de la sociedad civil dejen de considerarse secretos o reservados a efectos de que las sociedades adquieran personalidad jurídica, que es una cualidad *oficial y erga omnes*, va a exigirse correlativamente la misma publicidad *oficial y erga omnes* que se exige para las sociedades mercantiles: la publicidad que proporciona la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública de constitución de la sociedad en forma mercantil».

Pero centrándonos en el argumento histórico, que es el que ahora nos atañe, no podemos mantener como correcta la anterior opinión ya que no solo obvia los artículos 5 y 47 del Anteproyecto de 1882-1888 que negaban la personalidad jurídica de la sociedad civil, sino que conforme a la Base 2.ª introducida, día 14 de junio de 1887, dentro de las materias que debía contener el futuro Código y a la que se tenía que ajustar tanto el Gobierno como la Comisión de Códigos, con el siguiente inciso: «...y el reconocimiento y condiciones de existencia de las *personas jurídicas*», en la legislación de la época vigente entonces, a saber, Ley 1.ª, Título X de la Parte 5.ª y Ley 11-19 de octubre de 1869 no se exigía ningún requisito de publicidad formal para el reconocimiento de la personalidad jurídica societaria; que si bien es cierto, el mismo no se produjo positivamente hasta la publicación del Código de Comercio de 1885 para las sociedades mercantiles, ni este ni el anterior Código de Comercio de 1829 —como hemos visto— tampoco requerían para la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles la inscripción en el Registro Mercantil.

³⁰ Vid., *op. cit.*, pág. 52.

Por ello, no puede ser aceptable, considerar —incluso más allá de la correcta interpretación del art. 1669 del CC— manifestar que la personalidad jurídica de la sociedad civil la hace depender el artículo 1670 del Código Civil a la formalidad mercantil y a su inscripción en el Registro Mercantil, si no es en contradicción con los antecedentes normativos existentes en la materia.

Sin duda, como el propio PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS reconoce (aunque no así la Dirección General de los Registros y del Notariado), la opinión del profesor DE CASTRO fue decisiva en esta materia, que si bien reconocido por nosotros su indudable magisterio, no podemos como hemos expuesto compartir su razonamiento en este punto.

DE CASTRO³¹ expuso en su momento lo siguiente: «¿Ha seguido el legislador otro sistema, respecto de las sociedades civiles a las que otorga personalidad civil? El artículo 1669 del Código Civil permite toda duda, por su desgraciada redacción. Quizá sea posible una interpretación satisfactoria, más de acuerdo con la naturaleza de la persona jurídica, si se tienen en cuenta las peculiares circunstancias del texto codificado. El anteproyecto de 1888 contiene en el título “de la sociedad” un artículo que, siguiendo las ideas dominantes en el momento, dice: “la sociedad civil no constituye una personalidad distinta de la de los asociados” (art. 5.º). La doctrina francesa, la que se estima entonces más autorizada, entendía que la sociedad civil por su objeto incurría en nulidad absoluta, si se le revestía de forma mercantil. Todo lo que resultaba en que una serie de sociedades de gran importancia económica (minerías, de construcción, agrarias) se veían privadas de gozar de la personalidad jurídica. Advertido esto a última hora, el 18 de noviembre de 1888, cuando ya se había decretado la publicación en la *Gaceta* del Código Civil “adjunto” (6 de octubre de 1888), se interpolan los artículos 1669 y 1670. (...) No parece, por tanto, sin justificación, pensar que las sociedades civiles que gozan de personalidad jurídica, las que no mantienen secretos sus pactos, son aquellas a las que ha sido dado revestir una de las formas reconocidas por el Código de Comercio y que han sido inscritas consiguientemente en el Registro Mercantil. Interpretación concorde con la naturaleza de la persona jurídica, que requiere publicidad, dada su eficacia *erga omnes*; opinión que resulta además avalada por alguna expresiva frase del Tribunal Supremo».

Como podemos observar al argumento del profesor DE CASTRO, que entendemos sirvió de base a los expuestos por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, se le pueden realizar las mismas objeciones antes citadas, aunque cabe añadir una más, de nuevo desde el punto de vista histórico, a saber, si el Gobierno y la Comisión de Códigos se tenían que ajustar a la Base 2.ª antes citada y a la obligación que imponía la citada Ley de Bases de 1888, según la cual el Código Civil debía formularse, en principio, «*sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes*», ¿cómo el legislador de nuestro Código Civil iba a requerir como presupuesto de la personalidad jurídica la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, cuando tuviera forma mercantil, si no existía en la época norma que habilitare tal acceso tabular? Como conocemos, ni los artículos 21 y siguientes del Código de Comercio de 1829, regulador del Registro Público de Comercio, ni el Reglamento para la organización y régimen del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto de 21 de diciembre de 1885, posibilitaban la inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil; lo cual no tuvo lugar hasta la previsión al efecto producida por el artículo 107.2 del Regla-

³¹ DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, 1972, págs. 83, 84 y 85.

mento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto de 20 de septiembre de 1919 y que fue mantenida en el artículo 84 primero del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956^{32 33}.

Al hilo de lo anterior y como conocemos, debido a que tanto el Reglamento del Registro Mercantil de 1989, como el actual Reglamento del Registro Mercantil de 1996 no recogieron el acceso de las sociedades civiles con forma mercantil al Registro Mercantil, la posibilidad de acceso de las sociedades civiles fue intentada —a raíz de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 1997— mediante la reforma del Reglamento del Registro Mercantil (arts. 81 y 269 bis) operada por Real Decreto 1867/1998, que fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2000, por infracción del principio de reserva de Ley (art. 16 del CCom.), lo que propició el loable cambio de criterio del Centro Directivo en su Resolución de 14

³² En la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil de 1919 se establecía al efecto lo siguiente: «(...) Por eso se ha creído necesario expresar que no sólo las Sociedades propiamente mercantiles comprendidas en los citados artículos del Código de Comercio, sino también las Sociedades civiles comprendidas en el artículo 1670 del Código Civil deben inscribirse en el Registro Mercantil, ya que a estas Sociedades le son aplicables las disposiciones del Código de Comercio en cuanto no se opongan a las del Código Civil». De esta forma, el artículo 107.2 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919 preveía lo siguiente: «En el libro de Sociedades se inscribirán: (...) 2.º Las Sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.670 del Código Civil». Mientras que el artículo 84 Primero del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 establecía que: «En los libros de Sociedades se inscribirán: (...) Primero. Las Sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de Comercio o a Leyes especiales».

³³ Interesantes, a este respecto, son las reflexiones de PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, vol. II, pág. 1382, cuando afirma lo siguiente en relación con el artículo 1670 del Código Civil: «El problema que podría plantearse es si estas sociedades se inscriben en el Registro. El Reglamento del Registro Mercantil de 20-IX-19 establecía en su artículo 117.2 [107.2] que debían inscribirse: "[L]as sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el artículo 1670 del Código Civil". La misma solución parecía suponer el Reglamento previgente de 14-XII-1956, cuyo artículo 84.1 preceptuaba la inscripción de: "[L]as sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de Comercio...". La solución se hallaba asimismo admitida en la práctica registral (vid. RDGR de 21-V-1935) y sostenida por una buena parte de la doctrina (vid. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *RDM*, 1956, pág. 95; AZURZA, *ADC*, 1952, págs. 190 y sigs.; URÍA, *RDM*, 1946, pág. 9; CÁMARA, *Estudios*, I, pág. 154; BADÍA, *RCDI*, 1986, pág. 328; GARCÍA MAS, *RCDI*, 1990, pág. 165; LACRUZ, *Elementos*, II-3, pág. 401, etc.). Mas es esta una interpretación que, a nuestro juicio, no puede compartirse. La Ley exige una respuesta contraria. El artículo 16.2.º del Código de Comercio (en su versión actual, pero también en la previgente) es clara y neta al respecto: en el Registro solo pueden inscribirse las "sociedades mercantiles", es decir, las sociedades subjetivamente mercantiles (en este sentido se había pronunciado originariamente la notable RDGR de 1-VIII-22; y aunque no se pronuncia expresamente al respecto, este parece ser el sentido de la reciente RDGR de 16-V-91; entre los tratadistas cabe citar a GARRIGUES, *RDM*, 1974, pág. 22; GULLÓN, *Contratos especiales*, pág. 356, n. 52, que invoca la STS de 2-I-1940; FERNÁNDEZ DEL POZO, *Nuevo Registro*, pág. 71, y, al parecer, GIRÓN, *Estudios*, pág. 101). Precisamente por ello, el Reglamento del Registro Mercantil vigente no sigue las viejas fórmulas y establece, como ordena la ley, que solo se inscribirán las «sociedades mercantiles» [art. 81.1.b) RRM]. Esta es la solución que mejor se compadece con la función del registro, que es servir de instrumento de publicidad en el ámbito mercantil. No tiene sentido, en efecto, someter a publicidad registral a sujetos que desempeñan actividades civiles, al menos mientras la publicidad registral no se generalice también para el resto de las sociedades civiles. Un tratamiento no uniforme carece de racionalidad».

de febrero de 2001; sin que en la actualidad dicho acceso registral sea posible, a excepción de las sociedades civiles profesionales previstas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

Probablemente a las anteriores opiniones de DE CASTRO y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (y al revisionismo efectuado por el Centro Directivo en esta Resolución de 25 de junio de 2012, respecto del buen criterio que estableciera en su Resolución de 14 de febrero de 2001), en cuanto al paralelismo efectuado entre sociedad mercantil y sociedad civil con forma mercantil, ha de criticarse el diferente supuesto que regulan tanto el artículo 119 del Código de Comercio como el artículo 1669 del Código Civil, así como que ni siquiera en el ámbito mercantil, sea posible admitir la tesis de la inscripción registral constitutiva para la adquisición de la personalidad jurídica.

En relación con la primera de las cuestiones antes suscitadas, coincidimos con QUESADA SÁNCHEZ³⁴ cuando opina lo siguiente: «El artículo 1669 es, por tanto, un precepto bastante singular. CASTÁN TOBEÑAS cree encontrar su equivalente y señala que *se corresponde con los artículos 119 y 120 del Código de Comercio* (de 1885). No es exacto, ya que los pactos a los que alude el artículo 119 no pueden equipararse a los del artículo 1669 del Código Civil: en el caso del artículo 119 del Código de Comercio se alude a pactos al margen de la escritura constitutiva que accede al Registro (por tanto, hay una sociedad perfectamente constituida que se inscribe en el Registro y aparece como ente frente a terceros, aunque existan pactos al margen de esa imagen «oficial»), mientras que en el caso del artículo 1669 del Código Civil la sociedad no aparece como tal frente a terceros, porque, en primer lugar, los pactos se mantienen reservados entre las partes, y segundo, estas contratan con terceros en su propio nombre».

Mientras que respecto de la segunda de las cuestiones apuntadas, ya hemos expuesto con anterioridad en este trabajo cómo ni el Código de Comercio de 1829, ni la Ley 11-19 de octubre de 1869, ni la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni la doctrina mercantilista de la época consideraban la inscripción en el Registro Mercantil como requisito para la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, ¿pero *quid* bajo el amparo del Código de Comercio de 1885? Igual respuesta, ha de ofrecerse a esta cuestión, tal y como ya tuvimos de exponer en otro trabajo nuestro anterior³⁵.

Teniendo como principal valedor a GARRIGUES, una posición clásica mantiene que la sociedad no inscrita carece de personalidad jurídica. Así, el artículo 119 del Código de Comercio prescribe que: «*Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil...*».

Por lo tanto, si una sociedad no se inscribe en el Registro Mercantil no puede haberse constituido con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio (art. 116.1 del CCom.) lo que supone *a sensu contrario* que no tendrá personalidad jurídica (art. 116.2 del CCom.). A estos efectos, recordamos que el artículo 116 del Código de Comercio literalmente prevé que: «*El Contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria*

³⁴ QUESADA SÁNCHEZ, *Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el Ordenamiento español*, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, 2003, pág. 200.

³⁵ REDONDO TRIGO, «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), año LXXXIII, núm. 700, págs. 853-873.

o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos».

Las consecuencias de esta postura son dos: la nulidad de los contratos estipulados por la sociedad con terceros (de conformidad con el art. 118 del CCom., *a sensu contrario*) y la responsabilidad de los gestores (según el art. 120 del CCom.).

Al respecto, GARRIGUES³⁶ se pronunciaba de la siguiente forma: «...En los preceptos sobre sociedades, el legislador impone sanciones al incumplimiento de los requisitos de constitución que establece el artículo 119. Tales son: la no validez de los contratos entre la compañía y los terceros (art. 118, *a sensu contrario*) y la responsabilidad solidaria de los encargados de la gestión social, frente a las personas con quienes contrataron en nombre de la compañía (art. 120). Dicho en otros términos: ineficacia del contrato para la compañía (ni le concede derechos, ni le impone obligaciones) y eficacia del contrato, solo en cuanto a obligaciones para los encargados de la gestión, los cuales se subrogan en el lugar de la compañía a los efectos de responsabilidad. De aquí se deduce que el tercero no adquiere frente a la compañía misma ni derechos ni obligaciones: adquiere únicamente derechos frente a los encargados de la gestión social. La irregularidad en la constitución de la compañía adquiere solo significación en la relaciones con terceros: como la sociedad irregular no tiene personalidad jurídica (vid. art. 116, párr. 2.º, *a contrario sensu*), no puede contratar como persona. Si contrata, el contrato no será válido y eficaz. Mas como sería inicuo dejar desamparado al tercero que contrató con quien creía gestor de una sociedad legalmente constituida, el artículo 120 concede a ese tercero acción, no contra la sociedad, puesto que no existe como persona jurídica, sino contra los encargados de la gestión social que indebidamente contrataron a nombre de una sociedad irregular»³⁷.

Pero las consecuencias negativas de esta doctrina tradicional se observan claramente, pues lo que se produce es una clara desprotección de los terceros acreedores ante la inexistencia de personalidad jurídica de la sociedad, ya que se les niega la posibilidad de dirigir su acción frente a un patrimonio separado social, y asistiéndoles tan solo la acción de responsabilidad frente a los gestores sociales.

Magistralmente propugnada por GIRÓN TENA³⁸ frente a la lectura tradicional de los preceptos del Código de Comercio argumentados por esta, este autor afirmó que el sistema del Código de Comercio se caracteriza por las siguientes notas: libertad de inscribir o no, siendo las consecuencias de la falta de inscripción las derivadas por el régimen de publicidad legal, esto es el perjuicio a terceros.

A esta conclusión llega de acuerdo con la Exposición de Motivos del Código de Comercio quien se había inspirado en las técnicas que presidían el Derecho Registral Inmobiliario.

En este sentido, afirmaba GIRÓN lo siguiente³⁹: «El sistema del Código en este punto no es nada extraño: es secuela de su ideología liberal tan conocida

³⁶ GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 1968.

³⁷ Véanse las posturas de URÍA y CHULIA siguiendo esta tesis doctrinal citadas por Cándido PAZ-ARES, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1340.

³⁸ GIRÓN TENA, «Las sociedades irregulares», en *Anuario de Derecho Civil*, 1951; «Los conceptos y los tipos de sociedades en los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1963, y *Derecho de Sociedades*, págs. 226 y sigs.

³⁹ GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, pág. 245.

y repetida. Expresamente, da la Exposición de Motivos la orientación expuesta: “No impone apremio ni coacción alguna a los asociados para que den publicidad por medio del Registro a la constitución de Sociedad...”; se “sustituye la necesidad que hoy —se refiere al C. del 29— existe de practicar la inscripción... por la libertad de inscribir o no los documentos, sin otra sanción que la de quedar privado el acto o contrato de ciertos beneficios y ventajas que se conceden a los actos inscritos, a cuyo fin, se consigna el principio general de que estos últimos producirían efecto legal en perjuicio de tercero solo desde la fecha de la inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados..., como consecuencia del mismo principio, deroga la legislación vigente sobre los efectos de la no inscripción de las Escrituras de sociedad... declarando, en armonía con la teoría general del Registro de la Propiedad territorial, que estos contratos surtirán efectos entre los otorgantes, pero no en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá utilizarlos en lo que le sean favorables...” (estos textos están tomados, concordados, de la parte de Sociedades y de la de Registro).

De acuerdo con lo anterior, el Código de Comercio no afirmaba la inexistencia de personalidad jurídica de la sociedad no inscrita sino que la enjuiciaba en términos de oponibilidad a terceros.

A continuación, continuaba afirmando GIRÓN lo siguiente: «El artículo 24 del Código de Comercio (actual art. 21 del CCom.) debe presidir la interpretación. Este artículo con el 120 dicen todo lo que el Código quiere decir para las sociedades irregulares: no perjuicio de terceros y responsabilidad de los gestores. El tema de la irregularidad en nuestro ordenamiento es correctamente un tema de relaciones entre publicidad legal y de hecho o voluntaria»⁴⁰.

Las consecuencias de esta tesis registral, aceptadas mayoritariamente por la doctrina, son principalmente las que de forma resumida a continuación se exponen a nivel doctrinal⁴¹:

- (i) Existe un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares. Ello se desprende tanto de una interpretación del artículo 1669 del Código Civil como del propio artículo 116 del Código de Comercio, que establece que la sociedad, una vez constituida, tendrá personalidad jurídica. La oposición a esta afirmación podría nacer de una lectura del artículo 119 del Código de Comercio, que exige la inscripción para entender a la sociedad como válidamente constituida. Sin embargo, con acierto la doctrina ha entendido que en todo caso del propio artículo 119 del Código de Comercio se deduce que la inscripción de la sociedad presupone ya la existencia de un ente social. La otra objeción sería entender que el artículo 116 del Código de Comercio exige que la constitución de la sociedad se realice de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio y ello nos haría exigir la inscripción del artículo 119 del Código de Comercio, a lo que se contesta con acierto que lo que está exigiendo el artículo 116 del Código

⁴⁰ Véanse las posturas de GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, MENÉNDEZ, CÁMARA, GALÁN CORONA, EMBID, CAPILLA RONCERO, LANGLE, BROSETA y SÁNCHEZ CALERO, aprobando la tesis de GIRÓN, según Cándido PAZ-ARES, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1341.

⁴¹ PAZ-ARES, vid., *op. cit.*, págs. 1341 y sigs.; vid., igualmente, las opiniones de PAZ-ARES en el mismo sentido, en *Curso de Derecho Mercantil*. Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, I, págs. 513 y sigs. Editorial Civitas, Madrid, 1999, y en la segunda edición de esta obra de 2006.

de Comercio es que la sociedad se constituya de acuerdo con alguno de los tipos sociales regulados en el Código de Comercio.

- (ii) El propio Ordenamiento Jurídico ha otorgado expresamente la personalidad jurídica de las sociedades irregulares en los artículos 16 de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 39 de la LSC) y artículos 1 y 22.1 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, que en definitiva consagran la validez de las relaciones externas de la sociedad frente a los terceros.
- (iii) La validez de las relaciones jurídicas estipuladas por la sociedad no inscrita frente a terceros no hay que juzgarlas en términos de validez/nulidad (art. 118 del CCom.) sino en términos de oponibilidad/inoponibilidad (art. 21.1 del CCom.).

Así lo entiende acertadamente PAZ-ARES⁴², al explicar que: «...Son dos las razones que avalan la afirmación anterior. La primera se encuentra en los propios límites de la publicidad negativa del Registro, que están en la buena fe: el tercero que tratara de ignorar la existencia de la sociedad no sería de buena fe, puesto que al contratar con ella reconoció su existencia (la exigencia de la buena fe del tercero, preconizada por la doctrina antes de la reforma, se encuentra expresamente consagrada en el art. 21 del CCom.). La segunda reside en el propio fundamento de la publicidad negativa, que es la apariencia: la publicidad negativa protege la apariencia que el silencio del Registro permite subsistir; y consiguientemente, requiere que exista una apariencia anterior que el Registro no destruye. Es indudable, por ello, que la publicidad negativa nunca puede referirse a la existencia del sujeto inscribible, pues antes de él no hay nada, sino a las condiciones en que ese sujeto se presenta en el tráfico».

Entendido esto de esta forma puede colegirse que las relaciones jurídicas con terceros estipuladas por la sociedad no inscrita son válidas, lo que ocurre es que la sociedad irregular no podrá oponer al tercero en las mismas las cláusulas del contrato de sociedad no inscrito.

- (iv) La responsabilidad solidaria de los administradores. Como consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad irregular, se extrae también que la responsabilidad de los administradores, *ex* artículo 120 del Código de Comercio, es una responsabilidad solidaria y adicional a la de la propia compañía y la de sus socios, ello supone una mayor protección para los terceros, haciéndose a su vez menos atractiva la situación de irregularidad.

Aunque no de forma unánime, es cierto⁴³, nuestra última Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reconociendo personalidad jurídica a las sociedades mercantiles no inscritas. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010/580), expresa lo siguiente:

⁴² PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil*. Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, I, págs. 517. Editorial Civitas, Madrid, 1999, y en la segunda edición de esta obra de 2006.

⁴³ Vid., la Jurisprudencia contradictoria que ya recogíáramos en el trabajo que dedicamos al respecto. REDONDO TRIGO, «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), año LXXXIII, núm. 700, págs. 853-873.

«2.1. La personalidad jurídica de las sociedades “no formalizadas”.

16. Nuestro sistema reconoce a los particulares potestad para la creación de sociedades civiles que gozan de personalidad jurídica como efecto de la eficacia organizativa de la voluntad contractual de los socios de constituir una sociedad.

17. Para que la sociedad pueda oponerse frente a terceros, además, debe exteriorizar su existencia aunque no se expliciten los pactos sociales, lo que acontece en supuestos como el presente en el que los socios contratan en nombre de la sociedad, de tal forma que el tercero es conocedor de que la relación obligatoria se entabla con el ente personificado.

18. Tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 11.1 de la Ley 2/1995, de 25 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada —vigente en el momento en que se desarrollaron los hechos litigiosos—, siguiendo la estela del artículo 5 de la Ley de 17 de julio de 1953 (RCL 1953/909/1065), supeditaba el reconocimiento de la personalidad a la inscripción en el Registro Mercantil al disponer que “(l)a sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad de responsabilidad limitada su personalidad jurídica” —hoy en día, el art. 33 de la LSC dispone: “Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”—.

19. Ello no supone la imposibilidad de que se suscriban contratos en nombre de futuras sociedades de responsabilidad limitada después de haberse otorgado escritura de constitución aun no inscrita, proyectándose sus efectos, según los casos, a la sociedad en fase de constitución, a los socios, a los administradores, a quienes contrataron en nombre de esta, y, en ocasiones, tanto a la sociedad como a socios y gestores, de conformidad con lo previsto en los artículos 15 y 16 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión contenida en el artículo 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy arts. 36 y sigs. de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010/1792).

20. Ahora bien, aunque como sostiene la sentencia 957/2001, de 19 de octubre (RJ 2001/8649), la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo, y en tanto no se cumpla la Sociedad carece de personalidad a determinados efectos, la personalidad jurídica, como instrumento eficaz para la organización de las empresas y creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico, no queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública —momento a partir del cual entra en juego la previsión contenida en el art. 15 de la LSA, como se deduce de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el artículo 14 de la LSRL, y hoy del art. 33 en relación con el 24 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital—, de tal forma que del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad.

21. En este sentido apuntan diversas sentencias de esta Sala y así:

1) La de 1 de octubre de 1986 (RJ 1986/5230), con cita de la de 21 de junio de 1983 (RJ 1983/3647), afirma la existencia de sociedad mercantil “desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner bienes en común con intención de obtener lucro”, aun cuando irregular, “La condición de irregular, determinada por la ausencia de la escritura pública y su inscripción registral, no desnaturaliza tal carácter mercantil (...)”.

2) La de 20 de febrero de 1988 (RJ 1988/1073) sostiene que: “ya esta Sala en sentencia de 21 de junio de 1983 (RJ 1983/3647) admitió la existencia de

sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación a la normativa específica del Código de Comercio”.

3) La 1004/1992, de 13 de noviembre (RJ 1992/9402) admite la existencia de un ente social válidamente constituido por la prestación del consentimiento probada por inferencia.

4) La 611/1996, de 17 de julio (RJ 1996/5724) admite la constitución prescindiendo de formalidades escritas, “pues puede existir por simple acuerdo verbal entre los interesados [sentencia de 8 de julio de 1993 (RJ 1993/6326)], siempre que concurra el elemento esencial definidor que es el *animus societatis*.”

5) La 1177/2006, de 20 de noviembre (RJ 2006/8082), reproduce la de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002/9851), y afirma que: “En cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 8 de julio de 1993, que cita las de 3 de abril (RJ 1991/2633), 11 de junio y 6 de noviembre de 1991 (RJ 1991/7937), según la cual, “desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil”.

6) La 743/2009, de 13 de noviembre (RJ 2009/7288) reconoce modalidades elementales o primarias de sociedad incluso carentes de forma específica e irregulares.

22. También la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 14 de febrero de 2001 (RJ 2002/2154), rectificando anteriores criterios, sostiene que, “de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica —o, al menos, de cierta personalidad—, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero del Código Civil (LEG 1889/27) (cfr. arts. 15 y 16.2 de la LSA), a los que remiten los artículos 152 del Código de Comercio (LEG 1885/21) y 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico (RCL 1991/1149); igualmente, resultaba ya del tenor del artículo 116, párrafo segundo, del Código de Comercio, resulta ahora de los artículos 1 y 22.1 de la mencionada Ley de Agrupaciones de Interés Económico, que no condicionan la atribución a estas de personalidad jurídica a su inscripción registral. La inscripción en el Registro Mercantil solo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran “su” especial personalidad jurídica (arts. 7.1, párrafo primero, i. f. de la LSA, y 11.1 i. f. de la LSRL) que añade la limitación de responsabilidad de los socios; y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores (junto a la de la propia sociedad), conforme al artículo 120 del Código de Comercio (cfr., también el art. 7.2 de la LAIE: “Los administradores responderán solidariamente con la Agrupación por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción”)).».

En función de lo anterior, no puede mantenerse como «argumento histórico» a la luz de los antecedentes normativos doctrinales y jurisprudenciales existentes en el momento de publicación del Código Civil, mayoritariamente adoptados por la doctrina y jurisprudencia posterior; la necesaria inscripción registral como presupuesto de la personalidad jurídica de la sociedad civil, ni siquiera tampoco de la sociedad mercantil. Si en relación con esta no se requiere dicho acceso tabular para postular su personalidad jurídica (*ex* arts. 35 y 38 del CC), no puede

por tanto esgrimirse como argumento histórico interpretativo de los artículos 1669 y 1670 del Código Civil, la inscripción constitutiva de la sociedad civil como presupuesto de su personalidad jurídica. Es decir, no se puede afirmar que solo la sociedad civil en forma mercantil inscrita en el Registro Mercantil tiene personalidad jurídica, cuando ni para la sociedad mercantil es requisito para la adquisición de la personalidad jurídica básica dicho acceso tabular.

Por otro lado, la doctrina civilista, reciente la publicación del Código Civil, como por ejemplo, BONEL Y SÁNCHEZ⁴⁴ al comentar el artículo 1669 del Código Civil, tampoco negaba la personalidad jurídica de la sociedad civil y opinaba que «donde los socios contratan en nombre propio con terceros, donde no se ve esa gerencia social y ese fin común, esa personalidad jurídica que debe nacer de todo contrato de sociedad, no hay tal sociedad; habrá comunidad de bienes, habrá apoyo mutuo entre dos personas, habrá cualquier cosa menos sociedad».

También, DE BUEN⁴⁵ recoge el sentir generalizado en la misma al afirmar la personalidad jurídica de la sociedad civil cuando opina que: «Entre los civilistas españoles es frecuente la afirmación de que toda sociedad entraña la formación de una personalidad nueva. Entendemos que esto no puede decirse sin olvidar el punto de vista de nuestro Código. Según él, en efecto, es necesario reconocer que al lado de sociedades con personalidad existen otras desprovistas de ella. A las últimas se refiere el artículo 1669, cuando dice: “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros”. Obsérvese que el Código no dice que las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios no son sociedades: dice que no tienen personalidad jurídica. Después añade, en el mismo artículo, que esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. En esta última afirmación hay un reconocimiento implícito de que la comunidad de bienes equivale a una sociedad sin personalidad jurídica. Las sociedades que tengan personalidad jurídica, tendrán también un patrimonio social, distinto del patrimonio de los socios. Esta separación de patrimonios no se da, en cambio, en las sociedades sin personalidad. En estas, regidas por las reglas de la comunidad de bienes, el derecho de cada uno de los socios tendrá el carácter de un derecho de copropiedad. ¿Cuál será, en cambio, el carácter del derecho que tienen en las primeras? Durante mucho tiempo —dice PLANIOL— ha sido considerado como una propiedad de un género especial, como una variedad de lo que se llaman las “propiedades incorpóreas”; la jurisprudencia francesa actual lo considera, en cambio, como un derecho de crédito. Y es cierto —según el profesor francés cuyo criterio nos parece aceptable— que hay entre el asociado y la sociedad relaciones de acreedor a deudor; el asociado puede exigir su parte en los beneficios anuales; es acreedor».

En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA⁴⁶ estima que: «la razón más seria que se invoca para rehusar la personalidad jurídica a las sociedades civiles es su falta de publicidad (...) pero, en realidad, de esta consideración no se deduce que la sociedad civil no deba ser reputada persona jurídica, sino que su personalidad debe estar condicionada por la observancia de ciertas formalidades de publicidad, ya por su inscripción en ciertos registros, como las sociedades de comercio, ya

⁴⁴ BONEL Y SÁNCHEZ, *Código Civil español*, Tomo 4, libro IV, 1891.

⁴⁵ DE BUEN, AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix, editor. Tomo vigesimotavo, pág. 866, 1910.

⁴⁶ MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, Tomo XXV, 1933, págs. 467-469.

por la simple publicidad de hecho que resulte de la adopción de estatutos escritos que puedan ser conocidos de los terceros (...) el sistema del artículo 1669 de nuestro Código Civil, que en esencia consiste en hacer depender la personalización de la sociedad o su carácter de simple contrato, de la manera como esta se conduzca en sus relaciones con los terceros y de la publicidad o no publicidad de las cláusulas del contrato social, que permita o impida el conocimiento de ellas por el público, aunque adolezca de cierta vaguedad e indeterminación, nos parece muy racional y fundado».

Por otro lado, MANRESA⁴⁷, en el comentario al artículo 1669 del Código Civil, era claro al explicar la publicidad exigida por el mismo y negar que la misma dependiera de la inscripción en el Registro Mercantil, al exponer lo siguiente: «Este artículo, como el anterior, no tiene precedente alguno en nuestra legislación civil, y desde luego no ha de encontrar impugnación alguna su precepto, pues la disposición consignada en el mismo es perfectamente racional y se halla inspirada en un plausible espíritu de justicia. En las nociones generales que expusimos como antecedente necesario para el estudio de las disposiciones contenidas en el presente título del Código, indicamos ya que uno de los principios en que descansa la doctrina del mismo, relativa a la constitución de las sociedades civiles, es el de la publicidad de sus pactos, a fin de que estos sean conocidos por todos los asociados.

Esa publicidad que la ley quiere, no debe entenderse en el sentido de que tal amplitud se dé a la misma, que puedan ser conocidas las estipulaciones del contrato social por todas las personas que contraten con la sociedad, pues esto sería contrario a la facultad concedida a los contrayentes para celebrar el contrato en cualquiera forma, con la única limitación de la necesidad de la escritura pública cuando se aporten a la sociedad bienes inmuebles o derechos reales, y de la formación en su caso del inventario que previene el artículo 1668. Por eso no exige la ley la inscripción de la sociedad civil en el oportuno registro, como lo requiere respecto de las sociedades mercantiles.

El concepto de dicha publicidad es muy distinto, pues se refiere tan solo a los socios. Explicando su fundamento un autor, dice: “Produciendo la creación de la sociedad el efecto principal de dar nacimiento a una entidad jurídica, distinta de las personas de los socios y con capacidad independiente de la de estos, no cabe, ni es lícito, ni el Código lo consiente, que los pactos se mantengan secretos entre ellos, ni que cada uno contrate en su propio nombre con los terceros”.

Es, pues, una razón de moralidad y una consecuencia natural de la igualdad que debe existir entre los socios lo que impone la necesidad de la publicidad, o mejor dicho, el conocimiento por los mismos de los pactos de la sociedad, y la prohibición de que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con los terceros, con lo que podría defraudarse, en interés particular, los derechos de la sociedad misma y de los demás asociados. Y para conseguir el cumplimiento de ese deber, evitando a la vez los perjuicios indicados, impone este artículo la conveniente sanción, privando fundadamente de personalidad jurídica a las sociedades que incurrieren en dicha falta».

O sea, como podemos observar tampoco la doctrina civilista de la época estimaba la necesidad de publicidad registral para la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad civil.

⁴⁷ Vid., *op. cit.*, págs. 279 y 280.

IV. EPÍLOGO

No ha sido acertada la fundamentación histórica efectuada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012, puesto que no resulta comprensible con los antecedentes legislativos, doctrinales y jurisprudenciales, como ha llegado al erróneo —a nuestro juicio— resultado de negar la personalidad jurídica a la sociedad civil que no se haya constituido en forma mercantil e inscrita en el Registro Mercantil.

No ha resultado nuestra pretensión de llevar a cabo una evaluación de los motivos que pueden haber llevado al Centro Directivo para poder haber alcanzado el resultado anterior, aunque a buen seguro que no se nos antoja complicado de entender. Tampoco ha sido nuestro propósito efectuar una crítica o no de los argumentos que se pueden esgrimir a favor de una publicidad registral societaria generalizada, que a buen seguro los hay favorables y por qué no también desfavorables, por lo que la ausencia de dicho propósito en este momento nos ha alejado de realizar una ponderación sobre la conveniencia o no de dicho acceso tabular.

Tampoco hemos querido realizar un examen exhaustivo de la materia que nos ha ocupado, exponiendo y razonando con detalle el resto de argumentos existentes de *lege data* que pueden sostenerse eficazmente para llegar a la misma conclusión que hemos defendido, es decir, la existencia de personalidad jurídica de la sociedad civil sin necesidad de acceso registral, tales como por ejemplo, la declaración de la personalidad de la asociación sin necesidad de inscripción (art. 22 de la Constitución Española); el reconocimiento general de la personalidad jurídica en el artículo 35 del Código Civil; el nacimiento de la sociedad civil desde el momento del contrato conforme al artículo 1679 del Código Civil; la llamada «personalidad jurídica básica» de la sociedad en formación y la personificación de la sociedad irregular que realizan los artículos 36 y 39 de Ley de Sociedades de Capital; el efecto de la inscripción a la adquisición de la personalidad del tipo social que corresponda a la sociedad capitalista en cuestión según el artículo 33 de la Ley de Sociedades de Capital; y la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad civil que se transforma en cualquier tipo de sociedad mercantil de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y 4 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Entendemos que la doctrina civilista y mercantilista ya ha dado buena cuenta de ellos cuando se alzó contra la ahora resucitada doctrina de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 1997, o cuando alabó, con razón, el acertado cambio de criterio que el Centro Directivo efectuó en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de febrero de 2001. Cabe citar, a título de ejemplo, la bibliografía también recogida por FERNÁNDEZ DEL POZO a estos efectos⁴⁸.

⁴⁸ Vid., *op. cit.*, «La publicidad registral...», págs. 18 y 19; AGUIRRE FERNÁNDEZ, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles a propósito de la Resolución de la DGRN, de 31 de marzo de 1997», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 647, julio-agosto de 1998, págs. 1206 y sigs.; ARIAS VARONA, «Noticias de una rectificación. La DGRN y la personalidad jurídica de las sociedades civiles (RDGRN de 14 de febrero de 2001)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 34, abril de 2001, págs. 329 y sigs.; ARRIBA FERNÁNDEZ, «La sociedad civil no puede inscribirse», en *La Ley*, 15 de septiembre de 2000; AURIOLAS MARTÍN, «Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad civil (de

Como hemos intentado mostrar, solo hemos pretendido exponer el desacuerdo en la fundamentación histórica de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012 (argumento al que recurre para su fin), ya que no puede justificarse el «olvido» que realiza de la no inclusión en el texto definitivo del Código Civil de la exclusión de personalidad jurídica de la sociedad civil que hacía el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888. Tampoco, según hemos expuesto, resulta de recibo afirmar que de acuerdo con la legislación existente en la época pudiera sostenerse como presupuesto de la personalidad jurídica de la sociedad civil la exigencia de una

nuevo sobre el Registro Mercantil y el «extrañamiento» de la sociedad civil), en *La Ley*, 8 de septiembre de 2000, año XXI, núm. 5136, págs. 7 y sigs.; BADÍA SADILLAS, «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXII, núm. 573, págs. 326 y sigs.; BALMASEDA ARANTZA, «La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la DGRN», en *La Ley*, núm. 5507/2002, año XXIII, págs. 1 y sigs.; CABANAS TREJO y BONARDELL LOZANO, «La vuelta a la caverna: la sociedad civil no tiene personalidad jurídica (comentario crítico a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», en *La Notaría*, abril de 1994, núm. 4, págs. 33 y sigs.; CABANAS TREJO y BONARDELL LOZANO, «Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (comentario crítico a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1997, 9, págs. 360 y sigs.; CUESTA DÍAZ DEL CAMPO, «La inscripción en el Registro de la Propiedad de la compra de un inmueble por una sociedad en formación (comentario a la RDGRN de 22 de abril de 2000)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 16, 2001, págs. 321 y sigs.; DE TORRES PEREA, «La personalidad jurídica de la sociedad civil externa. Estudio comparativo de los ordenamientos español y alemán», en *La Ley*, núm. 5539, año XXIII, 8 de mayo de 2002, págs. 1647 y sigs.; DE TORRES PEREA, *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Tirant lo Blanch, 2003; EIZAGUIRRE, «La personalidad jurídica de la sociedad civil (a propósito de la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», en *La Ley*, 1997, págs. 1720 y sigs.; EIZAGUIRRE, «La subjetivación de las sociedades de personas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2000-1, núm. 14, págs. 89 y sigs.; GARCÍA MÁ, «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico. Análisis jurisprudencial», en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 170, febrero de 1995, págs. 591 y sigs.; GARCÍA MÁ, «La sociedad civil. Una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 647, julio-agosto de 1998, págs. 1167 y sigs.; GARCÍA VILLASVERDE, «La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 14, 2000-1, págs. 53 y sigs.; HERNÁNDEZ MANCHA, «Las sociedades civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, julio-agosto, núm. 280, año 1991, págs. 1069 y sigs.; MARTÍNEZ BALMASEDA, «La personalidad jurídica de la sociedad civil, según la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *La Ley*, 21 de marzo de 2002, págs. 1-5; PANTALEÓN PRIETO, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la resolución de la DGRN, de 31 de marzo de 1997», en *La Ley*, 1997-4, págs. 1380 y sigs.; PANTALEÓN PRIETO, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la resolución de la DGRN, de 31 de marzo de 1997 (BOE de 26 de abril)», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, T. XXIX, Madrid, 1995, págs. 4407 y sigs.; QUESADA GONZÁLEZ, «Sociedad civil: *affectio societatis*. Sociedad civil irregular. Sociedad y comunidad», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 37, enero-marzo de 1995, págs. 283 y sigs.; QUESADA SÁNCHEZ, «Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil», en *La Ley*, 10 de abril de 2002, págs. 1-5; TÉLLEZ LAPEIRA, «Sociedad civil y personalidad jurídica», en *La Ley*, 1997, tomo 5, 11851/2001; TENA PIAZUELO, «Distinción entre sociedades civiles y mercantiles. Irregularidad societaria y el artículo 1670 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 643, noviembre-diciembre de 1997, págs. 2029 y sigs.; VICENT CHULIÁ, «Sobre la personalidad jurídica y el régimen de constitución de las sociedades civiles», en la *Sección de Crónica Jurisprudencial de la RGD*, núm. 643-641, enero-febrero de 1998, págs. 567 y sigs.

publicidad que hubiera de ser registral. Ni las Partidas, ni el Código de Comercio de 1829, ni la Ley 11-19 de octubre de 1869, ni el Código de Comercio de 1885 ofrecían criterio afirmativo al respecto, máxime cuando incluso según la referida Ley 11-19 de octubre de 1869 se excluía de inscripción registral a la sociedad civil.

Tampoco la Jurisprudencia existente por entonces (vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1870) se pronunciaba exigiendo solemnidad ni publicidad registral alguna, recordándonos además que la normativa de las sociedades mercantiles no resultaba de aplicación a las sociedades civiles. Ni siquiera, la doctrina científica del momento nos permitía seguir una posición como la renovada por el Centro Directivo; tanto la mercantilista y civilista anterior al Código Civil, ni la civilista posterior a nuestra codificación civil requerían como presupuesto de publicidad el acceso registral de la sociedad civil. Por lo tanto, ¿cómo se puede sostener lo afirmado por el Centro Directivo, sin obviar la Base 2.^a de la Ley de Bases de 1888 y el propio dictado de dicha Ley de Bases a la que se tenía que ajustar nuestro codificador civil?

Sinceramente, lo anterior no es comprensible, máxime si con ello se desatiende, por otro lado, la correcta lectura de dichos antecedentes históricos que ha realizado la anterior Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de febrero de 2001, así como la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 2012, antes citada, y sin embargo obviada por la posterior resolución del Centro Directivo de 25 de junio de 2012.

Tal argumentación, por otro lado, resulta de una desacertada equiparación entre normas que regulan supuestos diferentes, a saber, el artículo 119 del Código de Comercio y el artículo 1669 del Código Civil. El alcance de los «pactos reservados» a los que hace referencia el artículo 119 del Código de Comercio no es el mismo al de los «pactos secretos» regulados en el artículo 1669 del Código Civil. Los pactos reservados mercantiles han de estar en la escritura social, lo que no implica la inexistencia de la sociedad, mientras que la ocultación de los pactos en la sociedad civil sí que puede suponer su configuración como sociedad civil interna y por lo tanto su carencia de personalidad jurídica.

Pero, ¿cómo puede mantenerse que solo la sociedad civil en forma mercantil (*ex* art. 1670 del CC) es la única sociedad civil que goza de personalidad jurídica? Como hemos visto, ni la sociedad civil en forma mercantil se inscribe en el Registro Mercantil (*ex* art. 16 del CCom. y artículo 81 del RRM), ni la falta de inscripción supone ni siquiera para la sociedad mercantil un presupuesto para la adquisición de su personalidad jurídica, sino solo de su oponibilidad frente a terceros, *ex* artículo 21 del Código de Comercio y la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre irregularidad societaria (vid. STS de 20 de noviembre de 2010).

En este sentido, si la publicidad registral para la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad civil no es necesaria pese al «revisionismo histórico» pretendido por el Centro Directivo, como se puede deducir de una lectura también histórica de los artículos 1669 y 1670 del Código Civil, ¿cómo adquiriría pues personalidad jurídica la sociedad civil? La respuesta a esta complicada pregunta sin duda excede también de los propósitos de este trabajo. Diferentes y muy variadas opciones se han manejado al respecto y con razonamientos diferentes, siendo probablemente la opinión doctrinal más generalizada la consistente en que solo es necesario una publicidad de hecho y con ello basta para entender adquirida

la personalidad jurídica por la sociedad civil⁴⁹, entendiéndose por publicidad de hecho, cuando la sociedad actúa en el tráfico como un auténtico ente societario manifestándose como tal en el tráfico jurídico.

Sin embargo, autores como PAZ-ARES y PANTALEÓN PRIETO⁵⁰ han sostenido la acertada tesis —en nuestra opinión— de que la sociedad civil no necesita ni siquiera una publicidad de hecho para estar dotada de personalidad jurídica. PAZ-ARES⁵¹ ha afirmado con rotundidad lo siguiente: «*La personalidad jurídica —como resultado que es de la eficacia organizativa del contrato— ha de contemplarse como un atributo natural que surge en el mismo momento en que queda perfeccionado el contrato de sociedad*».

Los argumentos que esgrime PAZ-ARES, ciertamente convincentes, descansan principalmente en que la publicidad de hecho sirve para diferenciar una sociedad oculta de una sociedad manifiesta, pero no para distinguir la sociedad interna de la sociedad externa⁵², así como el hecho de que la vinculación de la perso-

⁴⁹ PAZ-ARES. Vid. *Comentario del Código Civil...*, págs. 1357 y 1358, expone este sentimiento generalizado doctrinal del siguiente modo: «(...) la doctrina, con rara unanimidad de criterio, suele entender que el surgimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil se vincula a la publicidad de dicha sociedad en el tráfico. Así se establece la ecuación *personalidad/publicidad*. Dejando aparte alguna opinión aislada que entendía que esa publicidad había de ser registral (así, DE CASTRO, *Persona jurídica*, págs. 281-283), la práctica totalidad de los tratadistas estiman que el artículo 1669 del Código Civil solo exige la publicidad de hecho (vid. SCAEVOLA/CASTÁN, *Código*, XXV, págs. 779-780; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema*, II, pág. 519; LACRUZ, *Elementos*, II-3, págs. 398-399; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II-2, págs. 493-494; GULLÓN, *Contratos en especial*, págs. 356-357; PÉREZ Y ALGUERRA, *Anotaciones*, II-2, pág. 668; BADÍA, *RCDI*, 1986, págs. 324-325; CÁMARA, *Estudios*, I, págs. 179-193; CAPILLA, *Sociedad Civil*, págs. 395-396; Com. Edersa, XXI-I, págs. 52 y sigs.; GIRÓN, *Der. Soc.*, I, págs. 239 y sigs., etc.). Las opiniones son menos coincidentes a la hora de precisar en qué consiste esa publicidad de hecho. En términos generales, la idea más difundida es que la publicidad de hecho existe desde el momento en que comienzan las operaciones sociales y la sociedad se manifiesta como tal en el tráfico mediante el ejercicio de la actividad *nomine societatis* (*expendere nomen*) [vid. GIRÓN, *Der. Soc.* I, págs. 417 y 390, donde aclara el significado genérico del *nomen expendere*; vid. también, aunque con exigencias más cualificadas, CAPILLA, *Sociedad civil*, pág. 397; Com. Edersa, XXI-1, pág. 55 (que exige que exista en el tráfico «coincidencia general de la existencia de la sociedad»); PÉREZ Y ALGUERRA, *Anotaciones*, II-2, pág. 689 (que, inspirándose en el art. 1725, piden una «publicidad suficiente»), etc.].

⁵⁰ PANTALEÓN PRIETO, «La personalidad jurídica...», en *La Ley* (*op. cit.*), razona lo siguiente: «(...) La opinión dominante se ha inclinado por la tesis de que para reconocer personalidad jurídica a la sociedad objetiva y subjetivamente civiles basta la mera *publicidad de hecho*; estimando la mayoría que esa publicidad existe cuando las actividades se ejercitan en nombre de la sociedad (*expendere nomen*), exigiendo algunos que se conozca en el tráfico que la sociedad existe, y otros que haya en el tráfico una publicidad suficiente de su existencia. Posición diferente fue la apuntada hace años por el profesor DE COSSIO y recientemente desarrollada por C. PAZ-ARES, en el sentido de que lo realmente decisivo al efecto es la *voluntad contractual* de los socios de constituir una sociedad externa, esto es, estructurada para participar en el tráfico como sujeto, para mantener relaciones externas *nomine societatis*».

⁵¹ PAZ-ARES, *Comentario...* (*op. cit.*), pág. 1358.

⁵² PAZ-ARES, *Comentario...* (*op. cit.*), pág. 1358, ilustra este razonamiento con unos ejemplos sumamente clarividentes: «...Buena prueba de ello es que puede haber sociedades internas manifiestas [una cuenta de participación que recurre al mercado de capitales, una sociedad concertada entre notarios para distribuir gastos y partir ingresos que es notoria de todos e incluso el propio condominio naval (arts. 589 C.deCo. y sigs.), que, a nuestro juicio, probablemente haya de construirse como una sociedad interna con representante común] y sociedades externas ocultas (una sociedad colectiva en la que los socios decidan

nalidad jurídica a la voluntad negocial constituye un hecho del reconocimiento constitucional del derecho de asociación, ya que del artículo 22 de la Constitución Española se desprende que el carácter externo de la sociedad se subordina tan solo al acuerdo de constituir la sociedad o la asociación.

Ello lleva a PAZ-ARES⁵³ a interpretar el artículo 1669 del Código Civil en el contexto del principio de autonomía de la voluntad de las partes, afirmando que la norma citada parte de que dicha voluntad contractual ha sido la de configurar una sociedad externa dotada de personalidad jurídica, salvo pacto en contrario, que vendría dado por la existencia de las denominadas *cláusulas de ocultación y cláusulas de representación indirecta*. Mediante las «cláusulas de ocultación» («...cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios...») —continúa PAZ-ARES— no es que nos encontremos ante una sociedad que se desarrolla en el tráfico sin darse a conocer, sino que los pactos sociales no modifican la posición de los socios frente a terceros. Mientras que con las *cláusulas de representación indirecta* («...en que cada socio contrate en su propio nombre con terceros...»), supone la prohibición por los socios de utilizar el nombre de la sociedad en el tráfico, lo que no la convierte en sociedad interna, tal y como se puede colegir del artículo 1698.2 del Código Civil, que permite la representación indirecta en la sociedad externa.

Particularmente, consideramos plenamente acertada la tesis anterior interpretativa del artículo 1669 del Código Civil, por entender que es la que más se ajusta al espíritu y finalidad de la norma, en base a los antecedentes históricos de la misma y pese a la dificultad en su comprensión y al hecho de la forma en que se introdujeron en nuestro Código Civil los artículos 1669 y 1670, mediante imposición y sin discusión.

Como hemos venido sosteniendo, no creemos que un correcto entendimiento de nuestro Derecho de Sociedades nos pueda llevar a la exclusión del tráfico jurídico de uno de los diferentes tipos con los que cuenta el individuo para intervenir en el mismo, lo cual vendría dado como hemos expuesto al considerar que la sociedad civil solo tiene personalidad jurídica si está constituida en forma mercantil y se inscribiera en el Registro Mercantil. Si este acceso tabular imposible, en buena técnica jurídica (art. 16 del CCom.), se configurara de *lege data* como requisito de dicha personalidad jurídica, ello llevaría a una práctica derogación de la posibilidad de la constitución por los particulares de una sociedad civil con personalidad jurídica, lo que a buen seguro no estaría en conexión con una correcta labor hermenéutica, según el espíritu y finalidad de la norma, auténtico móvil que ha de indagar el intérprete jurídico según el artículo 3.1 del Código Civil, pese a la importancia del desdenado argumento histórico que ha efectuado la Dirección General de los Registros y del Notariado, como creemos haber justificado.

transitoriamente no actuar en nombre de la sociedad con terceros). Esta última hipótesis es ciertamente difícil, pero imaginable. Es interesante en este sentido la STS de 1-10-86, que reconoce el carácter externo de una sociedad [pues la califica de colectiva frente a la pretensión del demandado de que fuera conceptuada como sociedad interna (comunidad de bienes)], no obstante contener una cláusula de ocultación (desde el punto de vista de la doctrina tradicional, la resolución es censurada en este punto por GARCÍA VILLASVERDE, *La Ley*, 7-1-87, pág. 3).

⁵³ PAZ-ARES, «Comentario...» (*op. cit.*), págs. 1360, 1361 y 1362.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles, a propósito de la Resolución de la DGRN, de 31 de marzo de 1997», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 647, julio-agosto de 1998.
- AMORÓS GUARDIOLA, en el Prólogo a DE CASTRO: «Formación y deformación del concepto de persona jurídica», en *La Persona Jurídica*, 2.^a ed. Civitas, 1984.
- ARIAS VARONA: «Noticias de una rectificación. La DGRN y la personalidad jurídica de las sociedades civiles (RDGRN de 14 de febrero de 2001)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 34, abril de 2001.
- ARRIBA FERNÁNDEZ: «La sociedad civil no puede inscribirse», en *La Ley*, 15 de septiembre de 2000.
- AURIOLES MARTÍN: «Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad civil (de nuevo sobre el Registro Mercantil y el “extrañamiento” de la sociedad civil)», en *La Ley*, 8 de septiembre de 2000, año XXI, núm. 5136.
- BACARDÍ: *Tratado de Derecho Mercantil de España*, II, 1840.
- BADÍA SADILLAS: «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXII, núm. 573.
- BALMASEDA ARANTZA: «La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la DGRN», en *La Ley*, núm. 5507/2002, año XXIII.
- BONEL Y SÁNCHEZ: *Código Civil español*, Tomo 4, libro IV, 1891.
- CABANAS TREJO y BONARDELL LOZANO: «La vuelta a la caverna: la Sociedad Civil no tiene personalidad jurídica (comentario crítico a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», en *La Notaría*, abril de 1994, núm. 4.
- «Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (comentario crítico a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1997, 9.
- CUESTA DÍAZ DEL CAMPO: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de la compra de un inmueble por una sociedad en formación (comentario a la RDGRN de 22 de abril de 2000)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 16, 2001.
- DE BUEN. AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix, editor. Tomo vigesimoctavo, 1910.
- DE CASTRO: *Temas de Derecho Civil*, 1972.
- *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984.
- *La Persona Jurídica*, 2.^a ed. Civitas, 1984.
- DEL VISO: *Lecciones elementales de Historia de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España*, III, 1864.
- DE TORRES PEREA: «La personalidad jurídica de la sociedad civil externa. Estudio comparativo de los ordenamientos español y alemán», en *La Ley*, núm. 5539, año XXIII, 8 de mayo de 2002.
- *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Tirant lo Blanch, 2003.
- DOMINGO DE MORATÓ: *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, Tomo 2, 1868.
- DOMINGO (dir.): *Textos de Derecho romano*. Editorial Aranzadi, 1998.
- D'ORS, A.; HERNÁNDEZ TEJERO, F.; FUENTESSECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. *Constituciones Preliminares y Libros 1-19*. Versión castellana por Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.
- ELÍAS: *Derecho Civil General y Foral de España*, Tomo III, 1877.

- EIZAGUIRRE: «La personalidad jurídica de la sociedad civil (a propósito de la RDGRN, de 31 de marzo de 1997)», en *La Ley*, 1997.
- «La subjetivación de las sociedades de personas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2000-1, núm. 14.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «La publicidad registral de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, 2008.
- GARRIGUES: «El Registro Mercantil en Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 69, 1930.
- *Curso de Derecho Mercantil*, 5.^a ed., Madrid, 1968.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV. Madrid, 1852.
- GARCÍA MÁS: «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico. Análisis jurisprudencial», en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 170, febrero de 1995.
- «La sociedad civil. Una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 647, julio-agosto de 1998.
- GARCÍA VILLAYERDE: «La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 14, 2000-1.
- GIRÓN TENA: «Las sociedades irregulares», en *Anuario de Derecho Civil*, 1951.
- *Los conceptos y los tipos de sociedades en los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones*. Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1963.
- *Derecho de Sociedades*, 1976.
- GÓMEZ DE LA SERNA: *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo X, 1857.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo A, *Tratado de las obligaciones*, 1871.
- HERNÁNDEZ MANCHA: «Las sociedades civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, julio-agosto, núm. 280, año 1991.
- HERNANDO LERA: *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*. Dykinson, 1992.
- LAZZO GAITTE: *Crónica de la Codificación española*. 4, *Codificación Civil (Genésis e historia del Código)*, vol. II. Ministerio de Justicia, 1979.
- MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo XI, 2.^a ed., 1911.
- MARTÍ Y DE EIXALÁ: *Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, Tomo 2, 1838.
- *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 1847.
- MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. Tomo V. Vol. I. *Registro Mercantil. Formación y Desarrollo*. Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
- GONZÁLEZ HUEBRA: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1853.
- MARTÍNEZ BALMASEDA: «La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *La Ley*, 21 de marzo de 2002.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, Tomo XXV, 1933.
- PAZ-ARES: *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991, vol. II.
- *Curso de Derecho Mercantil*. Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, I. Editorial Civitas, Madrid, 1999 (1.^a ed.) y 2006 (2.^a ed.).
- PANTALEÓN PRIETO: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997», en *La Ley*, 1997-4.

- «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la Resolución de la DGRN, de 31 de marzo de 1997 (BOE de 26 de abril)», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. T. XXIX, Madrid, 1995.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.^a ed., Colegios Notariales de España, 2006.
- QUESADA GONZÁLEZ: «Sociedad civil: *affectio societatis*. Sociedad civil irregular. Sociedad y comunidad», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 37, enero-marzo de 1995.
- QUESADA SÁNCHEZ: «Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil», en *La Ley*, 10 de abril de 2002.
- *Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el Ordenamiento Español*. Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, 2003.
- REDONDO TRIGO: «Las sociedades inmobiliarias. Objeto social mercantil o civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, año LXXXIII, núm. 698.
- «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, año LXXXIII, núm. 700.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, Tomo 4, 1889.
- *La codificación civil en España*, 1890.
- TÉLLEZ LAPEIRA: «Sociedad civil y personalidad jurídica», en *La Ley*, 1997, Tomo 5, 11851/2001.
- TENA PIAZUELO: «Distinción entre sociedades civiles y mercantiles. Irregularidad societaria y el artículo 1670 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 643, noviembre-diciembre de 1997.
- TROPOLONG: *Comentario del Contratto di Società in materia civile e commercial*, vol. I, Napoli, 1843.
- VICENT CHULIÁ: «Sobre la personalidad jurídica y el régimen de constitución de las sociedades civiles», en *Sección de Crónica Jurisprudencial de la RGD*, núm. 640-641, enero-febrero de 1998.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1870 (Gaceta de 17 de abril).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2000 (BOE núm. 98, de 24 de abril).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2010 (RJ 2010/580).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012/5268).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/2049).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de febrero de 2001 (RJ 2002/2154).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012 (BOE de 18 de septiembre).

RESUMEN

PERSONALIDAD JURÍDICA
INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de junio de 2012, vuelve a negar la personalidad jurídica de la sociedad civil si esta no está constituida en forma mercantil e inscrita en el Registro Mercantil, en contradicción con los argumentos —entre otros— de carácter histórico que se pueden ofrecer para la interpretación de los artículos 1669 y 1670 del Código Civil.

ABSTRACT

LEGAL PERSONALITY
REGISTRATION

The Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' Decision of 25 June 2012 again denies that a non-trading partnership has legal personality unless it is organized under commercial law and registered in the Business Registry. This contradicts, inter alia, potential arguments of a historical nature for the interpretation of articles 1669 and 1670 of the Civil Code.

3. URBANISMO

*NUEVAS PERSPECTIVAS EN RELACIÓN CON LA DEMOLICIÓN
DE EDIFICACIONES POR ANULACIÓN DE LICENCIAS A LA LUZ
DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS Y LAS RECIENTES REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL
Y AUTONÓMICA*

por

VICENTE LASO BAEZA

Abogado

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES.—II. SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS *DEVECIOGLU C. TURQUÍA, DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2008*, *SALIBA C. MALTA, DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2005* Y *JOKELA C. FINLANDIA, DE 21 DE MAYO DE 2002*: 1. LA DOCTRINA DE LAS STEDH APUNTADAS. 2. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.—IV. LAS ÚLTIMAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL LEGISLADOR ESTATAL Y AUTONÓMICO.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

La actualidad siempre viva del Derecho llama nuevamente a las puertas a fin de ocuparse una vez más¹ de un tema que en los últimos tiempos viene siendo recurrente por su indudable trascendencia social.

Nos referimos a la problemática suscitada por la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con las consecuencias ligadas a las sentencias anulatorias de licencias de edificación cuando, en orden a su ejecución, el efecto obligado de la demolición de lo construido a su amparo se extiende a los terceros adquirentes protegidos por el principio de fe pública registral cuya adquisición tuvo lugar sin que de los libros del Registro resultara la constancia del correspondiente procedimiento.

En efecto, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, a partir de la obligación de acceder al cumplimiento de las sentencias configuradoras de su ejecución como expresión del derecho a la efectividad de la tutela judicial según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional², en orden al tema que nos ocupa, comenzó por poner de manifiesto que la demolición de lo edificado es consecuencia in-

¹ LASO MARTÍNEZ, José Luis, «Anulación de licencia de edificación y sus efectos frente a terceros», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699 (enero-febrero de 2007); y SORIA MARTÍNEZ, Gabriel, «La ejecución de las sentencias que anulan o declaran nulas licencias de edificación y su calificación registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725 (mayo-junio de 2012).

² SSTC 32/1982, de 7 de junio; 67/1984, de 7 de junio; 125/1987, de 15 de julio; 167/1987, de 28 de octubre y 148/1989, de 21 de septiembre, entre otras.

herente y obligada de la declaración de ilegalidad de una licencia de edificación en virtud de sentencia judicial firme.

Así, por ejemplo, lo declara la sentencia de 4 de octubre de 2006, al destacar lo siguiente: «En la STS de 7 de febrero de 2000, entre otras muchas, señalamos, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, que “la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística”.

(...) Como hemos señalado en otras ocasiones, ello es así “aunque el derribo... sea una medida gravosa y suponga en sí misma costes elevados”: son, sin duda, los invocados con base en los argumentos expresados, derechos respetables y argumentaciones dignas de consideración, pero sin potencialidad jurídica suficiente para enervar la ejecución de una sentencia firme».

Con este presupuesto, el paso sucesivo era la respuesta que había de darse a aquellos casos en los que ante el acto de demolición acometido en ejecución de una sentencia anulatoria de una licencia declarada ilegal se alzara el tercer adquirente de buena fe³, supuesto en el cual la posición del Tribunal Supremo, así en su sentencia de 12 de mayo de 2006, es que «los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque este protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976»⁴.

³ Sobre esta cuestión cabe citar los trabajos de FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael, «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico (Parte primera) y (Parte segunda)», publicados, respectivamente, en la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, año 2009-2, núm. 20 y año 2010-1, núm. 21. Como respuesta crítica desde el ámbito del Derecho Civil y Registral a la doctrina de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo debe tenerse en cuenta sobre todo la monografía sobre esta cuestión, obra de GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, Lex Nova, 2011. De la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* cabe destacar, de su núm. 720, págs. 1595-1646, el trabajo, «La ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe» y «El caso de la anulación de licencias», de REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, y CARBÓN LAINEZ, Edilberto.

⁴ Junto a la sentencia transcrita, de 12 de mayo de 2006, cabe citar, sentando la misma doctrina, las de 26 de septiembre y 4 de octubre de 2006, jurisprudencia a la que debe añadirse la mantenida en la sentencia de 7 de junio de 2005, sobre la figura del afectado por los efectos de un pronunciamiento anulatorio del acto recurrido prevista en el artículo 104.2 de la Ley de la Jurisdicción, el cual, con notable relevancia procesal en asuntos como el aquí tratado, queda legitimado para instar la ejecución de la sentencia respectiva

Pues bien, situados por lo tanto en el marco de la jurisprudencia anterior, es como, seguidamente, se da cuenta de tres sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) entre las que una de ellas principalmente, la sentencia *Devecioglu c. Turquía*, de 13 de noviembre de 2008, permite trasladar una posición que refuerza una vía preventiva de solución en el sentido abierto hace ya años⁵ desde la promulgación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, al amparo de su Disposición Adicional Décima y la regulación en ella, de sucesivo desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de las medidas cautelares de carácter registral de origen administrativo tomadas a raíz de la tramitación de expedientes de disciplina urbanística y las propias del proceso contencioso-administrativo de igual carácter⁶.

ampliando notoriamente su campo de efectos al superar el limitado definido por las partes personadas a lo largo del proceso.

A este respecto conviene tener presente la doctrina sentada en la relevante sentencia del Tribunal Constitucional 242/2012, de 17 de diciembre, la cual, ampliando la jurisprudencia en materia de emplazamiento en los procesos contencioso-administrativos a quienes ostentaran algún derecho o interés en la existencia del proceso conforme también a las SSTEDH *Cañete de Goñi c. España*, de 15 de octubre de 2002 y *Agapito Maestre c. España*, de 4 de mayo de 2004, extiende su aplicación incluso a los casos en los que el acto recurrido fuera un instrumento de planeamiento, cuya naturaleza jurídica asimilable a las disposiciones de carácter general no es a tal fin obstáculo «de existir interesados identificados o susceptibles de serlo, que tengan una singular posición con el objeto del proceso».

⁵ LASO MARTÍNEZ, José Luis, «Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley de 25 de julio de 1990», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 122, 1991, págs. 65 a 114, y «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, 1993, págs. 71-94. Más recientemente, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «Legalidad urbanística...», *op. cit.* págs. 112 y sigs., quien destaca que «una alteración normativa, a mi juicio imprescindible, radica en constreñir a las Administraciones a anotar preventivamente en el Registro los procedimientos a que hacen referencia los artículos 56 y sigs. del Real Decreto 1093/1997». GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael, en *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Thomson-Cívitas, págs. 346 y sigs., en cuanto se refiere a la anotación preventiva de interposición de recurso-contencioso-administrativo, si bien inicialmente plantea que «aun cuando la anotación preventiva no se haya practicado, la sentencia que anule una licencia y en su caso ordene la correspondiente demolición podrá ser ejecutada», de tal modo que los terceros no pueden invocar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuando se plantea, «¿para qué sirve?», entonces la anotación se responde que «sí podrían invocar a su favor otro principio como el de seguridad jurídica, dado que el Registro de la Propiedad nada publica sobre la disconformidad a Derecho del inmueble construido», además, a su vez, de otros «bienes o valores constitucionales como el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 45 de la CE)».

⁶ Interesa conocer, a este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2010, que se refiere a una solicitud de anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo siendo el acto recurrido un Programa de Actuación Integrada y el Proyecto de Urbanización de una unidad de ejecución de suelo urbanizable industrial, fundándose la petición en el hecho de estarse en presencia de unos costes de urbanización considerados como excesivos determinantes de las futuras adjudicaciones de suelo al agente urbanizador en retribución por el cumplimiento de sus obligaciones, lo que, de modo cautelar y preventivo, llevó al recurrente propietario original de suelo en la unidad, para evitar que tales adjudicaciones pudieran dar lugar a ventas con la consiguiente entrada de terceros adquirentes protegidos por el principio de fe pública registral, a pedir que tal medida recayera sobre fincas propias de tal modo que por aplicación del principio de subrogación

Sucesivamente y también en relación con la misma cuestión, se reflejará la línea que viene siguiéndose por el legislador estatal y, principalmente, por el

real se trasladaran sucesivamente a los suelos a recibir por el agente urbanizador una vez se aprobara la reparcelación.

La sentencia, que suscita diversas consideraciones en relación con la circunstancia de recaer la anotación sobre fincas propias del solicitante, con la audiencia previa del agente urbanizador para poder sostener la procedencia de la práctica de la anotación teniendo en cuenta su vocación meramente transitoria sobre dichas fincas y permanente sobre las del agente a partir de la inscripción de la reparcelación, y, en fin, la misma pretensión de traslado de la anotación por subrogación real sobre la finca de futura adjudicación al agente teniendo en cuenta la condición de sus adjudicaciones como adjudicaciones *a non domino* en pago por la ejecución de la obra urbanizadora aunque bien es cierto que trayendo causa de un acto en cuya confección su posición resulta determinante, la sentencia, decimos, reproduce el siguiente Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, el 5 de septiembre de 2008:

«CUARTO.—Lógicamente, el hecho de que se hayan cumplido los requisitos formales del artículo 68 del Real Decreto 1093/97, es insuficiente, por cuanto el artículo 67 exige además que exista justificación bastante. Esta justificación bastante debe ponerse en relación con el artículo 130 LJCA, que establece que previa ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, la medida cautelar solo podrá adoptarse cuando de otro modo el recurso pudiera perder su legítima finalidad; a lo que se añade que aun en estos casos la medida podrá ser denegada cuando su adopción produzca perturbación grave en los intereses generales o de tercero.

Efectuadas las precisiones anteriores, procede entrar a determinar sobre la procedencia o no de la anotación preventiva solicitada, a la vista de lo que señala el artículo 130 LJCA.

Por lo pronto, hay que decir que la anotación preventiva, en la medida en que no comporta la suspensión del instrumento recurrido, constituye una medida más adecuada y proporcionada que dicha suspensión, sobre todo cuando se hallan en juego importantes intereses generales y de muchos terceros afectados, como sucede en estos casos normalmente. Hay que decir además que la recurrente solicita la medida de forma proporcionada, dado que solo pide la anotación respecto de las fincas de origen de su titularidad y del codemandado.

Esta forma de acotar el objeto de la medida cautelar es, a simple vista, congruente con lo alegado; porque, lo que pretende el recurrente es conseguir que, cuando se apruebe la reparcelación, las fincas de origen ya vayan preventivamente anotadas y se traslade así la anotación a las fincas de resultado. Y es además congruente con las específicas alegaciones; con la anotación preventiva el actor pretende establecer una afección registral sobre las fincas que previsiblemente vayan a adjudicarse al agente urbanizador en la reparcelación; al considerar que su retribución es excesiva en proporción a los valores formales del suelo y que por tanto se le adjudicarán muchas más fincas de las procedentes.

A este respecto, el esfuerzo argumental de la demandada, de acuerdo con la cual el actor debería haber acudido al artículo 71 LRAU, no puede ser atendido, porque ese precepto establecía una facultad y no una carga y porque en todo caso no puede presumirse la liquidez de los propietarios a efectos del pago en metálico. Y en cuanto al 67.4 LRAU, este precepto en realidad iba dirigido a lo que son costes de urbanización propiamente dichos, y no a la retribución del urbanizador. En suma, la medida es adecuada a la finalidad pretendida y prima facie proporcionada.

No solo eso, sino que sin la misma el pleito podría perder su legítima finalidad, porque siempre cabría la posibilidad de venta a tercero amparado por el artículo 34 LH en caso de no practicarse la citada anotación; lo que haría muy difícil la ejecución in natura de un eventual fallo estimatorio.

Se cumple pues el requisito sustancial de la pérdida de la finalidad legítima del recurso; sin que se aprecie grave perturbación a los intereses generales o de tercero que impidiera la adopción de la medida, por cuanto esta es, como se ha dicho, la más proporcionada de cuantas habrían podido solicitarse y además no impide la venta de las parcelas, sino solo la adquisición de la condición de tercero hipotecario por el adquirente. El interés general tampoco se ve obstaculizado porque el proyecto de reparcelación sigue siendo ejecutivo.

legislador autonómico, el cual viene adoptando soluciones claramente cuestionables desde la perspectiva competencial y, además, al fin de alcance solo parcial según en todo caso se verá.

II. SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, no se llegó a contener mención alguna al derecho de propiedad, en el sucesivo Protocolo Adicional 1.º de ampliación de derechos del Convenio firmado por España el 23 de febre-

En suma, la ponderación de los intereses en conflicto, a la vista de las circunstancias del caso, aboga por el otorgamiento de la medida cautelar solicitada.

Así, la STS de 30 de noviembre de 2006 señala que esta medida impide que la sentencia que en su día pueda dictarse no se encuentre con terceros adquirentes de buena fe que imposibiliten su ejecución o la hagan excesivamente gravosa».

Más adelante, en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia y reduciendo el debate a la cuestión formal de la notificación de la solicitud de la medida cautelar al agente urbanizador, el Tribunal Supremo dice lo siguiente:

«Según quedó señalado en el antecedente cuarto, la entidad recurrente formula un motivo de casación en el que alega, como argumento principal de impugnación, que la anotación preventiva fue acordada por la Sala de instancia con vulneración de lo dispuesto en el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (RCL 1997/1861), por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, pues la medida cautelar se acordó sin haber dado audiencia a la titular registral de las fincas.

Siendo ese el argumento central del motivo, lo primero que debe observarse es que no debió formularse al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1998/1741) (infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión), pues lo que se alega es la infracción de una norma extraprocésal —el art. 68 del RD 1093/1997— por más que en ella se regule el procedimiento a seguir para resolver sobre la anotación preventiva solicitada en el seno del proceso, siendo entonces un motivo de casación incardinable en el artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate).

Por lo demás, el motivo de casación no puede ser acogido pues lo que exige el mencionado artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, es que antes de resolver sobre la solicitud de anotación preventiva se haya oído “...al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en esta”. No cabe afirmar que este requisito haya sido incumplido en el caso que nos ocupa por no haber sido oída la entidad Mirador, pues la anotación preventiva acordada no venía referida a ninguna finca de la que dicha entidad fuese titular registral ya que, según hemos visto, la anotación acordada por la Sala se refiere únicamente a las fincas de Ommegea Mmoe, S. L., que era quien solicitaba la medida cautelar (véanse el apartado B de la parte dispositiva del Auto de 14 de marzo de 2008 y el Fundamento Jurídico primero del Auto de 5 de septiembre de 2008, que desestimó el recurso de súplica).

En cuanto al hecho de que con posterioridad hayan sido inscritas en el Registro de la Propiedad las fincas resultantes de reparcelación, este dato sobrevenido en modo alguno significa que sea contraria a derecho, ni que haya quedado privada de virtualidad, la anotación preventiva practicada respecto de las fincas originarias que figuraban registradas a nombre de Ommegea Mmoe, S. L. Con independencia de las modificaciones físicas y registrales resultantes de la reparcelación, es indudable que aquella anotación preventiva practicada en su día ha podido desplegar los efectos informativos que le son propios, dando a conocer la pendencia del litigio a terceros adquirentes y a otros posibles afectados».

ro de 1978 y ratificado por Instrumento de 27 de noviembre de 1990, se contuvo una referencia expresa al mismo⁷ en su artículo 1 bajo los siguientes términos:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

En razón de ello y con base en el artículo 10.2 de la Constitución, según el cual: *«las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*, se ha afirmado⁸ que *«ambos ordenamientos, el comunitario y el del Tribunal de Estrasburgo, tienen que ser tenidos muy en cuenta a la hora de dotar de contenido efectivo a la garantía de la propiedad»*, circunstancia que, en consecuencia, exige tener presente la jurisprudencia del TEDH).

Especialmente ante su relevancia creciente según se pone claramente de manifiesto atendiendo, más allá de los supuestos específicos de vulneración del derecho de propiedad, a la realidad de tratarse de un cauce cierto para el reconocimiento de los derechos proclamados en el Convenio, y ello pese a la no menos cierta realidad de unas estadísticas que vienen poniendo de manifiesto unas cifras de demandas que han sido calificadas directamente como inasumibles⁹.

⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M.^a y TOLIVAR ALAS, Leopoldo, «El derecho de propiedad desde la perspectiva del TEDH», en la obra colectiva *Derechos Fundamentales y otros Estudios en homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, pág. 1803, apuntan igualmente, como testimonios normativos del Derecho Comunitario referidos al derecho de propiedad, al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, sometido a referéndum en España el 25 de febrero de 2005 y autorizada su ratificación por Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, así como a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, textos, ambos, en los que se sostiene que *«nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la Ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida»* y que hacen referencia, engarzando con el artículo 348 del Código Civil, al *«derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes..., a usarlos, a disponer de ellos...»*.

⁸ BAÑO LEÓN, José M.^a, «El contenido esencial de la propiedad en el contexto del Derecho europeo», trabajo incluido en la obra colectiva *Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, pág. 1787. Ver también la monografía de UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa*, Civitas/Thomson Reuters, 2011.

⁹ Ver a tal fin el trabajo de IRURZUN MONTORO, Fernando, *¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*, publicado por el Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Según pone de manifiesto, la actuación del TEDH, que se proyecta sobre 47 Estados y 800 millones de ciudadanos europeos, ofrece que, a 31 de diciembre de 2011, estaban pendientes de tramitación 151.624 asuntos, y que en ese mismo año se dictaron 1.157 sentencias y 50.667 decisiones de inadmisión. En el caso de España y también en 2011, se presentaron 891 demandas de las que 46 fueron comunicadas al Gobierno, siendo el Estado con el tercer menor porcentaje de demandas por habitante. Ante tal dimensión de la carga de trabajo, el autor recuerda cómo

En este sentido, el TEDH ha destacado en su jurisprudencia¹⁰ que en el artículo 1 transcrito, que garantiza el derecho de propiedad, se contienen, subordinadas la segunda y la tercera a la primera¹¹, las tres siguientes reglas¹²: la que se refleja en el inicio del primer párrafo que, con un carácter general, enuncia el principio del respeto a la propiedad; la segunda regla, incorporada en la segunda frase del mismo primer párrafo y según la cual la privación de los bienes está sujeta a ciertas condiciones; y la tercera regla que se corresponde con el segundo párrafo y reconoce a los Estados contratantes el derecho para reglamentar el uso de los bienes de conformidad con el interés general.

Con base en este esquema, solo superficialmente trazado, es como se ha ido iniciando un camino desde el que superar la que se ha denominado *minusvaloración del derecho de propiedad*¹³ contemplado a partir de la Constitución de 1978 al haber quedado excluido del recurso de amparo, objetivo que da pie también a ampliar la perspectiva desde la que afrontar el debate ya apuntado, en este caso tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH. Jurisprudencia que, ha de tenerse presente, cobra una singular notoriedad cuando no parece difícil sostener que en último término lo que se pone sobre la mesa es la respuesta al conflicto muchas veces inevitable entre el desarrollo urbanístico y la obligada protección del medio ambiente, escenario en el cual cobra importancia la posición mantenida en la relevante sentencia *Hamer c. Bélgica*, de 27 de noviembre de 2007, cuando

el propio TEDH ha establecido una clasificación en siete categorías en relación con el orden de preferencia para la tramitación de las demandas, orden que puede ser consultado en el enlace http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DB6EDF5E-6661-4EF6-992E-F8C4ACC62F31/0/Priority_policyPublic_communication_EN.pdf

A su vez, en una reciente visita al TEDH hemos tenido acceso a las últimas estadísticas comparativas entre el año 2011 y el pasado 2012, las cuales arrojan las siguientes cifras: mientras en el 2011 se presentaron 64.400 demandas y de ellas 5.360 se comunicaron a los respectivos Gobiernos, en el 2012 de 65.150 presentadas, 5.238 fueron objeto de traslado; en el 2011 de 52.188 resoluciones, 1.511 lo fueron por sentencia y 50.677 por decisión de inadmisión o mero rechazo sin llegar a formularse como decisión, mientras en el 2012 de 87.879 resoluciones 1.678 lo fueron como sentencia y 86.201 como decisión de inadmisión o rechazo directo; frente a la ya citada cifra de 151.624 asuntos pendientes de tramitación en el 2011, a diciembre de 2012 la cifra era de 128.100. En suma, se presentó un número similar de demandas en ambos años, también fue similar el número de demandas comunicadas para respuesta del Gobierno, se incrementó del 2011 al 2012 la capacidad de resolución en un 68 por 100 y, finalmente, se redujo en un 16 por 100 el número de asuntos pendientes, en parte por el incremento de las resoluciones de inadmisión o rechazo en un 70 por 100, propósito de restricción al que en parte responden los Protocolos números 14 y 15 en fase de elaboración. Para el caso de España, el número de demandas pendientes de resolución ante la Cámara de siete jueces, el Comité de tres jueces o el juez único, a 31 de diciembre de 2012 era, en conjunto, de 653, lo que supone un 0,5 por 100 del total de demandas pendientes, perteneciendo el mayor porcentaje a Rusia con un 22,3 por 100 y a Turquía con un 13,2 por 100.

¹⁰ Sentencia *Pressos Compañía Naviera, S. A. c. Bélgica*, de 23 de noviembre de 1995.

¹¹ Esta subordinación ha sido puesta de manifiesto en las sentencias *Jahn y otros c. Alemania*, de 22 de enero de 2004; *Schirmer c. Polonia*, de 21 de septiembre de 2004; *Forrer-Niedenthal c. Alemania*, de 20 de febrero de 2003, o *Sociedad Cooperativa La Laurentina c. República Italiana*, de 2 de agosto de 2001.

¹² GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la sentencia *Beyeler c. Italia*, de 5 de enero de 2000», en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre de 2000, págs. 407 y sigs.

¹³ BAÑO LEÓN, José M.^a, «El contenido esencial de la propiedad...», *op. cit.*, pág. 1781.

sostiene que «no se debe otorgar primacía a los imperativos económicos y a ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, frente a las consideraciones medioambientales, en particular cuando el Estado ha abordado de manera expresa la materia». Lo cual, por lo demás, entronca sin dificultad con la preocupación por el desarrollo sostenible que refleja el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, como también con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de su Sección 5.^a de 29 de enero de 2010, dictada en el recurso de casación número 5877/2008, en cuyo Fundamento Jurídico Quinto se dice lo siguiente: «en contraposición al interés público antes aludido, y alegado por la Entidad local recurrida, el que esgrime la Administración recurrente resulta prevalente, pues se concreta en la protección del medio ambiente, cuya componente ha de integrarse en la planificación urbanística. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio. La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales, eficaces y sostenibles. En este sentido, los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible».

A lo cual se añade, por otro lado, la exigencia de ejecución de sentencias también según la jurisprudencia del TEDH¹⁴ elaborada al amparo del artículo 6.1 del Convenio¹⁵.

III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS *DEVECIOGLU C. TURQUÍA*, DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2008; *SALIBA C. MALTA*, DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2005, Y *JOKELA C. FINLANDIA*, DE 21 DE MAYO DE 2002

1. LA DOCTRINA DE LAS STEDH APUNTADAS

Las sentencias del TEDH que encabezan este epígrafe permiten, en efecto, encuadrar la problemática aquí tratada desde la triple perspectiva que ofrece una jurisprudencia que vincula a los Tribunales y autoridades españolas, según lo ya dicho por aplicación del artículo 10.2 de la Constitución, hasta el punto de ser *parámetro obligado de interpretación del Derecho de Propiedad*¹⁶, permitiéndose, de este modo, un control de acomodación de la actuación objeto de fiscalización al artículo 1 del Protocolo Adicional, número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a fin de determinar si se ha producido o no una infracción del contenido del derecho de propiedad como derecho subjetivo, control que permite entender ampliado el contenido constitucionalmente garantizado de la propiedad, de donde justamente se desprende su notable relevancia.

¹⁴ Sentencias *Inmobiliaria Saffi c. Italia* de 28 de julio de 1999, y *Hornsby c. Grecia*, de 1 de abril de 1998.

¹⁵ Según el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) dentro de un plazo razonable, por un Tribunal (...) que decidirá (...) sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil».

¹⁶ BAÑO LEÓN, JOSÉ M.^a, «El contenido esencial de la propiedad...», *op. cit.*, pág. 1796.

A) *STDEH Devecioglu c. Turquía, de 13 de noviembre de 2008*¹⁷

Los Hechos valorados en la sentencia del TEDH *Devecioglu c. Turquía, de 13 de noviembre de 2008*¹⁸ parten de que los demandantes, el señor Serhat Devecioglu y la señora Feriha Devecioglu, adquirieron una propiedad cuya clasificación era la de suelo público forestal al tiempo que estaban entabladas unas acciones contra la decisión del catastro sobre la clasificación del suelo en orden a determinar si debía mantenerse como suelo de uso agrícola o como suelo forestal, según había sostenido dicha decisión del catastro.

Entre tanto, en el Registro de la Propiedad no constaba ninguna anotación sobre la situación judicial de la finca donde se emplazaba el terreno adquirido, lo que indujo a los demandantes a la adquisición en cuestión encontrándose sucesivamente con que la Administración les invitó a personarse en el proceso judicial iniciado previamente en relación con su propiedad.

Ante tal situación y una vez agotados los recursos internos, los demandantes acudieron al TEDH por entender que la clasificación de parte de sus terrenos como suelo forestal tuvo lugar sin indemnización alguna y que ello era determinante de haberse incurrido en una violación del derecho de propiedad.

Frente a ello, los argumentos del TEDH pasan, en primer término, por afirmar que la adquisición de la propiedad de la finca en 1994 se realizó confiando en la información ofrecida por el Registro de la Propiedad y que, conforme al Derecho interno, ha de tomarse razón en el mismo de cualquier carga o limitación que grave la propiedad por ser su función la protección de los adquirentes de bienes inmuebles al confiar en la información que ofrece, de manera que el Estado ha de responder de los daños resultantes de una indebida información (al respecto el parágrafo 33 de la STEDH destaca lo siguiente: «*The Court must first determine whether the applicants had possessions within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 in view of the Government's challenge to their ownership of the land in dispute. In this connection, it notes that the applicants purchased the land in question in 1994 from its previous owner relying on the records kept at the land registry office, which is the sole authority for the registration and transfer of immovable property (see paragraph 25 above). According to domestic law and practice, any limitation concerning such property must be entered into the land registry log book. The rights of those who acquire property relying on the records kept by the land registry office are protected and any damage resulting from the keeping of those records involves the responsibility of the State*»).

¹⁷ Toda vez que en los repertorios de jurisprudencia del TEDH no figura traducido el texto de la STEDH *Devecioglu c. Turquía, de 13 de noviembre de 2008*, en este comentario se incorpora la traducción del autor, si bien se reproduce su texto original en inglés, la única lengua que, junto al francés, es lengua oficial del TEDH.

¹⁸ A la sentencia del TEDH *Devecioglu c. Turquía, de 13 de noviembre de 2008*, se refiere BOUZZA ARIÑO, Omar, en el núm. 178, enero-abril de 2009, de la *Revista de Administración Pública*, págs. 355-357, limitándose a destacar su contenido. Con similar alcance se ocupa de la misma sentencia, LÓPEZ FERNÁNDEZ, Jorge, en el trabajo *Proyección en Europa del Sistema Registral de Derechos (Title Registration System)* resaltando que: «*el alto Tribunal recuerda que la propiedad privada es uno de los derechos fundamentales, no admitiendo que se alterara la propiedad por el solo hecho de que el Catastro turco calificara parte de la misma como bosque protegido, sin compensar o expropiar al propietario y tratándose de una limitación que no se había hecho constar en el Registro, con las garantías y procedimientos previstos en la legislación turca*», en www.blogauctoritas.es/proyeccion-en-europa-del-sistema-registral-de-derechos

A su vez, el TEDH destaca que no parece que los demandantes hubieran conocido o debieran saber que parte de su propiedad era suelo forestal, ya que «el folio relevante del libro del Registro no contenía ninguna limitación que limitara la transmisión del terreno», de tal modo que «adquirida la finca de buena fe y al haber obtenido el título de propiedad, los demandantes podían legítimamente reclamar ser los propietarios del terreno», o lo que venía a ser lo mismo, podían ser considerados poseedores en el sentido del artículo 1 del Protocolo Adicional número 1 (los términos originales de la STEDH son los siguientes, consignados en el párrafo 34: «*This being so, the Court notes that it does not appear that the applicants knew or ought to have known that a portion of the land in question was public forest since the relevant page of the land registry log book does not contain any annotation limiting the transfer of the land (see paragraph 12 above). Having thus purchased the land in good faith and obtained a title deed, the applicants could legitimately claim to be the owner of the land and pursue the legal proceedings before the domestic courts. In other words, as holders of a title deed attesting their ownership of the land, the applicants can be considered to have had "possessions", within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, without any restriction until they were deprived of their possession by a final court judgment*»). En suma, los demandantes estaban seguros en su convicción, resultante de los libros del Registro, de ser los indiscutibles propietarios de los terrenos (párrafo 35: «*the applicants had been given a title deed attesting their ownership of the land by the land registry office and they were therefore safe in their belief that they had become the undisputed owners of the land in question*»), con lo cual sostiene el TEDH que se incurrió en una interferencia en su derecho a fin de disfrutar de su propiedad (párrafo 36: «*...the Court considers that there was an interference with their right to the peaceful enjoyment of their possessions, amounting to a "deprivation" of property within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1*»).

Finalmente, la sentencia reconoce la violación del artículo 1 del Protocolo Adicional número 1, al no haber justificado el Gobierno turco la concurrencia de circunstancias excepcionales en las que amparar la no indemnización por la privación de la propiedad de los demandantes (así lo sostiene en el párrafo 39 en los siguientes términos: «*It now needs to be ascertained whether the interference in question struck a fair balance between the interests of the applicants and those of society as a whole. Compensation terms under the domestic legislation are material to the assessment of whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it imposes a disproportionate burden on the applicants. In this regard, the Court has previously held that the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference, and that a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 of Protocol No. 1 only in exceptional circumstances*»).

B) STEDH *Saliba c. Malta*, de 8 de noviembre de 2005¹⁹

La STEDH *Saliba c. Malta*, de 8 de noviembre de 2005, se ocupa sobre un supuesto que ofrece ciertas similitudes con el analizado en este trabajo aun exis-

¹⁹ La STEDH *Saliba c. Malta*, de 8 de noviembre de 2005, fue objeto de comentario por MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, en el trabajo titulado «Orden de derribo de lo edificado sin

tiendo, ciertamente, una diferencia relevante en cuanto parte de la demolición de una edificación levantada sin licencia, no, por lo tanto, como en los casos tratados por el Tribunal Supremo en los que el presupuesto es el de demolición de edificación construida al amparo de licencias sucesivamente declaradas nulas.

En todo caso, por las conexiones que presenta con el supuesto tratado no está de más dar cuenta de su alcance.

En este sentido, en efecto, de la SETDH nos interesa destacar que, versando sobre la problemática atinente a la demolición de edificaciones construidas sin la preceptiva autorización administrativa, partía de que en los años 1983 y 1985, el demandante, señor Benny Saliba, adquirió una parcela de terreno en Gozo en la que constaba la construcción de un almacén sin licencia, siendo acusado por la policía mediante notificación de 7 de enero de 1985, de haber llevado a cabo trabajos de construcción en sus tierras sin haber obtenido las licencias necesarias requiriéndolo para su demolición.

El TEDH considera que la medida perseguía el fin legítimo de conservar el medio ambiente y garantizar el cumplimiento de las normas de urbanismo, con vistas a establecer un desarrollo ordenado de las zonas rurales por ser expresión del interés general de la comunidad. De ahí que, dice el TEDH en el párrafo 46 de la sentencia, *«el efecto de ordenar el derribo de una construcción totalmente ilegal es volver a poner las cosas en la situación en la que deberían haber estado si se hubieran cumplido los requisitos legales. De este modo, las autoridades garantizan una total protección del medio ambiente, así como disuadir a otros infractores potenciales»*.

Finalmente la sentencia, para negar la vulneración del artículo 1 del Protocolo Adicional número 1, concluye en el párrafo 46 con la siguiente apreciación: *«A la vista de todo lo que antecede, el Tribunal concluye que la medida en cuestión no fue desproporcionada al fin legítimo perseguido. El hecho de que el demandante fuera absuelto al principio del procedimiento penal no altera esta conclusión. Resolver lo contrario sería equivalente a obligar a las autoridades nacionales a tolerar construcciones ilegales cada vez que su propiedad fuera transferida a un tercero bona fidei»*.

C) STEDH Jokela c. Finlandia, de 21 de mayo de 2002

Nos interesa exclusivamente destacar de esta sentencia su pronunciamiento en orden a permitir un efectivo ejercicio del derecho de defensa para una adecuada protección del derecho de propiedad, lo que expresa claramente al señalar que

licencia y protección del medio ambiente», publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, enero-marzo de 2006, págs. 349-360. El autor, que concluye el comentario con la significativa afirmación de que *«mucho del urbanismo, con harta pesar acaso de algunos administrativistas, tiene que ver con el Derecho Civil»*, pone especial énfasis en la circunstancia del *«mantenimiento de la orden de derribo, independientemente de que haya habido o no culpabilidad en el propietario que resulta beneficiado por la infracción»*, lo que se funda en el argumento también destacado y hecho suyo por la STEDH de la necesaria protección del medio ambiente y permite a su vez confrontarse con *«la generalizada falta de respuesta, la ineficacia de la disciplina urbanística, la flagrante fugacidad de los plazos, que hará que tantas ilegalidades se afiancen, incluso la generalizada tolerancia de los jueces frente a las edificaciones ilegales o los meros excesos, ¡lo que cuesta que se lleven a la práctica los derribos de lo abusivo!»*.

«aunque el artículo 1 del Protocolo número 1 no contiene requisitos procedimentales explícitos, los procedimientos controvertidos deben conceder también a las personas una oportunidad razonable de presentar su caso ante las autoridades responsables para impugnar de manera efectiva las medidas que supongan una injerencia en los derechos garantizados por este artículo»²⁰.

2. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La lectura conjunta de las tres sentencias del TEDH, de las que se ha dado cuenta en el anterior apartado, plantea razonablemente los términos desde los cuales la restauración de la legalidad urbanística vulnerada ha de acometerse sin que, simultáneamente, el derecho de propiedad de quienes ostentan la titularidad de los bienes sujetos a demolición para alcanzar tal objetivo quede vulnerado.

En este sentido, es cierto que la respuesta ha de contemplarse desde una doctrina también del TEDH mantenida, por ejemplo, en las sentencias *Paudicio c. Italia*, de 24 de mayo de 2007, y *Vitiello c. Italia*, de 17 de julio de 2007, doctrina con arreglo a la cual la citada restauración de la legalidad no solo ha de ser contemplada desde los exclusivos intereses de quienes habitando la construcción se ven, incluso sorpresivamente, sometidos a un proceso semejante, pues, junto a ellos, ha de contemplarse también el interés en unos casos directo de personas concretas que padecen la ilegalidad como colindantes y en la mayoría el interés difuso de la comunidad contrario a la consolidación *sine die* de ilegalidades cuya indudable vocación a la desaparición ha de ser consumada con la necesaria salvaguarda de cuantos derechos pudieran verse afectados. A este respecto, la sentencia *Paudicio c. Italia*, de 24 de mayo de 2007, destaca en su párrafo 39 que *«la negativa de las autoridades municipales a acatar la sentencia definitiva de los tribunales penales tuvo como consecuencia el mantenimiento de la obra realizada irregularmente por... Teniendo en cuenta la proximidad de esta construcción con la vivienda del demandante, las autoridades italianas son responsables de la injerencia en el derecho de propiedad del demandante; la injerencia en cuestión no constituye ni una expropiación ni una reglamentación del uso de los bienes, sino que depende del carácter general de la primera frase del primer párrafo del artículo 1»*.

A lo que se ha de añadir, a su vez, la posición del TEDH en relación con el cumplimiento del artículo 6.1 del Convenio en orden a garantizar la efectividad de la tutela, lo que le hace decir (sentencias *Inmobiliaria Saffi c. Italia*, de 28 de julio de 1999, y *Hornsby c. Grecia*, de 1 de abril de 1998) que *«según su jurisprudencia, el derecho a un tribunal sería ilusorio si el ordenamiento interno de un Estado contratante permitiese que una sentencia judicial definitiva y obligatoria permaneciese inoperante en detrimento de una parte (de tal modo que) se debe considerar que la*

²⁰ Sentencias *Agosi c. el Reino Unido*, de 24 de octubre de 1986, y *Hentrich c. Francia*, de 22 de septiembre de 1994. A estos efectos es igualmente relevante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recogida en la STC 79/2009, de 23 de marzo, sobre los efectos de la falta de emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo cuando es causa de un perjuicio real y efectivo, la cual, como señalan REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, y CARBÓN LAINEZ, Edilberto, en «La ejecución de sentencias en materia urbanística...», *op. cit.*, pág. 1624, *«se aplica a los propietarios que en el momento en que se inicia el proceso estaban inscritos en el Registro de la Propiedad o que, por otra circunstancia, ya tenían la condición de interesados»*.

ejecución de una resolución o sentencia judicial, de cualquier tribunal, forma parte integrante del «proceso» en el sentido del artículo 6».

Pues bien, llegados a este punto, de las tres sentencias destacadas y las restantes igualmente señaladas, cabría deducir un cuadro general que vendría marcado por estos principios:

- a) La ejecución de las resoluciones judiciales constituye una exigencia del Derecho europeo que debe quedar en todo caso salvaguardada como objetivo final de necesaria consecución que se impone a la eventual voluntad renuente de las autoridades locales, lo cual además recibe una reforzada sanción específica a fin de proceder a la restauración del orden urbanístico vulnerado cuando es contrapuesto con la obligada protección del medio ambiente como valor incluso más cualificado que el representado por un urbanismo que pudiera ser calificable como no sostenible.
- b) Si bien la transmisión de un inmueble no puede relevar al adquirente posterior de la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que imponen su demolición, tal obligación ha de sustanciarse en un procedimiento en cuya tramitación el afectado haya tenido la oportunidad de defender su derecho de propiedad, lo cual se traduce en el rechazo de cualquier intento de demolición en ejecución de sentencia que no se alcance habiendo permitido previamente el ejercicio del derecho de defensa tal y como se deduce que resultaría posible a partir de una aplicación meramente mecanicista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo señalada.
- c) A estos efectos, la jurisprudencia del TEDH resalta la trascendencia jurídica que, susceptible también de ser aplicada respecto de la vinculación de los terceros adquirentes de inmuebles incurso en procesos de demolición por anulación judicial de licencias, ha de extraerse de los pronunciamientos registrales, rechazando la oponibilidad de las cargas no inscritas y, consiguientemente, reforzando la exigencia de medidas cautelares que den publicidad al proceso en marcha haciendo con ello innecesario un emplazamiento sucesivo de eventuales adquirentes posteriores al ejercicio de la acción por haber quedado cerrada la *perpetuatio legitimationis* y garantizando, al tiempo, la ejecución de una resolución en su caso favorable. A este respecto conviene tener presente la doctrina sentada en la muy reciente y relevante sentencia del Tribunal Constitucional 242/2012, de 17 de diciembre, la cual, ampliando la jurisprudencia constitucional²¹ en materia de emplazamiento en los procesos contencioso-administrativos a quienes ostentaran algún derecho o interés legítimo en la existencia del proceso conforme también a las SSTEDH *Cañete de Goñi c. España*, de 15 de octubre de 2002 y *Agapito Maestre c. España*, de 4 de mayo de 2004,

²¹ Los requisitos al efecto exigidos por el Tribunal Constitucional en orden al emplazamiento de aquellos interesados identificados o susceptibles de serlo, los cuales se recogen en SSTC 325/1993, de 8 de noviembre; 65/1994, de 28 de febrero; 229/1997, de 16 de diciembre; 122/1998, de 15 de junio; 152/1999, de 14 de septiembre; 125/2000, de 16 de mayo; 300/2000, de 11 de diciembre y 44/2003, de 3 de marzo, son tres: reunir la condición de titular de un derecho o interés legítimo susceptible de verse afectado en el proceso contencioso-administrativo; ser identificable a partir de la información contenida en el escrito de interposición, en el expediente o en la demanda; finalmente, haber sido la falta de emplazamiento causa de indefensión material.

extiende su aplicación incluso a los casos en los que el acto recurrido fuera un instrumento de planeamiento, cuya naturaleza jurídica asimilable a las disposiciones de carácter general no es a tal fin obstáculo «*de existir interesados identificados o susceptibles de serlo, que tengan una singular posición con el objeto del proceso*», llegando a deducir la condición de interesado del hecho de haber formulado alegaciones durante el periodo de información pública de la tramitación del planeamiento. Doctrina a partir de la cual cabría sostener que si de lo que en último término se trata es de garantizar el ejercicio del derecho de defensa, aun siendo cierto que en el inicio del proceso no habrán aparecido interesados según su condición de terceros adquirentes, su eventual aparición como «*susceptibles de ser(lo)*» refuerza, dado el carácter eminentemente preventivo de la anotación, el acceso a su práctica como condición de oponibilidad para quienes se incorporen al dominio con acceso al Registro existiendo ya un proceso en marcha con potenciales efectos sobre sus derechos.

- d) A su vez, del mismo modo que no resulta posible una expropiación sin la concurrencia de una causa de utilidad pública²² según las condiciones previstas en la Ley y los principios del Derecho Internacional²³, no cabe tampoco que carezca de la correspondiente contrapartida o indemnización proporcional al valor del bien²⁴, lo cual implica que no puede producirse acto alguno de despojo de bienes sin la compensación económica respectiva, si cabe todavía con más razón cuando, como es el caso, se trata de edificaciones originalmente sancionados por la Administración con todas las formalidades jurídicas exigidas para su construcción.

IV. LAS ÚLTIMAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL LEGISLADOR ESTATAL Y AUTONÓMICO

Nos limitamos en este punto a destacar, como mera aproximación a la línea seguida en otras normas sobre todo en cuanto se refiere al legislador autonómico, algunas de las novedades legislativas que han ido introduciéndose en los últimos tiempos precisamente a partir del supuesto aquí tratado, lo cual se ha efectuado tanto por el legislador estatal como, en efecto, por el autonómico.

En cuanto se refiere al legislador estatal, cabe referirse al Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa²⁵, el cual modifica la redacción del artículo 53.2 de la Ley del Suelo del Estado de 2008 con el fundamento en

²² STEDH *James y otros c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1986.

²³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M.^a y TOLIVAR ALAS, Leopoldo, en «El derecho de propiedad desde...», *op. cit.*, pág. 1809.

²⁴ STEDH *Lithgow c. Reino Unido*, de 8 de julio de 1986.

²⁵ Sobre la concreta cuestión del silencio administrativo negativo introducido por el Real Decreto-ley 8/2001, de 1 de julio, en relación con determinados actos administrativos de naturaleza urbanística, tuvimos oportunidad de ocuparnos en el trabajo «El silencio administrativo tras el Real Decreto-ley 8/2011 y la consiguiente revisión de la última jurisprudencia de la Dirección General al respecto», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, págs. 1189-1198.

«la anulación de licencias previamente concedidas, con la consecuencia última de la demolición, que terminan afectando a terceros adquirentes de buena fe que se ven desprotegidos a causa de actuaciones en las que no han sido parte, y que no siempre han estado exentas en su origen de supuestos de corrupción», artículo que, en cuanto se refiere a los expedientes de disciplina urbanística, contempla que «se harán constar mediante anotación preventiva (...), que se practicará sobre la finca en la que recaiga el correspondiente expediente...». Regulación relevante en la medida en que permite entender con un sentido lógico fundado, que una vez practicada la medida cautelar de origen administrativo no debería existir obstáculo para que, en caso de que el asunto derivara en un procedimiento contencioso-administrativo, los Tribunales hubieran de acceder con un cierto sentido automático a la conversión de dicha anotación en anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo con su sola solicitud.

En todo caso, como hemos apuntado en otro lugar²⁶, se debe precisar que la anotación no es en ningún caso condición de validez del acto por el que se ordene la restauración del orden urbanístico vulnerado cuando pese a su ausencia el titular registral fuera al tiempo el interesado en el procedimiento obligado a llevarla a término, ante el que sin duda sería oponible. Sí parece que lo sería, sin embargo, frente al tercero que adquiriera sin estar practicada la anotación pese a haberse iniciado el procedimiento correspondiente antes de su adquisición, el cual aunque sí debiera atenerse a las consecuencias de un nuevo procedimiento con él tramitado por no poder patrimonializar los efectos de la infracción cometida, siempre contaría a su favor con las consecuencias del ejercicio de una acción de responsabilidad frente a la Administración que indebidamente no ordenó la práctica de la anotación, presupuesto de sencilla acreditación.

Por otro lado, desde el ámbito del legislador autonómico, dos normas recientes han intentado también dar respuesta al tema tratado, haciéndolo además en un sentido similar en el que probablemente no quepa ocultar un cierta influencia de la jurisprudencia del TEDH.

Nos referimos, así, a la Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística²⁷, en segundo lugar a la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia y, finalmente, al Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

Por lo que se refiere a la primera, se añade un nuevo apartado 2 al artículo 258 de la Ley 2/2002, de 25 de junio, según el cual, en el caso concreto de procesos promovidos por la Administración autonómica contra actos de los que se pudieran derivar perjuicios para terceros, prescribe que «el Servicio Jurídico de esta Administración solicitará al órgano judicial que se adopten medidas cautelares dirigidas a la publicidad, en el Registro de la Propiedad, de los recursos y demandas interpuestos», reforma que si bien, en línea con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de

²⁶ «Comentarios al reciente Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, y su incidencia en materia de suelo», en *Observatorio Inmobiliario y de la Construcción*, núm. 52, septiembre-octubre de 2011, págs. 38 y sigs.

²⁷ A la Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística, se refiere REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, en «Demoliciones urbanísticas y buena fe dominical», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, año 2011-2, núm. 4, págs. 97-111.

julio, acentúa el carácter preceptivo de las medidas cautelares de orden registral y otorga una cierta exigencia de acceso a las mismas por los Tribunales en el sentido apuntado, queda limitada, por razones sin duda de carácter competencial, a un alcance parcial por estar siempre sometido su consecución al correspondiente pronunciamiento judicial, singularmente en los casos en los que el recurrente sea un particular en los que como es claro carece de las prerrogativas de las que goza la Administración.

Por otro lado, introduce también la Ley 2/2011, de 4 de abril, una nueva Disposición Adicional sexta²⁸ en la Ley 2/2001, de 25 de junio, en cuyos apartados 4 y 5 se regula la necesidad, una vez declarada ilegal una licencia y en la medida en que pudieran existir terceros adquirentes de buena fe, de que cualquier acto de demolición de edificaciones ilegales construidas con licencia judicialmente anulada vaya precedido de la tramitación del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial concluido mediante la determinación del importe de la indemnización procedente y su puesta a disposición del perjudicado.

Por su parte, la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, también en su Disposición Adicional sexta²⁹ se ocupa del que denomina «derecho a la vivienda

²⁸ Dice la citada Disposición Adicional sexta, apartados 4 y 5, lo siguiente: 4. *Cuando la lesión se produzca como consecuencia de actuaciones administrativas declaradas ilegales que determinen el derribo de edificaciones, se deberá iniciar el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, desde el momento en que se tenga conocimiento fehaciente de la existencia de una resolución judicial o administrativa, firme y definitiva, que establezca la obligación de derribar. Se podrá establecer la cuantía aun antes de la efectiva demolición de los inmuebles, aunque en este caso la efectividad de la indemnización quedará condicionada a la puesta a disposición del inmueble a favor de la Administración obligada a materializar el derribo. El procedimiento para determinar la responsabilidad y su cuantía deberá finalizar y, en su caso, establecer el importe a indemnizar en el plazo de seis meses desde su inicio, en la forma que determina la normativa sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. En el plazo de tres meses desde la finalización del procedimiento de determinación de la responsabilidad y de su cuantía, la Administración deberá poner a disposición del perjudicado la cantidad establecida. Sólo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto este a disposición del perjudicado. En todo caso, el Gobierno de Cantabria adoptará todas las medidas precisas para impedir que, como consecuencia de una sentencia que ordene la demolición de una vivienda que constituya el domicilio habitual de un propietario de buena fe, se produzcan situaciones de desamparo, procurando los medios materiales para su realojo provisional inmediato y su traslado. 5. La Administración que tramite un expediente de responsabilidad patrimonial que tenga por objeto una lesión producida como consecuencia de actuaciones administrativas declaradas ilegales que determinen el derribo de edificaciones, deberá comunicar el inicio de la sustanciación de dicho expediente al órgano judicial encargado de la ejecución de la sentencia».*

²⁹ La Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia, dice lo siguiente en su Disposición Adicional sexta: «1. Los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado tienen derecho a residir en el inmueble mientras no se determine por la administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización a que, en su caso, tengan derecho. En estos supuestos será aplicable lo dispuesto en la legislación urbanística para las actuaciones de reposición de la legalidad urbanística en los casos de obras rematadas sin licencia y lo previsto en el presente artículo para garantizar la necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición. 2. A estos efectos, el acto administrativo o sentencia firme que determine la anulación del título y conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, por no ser las obras legalizables por su incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico, llevará consigo, como efecto legal necesario, la

y necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición e impedimento de usos», en relación con lo cual, el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial debe tener lugar de oficio desde la anulación de la licencia y, del mismo modo que en el caso anterior y de no existir ninguna circunstancia que lo impidiera por concurrir, por ejemplo, dolo, negligencia grave o culpa, la demolición queda supeditada a la determinación y puesta a disposición del perjudicado de la correspondiente indemnización.

En cualquier caso, según entendemos, el régimen de responsabilidad patrimonial que instaura el legislador autonómico en la regulación señalada, el cual se introduce en el ordenamiento de modo no poco discutible desde la perspectiva estrictamente competencial a la vista del artículo 149.1.18 de la Constitución que atribuye al legislador estatal la regulación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no hace otra cosa que dar carta de naturaleza a un supuesto que, al margen de la propia declaración sobre la regulación de los supuestos indemnizatorios contenida en el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, era perfectamente identificable como tal por la sola aplicación de la legislación de procedimiento administrativo común en su regulación sobre la materia, como también, por otro lado, según el apartado d) de dicho artículo 35 al señalar que cabe la indemnización por lesiones en los bienes y derechos debidos a la «anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades».

apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial. 3. En todo caso, durante la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, el inmueble se considerará incurso en la situación de fuera de ordenación y sujeto al régimen previsto en el artículo 103 de la Ley 9/2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. 4. Todos los legitimados en el procedimiento de reposición de la legalidad urbanística, incluidas las administraciones que, en su caso, hubiesen solicitado la anulación, se considerarán igualmente legitimados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. 5. En ningún caso corresponderá la indemnización si existe dolo, culpa o negligencia grave imputable al perjudicado. En los casos de concurrencia de negligencia no grave del titular de la vivienda podrá reducirse el importe de la indemnización en la proporción correspondiente a su grado. La indemnización que, en su caso, se determine podrá incluir los daños y perjuicios derivados de la demolición, pero su pago quedará condicionado al abandono de la vivienda y a su puesta a disposición de la administración obligada a materializar aquella. 6. Cuando la propuesta de resolución o la propuesta de terminación convencional del procedimiento estimen la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y para el pago fuese necesaria una modificación presupuestaria, deberá solicitarse del órgano competente para su aprobación dentro del plazo de resolución del procedimiento. 7. Si la resolución del procedimiento determina la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración concedente del título y el derecho a una indemnización a la persona titular de la vivienda, la Administración deberá proceder a ejecutar la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar. Será requisito necesario el previo pago o consignación a disposición de la persona titular de la vivienda de la indemnización, y tendrá derecho, mientras tanto, a residir en ella. 8. Si la resolución del procedimiento determina la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración concedente del título, se procederá a la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar, de conformidad con lo dispuesto en la legislación del suelo. 9. La Comunidad Autónoma, igualmente, podrá incluir como una situación excepcional en el régimen de acceso a una vivienda protegida, en consonancia con lo establecido en el artículo 64 de la presente Ley, a las personas titulares de viviendas construidas al amparo de un título anulado y siempre que aquella constituyese su vivienda habitual».

Por lo demás, no parece que el reconocimiento de una indemnización a favor de los terceros adquirentes de las construcciones cuyas licencias sean declaradas ilegales constituya título suficiente que ampare el desalojo en aquellos casos en los que tal declaración se haya producido sin haber tenido la posibilidad de comparecer en el proceso para defender sus intereses, para lo cual, una vez más, la coordinación con el Registro a fin de que refleje las vicisitudes procesales se presenta como instrumento indispensable conforme a la exigencia de inoponibilidad de las cargas no inscritas.

Más aun todavía, incluso la propia llamada a la responsabilidad patrimonial como vía de solución del conflicto de que se viene tratando parece presentarse como una suerte de señuelo por medio del cual, una vez es aceptada la indemnización, acceder a la ocupación del inmueble y así poder iniciar su demolición, enfoque que encaja fácilmente con una institución que en ningún caso está configurada como título para la adquisición del bien, que es lo que, por el contrario y en los términos apuntados por la doctrina³⁰, debería alcanzarse por conducto de la expropiación forzosa ante la situación de fuera de ordenación desencadenada por la sentencia y a la que también se refiere la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia.

Finalmente, la regulación del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo, destaca también por varias razones.

En primer lugar, siendo previo al Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, contempla de modo potestativo, en una regulación que ha de entenderse superada por este último, la toma de razón en el Registro de la incoación de los procedimientos de disciplina urbanística.

Pero, sobre todo, en su artículo 38, titulado «*carácter real de las medidas de protección de la legalidad urbanística*», dispone que «*de conformidad con el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, las medidas de protección de la legalidad urbanística tienen carácter real y alcanzan a los terceros adquirentes de los inmuebles objeto de tales medidas, dada su condición de subrogados por Ley en las responsabilidades contraídas por el causante de la ilegalidad urbanística*», pretensión de extensión de la subrogación legal a los terceros que solo será válida en la medida en que o bien hubieran sido parte en el procedimiento o bien, por haberse practicado el correspondiente asiento registral, hubieran sido conocedores de él.

RESUMEN

SENTENCIA, EJECUCIÓN,
LICENCIA, NULIDAD, DEMOLICIÓN,
TERCERO, DERECHO EUROPEO,
PROPIEDAD

La grave problemática que viene ocasionando la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo según la cual la ejecución de sentencias anulato-

ABSTRACT

RULING, ENFORCEMENT,
PERMIT, ANNULMENT,
DEMOLITION, THIRD PARTY,
EUROPEAN LAW, PROPERTY

The case law established by Division Three of the Supreme Court is spawning a serious set of problems. It states that, when a court ruling annuls a building

³⁰ SORIA MARTÍNEZ, Gabriel, «La ejecución de las sentencias...», *op. cit.*

rias de licencias de edificación impone la demolición de las edificaciones levantadas a su amparo, incluso en el caso de que hubieran sido adquiridas por terceros sin que del Registro de la Propiedad resultara la existencia de un proceso en marcha a cuyas resultas hubieran de quedar vinculados, permite ser analizada también tanto desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en razón de la condición del derecho de propiedad como derecho fundamental por el artículo 1 del Protocolo Adicional 1.º al Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, como desde recientes reformas legales que, sin llegar a dar una respuesta del todo solvente y aun siendo cuestionables, en algunos casos, desde la perspectiva del título competencial susceptible de ser esgrimido, permiten una aproximación a la salvaguarda de unos derechos que no deben quedar ignorados bajo la sola legítima y obligada pretensión última de acceder a tal ejecución.

permit, the enforcement of that ruling requires any buildings raised under the permit to be demolished, even if the buildings have meanwhile been purchased by third parties who have checked property registration records and found no evidence of any ongoing proceedings whose results would prove binding for them as the building's buyers. The situation may also be analyzed from the standpoint of the case law of the European Court of Human Rights, due to the status of property rights as fundamental rights under article 1 of Additional Protocol 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms made in Rome on 4 November 1950. Recent legal reforms, too, offer yet another viewpoint, and, while they fail to provide an entirely sound response and may still remain questionable in some cases from the perspective of competence, they do afford an approach to the question of safeguarding the rights at issue. The rights of the buyers in this situation should not be trampled solely and ultimately, albeit legitimately and mandatorily, for the sake of enforcing a court ruling.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

I. NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 29-11-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15-11-2012, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

— Resolución de 13-12-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 28/2012, de 30-11-2012, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 7/2012. 27-12-2012. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995, del Código Penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

— Ley Orgánica 8/2012. 27-12-2012. Medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley 9/2012. 14-11-2012. Reestructuración y resolución de entidades de crédito.

— Ley 10/2012. 20-11-2012. Regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

— Ley 11/2012. 19-12-2012. Medidas urgentes en materia de medio ambiente.

— Ley 12/2012. 26-12-2012. Medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

— Ley 13/2012. 26-12-2012. Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

— Ley 14/2012. 26-12-2012. Aprueba medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas.

— Ley 15/2012. 27-12-2012. Medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

— Ley 16/2012. 27-12-2012. Adopta diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

— Ley 17/2012. 27-12-2012. Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

— Real Decreto-ley 27/2012. 15-11-2012. Medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

— Real Decreto-ley 28/2012. 30-11-2012. Medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

— Real Decreto-ley 29/2012. 28-12-2012. Mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social.

— Instrumento de aceptación de las enmiendas a los artículos 25 y 26 del Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, adoptadas en Ginebra el 28-11-2003.

— Instrumento de Ratificación del Protocolo de enmienda al Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en París el 27-5-2010, y texto consolidado del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en Estrasburgo el 25-1-1988.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1672/2012. 14-12-2012. Declara el cese de don Francisco Javier López Álvarez como Presidente del Gobierno Vasco.

— Real Decreto 1673/2012. 14-12-2012. Nombra Presidente del Gobierno Vasco a don Íñigo Urkullu Rentería.

— Real Decreto 1713/2012. 21-12-2012. Nombra Presidente de la Generalitat de Cataluña a don Artur Mas i Gavarró.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1529/2012. 8-11-2012. Desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

— Real Decreto 1675/2012. 14-12-2012. Regula las recetas oficiales y los requisitos especiales de prescripción y dispensación de estupefacientes para uso humano y veterinario.

— Orden 2365/2012. 2-11-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2-11-2012, por el que se establecen obligaciones de servicio público al prestador del servicio postal universal en las elecciones al Parlamento de Cataluña.

— Corrección de errores. Real Decreto 1484/2012. 29-10-2012. Aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 2441/2012. 12-11-2012. Convoca la provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación.

— Orden 2604/2012. 30-11-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26-10-2012, por el que se fija el módulo para la distribución del crédito que figura en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, destinado a subvencionar los gastos de funcionamiento de los juzgados de paz.

— Resolución de 27-9-2012. Aprueba el modelo de contrato de *renting*, letras de identificación «R-AEL-R» y su anexo «pluralidad de arrendatarios y/o fiadores», para ser utilizado por las entidades asociadas a la «Asociación Española de Leasing y Renting».

— Resolución de 24-10-2012. Jubila al notario excedente, don José Servando Rafael Poveda Díaz.

— Resolución de 5-11-2012. Publica la lista definitiva de aspirantes admitidos para participar en las pruebas de aptitud de acceso al ejercicio de la profesión de Abogado en España por parte de ciudadanos de la UE y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y se determina la fecha de celebración de dichas pruebas.

— Resolución de 7-11-2012. Acuerda aplicar a don José María García Urbano, Registrador de la Propiedad, la asimilación de su situación a la de registradores en comisión de servicio.

— Resolución de 10-12-2012. Resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes convocado por Resolución de 15-10-2012, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 10-12-2012. Resuelve el concurso ordinario 286 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 16-10-2012, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 19-12-2012. Modifica las cuantías económicas de la ayuda de gastos de sepelio.

— Resolución de 19-12-2012. Suprime determinadas ayudas socio-sanitarias y complementarias y se modifican sus requisitos y cuantías.

— Resolución de 21-12-2012. Mutualidad General Judicial. Deroga la Circular 72 y la Resolución de 12-6-2008.

— Resolución de 26-12-2012. Establece los criterios de concesión de las ayudas del Fondo de Asistencia Social.

— Corrección de errores. Real Decreto 1333/2012. 21-9-2012. Regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Real Decreto 1559/2012. 15-11-2012. Establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.

— Real Decreto 1658/2012. 7-12-2012. Aprueba el Plan Estadístico Nacional 2013-2016.

— Real Decreto 1698/2012. 21-12-2012. Modifica la normativa vigente en materia de folleto y de requisitos de transparencia exigibles en las emisiones de valores por la transposición de la Directiva 2010/73/UE.

— Orden 2398/2012. 29-10-2012. Regula el sistema de notificación en los procedimientos sancionadores en materia estadística regulados por el Reglamento de procedimiento administrativo sancionador de las infracciones por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley de la Función Estadística Pública, aprobado por el Real Decreto 1572/1993, de 10-9-1993.

— Orden 2410/2012. 2-11-2012. Modifica la Orden ECO/180/2003, de 22-1-2003, sobre cobertura por cuenta del Estado de riesgos derivados del comercio exterior de las inversiones exteriores y de las transacciones económicas con el exterior.

— Orden 2438/2012. 1-10-2012. Aprueba el modelo de autoliquidación y pago de la tasa prevista en el artículo 44 del TR de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1-7-2011.

— Orden 2502/2012. 16-11-2012. Regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

— Orden 2741/2012. 20-12-2012. Desarrollo metodológico de la Ley Orgánica 2/2012, de 27-4-2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera sobre el cálculo de las previsiones tendenciales de ingresos y gastos y de la tasa de referencia de la economía española.

— Resolución de 25-10-2012. Modifica la Resolución de 25-9-2012, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 17-12-2012. Fija el tipo de interés que devengarán los Bonos del Estado a cinco años a tipo de interés variable, vencimiento 17-3-2015, durante el próximo periodo de interés.

— Resolución de 17-12-2012. De la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo de interés efectivo anual para el primer trimestre natural del año 2013, a efectos de calificar tributariamente a determinados activos financieros.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1558/2012. 15-11-2012. Adapta las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3-11-2008.

— Real Decreto 1619/2012. 30-11-2012. Aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

— Real Decreto 1656/2012. 7-12-2012. Modifica los estatutos de los organismos autónomos adscritos al Ministerio de Defensa para su adaptación a lo dispuesto en el Real Decreto 451/2012, de 5-3-2012, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.

— Real Decreto 1694/2012. 21-12-2012. Aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2012.

— Real Decreto 1715/2012. 28-12-2012. Modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por Real Decreto 1165/1995, de 7-7-1995, y se introducen otras disposiciones relacionadas con el ámbito tributario.

— Orden 2549/2012. 28-11-2012. Desarrolla para el año 2013 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 2597/2012. 28-11-2012. Modifica la Orden EHA/4078/2005, de 27-12-2005, por la que se desarrollan determinados artículos del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29-7-2005, en relación a la publicación de anuncios de subastas en los boletines oficiales.

— Orden 2652/2012. 5-12-2012. Aprueba las tablas de devolución que deberán aplicar las entidades autorizadas a intervenir como entidades colaboradoras

en el procedimiento de devolución del IVA en régimen de viajeros regulado en el artículo 21, número 2.º, de la Ley 37/1992, de 28-12-1992, del IVA.

— Orden 2662/2012. 13-12-2012. Aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación.

— Orden 2724/2012. 12-12-2012. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D. e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 2725/2012. 19-12-2012. Modifica la Orden EHA/3111/2009, de 5-11-2009, por la que se aprueba el modelo 390 de declaración-resumen anual del IVA, la Orden HAC/171/2004, de 30-1-2004, por la que se aprueba el modelo 184 de declaración informativa anual a presentar por las entidades en régimen de atribución de rentas, los diseños físicos y lógicos a los que deben ajustarse los soportes directamente legibles por ordenador del modelo 198 de Declaración anual de operaciones con activos financieros y otros valores mobiliarios, aprobados por la Orden EHA/3895/2004, de 23-11-2004, y la Orden EHA/3062/2010, de 22-11-2010, por la que se modifican las formas de presentación de las declaraciones informativas y resúmenes anuales de carácter tributario correspondientes a determinados modelos.

— Orden 2802/2012. 28-12-2012. Desarrolla para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, lo previsto en la Disposición Adicional 38.ª de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal.

— Orden 2803/2012. 28-12-2012. Modifica la Orden PRE/3581/2007, de 10-12-2007, por la que se establecen los departamentos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se les atribuyen funciones y competencias.

— Orden 2816/2012. 21-12-2012. Delegación de la gestión censal del IAE.

— Orden 2817/2012. 21-12-2012. Delegación de la inspección del IAE.

— Resolución de 24-10-2012. Publica la rehabilitación de NIF.

— Resolución de 24-10-2012. Publica la revocación de NIF.

— Resolución de 5-11-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 8-11-2012. Aprueba la política de seguridad de la información de la AEAT.

— Resolución de 12-11-2012. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2013, a efectos de cómputos de plazos.

— Resolución de 12-11-2012. Aprueba y publica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado de 29-12-2012,

sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación.

— Resolución de 16-11-2012. Publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con la Ley 9/2012, de 25-7-2012, de modificación del TR de la Ley de Cajas de Ahorro de Cataluña.

— Resolución de 26-11-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 27-11-2012. Modifica la de 24-3-1992, sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

— Corrección de errores. Resolución de 27-11-2012. Modifica la Resolución de 24-3-1992, sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

— Resolución de 27-11-2012. Modifica la de 28-7-1998, por la que se estructuran los servicios de Aduanas e Impuestos Especiales dependientes de las Delegaciones Especiales y de las Delegaciones de la AEAT.

— Corrección de errores. Resolución de 27-11-2012. Modifica la de 28-7-1998, por la que se estructuran los servicios de Aduanas e Impuestos Especiales dependientes de las Delegaciones Especiales y de las Delegaciones de la AEAT.

— Resolución de 27-11-2012. Modifica la Resolución de 19-2-2004, sobre organización y atribución de funciones en el ámbito de competencias del Departamento de Gestión Tributaria.

— Corrección de errores. Resolución de 27-11-2012. Modifica la Resolución de 19-2-2004, sobre organización y atribución de funciones en el ámbito de competencias del Departamento de Gestión Tributaria.

— Resolución de 27-11-2012. Modifica la Resolución de 26-12-2005, por la que se establece la estructura orgánica de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes.

— Corrección de errores. Resolución de 27-11-2012. Modifica la Resolución de 26-12-2005, por la que se establece la estructura orgánica de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes.

— Resolución de 7-12-2012. Publica el Acuerdo de la Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado en relación con la Ley de Castilla y León 1/2012, de 28-2-2012, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

— Resolución de 10-12-2012. Publica la rehabilitación de NIF.

— Resolución de 10-12-2012. Publica la revocación de NIF.

— Resolución de 17-12-2012. Autoriza la eliminación de declaraciones catastrales conservadas en sus propios archivos catastrales, en los de las Dele-

gaciones de Economía y Hacienda y en los archivos histórico-provinciales de titularidad estatal, generadas durante el año 2005.

— Resolución de 17-12-2012. Autoriza la eliminación de determinadas series documentales generadas por las Unidades de Coordinación de las Haciendas Territoriales y que se conservan en los archivos de las Delegaciones de Economía y Hacienda y, en su caso, en los archivos histórico provinciales.

— Resolución de 17-12-2012. Autoriza la eliminación de diversos fragmentos de la serie documental «Expedientes de asignación de NIE (número de Identificación de Extranjeros)» conservadas en los archivos de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y Oficinas de Extranjería.

— Resolución de 28-12-2012. Dicta instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

— Resolución de 28-12-2012. Modifica la Resolución de 28-7-1998, por la que se estructuran los servicios de Aduanas e Impuestos Especiales dependientes de las Delegaciones Especiales y Delegaciones de la AEAT.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución de 31-10-2012. Modifica el Anexo I de trámites mediante documentos electrónicos normalizados, de la de 16-11-2011, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de la CNMV.

— Acuerdo 1-11-2012. Impone restricciones sobre las ventas en corto y operaciones similares.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 2-11-2012. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 6-11-2012. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 22-11-2012. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 3-12-2012. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 4-12-2012. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo

de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 19-12-2012. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 26-12-2012. Modificación de la Resolución de 20-7-2007, por la que se aprueban las cláusulas generales relativas a las condiciones uniformes de participación en TARGET2-Banco de España.

— Circular 7/2012. 30-11-2012. A entidades de crédito, sobre requerimientos mínimos de capital principal.

— Circular 8/2012. 21-12-2012. A entidades de crédito, sobre bases de datos de activos transferibles a las sociedades previstas en el capítulo II de la Ley 8/2012, de 30-10-2012, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

— Resolución de 26-12-2012. Acuerda la emisión por Bankia, S. A., de instrumentos convertibles en acciones ordinarias de la entidad, en ejecución del Plan de Reestructuración de Grupo Banco Financiero y de Ahorros, aprobado el 27-11-2012.

— Resolución de 26-12-2012. Acuerda realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente, en ejecución del Plan de Resolución de la Entidad Banco de Valencia, S. A., aprobado el 27-11-2012.

— Resolución de 26-12-2012. Acuerda realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en ejecución del Plan de Resolución de la Entidad N. C. G. Banco, S. A. (N. C. G. o Entidad), aprobado el 27-11-2012.

— Resolución de 26-12-2012. Acuerda realizar las operaciones de reducción y aumento de capital, y permuta de las letras del Tesoro aportadas en la ampliación de capital llevada a cabo con fecha 12-9-2012, en ejecución del Plan de Reestructuración de B.F.A.-Bankia, aprobado el 27-11-2012.

— Resolución de 26-12-2012. Acuerda realizar las operaciones de reducción y aumento de capital, en ejecución del Plan de Resolución de la Entidad Catalunya Banc, S. A. (C.X.), aprobado el 27-11-2012.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Real Decreto 1716/2012. 28-12-2012. Desarrollo de las disposiciones establecidas en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1-8-2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

— Real Decreto 1717/2012. 28-12-2012. Fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2013.

— Orden 2541/2012. 27-11-2012. Adopta disposiciones para la determinación de la forma y contenido de la información estadística en aplicación y desarrollo de lo establecido en el Real Decreto 1483/2012, de 29-10-2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

— Resolución de 30-10-2012. Publica la relación de fiestas laborales para el año 2013.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 30-10-2012. Corrige errores de la Resolución de 8-10-2012, sobre la aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24-3-1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Acuerdo de Facilidad de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 29-11-2012, y Acuerdo de Transferencia y Asunción, hecho en Madrid y en Luxemburgo el 29-11-2012.

— Convenio entre el Reino de España y la República de Corea relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Seúl el 23-3-2009.

— Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13-2-1992.

— Entrada en vigor del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Rabat el 24-6-2009.

— Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23-7-2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24-7-2012.

— Modificaciones al Reglamento del Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT), (publicado en el *BOE* 267 de 7-11-1989), adoptadas por la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de patentes (Unión PCT) en su 42.ª sesión (18.ª sesión ordinaria) celebrada en Ginebra del 26-9 al 5-10-2011.

— Modificaciones al Reglamento Común del Acta de 1999 y el Acta de 1960 del Arreglo de La Haya sobre el depósito internacional de dibujos y modelos industriales, publicadas en el *BOE* 243 de 8-10-2011, adoptadas en la 30.ª sesión (18.ª ordinaria) de la asamblea de la Unión de La Haya, celebrada en Ginebra el 5-10-2011.

— Protocolo de enmienda y de adhesión del Principado de Andorra al Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales, hecho en Bayona el 10-3-1995, hecho en Andorra la Vella el 16-2-2010.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 1657/2012. 7-12-2012. Regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

— Resolución de 9-11-2012. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 1-10-2012, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Corrección de errores. Resolución de 9-11-2012. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11-10-2012, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Corrección de errores. Orden 2000/2012. 13-9-2012. Regula el certificado oficial de estudios obligatorios para los alumnos que finalicen los estudios correspondientes a la educación básica sin obtener el título de Graduado en ESO, y se modifican la Orden ECI/1845/2007, de 19-6-2007, por la que se establecen los elementos de los documentos básicos de evaluación de la educación básica regulada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación, así como los requisitos formales derivados del proceso de evaluación que son precisos para garantizar la movilidad del alumnado, y la Orden ECI/2572/2007, de 4-9-2007, sobre evaluación en ESO.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Orden 2606/2012. 26-11-2012. Fija para el año 2013 la renta de referencia.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Orden 2531/2012. 23-11-2012. Regula la obligatoriedad de comunicarse a través de medios electrónicos con la Entidad Pública Empresarial Red.es en los procedimientos de licitación o concesión de ayudas cuyo objeto esté relacionado con las tecnologías de la información y las comunicaciones.

— Orden 2804/2012. 27-12-2012. Modifica la Orden ITC/2370/2007, de 26-7-2007, por la que se regula el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad para los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción.

— Resolución de 27-12-2012. Establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir del 1-1-2013.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

— Real Decreto 1723/2012. 28-12-2012. Regula las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

— Orden 2687/2012. 17-12-2012. Actualiza los Anexos I, II y III del Real Decreto 1207/2006, de 20-10-2006, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 164/2012. 1-10-2012. Recurso de amparo 11.705-2006. Promovido por la entidad mercantil M. C., S. L., en relación con las resoluciones de la AP de Madrid que inadmitieron un recurso de apelación al no haberse acreditado la liquidación de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): Resoluciones judiciales que inadmiten el recurso de apelación por impago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil tras haber dado la oportunidad de subsanar el defecto padecido (STC 20/2012).

— Sentencia 165/2012. 1-10-2012. Recurso de amparo 5.499-2009. Promovido por doña M. M. S. A. en relación con las resoluciones de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN sobre licenciamiento definitivo. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley, libertad personal, tutela judicial efectiva (intangibilidad), proceso con todas las garantías y legalidad penal: Falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse interpuesto recurso de casación por infracción de ley (STC 58/2012).

— Sentencia 166/2012. 1-10-2012. Cuestión de inconstitucionalidad 43-2010. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 13 de Barcelona, respecto del artículo 30 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1993, de 5-3-1993, del estatuto del consumidor. Derecho a la legalidad sancionadora (principio de taxatividad): nulidad del precepto legal que traslada la calificación de las sanciones administrativas al momento aplicativo.

— Sentencia 167/2012. 1-10-2012. Recurso de amparo 8.327-2010. Promovido por don R. I. D., en relación con los Autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre licenciamiento definitivo. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley, libertad personal, tutela judicial efectiva (intangibilidad), proceso con todas las garantías y legalidad penal: Falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse interpuesto recurso de casación por infracción de ley (STC 58/2012).

— Sentencia 168/2012. 1-10-2012. Recurso de amparo 3.604-2011. Promovido por doña C. M. G. P. y doña R. M. A. C., en relación con sendos acuerdos de la Mesa de la Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio de la Asamblea de Madrid, aceptando que el Director General de Medio Ambiente compareciese en representación del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid y que las propuestas de resolución relativas a la declaración del parque nacional de las Cumbres de la Sierra de Guadarrama hubieran de ser de aceptación o rechazo global. Alegada vulneración del derecho al ejercicio del cargo parlamentario: Inadmisión del recurso de amparo por falta de legitimación activa de las diputadas autonómicas que lo promovieron (STC 98/2009).

— Sentencia 169/2012. 1-10-2012. Recurso de amparo 6.022-2011. Promovido por don F. O. C. Q., frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, acordando su expulsión del territorio nacional en expediente sancionador, confirmada por sentencias de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y del TSJ de Madrid. Vulneración del derecho a la defensa: resolución administrativa que sustituye la sanción de multa por la expulsión del territorio nacional fundándose en datos incorporados a la propuesta de resolución, de la que no se dio traslado al interesado (STC 145/2011).

— Sentencia 170/2012. 4-10-2012. Recurso de inconstitucionalidad 5.013-2000. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23-6-2000, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios. Límites a los decretos leyes; competencias sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación general de la economía, bases del régimen energético, comercio interior, industria y urbanismo: Concurrencia del presupuesto habilitante del Decreto-ley; nulidad del precepto estatal que excluye del cómputo de edificabilidad los espacios ubicados en grandes establecimientos comerciales que se destinen al suministro de combustible a vehículos. Voto particular.

— Sentencia 171/2012. 4-10-2012. Cuestión de inconstitucionalidad 311-2003. Planteada por la Sección Quinta de la AP de Pontevedra, en relación con el artículo 123.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24-5-1995, de Derecho Civil de Galicia. Principios de igualdad y protección a la infancia; prohibición de discriminación: Nulidad parcial del precepto legal que, al regular el usufructo voluntario de viudedad, priva de protección a los descendientes del causante que no sean comunes con el usufructuario.

— Sentencia 176/2012. 15-10-2012. Recurso de amparo 9.876-2009. Promovido por doña J. L. M., en relación con las resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil del TS, la AP de Palma de Mallorca y un Juzgado de Primera Instancia en juicio ordinario de filiación no matrimonial. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad, a no sufrir discriminación por razón de sexo y a la tutela judicial efectiva: Inadmisión de recurso de amparo que no contiene una justificación suficiente de su especial trascendencia constitucional.

— Sentencia 178/2012. 15-10-2012. Recurso de amparo 7.963-2010. Promovido por don F. V. R., en relación con las SSAP de Córdoba y de un Juzgado de lo Penal que le condenaron por un delito contra la ordenación del territorio. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley, tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: Inadmisión de recurso de amparo que no contiene una justificación suficiente de su especial trascendencia constitucional.

— Sentencia 186/2012. 29-10-2012. Recurso de amparo 6.106-2009. Promovido por don J. D. H. A., en relación con las resoluciones de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre licenciamiento definitivo. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley, libertad personal, tutela judicial efectiva (intangibilidad), proceso con todas las garantías y legalidad penal: Falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse interpuesto recurso de casación por infracción de ley (STC 58/2012).

— Sentencia 187/2012. 29-10-2012. Recurso de amparo 2.028-2010. Promovido por la Generalitat de Cataluña en relación con la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, desestimatoria del recurso de casación formulado frente a la sentencia del TDJ de Cataluña sobre ejecución del planeamiento urbanístico del municipio de La Roda del Vallès. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: sentencia no fundada en Derecho porque inaplica una ley autonómica vigente sin plantear cuestión de inconstitucionalidad (STC 173/2002).

— Sentencia 188/2012. 29-10-2012. Recurso de amparo 8.451-2010. Promovido por don S. H. P., frente al Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, por el que se inadmitió recurso de casación formulado en relación con los Autos de la Sala del mismo orden jurisdiccional del TDJ de la Comunidad Valenciana denegando el incidente de ejecución de

sentencia instado con apoyo en la STC 111/2009. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): Interpretación limitativa de la legitimación activa para promover el incidente de ejecución de sentencia que reincide en el vicio apreciado en la STC 111/2009.

— Sentencia 189/2012. 29-10-2012. Recurso de amparo 8559-2010. Promovido por don M. A. L. R., en relación con las sentencias del TS, del TSJ de Andalucía y de un Juzgado de lo Social de Córdoba que confirmaron la decisión administrativa de deducir del importe de la pensión no contributiva de invalidez la cantidad correspondiente a la manutención proporcionada durante el tiempo que estuvo internado en un establecimiento penitenciario. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en la ley y a la tutela judicial efectiva: Resoluciones judiciales que no niegan el ejercicio de derechos fundamentales ni la prestación de Seguridad Social.

— Sentencia 190/2012. 29-10-2012. Recurso de amparo 8.677-2010. Promovido por Construcciones J. G., S. L., y doña M. R. V. S. E., en relación con la SAP de Badajoz, desestimatoria de recurso de apelación por la concurrencia de sendos óbices procesales. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): Desestimación del recurso de apelación civil por impago de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional y por falta de constitución del depósito para recurrir sin dar validez a la subsanación de ambos defectos (SSTC 20/2012, 129/2012 y 130/2012).

— Sentencia 191/2012. 29-10-2012. Cuestión de inconstitucionalidad 1.320-2011. Planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TDJ de Cataluña con respecto al artículo 26.a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5-7-2006, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña. Competencias en materia de función pública: constitucionalidad del precepto legal autonómico que limita al cuidado de los hijos menores de seis años el derecho a la reducción de jornada reconocido en la legislación básica estatal para atender a los menores de hasta doce años (STC 181/2012).

— Sentencia 192/2012. 29-10-2012. Recurso de amparo 5.822-2011. Promovido por don P. G. T. S., en relación con la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, que anuló la proclamación de su candidatura al cargo de Rector de la Universidad Rey Juan Carlos. Vulneración del derecho a acceder a las funciones públicas: Resolución judicial que procede a una interpretación extensiva de la causa de inelegibilidad establecida en los estatutos de la Universidad. Voto particular.

— Sentencia 193/2012. 29-10-2012. Recurso de amparo 6.220-2011. Promovido por don F. J. A. R., en relación con las resoluciones de la AP de Madrid, aprobatorias de la liquidación de condena. Vulneración de los derechos a la libertad y a la tutela judicial efectiva: prolongación ilegítima de la privación de libertad al no abonarse, para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta,

parte del tiempo de la prisión preventiva acordada en la misma causa (STC 57/2008).

— Sentencia 194/2012. 31-10-2012. Conflicto positivo de competencia 2.624-2004. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 1506/2003, de 28-11-2003, por el que se establecen las directrices de los certificados de profesionalidad. Competencias sobre legislación laboral y educación: Remisión a una orden ministerial de la regulación del funcionamiento de las comisiones de evaluación de la gestión del plan nacional de formación e inserción profesional que vulnera las competencias de organización administrativa de la Generalitat de Cataluña.

— Sentencia 195/2012. 31-10-2012. Recurso de inconstitucionalidad 6.067-2005. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de La Rioja en relación con diversos preceptos de la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del plan hidrológico nacional, en la redacción dada por la Ley 11/2005, de 22-6-2005. Competencias sobre aguas: interpretación conforme de la previsión legal relativa a la incorporación al plan hidrológico de la cuenca del río Ebro de los caudales ambientales establecidos en el plan integral de protección del Delta del Ebro.

— Sentencia 196/2012. 31-10-2012. Cuestión de inconstitucionalidad 8.556-2005. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha en relación con los apartados *b)* y *c)* del artículo 2.1 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2000, de 26-12-2000, del impuesto sobre determinadas actividades que incidan en el medio ambiente. Límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas, prohibición de doble imposición: Nulidad de la ley autonómica en cuanto grava la producción termonuclear de energía eléctrica y el almacenamiento de residuos radiactivos (STC 289/2000).

— Sentencia 197/2012. 6-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.819-2003. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27-12-2002, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales. Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas; competencias sobre sanidad y función pública: nulidad de los preceptos legales autonómicos que regulan sendas deducciones en la cuota autonómica del impuesto sobre la renta de las personas físicas (STC 161/2012) y que atribuyen carácter irrenunciable al complemento específico del personal facultativo del servicio autonómico de salud; constitucionalidad del impuesto autonómico sobre grandes establecimientos comerciales (STC 122/2012).

— Sentencia 198/2012. 6-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 6.864-2005. Interpuesto por más cincuenta diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, de 1-7-2005, por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Votos particulares.

— Sentencia 199/2012. 12-11-2012. Recurso de amparo 5.391-2009. Promovido por doña I. M. S., en relación con las resoluciones de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN sobre licenciamiento definitivo. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley, libertad personal, tutela judicial efectiva (intangibilidad), proceso con todas las garantías y legalidad penal: Falta de agotamiento de la vía judicial previa al haberse simultaneado el recurso de amparo con un incidente de nulidad de actuaciones.

— Sentencia 200/2012. 12-11-2012. Recurso de amparo 9.471-2009. Promovido por don J. M. F. R. F., en relación con la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, que desestimó su recurso sobre liquidación del IRPF y sanción tributaria. Alegada vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: Extemporaneidad del recurso de amparo al haberse formulado un incidente de nulidad de actuaciones manifiestamente improcedente.

— Sentencia 201/2012. 12-11-2012. Recurso de amparo 3.976-2010. Promovido por don J. B. R., en relación con la SAP de Albacete, que desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la absolución de quien había sido acusado de un delito contra los derechos de los trabajadores. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): Resolución judicial que deja sin respuesta una impugnación fundándose en una interpretación errónea de la doctrina constitucional relativa a la necesidad de audiencia personal al acusado y celebración de vista oral en la apelación.

— Sentencia 202/2012. 12-11-2012. Recurso de amparo 6.485-2010. Promovido por doña M. J. A. M. y otras dos personas más en relación con los Autos de la AP de Pontevedra, que tuvieron por no preparado el recurso de apelación por falta de constitución en plazo del depósito para recurrir. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): Falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse formulado incidente de nulidad de actuaciones.

— Sentencia 203/2012. 12-11-2012. Recurso de amparo 288-2011. Promovido por don F. L. F. M. F., respecto de las resoluciones de la AP de Granada que inadmitieron su recurso de apelación al no haber constituido en plazo el depósito para recurrir. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): Subsanabilidad de la omisión de constitución del depósito para recurrir (SSTC 129/2012 y 130/2012).

— Sentencia 204/2012. 12-11-2012. Recurso de amparo 3.142-2011. Promovido por don J. F. Q., en relación con las resoluciones de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, que inadmiten su recurso de apelación por no haber constituido en plazo el depósito para recurrir ni acreditado el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): Decisión de inadmisión del recurso de apelación que no toma en consideración que el recurrente

había advertido repetidamente al órgano jurisdiccional de que su petición de reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita se hallaba pendiente de resolución.

— Sentencia 205/2012. 12-11-2012. Recurso de amparo 3.250-2012. Promovido por don K. S. I., en relación con las resoluciones de la Sala de lo Penal de la AN, que acordaron su extradición a la República Árabe de Egipto. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): Resolución jurisdiccional por la que se acuerda la extradición de nacional español, al apreciar un mantenimiento fraudulento de la nacionalidad española, que se funda en una argumentación incompatible con las exigencias de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la libertad de residencia.

— Sentencia 206/2012. 12-11-2012. Recurso de amparo 3.252-2012. Promovido por doña M. S. I., en relación con las resoluciones de la Sala de lo Penal de la AN, que acordaron su extradición a la República Árabe de Egipto. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): Resolución jurisdiccional por la que se acuerda la extradición de nacional español, al apreciar un mantenimiento fraudulento de la nacionalidad española, que se funda en una argumentación incompatible con las exigencias de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la libertad de residencia.

— Sentencia 207/2012. 14-11-2012. Conflicto Positivo de Competencia 1.037-2000. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 1640/1999, de 22-10-1999, por el que se regula la prueba de acceso a estudios universitarios. Competencias sobre educación: Preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña al regular, con excesivo grado de detalle, el desarrollo de la prueba de acceso a los estudios universitarios.

— Sentencia 208/2012. 14-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.336-2002. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral del Parlamento de Navarra 23/2001, de 27-11-2001, para la creación de un impuesto sobre grandes establecimientos comerciales. Límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas; competencias tributarias de la Comunidad Foral de Navarra: Impuesto autonómico cuyo hecho imponible no coincide con el gravado por el IAE (STC 122/2012). Votos particulares.

— Sentencia 209/2012. 14-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.848-2002. Interpuesto por sesenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley 24/2001, de 27-12-2001, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Leyes de contenido heterogéneo, facultades de enmienda del Senado, principios democrático, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, procedimiento legislativo: STC 136/2011 (conexión de homogeneidad de la enmienda con la iniciativa legislativa que se pretende modificar en el caso de las leyes de contenido heterogéneo).

— Sentencia 210/2012. 14-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.894-2002. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001, reguladora del Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Crédito. Límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: Impuesto autonómico cuyo hecho imponible no coincide con el gravado por el IVA ni por el IAE y que no vulnera el principio de libertad de circulación de personas y bienes (STC 168/2004).

— Sentencia 211/2012. 14-11-2012. Conflicto Positivo de Competencia 1.453-2003. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en relación con la Orden del MT y AASS. TAS/2.926/2002, de 19-11-2002, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico, y con la resolución de la Subsecretaría de dicho Ministerio de 26-11-2002, que regula la utilización del sistema de declaración electrónica de accidentes de trabajo (Delt@) que posibilita la transmisión por procedimiento electrónico de los nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo. Competencias sobre Seguridad Social y legislación laboral: Preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de ejecución de la legislación laboral en materia de seguridad y salud laboral.

— Sentencia 212/2012. 14-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.621-2003. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23-12-2002, de calidad de la educación. Competencias sobre educación y reserva de ley orgánica: Constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a las enseñanzas comunes, formación del profesorado, evaluación e inspección educativa, premios a la excelencia académica, materiales educativos y que incorporan diversas remisiones al desarrollo reglamentario de la ley (STC 184/2012); inconstitucionalidad de la atribución de carácter orgánico a los preceptos que remiten al Gobierno la concreción de las enseñanzas comunes en educación primaria y secundaria, así como la alteración de los itinerarios de la educación secundaria obligatoria.

— Sentencia 213/2012. 14-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.649-2003. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23-12-2002, de calidad de la educación. Competencias sobre educación: Constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a la organización de la educación preescolar, régimen de conciertos en el nivel de educación infantil, itinerarios educativos y promoción de los alumnos (STC 184/2012).

— Sentencia 214/2012. 14-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.660-2003. Interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23-12-2002, de calidad de la educación. Competencias sobre educación: Constitucionalidad de los preceptos legales estatales que regulan las enseñanzas comunes, distintos

aspectos de la educación preescolar, el régimen de conciertos en la educación infantil, el establecimiento de criterios de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos, contemplan distintas técnicas de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas e incorporan diversas remisiones al desarrollo reglamentario de la ley (STC 184/2012); constitucionalidad de las disposiciones legales relativas a la atención a alumnos con necesidades educativas específicas.

— Sentencia 215/2012. 14-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 5.851-2003. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2003, de 13-6-2003, de mutualidades de previsión social. Competencias sobre ordenación de los seguros y mutualidades: Nulidad de los preceptos legales que contradicen las normas básicas estatales que establecen un triple punto de conexión para delimitar las competencias autonómicas y prohíben a las mutualidades de previsión social participar como coaseguradoras en la cobertura de riesgos (STC 173/2005). Votos particulares.

— Sentencia 216/2012. 14-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.256-2004. Interpuesto por sesenta y ocho diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley 48/2003, de 26-11-2003, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general. Competencias sobre puertos de interés general y medio ambiente: Constitucionalidad del precepto legal estatal que regula el plan director de infraestructuras del puerto.

— Sentencia 217/2012. 26-11-2012. Recurso de amparo 1.595-2009. Promovido por don F. J. L. G., en relación con las resoluciones de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la AN sobre licenciamiento definitivo. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley, libertad personal, tutela judicial efectiva (intangibilidad) y legalidad penal: falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse interpuesto recurso de casación por infracción de ley (STC 58/2012).

— Sentencia 218/2012. 26-11-2012. Recurso de amparo 5.895-2010. Promovido por F. G., S. L., en relación con la SAP de Badajoz, que desestimó su recurso de apelación al no haberse acreditado la liquidación de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): Archivo del recurso de apelación civil por impago de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional sin brindar la oportunidad de subsanar el defecto padecido (SSTC 20/2012 y 79/2012).

— Sentencia 219/2012. 26-11-2012. Recurso de amparo 444-2011. Promovido por don F. J. G. E. y otras personas en relación con las diligencias preliminares de juicio acordadas por un Juzgado de Primera Instancia de Madrid. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: Resoluciones judiciales que rechazan la personación en las diligencias preliminares de quienes se

vieron afectados por la decisión judicial de ordenar la entrega, a una asociación de usuarios, de la relación de personas que hubieran contratado determinados productos financieros (STC 96/2012).

— Sentencia 220/2012. 26-11-2012. Recurso de amparo 142-2012. Promovido por doña R. A. P. F., en relación con las resoluciones de la Sala de lo Social del TS y del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga, declaratorias de la caducidad de la acción en procedimiento sobre despido. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): Aplicación judicial de la institución de la caducidad excesivamente rigorista y contraria al principio *pro actione* al no ponderar el hecho de que la ampliación tardía de la demanda no fue obstáculo para que la contraparte tuviera conocimiento tempestivo del ejercicio de la acción dirigida frente a ella.

— Sentencia 221/2012. 26-11-2012. Recurso de amparo 143-2012. Promovido por don P. B. A., respecto de los Autos de la Sala de lo Penal de la AN y del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, desestimatorios de su petición de abono del tiempo transcurrido en prisión preventiva en causa distinta de la que se hallaba extinguiendo. Alegada vulneración del derecho a la libertad personal: Falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina.

— Sentencia 222/2012. 27-11-2012. Cuestión de inconstitucionalidad 5.090-2002. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia, número 31 de Barcelona, en relación con el artículo 261.2 de la Ley 1/2000, de 7-1-2002, de Enjuiciamiento Civil. Derecho a la inviolabilidad del domicilio: inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por falta de las condiciones procesales al no haberse realizado adecuadamente el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

— Sentencia 223/2012. 29-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.671-2002. Interpuesto por el Parlamento de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21-12-2001, de universidades. Autonomía universitaria y competencias sobre universidades: constitucionalidad de las disposiciones legales relativas al acceso a la universidad, oferta de plazas en las universidades públicas, centros adscritos a estas, consejos de departamento e institutos universitarios de investigación, reconocimiento y profesorado de universidades privadas. Votos particulares.

— Sentencia 224/2012. 29-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.933-2004. Interpuesto por la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 19/2003, de 23-12-2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial. Distribución de competencias sobre Administración de Justicia: Nulidad del precepto legal estatal que atribuye al MJ la potestad de creación de las oficinas de señalamiento inmediato (STC 163/2012).

— Sentencia 225/2012. 29-11-2012. Conflicto Positivo de Competencia 2.947-2005. Planteado por la Junta de Galicia en relación con la Orden

APU/4.217/2004, de 22-12-2004, por la que se establecen las bases reguladoras para el desarrollo de planes de formación. Competencias sobre legislación laboral, régimen jurídico de las Administraciones públicas y régimen estatutario de los funcionarios públicos: Ayudas estatales para la formación de personal al servicio de las Administraciones locales, preceptos reglamentarios que invaden competencias ejecutivas de titularidad autonómica (STC 228/2003).

— Sentencia 226/2012. 29-11-2012. Conflicto Positivo de Competencia 7.046-2005. Planteado por la Generalitat de Cataluña en relación con la Orden TAS/1.948/2005, de 8-6-2005, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca para el año 2005 la concesión de subvenciones para el desarrollo de proyectos de innovación en los servicios sociales. Competencias sobre fomento de la investigación científica y técnica y asistencia social: preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones (STC 13/1992). Voto particular.

— Sentencia 227/2012. 29-11-2012. Conflicto Positivo de Competencia 1.908-2006. Planteado por la Generalitat de Cataluña en relación con la Orden TAS/3.441/2005, de 2-11-2005, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca, para el año 2005, la concesión de subvenciones a municipios y mancomunidades de municipios para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración, hacienda general y deuda del Estado, fomento de la investigación científica y técnica, bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y asistencia social: preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones (STC 13/1992). Voto particular.

— Sentencia 228/2012. 29-11-2012. Recurso de inconstitucionalidad 2.136-2008. Interpuesto por el Consell de la Generalitat de la Comunidad Valenciana en relación con diversos preceptos de la Ley 44/2007, de 13-12-2007, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Competencias sobre legislación laboral y asistencia social: Inconstitucionalidad de sendos preceptos legales estatales en los que se reconoce a las Comunidades Autónomas una competencia normativa de la que carecen y se invoca la cláusula de supletoriedad para el ejercicio de competencias ejecutivas por la Administración estatal; interpretación conforme del precepto legal que versa sobre las relaciones de las empresas de inserción con los servicios sociales públicos y los servicios públicos de empleo. Voto particular.

— Auto 220/2012. 27-11-2012. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 1.046-2011, planteada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid en relación con el artículo 9.3 de la Ley de la Asamblea de Madrid 6/1996, de 8-7-1996, del Defensor del Menor.

— Acuerdo 19-11-2012. Pleno del TC, por el que se modifica parcialmente el Reglamento de Organización y Personal del TC.

— Conflicto Positivo de Competencia número 2.417-2004. Contra los artículos 4.1 y 2, 5.2 párrafo segundo, Disposición Adicional 2.^a, Decreto Foral 1.^o y los Anexos I y II del Real Decreto 1538/2003, de 5-12-2003, por el que se establecen las especialidades básicas de la inspección educativa.

— Conflicto Positivo de Competencia número 3.741-2004. Contra los artículos 5, 11, 12, 15 y las Disposiciones Adicionales 3.^a y Decreto Foral 2.^o del Real Decreto 1741/2003, de 19-12-2003, por el que se regula la prueba general de Bachillerato.

— Conflicto Positivo de Competencia número 4.540-2012. Contra el Decreto 114/2012, de 26-6-2012, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y, concretamente, contra los artículos 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3; 8, apartados 1 y 2, y Decreto Foral 1.^o

— Conflicto Positivo de Competencia número 5.582-2012, contra la Orden SSI/1.199/2012, de 4-6-2012, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del IRPF.

— Conflicto Positivo de Competencia número 6.714-2012. Contra los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1192/2012, de 3-8-2012, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

— Conflicto Positivo de Competencia número 6.862-2012. Contra la decisión del Gobierno Vasco de fecha indeterminada por la que acuerda que los trabajadores del sector público vasco cobren la paga extraordinaria de diciembre de 2012, «así como respecto a las actuaciones o disposiciones que apliquen este criterio».

— Cuestión de inconstitucionalidad 1.041-2006. En relación con el artículo 2.1.b) y c) de la Ley 11/2000, de 26-12-2000, de la Comunidad de Castilla-La Mancha, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, por posible vulneración de los artículos 133.2 y 157.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 776-2010, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8-7-2005, por posible vulneración de los artículos 9.3, 14, 18, 24, 39 y 117.3 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.192-2011, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.193-2011, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 22-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 23-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 539-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 540-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 845-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 1.525-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 1.986-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 2.465-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2011, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.^a, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 3.809-2012, en relación con la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, reformada por la Ley 10/2007, de 28-6-2007, por posible vulneración del artículo 149.1.8.^a de la CE.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.539/2012, contra el artículo único del Decreto-ley 3/2011, de 13-12-2011, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.603-2012, contra los artículos 4 y 14.uno y tres, y, por conexión, el artículo 14.dos y Disposición Adicional quinta de la Ley 3/2012, de 6-7-2012, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.610-2012, contra los artículos 4.3, 12.uno, 14.uno y dos, 18.tres y ocho y 23.uno, Disposición Adicional 3.^a y Decreto Foral cuarto.dos de la Ley 3/2012, de 6-7-2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.736-2012, contra el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.741-2012, contra los artículos 8, 27 y 28 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Recurso de inconstitucionalidad número 5.755-2012, contra los artículos 27 y 38 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Recurso de inconstitucionalidad número 5.763-2012, contra los artículos 22.8 y 22.9, Disposición Transitoria 10.^a, apartado primero de la Disposición Transitoria 12.^a y el párrafo tercero de la Decreto Foral 4.^o del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.777-2012. Contra los artículos 59, 64.4 y apartado 7.º de la Disposición Adicional 6.ª de la Ley de Cataluña 3/2012, de 22-2-2012, de modificación del TR de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3-8-2010.

— Recurso de inconstitucionalidad número 6.902-2012. Contra los artículos 14.a); 19.2; 22; 23.1.a); 24; 26.1; 32.1; 46.2; 57.2; 58.1.c) y 2; y 60.1 de la Ley del País Vasco 5/2012, de 23-2-2012, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia 9-10-2012. Sala Tercera del TS, por la que se anula el inciso, «debe ser verificado por una entidad que disponga de la independencia necesaria respecto al proceso de construcción de la edificación y de los medios y la capacitación técnica para ello», *in fine* del párrafo quinto del artículo 9 del Real Decreto 346/2011, de 11-3-2011, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.

— Sentencia 17-10-2012. Sala Tercera del TS, por la que se anula el inciso, «en el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/1998, de 27-2-1998, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación», incluido en los apartados 2.a) del artículo 8; párrafo quinto del apartado 1 del artículo 9; apartado 1 del artículo 10 y párrafo tercero del apartado 2 del artículo 10; así como el inciso, «a realizar por un Ingeniero de Telecomunicación o un Ingeniero Técnico de Telecomunicación» de la Sección 3.ª del Anexo IV, todos ellos del Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones aprobado por Real Decreto 346/2011, de 11-3-2011.

— Sentencia 19-11-2012. Fija como doctrina legal la siguiente: «La estimación del recurso contencioso-administrativo frente a una liquidación tributaria por razón de una infracción de carácter formal, o incluso de carácter material, siempre que la estimación no descansa en la declaración de inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada, no impide que la Administración dicte una nueva liquidación en los términos legalmente procedentes, salvo que haya prescrito su derecho a hacerlo, sin perjuicio de la debida subsanación de la correspondiente infracción de acuerdo con lo resuelto por la propia sentencia».

— Sentencia 27-11-2012. Declara la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16-7-2010, por el que se asigna un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal.

JUNTA ELECTORAL CENTRAL

— Acuerdo 6-11-2012. Publicación de designación de los Vocales no judiciales de las Juntas Electorales Provinciales de la Comunidad Autónoma de Cataluña a los que se refiere el artículo 10.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, en relación con las elecciones al Parlamento de Cataluña a celebrar el 25-11-2012.

UNIVERSIDADES

— Resolución de 3-12-2012. UNED. Declaración de inhábil, a efectos de cómputo de plazos en procedimientos administrativos, de determinados periodos vacacionales.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 5/2012. 26-12-2012. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013.

— Decreto-ley 5/2012. 27 -10-2012. Medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía.

— Decreto 522/2012. 20-10-2012. Modifica el Decreto 175/1992, de 29-9-1992, sobre materia retributiva y condiciones de trabajo del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud.

— Decreto 525/2012. 27-11-2012. Crea y regula el Consejo Andaluz de Protección de Animales de Compañía.

— Decreto 537/2012. 28-12-2012. Modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 67/2008, de 26-2-2008.

— Decreto 538/2012. 28-12-2012. Aprueba la modificación de los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía aprobados por Decreto 99/2011, de 19-4-2011.

— Orden 30-10-2012. Regula el proceso de selección de los vocales del Foro Andaluz de la Inmigración en representación de las entidades de inmigrantes y de las entidades pro inmigrantes, que desarrollan su labor en el territorio de la Comunidad Autónoma andaluza, y se efectúa su convocatoria para un nuevo mandato.

— Resolución de 15-11-2012. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 4/2012, de 16-10-2012, de Medidas extraordinarias y

urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

— Resolución de 12-12-2012. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 5/2012, de 27-11-2012, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía.

— Resolución de 20-12-2012. Anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud.

— Acuerdo 4-12-2012. Ratifica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, sobre adecuación de derechos sindicales a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad.

— Corrección de errores. Decreto-ley 4/2012. 16-10-2012. Medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección socio-laboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

ARAGÓN

— Decreto 229/2012. 23-10-2012. Regulan los honores y distinciones de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 232/2012. 23-10-2012. Modifican los órganos de participación de los Espacios Naturales Protegidos declarados en Aragón.

— Decreto 233/2012. 23-10-2012. Modificación del Decreto 84/2010, de 11-5-2010, del Gobierno de Aragón, por el que se establece el marco organizativo para la aplicación en Aragón de la Ley 45/2007, de 13-12-2007, para el desarrollo sostenible en el medio rural.

— Decreto 260/2012. 4-12-2012. Regula el Registro General de Asociaciones de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Orden 11-9-2012 y corrección de errores. Establece el régimen general de la jornada y horario de trabajo en el ámbito sectorial de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Orden 12-11-2012. Establece los honorarios estandarizados de los peritos terceros para intervenir en las tasaciones periciales contradictorias.

ASTURIAS

- Ley 3/2012. 28-12-2012. Presupuestos Generales para 2013.
- Ley 4/2012. 28-12-2012. Medidas urgentes en materia de personal, tributaria y presupuestaria.
- Decreto 227/2012. 26-12-2012. Primera modificación del Decreto 71/2012, de 14-6-2012, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Presidencia.
- Decreto 228/2012. 26-12-2012. Primera modificación del Decreto 73/2012, de 14-6-2012, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Economía y Empleo.
- Decreto 229/2012. 28-12-2012. Actualiza los precios públicos de cuantía fija.
- Resolución de 4-12-2012. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.
- Resolución de 7-12-2012. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.
- Resolución de 11-12-2012. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

BALEARES

- Ley 5/2012. 25-10-2012. Regula las Reales Academias de Canarias y las de nueva creación.
- Ley 10/2012. 1-8-2012. Concesión de un crédito extraordinario para poder atender gastos inaplazables con cargo a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears del ejercicio de 2012.
- Ley 11/2012. 1-8-2012. Determinación de las cuantías y de habilitación para la negociación de determinados complementos salariales del personal facultativo del subgrupo A1 de atención especializada y de atención primaria y personal facultativo con relación especial de residencia para la formación como especialistas del Servicio de Salud de las Illes Balears y de los entes que de él dependen.
- Ley 13/2012. 20-11-2012. Medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía, nuevas tecnologías, residuos, aguas, otras actividades y medidas tributarias.
- Ley 14/2012. 19-12-2012. Ordenación urbanística de la Universidad de las Illes Balears.
- Ley 15/2012. 27-12-2012. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2013.

— Ley 16/2012. 27-12-2012. Suspende la vigencia de la Ley 10/2000, de 30-11-2000, del Consejo Económico y Social de las Illes Balears, y su funcionamiento.

— Decreto-ley 12/2012. 14-12-2012. Modificación del Decreto-ley 6/2012, de 8-6-2012, de medidas urgentes sobre el régimen sancionador en materia de transporte público discrecional de viajeros en vehículos de turismo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 102/2012, de 21-12-2012. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2013 a efectos de plazos administrativos.

— Decreto 103/2012, de 21-12-2012. Modificación del Decreto 85/1990, de 20-9-1990, por el que se regula el régimen retributivo de los funcionarios al servicio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

CANARIAS

— Ley 6/2012. 7-12-2012. Modificación de la Ley 6/2009, de 6-5-2009, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo, en cuanto a los límites que establece al otorgamiento de las autorizaciones turísticas previas.

— Ley 7/2012. 7-12-2012. Modifica el TR de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y reguladora de la Licencia Comercial, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2012, de 21-4-2012.

— Ley 8/2012. 27-12-2012. Medidas administrativas y fiscales complementarias a las de la Ley 4/2012, 25-6-2012.

— Ley 9/2012. 27-12-2012. Modificación de diversos aspectos del estatuto profesional de los Cuerpos de Policías de las Administraciones Públicas Canarias.

— Ley 10/2012. 29-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2013.

— Decreto 96/2012. 13-12-2012. Modifica el Decreto 138/2007, de 24-5-2007, por el que se establece el régimen de adjudicación de las viviendas protegidas de promoción pública de titularidad del Instituto Canario de la Vivienda.

— Decreto 97/2012. 20-12-2012. Adopta medidas coyunturales para la reducción del gasto público durante el año 2013.

— Decreto 100/2012. 28-12-2012. Modifica el Decreto 57/1998, de 28-4-1998, por el que se regulan la composición y el funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita de Canarias, así como el procedimiento para el reconocimiento de la misma.

— Decreto 104/2012. 28-12-2012. Reorganiza parcialmente la Administración Tributaria Canaria.

— Orden 16-11-2012. Crea y regula los registros de Órdenes y de Resoluciones de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad.

— Orden 3-12-2012. Corrige errores en la Orden 18-10-2012, que determina el procedimiento para la valoración y calificación del grado de discapacidad de las personas en el ámbito de gestión de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Orden 3-12-2012. Determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2013.

— Orden 13-12-2012. Crea y regula la sede electrónica y el registro electrónico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.

— Resolución de 6-11-2012. Dicta instrucciones sobre los honorarios a percibir por los peritos terceros en los procedimientos de tasación pericial contradictoria de bienes inmuebles.

— Resolución de 3-12-2012. Corrige error en la Resolución de 6-11-2012, por la que se dictan instrucciones sobre los honorarios a percibir por los peritos terceros en los procedimientos de tasación pericial contradictoria de bienes inmuebles.

— Resolución de 19-12-2012. Modifica el modelo 425 de declaración-resumen anual correspondiente al año 2012.

CANTABRIA

— Ley 5/2012. 11-12-2012. Reforma del Régimen Transitorio en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

— Ley 6/2012. 28-11-2012. Crédito Extraordinario de Regularización y Financiación de Insuficiencias por Actuaciones anteriores a 1-1-2012.

— Ley 7/2012. 18-12-2012. Modificación de la Ley de Cantabria 4/2011, de 29-12-2011, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2012, y otras Medidas de Carácter Organizativo y Financiero para garantizar la estabilidad presupuestaria.

— Ley 8/2012. 21-12-2012. Transporte de Personas por Cable.

— Decreto 74/2012. 13-12-2012. Extingue la Entidad Pública Empresarial Puertos de Cantabria.

— Decreto 77/2012. 21-12-2012. Modifica el Decreto 153/2007 de 22-11-2007, por el que se establece y regula la concesión de subvenciones para el Fomento de la Natalidad.

— Corrección de errores. Anuncio publicado en el *BOC* número 243, de 18-12-2012, de resolución disponiendo la publicación del Calendario de Fiestas Laborales de ámbito nacional, autonómicas y locales, retribuidas y no recuperables para el año 2013 en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 7/2012. 4-10-2012. Creación del Colegio Oficial de Enología de Castilla-La Mancha.

— Ley 8/2012. 4-10-2012. Concesión de un crédito extraordinario por importe de 649.508,29 euros, para sufragar los gastos de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 22-5-2011.

— Ley 9/2012. 29-11-2012. Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias.

— Ley 10/2012. 20-12-2012. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013.

— Ley 11/2012. 21-12-2012. Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Orden 20-11-2012. Creación del Registro Público de Vías Pecuarias de la Red Regional.

— Orden 12-12-2012. Desarrolla en el ámbito de la Administración Tributaria de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la estructura y competencias de la Consejería de Hacienda y se dictan otras normas en materia tributaria.

— Orden 18-12-2012. Complementa las tablas de precios medios de venta de vehículos, aprobadas por el Ministerio de Economía y Hacienda, para utilizar en la aplicación del IS y D. y del ITP y AJD.

— Orden 19-12-2012. Aprueba los precios medios en el mercado para bienes rústicos y se dictan normas sobre el procedimiento de comprobación de valores en el ámbito de los IS y D. e ITP y AJD, para el año.

— Orden 21-12-2012. Aprueba las normas para la aplicación de los medios de valoración previstos en el artículo 57 de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, a los bienes inmuebles de naturaleza urbana en el ámbito de los IS y D. e ITP y AJD, para el año 2013.

— Resolución de 26-10-2012. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos en el año 2013, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Resolución de 6-11-2012. Ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31-10-2012, por el que da aplicación a la previsión del artículo 97 del TR de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19-11-2002, respecto del ejercicio de la fiscalización limitada previa.

— Acuerdo 5-12-2012. Ordena la publicación de declaraciones de actividades, bienes y rentas de los gestores públicos de Castilla-La Mancha.

— Reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

- Ley 7/2012. 24-10-2012. Estabilidad y Disciplina Presupuestaria.
- Ley 8/2012. 8-11-2012. Creación del Colegio Profesional de Periodistas de Castilla y León.
- Ley 9/2012. 21-12-2012. Medidas Tributarias y Administrativas.
- Ley 10/2012. 21-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2013.
- Decreto 44/2012. 20-12-2012. Desarrolla la Ley 7/2012, de 24-10-2012, de Estabilidad y Disciplina Presupuestaria en materia de limitaciones en la planificación y ejecución presupuestaria de las subvenciones públicas.
- Orden 982/2012. 15-11-2012. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.
- Orden 1.064/2012. 11-12-2012. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.
- Orden 1.118/2012. 20-12-2012. Establece las bases reguladoras de las subvenciones públicas destinadas a la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, en su modalidad de oferta, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, con compromiso de contratación, en la Comunidad de Castilla y León, y se convocan subvenciones, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, para el año 2013.
- Orden 1.120/2012. 26-12-2012. Modifica la Orden HAC/373/2011, de 4-4-2011, por la que se regula la prestación de servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Comunidad de Castilla y León por las Entidades de Depósito.
- Orden 1.134/2012. 28-12-2012. Regula el procedimiento de autorización o reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades públicas o privadas al personal comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, aprobado mediante Decreto 227/1997, de 20-11-1997.
- Corrección de errores. Decreto-ley 2/2012. 25-10-2012. Adoptan medidas urgentes en materia sanitaria.

CATALUÑA

— Decreto-ley 2/2012. 25-9-2012. Mejoras de la prestación económica de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración de la Generalidad, de su sector público y de las universidades públicas catalanas.

— Decreto-ley 4/2012. 30-10-2012. Medidas en materia de horarios comerciales y determinadas actividades de promoción.

— Decreto-ley 5/2012. 18-12-2012. Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito.

— Decreto 139/2012. 30-10-2012. Regula los órganos de coordinación y colaboración y los órganos consultivos de la Ley 26/2001, de 31-12-2001, de cooperación al desarrollo.

— Orden 19-12-2012. Dispone un nuevo aplazamiento de la ejecución de la demarcación notarial prevista para el año 2010 en el Real Decreto 173/2007, de 9-2-2007, sobre demarcación notarial.

— Orden 19-12-2012. Dispone un nuevo aplazamiento de la ejecución de la demarcación registral aprobada por el 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 de 25-10-2012. Corrige errores de la Resolución de 15-10-2012, por la que se convoca concurso para la provisión de Notarías vacantes.

— Resolución de 744/IX de 30-10-2012. Convalidación del Decreto-ley 3/2012, de 16-10-2012, de reordenación urgente de determinadas garantías financieras del sector público de la Generalidad de Cataluña y de modificaciones tributarias.

— Resolución de 2.678/2012 de 19-11-2012. Da publicidad al convenio de colaboración entre la Agencia Tributaria de Cataluña y el Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña.

— Resolución de 10-12-2012. Resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes, convocado por Resolución de 15-10-2012.

— Instrucción 1/2012. 3-10-2012. Aprueban las normas para la designación de registrador interino y accidental en Cataluña.

— Dictamen 11/2012. 22-8-2012. Sobre el Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Dictamen 12/2012. 22-8-2012. Sobre la Disposición Adicional 40.^a y el Decreto Foral 8.^o de la Ley 2/2012, de 29-6-2012, de presupuestos generales del Estado para el año 2012.

— Cuestión de inconstitucionalidad 7.791-2010, en relación con el artículo 30 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1993, de 5-3-1993, del Estatuto del Consumidor, por posible vulneración del artículo 25.1 de la CE.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.777-2012, contra los artículos 59 y 64.4 y el apartado 7.º de la Disposición Adicional 6.ª de la Ley de Cataluña 3/2012, de 22-2-2012, de modificación del TR de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3-8-2010.

— Corrección de erratas. Ley 3/2012. 22-2-2012. Modificación del TR de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3-8-2010.

— Corrección de erratas. Resolución de 1.492/2012. 22-6-2012. Hace público un acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado en relación con la Ley de Cataluña 5/2012, de 20-3-2012, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos.

EXTREMADURA

— Ley 3/2012. 28-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2013.

— Ley 4/2012. 28-12-2012. Medidas Financieras y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 235/2012. 4-12-2012. Establece la ordenación y clasificación de los Alojamientos Turísticos Hoteleros de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 240/2012. 11-12-2012. Fija el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos durante el año 2013 en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 243/2012. 18-12-2012. Modifica el Decreto 205/2011, de 5-8-2011, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo, Empresa e Innovación, y el Decreto 128/2012, de 6-7-2012, por el que se establece la estructura orgánica de la Presidencia de la Junta de Extremadura.

— Decreto 244/2012. 18-12-2012. Establece la ordenación de los Albergues Turísticos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 245/2012. 18-12-2012. Modifica el Decreto 78/2012, de 11-5-2012, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el fomento de la calidad del sector turístico de Extremadura.

— Orden 19-12-2012. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles de naturaleza rústica, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponible de los ITP y AJD e IS y D, que se devenguen en el año 2013, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención.

— Orden 19-12-2012. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos impositivos de los ITP y AJD e IS y D, que se devenguen en el año 2013, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención.

— Orden 19-12-2012. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de coste de la obra nueva de determinados bienes inmuebles, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación del ITP y AJD para los hechos impositivos que se devenguen en el año 2013, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención.

— Orden 19-12-2012. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de los vehículos comerciales e industriales ligeros usados, a efectos de la liquidación de los hechos impositivos de los ITP y AJD e IS y D, que se devenguen en el año 2013 y que no figuren en las tablas de precios medios de venta aprobados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

— Resolución de 19-12-2012. Determina los domingos y festivos autorizados por las Corporaciones Locales para la apertura de establecimientos comerciales al público.

— Resolución de 19-12-2012. Regula la prestación del servicio de colaboración de las entidades de crédito en la gestión recaudatoria de la Junta de Extremadura.

GALICIA

— Decreto 215/2012. 31-8-2012. Regula los furanchos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Orden 19-12-2012. Inicio de las actividades de la Agencia Tributaria de Galicia.

— Orden 20-12-2012. Establece la organización y se atribuyen determinadas funciones en el ámbito de competencias de las áreas de Gestión y de Colaboración Social, Información y Asistencia de la Agencia.

— Orden 20-12-2012. Organiza y atribuye funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de competencias del Área de Inspección Tributaria de la Agencia Tributaria de Galicia.

— Corrección de errores. Resolución de 12-11-2012. Da publicidad a las fiestas laborales de carácter local para el año 2013, correspondientes a los ayuntamientos de las cuatro provincias de la Comunidad Autónoma de Galicia.

LA RIOJA

— Ley 6/2012. 21-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2013.

— Ley 7/2012. 21-12-2012. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2013.

— Decreto 69/2012. 14-12-2012. Regula las comunicaciones y notificaciones electrónicas en el Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 70/2012. 14-12-2012. Regula la inscripción registral de los establecimientos y empresas alimentarias y de los alimentos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Orden 22/2012. 20-12-2012. Deroga la Orden 31/2011, de 5-12-2011, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, por la que se regula la concesión de gratificaciones a la jubilación anticipada.

— Resolución 1.647/2012, de 21-12-2012. Establece el calendario de días inhábiles para el año 2013, a efectos de cómputo de plazos administrativos.

MADRID

— Ley 5/2012. 20-12-2012. Viviendas Rurales Sostenibles.

— Ley 6/2012. 20-12-2012. Derogación de la Ley 5/1984, de 7-3-1984, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid.

— Resolución de 15-11-2012. Publica modelos de impresos correspondientes a procedimientos del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 9/2012. 8-11-2012. Adaptación de la normativa regional en materia de función pública al Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Ley 10/2012. 5-12-2012. Modifica la Ley 9/2004, de 29-12-2004, de creación de la empresa pública regional Radiotelevisión de la Región de Murcia.

— Ley 11/2012. 27-12-2012. Modificación de la Ley 11/2006, de 22-12-2006, sobre régimen del comercio minorista de la Región de Murcia.

— Ley 12/2012. 27-12-2012. Modificación de la Ley 10/2009, de 30-11-2009, de creación del sistema integrado de transporte público de la Región de Murcia y modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera.

— Ley 13/2012. 27-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013.

— Ley 14/2012. 27-12-2012. Medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional.

— Orden 17-12-2012. Establece las bases reguladoras de las ayudas a Proyectos de Cooperación Intrarregionales a realizar por los Grupos de Acción Local de la Región de Murcia, y se aprueba la convocatoria correspondiente al año 2012.

NAVARRA

— Ley Foral 20/2012. 26-12-2012. Establece la cuantía y la fórmula de reparto del Fondo de Participación de las Haciendas Locales en los Tributos de Navarra por Transferencias Corrientes para los ejercicios presupuestarios de 2013 y 2014.

— Ley Foral 21/2012. 26-12-2012. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Ley Foral 22/2012. 26-12-2012. Modificación del TR de la Ley Foral del IRPF.

— Ley Foral 23/2012. 26-12-2012. Modificación de la Ley Foral 13/1992, de 19-11-1992, del IP.

— Ley Foral 24/2012. 26-12-2012. Reguladora del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la energía eléctrica.

— Ley Foral 25/2012. 26-12-2012. Prorroga para el año 2013 determinadas medidas urgentes en materia de personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra previstas en la Ley Foral 13/2012, de 21-6-2012.

— Ley Foral 26/2012. 26-12-2012. Modifica la Ley Foral 13/2012, de 21-6-2012, de medidas urgentes en materia de personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

— Decreto-ley Foral 1/2012. 21-11-2012. Modifica la Ley Foral 17/2001, de 12-7-2012, reguladora del comercio en Navarra.

— Decreto-ley Foral 2/2012. 28-12-2012. Determina los módulos aplicables a las actuaciones protegibles en materia de vivienda en Navarra para el año 2013.

— Decreto Foral Legislativo 3/2012. 21-11-2012. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-2012, del IVA.

— Decreto Foral 117/2012. 31-10-2012. Modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18-11-1996, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 126/2012. 12-12-2012. Modifica el Decreto Foral 66/2012, de 25-7-2012, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo.

— Decreto Foral 130/2012. 19-12-2012. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2013.

— Decreto Foral 133/2012. 28-12-2012. Deroga el capítulo IV del Decreto Foral 130/1999, de 26-4-1999, por el que se regulan las ayudas económicas para el desarrollo de los programas de incorporación socio-laboral destinados a personas en situación de exclusión social.

— Orden Foral 585/2012. 24-12-2012. Aprueba el calendario laboral del año 2013 para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Orden Foral 817/2012. 2-11-2012. Modifica los signos, índices y módulos del régimen especial simplificado del IVA aprobados por Orden Foral 10/2012, de 30-1-2012, del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se desarrolla para el año 2012 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Corrección de errores. Orden Foral 817/2012. 2-11-2012. Modifica los signos, índices y módulos del régimen especial simplificado del IVA aprobados por Orden Foral 10/2012, de 30-1-2012, del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se desarrolla para el año 2012 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Orden Foral 1.030/2012. 18-12-2012. Fija los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las Entidades Colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra para el año 2013.

— Resolución 2.906/2012 de 13-12-2012. Deja sin efecto la Resolución 4.180/2008, de 18-12-2008, por la que se aprueba la convocatoria de ayudas destinadas al fomento del empleo y mejora de la competitividad en las cooperativas y sociedades laborales y sus posteriores modificaciones aprobadas por Resoluciones 3303/2011, de 30-12-2011 y 37/2012, de 25-1-2012.

— Resolución 2.907/2012 de 13-12-2012. Deja sin efecto la Resolución 1.739/2007, de 4-6-2007, por la que se aprueba la convocatoria de ayudas a la sucesión empresarial en empresas de economía social y sus posteriores modificaciones aprobadas por las Resoluciones 3.303/2011, de 30-12-2011, y 38/2012, de 25-1-2012.

PAÍS VASCO

— Norma Foral 5/2012. 28-9-2012. Modificación de la Norma Foral 14/1989, de 5-7-1989, del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

— Decreto 244/2012. 21-11-2012. Publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y creación del Registro de empresas sancionadas.

— Decreto 245/2012. 21-11-2012. Modificación del Decreto por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las Diputaciones Forales en materia de adopción de personas menores de edad.

— Decreto 246/2012. 21-11-2012. Registro de Personas Mediadoras y de la preparación en mediación familiar requerida para la inscripción.

— Orden 12-12-2012. Regula la expedición de certificaciones de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y se establece el procedimiento, condiciones y garantías para el suministro de información tributaria.

— Orden 12-12-2012. Corrige errores de la «Orden 15-10-2012, del Consejo de Vivienda, Obras públicas y Transportes, del registro de solicitantes de vivienda y de los procedimientos para la adjudicación de VPO y Alojamientos dotacionales de Régimen Autonómico».

— Orden 12-12-2012. Arrendamiento con opción de compra de las VPO.

— Resolución de 4-12-2012. Establece medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2013 en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 7/2012. 23-11-2012. Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunitat Valenciana.

— Ley 8/2012. 23-11-2012. Regula los Organismos de Certificación Administrativa (OCA).

— Ley 9/2012. 4-12-2012. Reconocimiento de la Universidad Privada Universidad Europea de Valencia, con sede en Valencia.

— Ley 10/2012. 21-12-2012. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

— Ley 11/2012. 27-12-2012. Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2013.

— Decreto 187/2012. 21-12-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Presidencia y de la Consellería de Presidencia y de Agricultura, Pesca, Alimentación y Agua.

— Decreto 188/2012 de 21-12-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Economía, Industria, Turismo y Empleo.

— Decreto 189/2012. 21-12-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Hacienda y Administración Pública.

— Decreto 190/2012. 21-12-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Educación, Cultura y Deportes.

— Decreto 191/2012. 21-12-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Sanidad y se regulan los órganos de gestión de la Agencia Valenciana de Salud.

— Decreto 192/2012. 21-12-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente.

— Decreto 193/2012. 21-12-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Bienestar Social.

— Decreto 194/2012. 21-12-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Gobernación y Justicia.

— Orden 1/2012. 13-12-2012. Regula los horarios de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, para el año 2013.

— Orden 11/2012. 26-12-2012. Regula el censo de instalaciones y contribuyentes y se establecen las declaraciones de alta, modificación y cese de las actividades sujetas al impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente.

— Orden 12/2012. 26-12-2012. Regula el censo de titulares de la explotación de vertederos públicos o privados de la Comunitat Valenciana y se establecen las declaraciones de alta, modificación y cese de la actividad de explotación de vertederos para la gestión del Impuesto sobre Eliminación de Residuos en Vertederos.

— Orden 13/2012. 26-12-2012. Aprueba el modelo de autoliquidación y el documento de repercusión del Impuesto sobre la Eliminación de Residuos en Vertedero.

— Orden 15/2012. 27-12-2012. Desarrolla el Decreto 134/2012, de 7-9-2012, del Consell, por el que se crea y regula el Registro de Facturas de la Generalitat.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 22 de enero de 2013, se celebró en Sevilla la JORNADA: *LA EJECUCIÓN DIRECTA SOBRE BIENES HIPOTECADOS Y LAS SITUACIONES DE INSOLVENCIA*, organizada por el Decanato Territorial de Andalucía Oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Presentación de los intervinientes: a cargo de don Francisco Manuel GALÁN ORTEGA, Registrador Mercantil de Córdoba y Director del Servicio de Estudios del Decanato de Andalucía Occidental.

Presentación de la Jornada: a cargo de don Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA, Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Ponencias:

- «La problemática de la ejecución directa en la Ley concursal», por don Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «La ejecución extrajudicial», por don Pedro ROMERO CANDAU, Notario de Sevilla y Presidente de la Academia Sevillana del Notariado.
- «La ejecución hipotecaria. Problemas actuales y posición de la DGRN», por don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y de Notariado.

Coloquio abierto: moderado por don Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA, Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Clausura de la Jornada: a cargo de don Santiago MOLINA MINERO, Decano Territorial de Andalucía Occidental.

ARAGÓN

En el mes de noviembre de 2012, organizados por el Justicia de Aragón y con la participación, entre otros, del Decanato Territorial de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, tuvieron lugar los VIGESIMOSEGUNDOS ENCUENTROS DEL *FORO DE DERECHO ARAGONÉS*, con el siguiente programa:

Día 6 de noviembre (en Zaragoza):

Valoración de bienes inmuebles por y ante la administración aragonesa.

Ponente: Don Rafael SANTACRUZ BLANCO, Abogado del Estado.

Coponentes: Don Fernando VILLARÓ GUMPert, Abogado y doña M.^a Ángeles RUIZ ESCRIVÁ DE ROMANÍ, Jefa del Servicio de Valoración Inmobiliaria del Gobierno de Aragón.

Día 13 de noviembre (en Zaragoza):

La reforma de la función pública en Aragón.

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Carlos ZAPATA HÍJAR, Magistrado, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Coponentes: Don José Manuel ASPAS ASPAS, Abogado e Ilmo. Sr. don Ignacio MURILLO GARCÍA-ATANCE, Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón.

Día 20 de noviembre (en Zaragoza):

Custodia compartida en Aragón.

Ponente: Don José Antonio SERRANO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

Coponentes: Ilmo. Sr. don Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y don Manuel FERRER ANDRÉS, Abogado.

Día 27 de noviembre (en Huesca):

Efectos jurídicos de las parejas estables no casadas en Aragón.

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier SEOANE PRADO, Magistrado, Audiencia Provincial de Zaragoza.

Coponentes: Don Pedro MARTÍNEZ VIAMONTE, Notario, y doña Sol OTTO OLIVÁN, Abogada.

* * *

Los días 15 de noviembre y 13 de diciembre de 2012, tuvieron lugar las DOS PRIMERAS SESIONES DEL *SEMINARIO DE RÉGIMEN LOCAL* organizado por la Fundación Ramón Sáinz de Varanda, con el siguiente programa:

15 de noviembre: Información sobre *Urbanismo, bienes locales, organización y empleados públicos y medio ambiente*, por doña M.^a Josefa AGUADO ORTA, Jefe del Servicio de Licencias Urbanísticas de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza; don Eloy COLOM PIAZUELO, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y acreditado como Catedrático; doña Beatriz SETUAIN MENDÍA, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, y don Antonio Eduardo EMBID TELLO, Profesor Ayudante de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

Ponencias:

- «Legislación urbanística aragonesa: Novedades 2012», por don José RUBIO PÉREZ, Abogado.
- «La evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», por don Antonio EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

13 de diciembre: Información sobre *Aspectos financieros y presupuestarios, contratos y servicios, Derecho Comunitario*, por don Ismael JIMÉNEZ COMPAIRED, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Zaragoza; don Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Zaragoza; don Jesús COLÁS TENAS, Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza; don Pedro Luis MARTÍNEZ PALLARÉS, Letrado de la Diputación Provincial de Zaragoza; don Sergio SALINAS ALCEGA, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Zaragoza, y doña M.^a Carmen TIRADO ROBLES, Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Zaragoza.

Ponencias:

- «Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre la reforma de los gobiernos locales», por don Francisco VELASCO CABALLERO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «Reforma local, reordenación de competencias y rediseño institucional de los Gobiernos Locales», por don Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu i Fabra de Barcelona.

* * *

El día 4 de diciembre de 2012, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad, en colaboración con el Instituto de Derecho Público de Barcelona, tuvo lugar el III OBSERVATORIO: *NOVEDADES DEL FEDERALISMO EN EUROPA*, con el siguiente programa:

Sesión I: *El debate sobre la independencia de Escocia.*

Alan TRENCH, University College London.

Presidente de mesa: Mario KÖLLING, Fundación Manuel Giménez Abad, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sesión II: *Los mecanismos anticrisis financieras y sus implicaciones en el federalismo alemán.*

Henrik SCHELLER, Universidad de Potsdam.

El parlamento nacional y los parlamentos subnacionales alemanes en el sistema multinivel europeo. ¿Ganadores de la crisis financiera?

Annegret EPPLER, Universidad de Tübingen.

Presidente de mesa: Paulina M. BOROWSKA, Coordinadora, Instituto de Estudios sobre Federalismo y Regionalismo, Bolzano/Bozen.

Sesión III: *Recientes tendencias de descentralización en el este de Europa. Entre autonomía política y autonomía administrativa.*

El caso de Rusia: Anastasia OBYDENKOVA, Universidad Pompeu Fabra.

Los casos de Polonia, Hungría y Rumanía: Stefan LÜTGENAU, Foster Europe.

Presidente de mesa: David MOYA, Universidad de Barcelona, Instituto de Derecho Público de Barcelona.

* * *

Los días 11 y 12 de diciembre de 2012, organizadas por la Universidad de Zaragoza, tuvieron lugar las X JORNADAS DE LA CONSTITUCIÓN 2012: *CRISIS Y DERECHO*, con el siguiente programa:

Día 11:

- «Crisis económica y estabilidad presupuestaria», por el doctor don Antonio CAYÚN GALIARDO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid.
- «Crisis económica y Estado de Derecho», por don Manuel PIZARRO MORENO, Abogado del Estado, Agente de Cambio y Bolsa.

Mesa Redonda: *Crisis socioeconómica y Derecho en Aragón.*

Intervienen: Doctor don Vicente SALAS FUMAS, Catedrático de Organización de Empresas de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Zaragoza, Consejero del Banco de España. Señora doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Decana de los Registradores de Aragón. Señor don Ángel DOLADO PÉREZ, Magistrado Juez-Decano de Zaragoza y Presidente del Foro Judicial Independiente.

Modera: Doctor don Juan GARCÍA BLASCO, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Día 12:

- «Derecho social y crisis económica», por el doctor don Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Consejero de Estado, expresidente del Tribunal Constitucional.
- «Autonomía política *versus* estrategia económica», por el doctor don José Luis RODRÍGUEZ GARCÍA, Catedrático de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza.

MADRID

El día 24 de enero de 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *ABOGADOS Y EDUCACIÓN LEGAL*.

Ponentes:

Carlos PEÑA, Rector de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile.
Francisco LAPORTA SAN MIGUEL, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

* * *

El día 7 de febrero de 2013, tuvo lugar en la Sede del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, la SESIÓN INTERNACIONAL SOBRE EL *PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO*.

Presentación de la Sesión a cargo de los Directores:

Don Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores.

Don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED.

Ponencias:

- «Personas», por doña Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, coautora del proyecto de Código Civil y Comercial unificado de 2012.
- «Responsabilidad Civil», por doña Fátima YÁÑEZ VIVERO, Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED.
- «Familia», por don Carlos LASARTE ÁLVAREZ.

El día 7 de febrero de 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LOS VALORES JURÍDICOS DE EUROPA*.

Ponencias:

- «Los valores jurídicos de Europa», por Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla.
- «¿Existe una Constitución Europea?: La construcción silenciosa de Europa», por Francesc DE CARRERAS, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona.

- «La ciberciudadanía en el planteamiento de Pérez Luño y la cibertransparencia», por Temis LIMBERGER, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad UNISINOS de Porto Alegre y Fiscal del Estado de Río Grande do Sul.
- «La revolución social de las redes sociales en Internet», por Rafael GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla.

* * *

La Cátedra José María Cervelló de IE Law School y el despacho Ramón Hermosilla & Gutiérrez de la Rosa convocan el SÉPTIMO PREMIO JOSÉ MARÍA CERVELLÓ DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS.

El principal objetivo del Premio es el fomento del estudio y de la investigación jurídica, así como facilitar el acceso a los programas LLM de IE Law School a personas que carecen de los recursos económicos necesarios. El premio se regirá por las siguientes bases:

Características del Premio:

El premio consiste en una dotación económica de 30.000 €:

10.000 € se entregarán al autor del trabajo premiado.

20.000 € se cederán a la Cátedra José María Cervelló para destinarlo a su programa de becas para la realización de programas jurídicos o fiscales de IE Law School.

Se podrán conceder hasta un máximo de dos accésit a los trabajos que, por su calidad, merezcan tal distinción.

Participantes:

Podrán participar todas las personas de nacionalidad española o extranjera que sean licenciadas en Derecho, titulares del grado en Derecho u otras profesiones colegiadas que puedan ejercer legalmente la mediación.

Tema del Trabajo:

El tema sobre el que han de versar los trabajos que concurren al Séptimo Premio José María Cervelló de Derecho de los Negocios es: *La mediación como método alternativo de solución de conflictos en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil (excluida la mediación familiar)*.

Extensión, formato y presentación del trabajo:

Los trabajos deberán ser originales, inéditos y escritos en castellano o inglés. Su extensión deberá ser mínima de 25 y máxima de 35 folios, escritos por una sola cara, a espacio 1,5 y tipografía Times New Roman o similar, cuerpo 12.

Los trabajos podrán ser enviados por correo electrónico a la siguiente dirección: *carmen.cicuendez@ie.edu* o podrán ser presentados, en formato papel, en el lugar y a la atención de la persona que se indica a continuación:

A/A Carlos de la Pedraja García-Cosío
IE Law School. María de Molina, 13. 28006 Madrid

- Si los trabajos se presentarán en soporte papel:
 - Se entregarán cinco ejemplares.
 - Los originales deberán ir encabezados por el título del trabajo y un seudónimo de su autor. En un sobre distinto cerrado aparte, en cuyo exterior deberá estar escrito únicamente el título del trabajo, y el seudónimo de su autor, se incluirán los siguientes datos del autor: nombre, dirección, teléfonos de contacto y un breve *curriculum vitae*, así como una declaración firmada en la que conste que la obra es inédita, no se ha presentado a otro concurso pendiente de resolución, ni tiene sus derechos comprometidos de manera alguna.
 - Los trabajos podrán ser enviados por correo certificado o presentados en persona.
 - Se admitirán todos los trabajos presentados por correo que tengan entrada antes de la finalización del plazo de presentación de trabajos. Cuando se opte por presentar los trabajos en mano, se entregará al presentante un justificante de la entrega.
- Si los trabajos se enviaran por *mail*:
 - Se enviará un archivo en formato pdf con el trabajo original encabezado por el título del trabajo y un seudónimo de su autor.
 - En otro archivo en formato pdf se enviará únicamente el título del trabajo y el seudónimo de su autor. Además se incluirán los siguientes datos del autor: nombre, dirección, teléfonos de contacto y un breve *curriculum vitae*, así como una declaración firmada y escaneada en la que conste que la obra es inédita, no se ha presentado a otro concurso pendiente de resolución, ni tiene sus derechos comprometidos de manera alguna.
 - Se admitirán todos los trabajos presentados por *mail* que tengan entrada antes de la finalización del plazo de presentación de trabajos.
- Fecha límite de presentación y fallo:

El último día para presentar los trabajos es el viernes 17 de mayo de 2013. La ceremonia de entrega del premio tendrá lugar durante el mes de junio o julio de 2013, en la sede de IE Law School. A la misma serán convocados todos los participantes con la debida antelación.

El fallo del Jurado será inapelable. Los concurrentes, por el mero hecho de presentar sus trabajos, aceptan sin reservas y se atienen sin condiciones a estas bases y a la decisión inapelable del Jurado.

El premio podrá ser declarado desierto si, a juicio del Jurado, la calidad de los trabajos presentados no alcanza la mínima calidad exigida.

IE Law School y la Cátedra José María Cervelló se reservan el derecho a publicar el trabajo ganador del premio en formato revista o editorial, así como a publicarlo en formato electrónico en el espacio de la Cátedra en la web del IE Law School.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

LAMBEA RUEDA, Ana: *Cooperativas de viviendas. La promoción, construcción y adjudicación de la vivienda al socio cooperativo*. Editorial Comares, 3.ª edición corregida y actualizada. Granada, 2012. Libro de 562 págs.

por

M^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM

La autora de esta importante monografía es profesora de Derecho Civil (UCM), y el tema de este libro fue su tesis doctoral que vio la luz por primera vez en 2001, y posteriormente en 2007. Tras cinco años de cambios relativos a la materia objeto de profundo análisis, la autora nos trae de nuevo con esta tercera edición, novedades y temas que afectan a las cooperativas desde muy diversos puntos de vista. No hay que olvidar que la autora es una de las personas más conocedoras de este tema en la actualidad, teniendo publicados además, más de una decena de artículos doctrinales.

Las Cooperativas de viviendas se utilizan como fórmula de acceso a la vivienda en condiciones ventajosas, pero pese a las excelencias y virtudes de su régimen jurídico, especialmente desde el punto de vista tributario, la expansión de la figura no lleva aparejada una correlativa y correcta divulgación de su contenido, debido a la intervención *de facto* de algunos sujetos de reciente aparición. Es el caso de las gestoras de Cooperativas, y sobre todo por las dificultades de encontrar un desarrollo de la regulación cooperativa por sectores. Y ello teniendo en cuenta, paradójicamente que nos encontremos en el momento de mayor diversidad normativa, con la Ley de Cooperativas estatal 27/1999, y las numerosas Leyes de Cooperativas de las Comunidades Autónomas.

La autora toma como punto inicial de la investigación, la afirmación de que tanto los supuestos más actuales de Cooperativas de viviendas, como el ingreso del socio y la adquisición de la propiedad de la vivienda, son cuestiones que no han sido analizadas por la doctrina civilista, ni reguladas debidamente por el legislador. Afirma que no se ha tenido en cuenta su comprensión y desarrollo en conexión con el resto del ordenamiento jurídico, especialmente con el Derecho Civil. Todo lo cual hace que en múltiples ocasiones, la jurisprudencia se enfrente con litigios cooperativos, en materia de viviendas, y acuda tanto al Derecho de obligaciones y contratos como a la legislación cooperativa para resolver los asuntos, sin encontrar un nexo entre las normas cooperativas y el Derecho Civil en aquellos casos en que es necesario.

Esta tercera edición mantiene el índice y contenido de la obra y su esencia, corregida y actualizada, incorporando las novedades legislativas comunitarias,

estatales, autonómicas y de Derecho Comparado, sin olvidar el análisis doctrinal y la abundante jurisprudencia reciente.

En relación con las novedades legislativas, cabe decir que la normativa estatal —Ley 27/1999— no se ha visto modificada en su esencia, excepto en algún artículo. Pero en el ámbito autonómico, la cuestión cambia como consecuencia de la profusión legislativa existente desde 2007 hasta la actualidad. Hay dos normas nuevas: la Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas de Asturias, y la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, sin olvidar que, a excepción de Cantabria, todas las Comunidades Autónomas tienen su propia Ley de Cooperativas. Diversidad legislativa que nos lleva, sin duda, a la inseguridad jurídica.

Por otro lado, y como consecuencia de la situación económica que estamos padeciendo a nivel global, se han introducido normas de interés que afectan al sector cooperativo como la nueva Ley de Economía Social 5/2011, de 29 de marzo, entre cuyas entidades se encuentran las Cooperativas en primer término, y que en cuestión de viviendas completa el artículo 89.4 de la Ley de Cooperativas estatal 27/1999; y la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles con previsión en sus artículos 4 y 7, de las posibles transformaciones de las Cooperativas en sociedades mercantiles y viceversa.

Sin olvidar la necesidad de adaptación del Derecho comunitario en nuestro ordenamiento jurídico, en particular del Reglamento 1435/2003, con la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa con domicilio en España.

Pero centrándonos en el fondo del libro debemos tener en cuenta su importancia porque concreta su estudio en los supuestos más actuales de Cooperativas de viviendas en nuestro país, en particular del ingreso del socio y de la adquisición de la propiedad de la vivienda. Se analizan cuestiones importantes de las cooperativas principales: la adjudicación de la vivienda al socio, los sujetos que intervienen en la misma, y las relaciones jurídicas entre ellos.

El núcleo central examina la especial relación existente entre la Cooperativa de vivienda y el socio, en orden a averiguar la forma y el fundamento jurídico de la adquisición de la propiedad de la vivienda por éste, la adjudicación de la vivienda, objeto y fin de la Cooperativa y esencia de la misma como actividad o servicio cooperativo.

También se profundiza en la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio y su dualidad social y cooperativa, así como las fases por las que atraviesa, su reflejo en el negocio jurídico de adjudicación de la vivienda cooperativa, la concreción de la función de representación por la Cooperativa, y la adjudicación como división de la *masa común de gestión cooperativa*. Previamente la autora presenta una visión general de la Cooperativa como persona jurídica en nuestro ordenamiento, y la distinción de las Cooperativas de viviendas como clase específica.

En las últimas páginas se perfilan las relaciones jurídicas de la Cooperativa y los socios con los agentes que intervienen en la edificación, que se desarrollan en algún caso por su especificidad e importancia, como es el de las empresas gestoras de Cooperativas.

Finaliza su estudio, como no podía ser menos, con unas conclusiones muy acertadas que desvelan la naturaleza de la institución, y concreta las soluciones a los problemas estudiados en las páginas anteriores.

La obra se completa con dos índices pormenorizados de la bibliografía utilizada y de la jurisprudencia.

En definitiva obra importante que ayuda a entender el mecanismo de la institución, los problemas a los que se enfrenta y que aporta soluciones razonables.

MOURA VICENTE, Dário, *Direito Comparado*, vol. I, *Introdução e Parte Geral*, Edições Almedina (Coimbra 2011), 614 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza

1. Me apresuro a decir que se trata de un excelente Manual universitario que, sin duda, proporcionará adecuada formación a sus destinatarios debido a su completa documentación, tanto en lengua portuguesa como en otras lenguas europeas, y que además sitúa a su autor entre la joven generación de destacados comparatistas de su país. Para el comparatista español posee otros valores añadidos —y quizá alguna laguna que indicaré—, de modo que no debería faltar un ejemplar del mismo en nuestras bibliotecas.

El autor, Catedrático de la Universidad de Lisboa y Presidente del Instituto de Cooperación Jurídica, ha publicado importantes estudios sobre arbitraje comercial internacional, Derecho Internacional Privado y problemática internacional de la sociedad de información¹, lo que, sin duda, le ha proporcionado poderosos incentivos y amplia visión realista para afrontar una visión funcional del Derecho Comparado, como se constata en la presente obra.

2. *Contenido.* La obra se inicia con una Introducción que proporciona al lector una serie de conceptos básicos que le ayudarán a penetrar en el núcleo central del estudio, relativos a la noción del Derecho Comparado, a las modalidades de la comparación y a las principales funciones que se le asignan, sentando, a continuación, las habituales relaciones que suelen establecerse con la Dogmática jurídica, la Antropología jurídica y la Sociología jurídica, para finalizar con la metodología utilizada en su práctica, el plan de exposición y una cuidada bibliografía, en portugués y otros idiomas, colecciones de textos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales, publicaciones periódicas y Bases de datos en Internet.

La Parte General ocupa la parte más extensa (págs. 63-601), de la que el Título I (Sistemas Jurídicos Comparados) resulta la más trabajada, mientras que el Título II trata más sucintamente de la interacción de los sistemas jurídicos. Sin duda, toda obra sobre esta materia viene delimitada por sus coordenadas espaciales y temporales. En principio cabe conjeturar que el lector luso se interrogue: ¿qué imagen presenta y qué puesto ocupa el Derecho de mi país en el exterior?; para, a renglón seguido, preguntarse, ¿qué utilidad —y bajo qué requisitos—, obtendré del conocimiento y aplicación de los instrumentos comparativos que me ofrecen?

La respuesta del autor no ofrece duda²: El Derecho portugués se integra en la familia romano-germánica, pues, por su matriz histórica el Derecho Romano estuvo en vigor en Portugal hasta mediados del siglo XIX, como derecho sub-

¹ El autor ha publicado sucesivamente: *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa* (Coimbra, 1990); *Comentário à Convenção de Bruxelas, de 27 setembro 1968, relativa a Competência Judiciária e à execução de Decisões em matéria civil e comerciais textos complementares (em colaboração com a prof. doutor Miguel Teixeira de Sousa)* (Lisboa, 1994); *Da responsabilidades pré-contratual em Direito internacional privado* (Coimbra, 2001); *Direito internacional privado. Ensaio*, vol. I (Coimbra, 2002), vol. II (Coimbra, 2005); *Problemática internacional da sociedade da informação* (Coimbra, 2005).

² *Op. cit.*, pág. 86 y sigs.

sidiario (la *Lei da Boa Razao*, de 1769, lo estableció así en la medida en que era conforme a la *recta ratio*); e influyó decisivamente en su Derecho Privado. Además, por su sistema de fuentes que preside la ley, y por el modo de resolver los casos particulares, que se someten a reglas generales y abstractas, y no al precedente. Ahora bien, si preguntamos por la familia en particular a que pertenece el Derecho luso, aunque algunos autores hablan del círculo o familia romanista, en realidad, desde hace bastantes años se han incorporado a la ciencia jurídica portuguesa las coordenadas mentales del pandectismo germánico³. Así que desde la entrada en vigor del Código Civil de 1966, el Derecho Privado portugués está más próximo del alemán que del francés. Rotundamente concluye que *el Derecho privado portugués pertenece hoy, por ello, a la rama alemana de la familia romano-germánica*. Por lo demás, en cuanto a las coordenadas históricas en que se mueve el comparatista, no cabe olvidar que vivimos en la era de la globalización, y que, en consecuencia, las perspectivas sociopolíticas que sirvieron de trasfondo al Congreso fundacional de París de 1900 resultan muy diferentes de las que, por ejemplo, rodearon el Congreso Internacional de Nueva Orleans, al cumplirse el centenario y en vísperas del atentado a las Torres Gemelas, y tampoco estas últimas circunstancias han coincidido con las que presidieron el reciente Congreso Internacional de Taipei en 2012.

3. *La codificación francesa y la alemana, como referentes* (págs. 95-238). La obra contiene una mera referencia⁴ a otros sistemas jurídicos continentales (italiano, español, suizo, holandés, griego, escandinavos, antiguos países del Este europeo y eslavos), y también a la posible difusión o proyección de algunos de ellos en otros continentes por obra de la correspondiente colonización. Pero el tratamiento paralelo que realiza de los Derechos francés y alemán es incisivo y profundo en conceptos fundamentales (tales como Derecho positivo y equidad, público y privado, material y procesal, objetivo y subjetivo); en la materia de las fuentes extensamente desarrollada y con especial atención al valor atribuido a la jurisprudencia; en relación con el método jurídico (destacando lo relativo a los criterios no normativos de decisión y el desarrollo jurisprudencial del Derecho); los modos de resolución de los litigios, judiciales y extrajudiciales; la enseñanza del Derecho y las profesiones jurídicas. Al margen de algunas diferencias (en materia de función de la jurisprudencia, organización judicial y recursos), destaca la comunidad de valores existente entre los sistemas analizados al aceptar conjuntamente la vigencia interna de varios instrumentos internacionales tales como la Convención Europea de los Derechos del Hombre y los Tratados constituyentes de la UE, de donde deduce la existencia de un espíritu común traducido esencialmente en la misma forma de concebir el Derecho, aunque den origen a diversas concreciones.

4. *El sistema de la Common Law* (págs. 239-371). Por la extensión que ocupa esta materia se deduce la importancia comparativa que el autor reconoce a este sistema, vigente aproximadamente en un tercio de la población mundial. Al concluir este capítulo resalta el autor⁵, el alto grado de activismo judicial que caracteriza hoy al sistema jurídico norteamericano, bastante más acentuado que el de los tribunales ingleses, y que, a su juicio, resulta de diversos factores: a) El diferente sistema de reclutamiento de los magistrados vigente en cada uno de

³ WENGLER, «Der Entwurf für ein neues portugiesisches Zivilgesetzbuch», *ACP*, 1967, pág. 64 y sigs.

⁴ *Op. cit.*, págs. 143-144.

⁵ *Op. cit.*, pág. 366.

esos países (más politizado el norteamericano que el inglés); *b*) La diversidad de regímenes de control de los tribunales superiores de las resoluciones dictadas por los inferiores (el TS federal norteamericano está más limitado en este campo que la *Supreme Court* inglesa); *c*) La divergente interpretación del *stare decisis* que prevalece en cada país (mayor apertura de los Tribunales norteamericanos al *overruling* de los precedentes); *d*) en la interpretación de la ley los Tribunales ingleses están más apegados a la literalidad del texto que los norteamericanos; y *e*) el modo diverso de relacionarse en ambos países el poder legislativo y el judicial, pues la noción inglesa de la soberanía del Parlamento resulta más bien extraña al Derecho Constitucional americano, inspirado en un sistema de frenos y contrapesos. En algunos puntos —opina el autor—, este último sistema se aproxima al europeo continental, como en la creciente importancia reconocida a la ley como instrumento de reforma social, y su esfuerzo por sistematizar el Derecho de origen jurisprudencial por la vía de leyes uniformes y de los *Restatements of Laws*. Lo que hace que algunos autores lusos eviten, incluso, hablar de un *Derecho anglo-americano*. Concluye el autor que aquí se reitera el mismo fenómeno que se produce en la familia romano-germánica.

5. *Otros sistemas jurídicos expuestos*. Radica aquí una de las novedades de la obra con relación a otras del mismo tenor y finalidad. Se trata de las exposiciones que realiza con relativa amplitud de la familia jurídica musulmana (págs. 373-414) quizá la menos novedosa, sobre todo si atendemos al uso de los comparatistas franceses⁶; la de los sistemas jurídicos africanos, tratamiento que ha impulsado, últimamente, la doctrina comparatista italiana⁷ y que la doctrina lusa posee especiales títulos para ocuparse de ella (págs. 415-454); probablemente, entre todas, la más llamativa sea la relativa al Derecho hindú (págs. 455-483); aunque, quizá, la más apasionante, siga siendo la del Derecho chino⁸ (págs. 485-510); además del capítulo dedicado a los sistemas jurídicos híbridos⁹ (págs. 519-559).

⁶ Aunque también se le presta atención en territorios de distinto sistema jurídico: cfr., mi recensión a la obra de Zoila COMBALIA, «Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense. Estudios de Derecho comparado» (Granada, 2006), publicado en mis *Estudios de Derecho Comparado* (Zaragoza, 2010), págs. 774-782.

⁷ Cfr., mi recensión a la fundamental obra de SACCO, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif* (París, 2009) (ampliación de la que, en italiano, publicó en 1995), incluida también en mis *Estudios de Derecho Comparado* (Zaragoza, 2010), págs. 783-798.

⁸ Cfr. GARCÍA CANTERO, «El enigma del Derecho chino», en AC, segunda quincena de enero de 2012, núm. 2, págs. 143-158. Quizá cabría preguntarse si se entenderá bien la realidad actual del Derecho chino sin haber prestado previamente atención al Derecho comunista en general y al soviético en particular. El autor, a modo de síntesis de este capítulo, escribe (*op. cit.*, pág. 507): «La tradición jurídica china refleja ciertas orientaciones filosóficas, destacándose el confucionismo que se caracteriza por su rechazo del derecho como medio preferencial de regulación de la vida social [...] La progresiva institución en China Popular de un sistema jurídico formal basado en leyes escritas, lo que ocurrió sobre todo a partir de los años ochenta, no parece haber alterado sustancialmente esa concepción, teniendo en cuenta el desfase que persiste entre ese sistema y la realidad social. En todo caso, hay dos características de dicho sistema jurídico que lo distinguen, en todo caso, de los sistemas occidentales analizados anteriormente; por un lado, la ausencia de la separación de poderes equivalente a la que se consagra en los países occidentales; por otro, la concepción de la ley como instrumento de regulación social desde arriba abajo, en la que los ciudadanos son considerados más como destinatarios de las prescripciones legales que como titulares de derechos que el Estado debe reconocer».

⁹ El autor se ocupa del sistema jurídico vigente en África del Sur, Egipto, Escocia, Israel, Japón y Québec. Personalmente no creo que el sistema jurídico japonés sea, sin más,

6. *La novedad del Derecho hindú.* Perfectamente desconocido en España, aunque algunos adoptantes españoles de menores hindúes han conocido por experiencia la rigidez de su ley nacional que prohíbe expresamente tal adopción por parte de adoptantes no hindúes. El autor lo trata con alguna extensión (págs. 455-483), resumiendo así sus caracteres: Constituye la ley personal de los hindúes que viven en la India o en otros países, rigiendo especialmente sus relaciones familiares y sucesorias; representa la base del Derecho vigente en la India y en Nepal. Pero si el Derecho hindú se basa en el hinduismo, no resulta fácil definir esta religión, pues no se reveló a ningún profeta, ni existen autoridades religiosas que aseguren la observancia de ciertos dogmas, ni un rito religioso único. Hay rasgos definitorios: Aceptación de los *Vedas* con reverencia; el reconocimiento de que hay variedad de caminos o vías de salvación, y que es vasto el número de dioses a venerar. A ellos se añaden la creencia en la trans migración de las almas, en el *karma* y en el *nirvana*, como finalidad última de la humanidad; un sistema de castas cuya violación supone sanciones religiosas, y un cierto panteísmo. La idea-clave del Derecho hindú es el *dharma*, uno de cuyos significados clásicos significa el *patrón de conducta* exigible al hindú en cuanto miembro de determinada casta o en cierto estadio de su vida; supone un deber jurídico y religioso; las cuatro virtudes fundamentales son: la misericordia, la renuncia, la verdad y la pureza, las cuales se acomodan según la condición social y demás circunstancias del sujeto. Para el hinduismo todo ser vivo es un espíritu eterno, cuya alma, después de la muerte, se transfiere o reencarna en otro; de acuerdo con la doctrina del *Karma* cada acto humano produce ciertos efectos en la actual o en la futura reencarnación, interviniendo Dios para que cada alma se reencarne con la que le corresponde. Es cierto que el artículo 15 de la Constitución de la India prohibió toda discriminación por razón de la casta, pero la sociedad mantiene la división (por ejemplo, apenas se celebran matrimonios entre personas de castas diferentes).

Las fuentes del Dharma son de dos clases, o reveladas y transmitidas a los sabios en su meditación (los libros sagrados denominados *Vedas*, el más antiguo del segundo milenio a.C.), o de origen humano (*Dharmasutras*), que enuncian re-

un híbrido del sistema del *Civil Law* y de la *Common Law*; si acaso podría hablarse de una *imperfecta recepción* del Derecho occidental por la fuerte subsistencia de tradiciones sólidamente asentadas en la sociedad (por ejemplo, la adopción de mayores de edad para poder continuar en el seno de la familia el culto a los antepasados) que, ciertamente, no encajan en ninguno de los sistemas indicados (hay una edición bilingüe hispano-japonés del Código Civil japonés —única en su género, a lo que sé— con un interesante *Estudio Preliminar* a cargo de BARBERÁN-DOMINGO-HAYASI, actualizada a 30-11-06 [Cizur Menor, 2006] cuya recensión se incluye en mis *Estudios de Derecho Comparado*, cit. pág. 724 y sigs.). En cambio, tanto Filipinas como Puerto Rico, entiendo que responden ampliamente al sistema híbrido (como así lo reconoce el autor en pág. 524). En efecto, el Código Civil español ha estado vigente en ambos territorios, antiguas colonias españolas hasta fin del siglo XIX. Durante la ocupación norteamericana en Filipinas lo estuvo el texto promulgado en 1889, y en 1949 ha servido de base para el código en vigor que supone traducción literal al inglés aproximadamente de un 40 por 100 del viejo texto, y el mismo porcentaje de traducción modificada, recogiendo la jurisprudencia del TS filipino y del español; el 20 por 100 restante procede, bien de instituciones filipinas, bien de origen norteamericano, el cual suministra también las normas de Derecho Público. El Código Civil vigente en Puerto Rico fue adoptado como suyo en 1929 por el Estado Libre Asociado, con modificaciones puntuales, y, sobre todo, aceptando la doctrina americana de las fuentes del Derecho. Hasta ahora no han culminado los proyectos de su reforma.

glas de conducta que deben ser observadas según la condición social y espiritual del sujeto, siendo el más célebre el *Código de Manú* (fechado entre los siglos II y III d.C.), al que se atribuye doble función: modelo de conducta dirigido a los brahmanes, y compilación de prácticas o usos sociales. Existen costumbres propias de cada casta o territorio. La colonización inglesa hizo cambiar el valor de la jurisprudencia de los tribunales, originando el denominado *Anglo-Hindú Law* de carácter mixto.

Después de la independencia se dio paso a un proceso de codificación, culminado en el denominado *The Hindu Code*, que sirvió para actualizar el Derecho de Familia y Sucesiones hindú: *The Hindu Marriage Act* (1955), *The Hindu Minority and Guardianship Act* (1956), *The Hindu Adoption and Maintenance Act* (1956) y *The Hindu Succession Act* 1956 (reformado en 2005)¹⁰.

En resumen: El Derecho hindú es un derecho complejo que comprende reglas constantes de fuentes religiosas milenarias y otras de origen más reciente que pretenden adaptar aquellas a las exigencias de las sociedades contemporáneas. Aparece fuertemente diferenciado en razón a criterios espaciales, sociales y personales (territorio, casta, sexo, etc.), por lo que se expresa con la expresión *unidad en la diversidad*. Fundamentalmente se aplica a los que profesan el hinduismo, pero también a los miembros de otras religiones y a los no creyentes.

7. *¿Existe una autónoma familia jurídica lusitana o lusófona?* Responden afirmativamente algunos autores portugueses y extranjeros¹¹. El autor recensio-nado reconoce¹² que es innegable la influencia ejercida por el Derecho portugués sobre los sistemas jurídicos de los demás países y territorios de lengua portuguesa: Así en Brasil, las *Ordenações Filipinas* estuvieron en vigor hasta la entrada en vigor del Código Civil brasileño de 1917, mientras que el de 2002 se aproxima al Código Civil portugués de 1966. Los países africanos de esta lengua conservan buena parte del Derecho portugués, como Angola, Mozambique y Guinea-Bissau. En Goa, Damao y Diu, la *Goa, Daman and Diu Administration Act* 1962, conservan la vigencia de disposiciones de familia y sucesiones del Código Civil portugués de 1867, así como la Ley de divorcio de 1910. En Macao, una disposición de 1999 conserva en vigor el Código Civil de 1966 y otras normas portuguesas. Algo parecido está ocurriendo en Timor-Leste en materia constitucional. Ello produce una comunidad forjada en instituciones, valores y soluciones para los mismos problemas jurídicos, junto a la cooperación en materia universitaria, y a la formación de magistrados, todo lo cual conduce a que un jurista formado en uno de esos países pueda ejercer, sin mucho esfuerzo, en los demás. Pero todo ello, a juicio del autor, *no permite hablar de una familia jurídica lusófona*, por las siguientes razones: No se traduce en una concepción propia y original del Derecho. En el interior de Portugal hay actualmente fuerzas centrífugas contrarias a la creación de una familia jurídica propia (la Unión Europea), y lo propio ocurre en África

¹⁰ Se encuentra periódicamente amplia información sobre Derecho hindú en *The International Survey of Family Law* (Published on behalf of the International Society of Family Law). Recientemente, cfr: el muy interesante trabajo de Anil MALHOTRA and Ranjit MALHOTRA, «Custom as an important source of Hindu Law: Its usage in international Family Law», en *2011 Editio*, págs. 221-246.

¹¹ JAYME, «Betrachtungen zur Reform des portugiesischen Ehegüterrechts», en *Fests. Zajtay* (Tübingen, 1982), pág. 262 y sigs.; António MARQUES DOS SANTOS, «As relações entre Portugal, a Europa e o Mundo Lusófono e as suas repercussões no plano jurídico», en *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público* (Coimbra, 2004), pág. 569 y sigs.

¹² *Op. cit.*, pág. 87 y sigs.

respecto a diversas uniones económicas y monetarias por parte de tales países. Por último, la importancia del Derecho consuetudinario africano, especialmente en las regiones rurales, no tiene parangón posible con la costumbre portuguesa. Lo que no obsta a que exista una verdadera *comunidad jurídica* más restringida y más profunda que la familia jurídica.

8. *A modo de postilla.* Sorprende la omisión en la obra recensionada de toda referencia jurídica al Derecho español. Es verdad que conservamos nuestro Código Civil ya centenario, en el que, por cierto, no es difícil encontrar huellas del Código Civil portugués de 1867. Por otra parte, a partir del primer tercio del siglo XX, también nuestra doctrina recibió la impronta dogmática alemana, inicialmente a través de la obra de los ANOTADORES del Tratado de ENNECERUS-KIPP-WOLF, mantenida en sucesivas ediciones, y que conservó, críticamente, el Maestro DE CASTRO. Los sistemas jurídicos peninsulares o ibéricos se desarrollaron de modo paralelo durante muchos siglos, de modo que no resultan extraños entre sí. Por otra parte, ambos están sometidos intensa y conjuntamente al fenómeno de la *circulación de modelos*, en un mundo globalizado así como a las consecuencias del Derecho Comunitario. Hoy por hoy, parece todavía lejano el *Código Civil europeo*, que tanto entusiasmo suscitó inicialmente, mientras que ni siquiera parece próxima la adopción de un *Código europeo de contratos*, en el que se trabaja intensamente, por ejemplo, en la Academia de Pavia, y en cuya elaboración colaboró eficazmente el profesor ANTUNES VARELA. Quizá podría hablarse de una subfamilia jurídica lusitana y de otra hispana (con acompañamiento de los Derechos de Puerto Rico, Cuba¹³, Filipinas y Guinea Ecuatorial), siempre dentro de la gran familia romano-germánica. Al margen de ello, me parece entrever también la existencia de esa *comunidad jurídica hispanolusa*, que permite reconocernos a miles de kilómetros de distancia de nuestras respectivas metrópolis¹⁴.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado romano*, IUSTEL, Madrid, 2012, 631 págs.

por

MARÍA SALAZAR REVUELTA

Catedrática de Derecho romano de la Universidad de Jaén

I. La tradición académica romanística en España, en lo que concierne a la producción literaria de manuales de Derecho Privado romano, viene marcada por la presencia de excelentes aportaciones que se han convertido en referentes de primera mano, tanto para la docencia como para la iniciación en la investigación. Ese papel paradigmático lo cumplen, en el pasado siglo, entre otros, autores como J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, Álvaro D'ORS, Juan IGLESIAS, Pablo

¹³ Cfr., mi trabajo sobre «Significado del Código Civil cubano de 1987 en el proceso de codificación», en mis *Estudios de Derecho Comparado*, cit., pág. 47 y sigs.

¹⁴ Una sugerencia: El artículo 1.6 del Código Civil español («La jurisprudencia *complementará* el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho») puede proyectar alguna luz sobre el papel actual de la jurisprudencia en la familia romano-germánica (cfr. mis *Estudios de Derecho Comparado*, cit., pág. 269 y sigs.)

FUENTESECA, Manuel J. GARCÍA GARRIDO o Armando TORRENT. Todos ellos han sido fieles expositores de su concepción científica del Derecho romano y cada uno ha aportado formas y maneras de entender y comprender la disciplina: desde las visiones más dogmáticas y sistemáticas, hasta las concepciones jurisprudenciales de sesgo casuístico que contemplan el Derecho romano como un derecho de acciones. Visiones y perspectivas muy plurales, que han enriquecido el debate científico en nuestra disciplina y han permitido, a lo largo del siglo XX, que distintas generaciones de estudiantes de primer curso de la licenciatura en Derecho hayan tenido un contacto directo con la asignatura y comprendan que el manual es un perfecto instrumento de apoyo que permite una mejor comprensión de lo tratado en las correspondientes clases teóricas y que lo explicado en el aula no agota la materia. Indudablemente, a mi juicio, el uso del manual en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, pese a las críticas que se le quieran imputar, sigue siendo una herramienta básica.

Por desgracia, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (con su posterior reforma parcial por Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril) y la subsiguiente revisión de los planes de estudio en algunas Universidades, se produce una reducción bastante drástica del número de horas lectivas para la impartición de la disciplina romanística. Esta, sin perder su naturaleza de obligatoria o troncal en todo el Estado español, deja sin embargo de tener carácter anual y adquiere en un alto porcentaje de Universidades la condición de semestral, cualidad en la que permanece desde la implantación de los diferentes grados en el ámbito del Espacio Europeo de Educación Superior, con algunas mínimas excepciones. Pues bien, una de las principales consecuencias que han traído consigo estos cambios es que a la hora de la preparación de la asignatura, los clásicos manuales de la pasada centuria resultaban de una excesiva carga y contenido muy extenso, lo que los hacía inaccesibles para el estudiante, debido a la reducción de horas experimentada. Esta realidad ha provocado la irrupción de libros de texto de gran claridad expositiva, pero de contenido más reducido, adaptados a los nuevos planes de estudio, entre los que destacan —sin ánimo de ser excluyente, pues la lista es amplia— las obras de Joan MIQUEL, Antonio ORTEGA, Ricardo PANERO, Rafael DOMINGO o César RASCÓN, y textos más específicos como el del profesor Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN sobre el «Sistema contractual romano» o el reciente opúsculo «Las bienaventuranzas del Derecho romano» del profesor José Manuel PÉREZ PRENDES. En este contexto, llama la atención desde la pasada década, la presencia del manual del profesor Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN: «Derecho privado romano», que va por su quinta edición, revisada y actualizada, y que a pesar de sus 631 páginas sigue siendo una obra abierta e inacabada, pues le restan los contratos en particular, los delitos, los cuasidelitos y toda la materia correspondiente al «Derecho hereditario romano». Aun con estas ausencias —que se completarán, con seguridad, en futuras ediciones— podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que nos encontramos con una obra de referencia para el siglo XXI, tanto en la docencia, como para la iniciación en la investigación del Derecho romano, así como para cualquier jurista que quiera conocer con mayor intensidad el papel relevante que ha tenido este Derecho en la formación del sistema jurídico occidental. No en balde este manual viene ya suscitando desde su primera edición el interés y reconocimiento no solo de romanistas, sino también de reputados civilistas y prácticos del Derecho, como registradores y notarios, que lo han recensionado de forma muy elogiosa (vid., por ejemplo, números 12 y 18 de la *Revista General de Derecho Romano*).

Indudablemente, las sucesivas reformas de los planes de estudio nos han llevado por una pendiente en la que los textos didácticos cuanto más epitomados y resumidos mejor; aparte de las consabidas razones de mercado, lo que provoca un excesivo reduccionismo que ciñe nuestra disciplina a sus aspectos más elementales. En cambio, el manual del profesor A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN no adolece de este defecto, sino que cada tema está tratado con profundidad, fruto de su amplio conocimiento y experiencia académica en relación con la disciplina romanística y el Derecho, en general. Prueba de ello es su vasto currículum, que se encuentra jalonado con la obtención de diferentes Cátedras —en la actualidad es Catedrático de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid—, su pertenencia como miembro de diferentes Academias, como vocal de la Comisión General de Codificación, Director de la Revista General de Derecho romano (iustel.com), además de dirigir innumerables tesis doctorales y ser autor de una importante obra científica que ha merecido los máximos reconocimientos académicos por las diferentes Comisiones de Evaluación de la Actividad Investigadora.

Por otro lado, el exceso de abreviación de los textos didácticos durante los últimos años en el ámbito del Derecho, en general, y del Derecho romano, en particular, ha comportado que el aparato de notas quede prácticamente obviado y, en cuanto a la bibliografía básica, se circunscriba exclusivamente a obras de carácter general. De ahí que el libro del profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN resulte especialmente atractivo, dada la presencia al final de cada capítulo de una abundante bibliografía ordenada de forma alfabética, con presencia de la doctrina nacional e internacional, que ha ido creciendo a través de las diferentes revisiones llevadas a cabo en las varias ediciones de la obra. Llama la atención, en este punto, que el criterio que ha seguido el autor es el de combinar las aportaciones más clásicas con las de más reciente aparición, logrando así un interesante equilibrio dirigido a la obtención de una visión global de cualquier institución, idónea tanto para el alumno de Grado, como de Postgrado. No debemos olvidar que la presencia del «Trabajo fin de carrera» como requisito fundamental para consumir los estudios de Grado en Derecho va a demandar herramientas como este manual, cuyo amplio contenido viene apoyado en un rico aparato de fuentes jurídicas y bibliográficas, ofreciendo puntos de vista multidisciplinarios que permiten afrontar dicho trabajo con holgura.

II. Son muchas las peculiaridades que presenta el manual del profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN. No obstante, sin pretensiones de exhaustividad y siendo consecuente con el título de esta reseña —que solo aspira a ser una aproximación, es decir, a dibujar un ligero boceto de la obra en general—, solo comentaré, de forma sucinta, las que a mi modo de ver me parecen más significativas. En particular, destacaríamos la correspondencia que el autor establece a lo largo de todo el libro entre el Derecho romano y nuestro Código Civil, resultando ser así una excelente introducción a nuestro Derecho Privado actual. Como señala la propia editorial en la contraportada del manual: «El autor..., ha intentado conectar, desde el análisis de la realidad histórica, el Derecho romano con el vigente Derecho Civil español, en el convencimiento de que un número importante de artículos de este cuerpo legal, paradigma legislativo, constituyen el último eslabón de la evolución del pensamiento jurídico desde Roma hasta el actual Derecho Positivo». No obstante, esta conexión con el articulado de nuestro Código Civil no se hace de forma abrumadora, ni tampoco con la obsesión de justificar dicha presencia, para hacer más relevante la trascendencia del Derecho romano. Se lleva a cabo, sin embargo, con gran sutileza y de forma concisa, sobre todo en aquellos ámbitos del Derecho romano que se han proyectado en el Derecho Civil,

especialmente en los temas relativos al derecho de propiedad y los diferentes derechos reales. Ya el propio A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN en su «Derecho Público romano» (otra de las magnas obras del autor, perfectamente consolidada en la doctrina romanística con su decimoquinta edición) pone de manifiesto que los Códigos son el resultado de una evolución compleja donde se entrecruzan una serie de influencias recíprocas. Concretamente, en el Código Civil se dan cita elementos pre romanos, de Derecho romano, de Derecho germánico, canónico y vestigios de otra índole. Ello nos evidencia cómo el Derecho romano sigue siendo un elemento fundamental para el manejo e inteligencia del Derecho moderno, dado que el primero, desde el punto de vista metodológico, nos acerca al significado de la norma, de la historia y de la doctrina (págs. 283 y sigs.).

III. Otra de las singularidades digna de resaltar la hallamos en la sistemática y arquitectura formal del manual. Hasta el capítulo XIV se agrupan: los «Conceptos y dicotomías del *Ius*» (capítulo I), el «Proceso y jurisdicción» (capítulos II a VII), la «Persona» (capítulo VIII a X), el «Derecho de familia» (capítulo XI a XII) y el «Negocio jurídico» (capítulo XIII y XIV). En esta agrupación, que podría considerarse como una «Parte General» de la disciplina, nos encontramos con dos variables muy interesantes: por un lado, la inserción de un amplio conjunto de capítulos referidos al derecho procesal, que nos ofrecen un análisis minucioso de los remedios tanto judiciales como extrajudiciales para la tutela de los derechos, de gran utilidad para el jurista teórico y también para el práctico del Derecho. El hecho de haberlo insertado al inicio del libro resulta no solo muy conveniente a efectos pedagógicos, sino lo más acorde con la propia naturaleza del Derecho romano, donde la acción es el eje fundamental del sistema jurídico. Por otro lado, aunque la sistemática seguida en general en el libro es pandectista, resulta igualmente acertada desde una perspectiva didáctica la conexión del derecho de familia con la realidad jurídica de la persona. Efectivamente, son cada vez más los programas didácticos en que ambas esferas están conectadas, pese a no existir una regla común, sobre todo porque las instituciones que integran el denominado «Derecho de Familia» tampoco fueron objeto de una exposición unitaria y sistemática por parte de los juristas romanos. Al margen de unos textos de carácter monográfico (*Liber de Nuptiis*, de Neracio Prisco; *De dotibus*, de Servio S. RUFO; *Liber singularis de sponsalibus*, de ULPIANO) no consta que los juristas romanos hayan concebido el Derecho de Familia en el sentido de llevar a cabo un estudio sistemático de la estructura y organización del ámbito jurídico designado con este nombre. Salvando este originario desenfoque, el autor analiza coherentemente y de un modo unitario las instituciones jurídicas reguladoras de la condición personal y patrimonial del matrimonio, así como aquellas inherentes a las relaciones familiares que tienen unos fines comunes. Persona y familia se constituyen en dos protagonistas fundamentales de la vida jurídica y social romana, por lo que resulta de gran utilidad agruparlos (págs. 191 a 308) para una mejor comprensión de los escenarios patrimoniales.

La ordenación sistemática de esta «Parte General» abarca también dos planteamientos eminentemente formativos representados, en primer lugar, por el capítulo de «Conceptos y dicotomías del *Ius*» (págs. 19 a 43) y, en segundo lugar, por los dos temas relativos al «Negocio jurídico» (págs. 309 a 344). En el primer caso se ofrecen diferentes versiones de lo jurídico y de la idea de Derecho desde las fuentes y los principios romanos. Resulta certero este capítulo introductorio que aporta diferentes concepciones del Derecho Romano desde sus raíces históricas, así como un excelente repertorio de términos jurídicos que se convierten para el lector en el primer alfabeto jurídico para familiarizarse con los *verba*

del Derecho. Por lo que se refiere a la teoría general del «Negocio jurídico», su tratamiento ha sido objeto de discusión en el ámbito de la docencia del Derecho romano, dando lugar a soluciones plurales. Al margen de polémicas sobre la idoneidad de estos temas en el estricto ámbito del Derecho romano, somos fieles partidarios de la postura de Ursicino ÁLVAREZ SUÁREZ (*El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, 1954, pág. 3), cuando afirma que es posible realizar una exposición del negocio jurídico sobre la base de soluciones jurisprudenciales a casos concretos. De este modo, unas consideraciones sobre los diferentes elementos del negocio, así como un tratamiento sobre la invalidez, junto con la figura de la representación son suficientes para tener una aproximación a una realidad que está presente en algunos ordenamientos europeos, como el alemán, y también en nuestra doctrina civilística, todo ello bajo el escrupuloso sentido que imponen las fuentes romanas. Dado que parte de sus contenidos han desaparecido didácticamente difuminándose en otras ramas del Derecho, el valor pedagógico que tienen ambos capítulos es irrefutable.

A partir del capítulo XV (pág. 345) se inicia la parte correspondiente a los derechos patrimoniales, donde se hace un exhaustivo estudio de los derechos reales (págs. 345 a 527) y de la teoría general de la obligación (págs. 529 a 616). Para ello el autor parte de la distinción entre relación jurídica real y relación jurídica obligacional, plasmada a través de la contraposición entre *actio in rem* y *actio in personam*. Conforman este conjunto de materias lo que podríamos denominar «Parte especial», donde los derechos reales están ubicados con prioridad a las obligaciones; posición que nos parece idónea, puesto que si el alumno o el lector conocen previamente lo que significa el derecho de propiedad, la posesión o los derechos reales sobre cosa ajena, podrán entender mejor las posibilidades que ofrecen los modos de obligarse. Acercarse al derecho real supone comprender la esencia de la *obligatio*, así como la vinculación personal que ésta implica por encima del hecho de que la prestación debida pueda recaer sobre una *res*.

Es de destacar también la presencia, al final del libro, de un elaborado índice analítico (págs. 617 a 631) —igualmente actualizado respecto a la anterior edición—, que junto con el índice general que lo abre (págs. 9 a 16), se convierte en un buen instrumento para la localización de cualquier categoría jurídica esencial, cumpliendo así una importante «función de consulta» para cualquier operador jurídico que quiera profundizar en el estudio de las diferentes figuras del Derecho Privado, aparte de su función de manual dirigido a los alumnos de Derecho. Los estudiosos del Derecho Positivo que persigan una formación sobre las raíces históricas de cualquier institución del Derecho Privado van a encontrar, sin duda, en este texto interesantes datos para sus investigaciones.

IV. El manual afronta, además, cuestiones de gran calado y profundidad con gran precisión conceptual y sin perder de vista la perspectiva historicista. Por ejemplo, la cuestión «polémica» de la naturaleza y contenido de la jurisdicción voluntaria (págs. 51 a 59) se analiza con gran maestría, pues el autor es un consumado especialista en este «arduo e apasionante tema di discussione», en palabras de PUGLIESE (pág. 52). Partiendo del hecho de que «la jurisdicción voluntaria es un asunto por todos repudiado y sin sede científica propia», y que «la disparidad de criterios doctrinales hacen que la jurisdicción voluntaria sea una materia incierta y discutida en su función, en su finalidad y hasta en su denominación» (pág. 51), el autor desciende a las fuentes romanas donde por primera vez aparece la contraposición entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria (Libro I de las Instituciones de Marciano, recogido en D. 1,16,2

pr-1), dejando claro que no se debe confundir «*iurisdictio* voluntaria» con el procedimiento de «plano» (pág. 59).

Asimismo, superadas las singularidades propias de los diferentes procedimientos, el capítulo VII acomete la institución del arbitraje, precisando que esta en los primeros siglos de Roma cumple un importante papel «no solo como complemento o alternativa a la jurisdicción, sino como instrumento de resolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial y elegido de común acuerdo por las partes interesadas» (pág. 171). El estudio que hace el autor en relación con el arbitraje es concienzudo, deteniéndose en sus tipologías y en la terminología. Pero sobre todo realiza el papel indispensable que juega la *bona fides* y la equidad en la conformación del arbitraje. Así, el *arbiter* romano resolvía según un criterio supra individual y objetivo, esto es, según la *fides* del *bonus vir* o *bona fides*. Una vez surgido tal conflicto, al tiempo de la *conventio*, el *oportere* procesal —que reflejaba la controversia— tenía que recoger y hacer valer el cumplimiento de esta *fides* prestada. Evidentemente, la buena fe posee una continuidad en su conformación como principio general que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico. Además, la progresiva incorporación de conceptos romanos, como la *bona fides*, los *boni mores*, la *aequitas*, el *fraus* o *dolus*, supuso una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial por la vía de la interpretación (pág. 180). Finaliza este capítulo con sendas referencias al arbitraje legal y el compromisario (págs. 184-188).

En los capítulos relacionados con las «Causas modificativas de la capacidad jurídica» (capítulo VIII), y las «Causas excluyentes o limitativas de la capacidad de obrar» (capítulo IX), se introducen las instituciones de la tutela y la curatela. Ello constituye, sin duda, un acierto, pues estas aparecen integradas en situaciones como la minoría de edad, la prodigalidad, la enfermedad mental, junto con las alusiones a la tutela de la mujer. Con respecto a la primera, se ocupa el libro del «beneficio o dispensa de edad» (pág. 218) que conllevaba la plena capacidad de obrar para la persona beneficiada, a título singular, por rescripto de la Cancillería imperial. En este sentido, el autor relaciona el texto del Código de Justiniano 2,44 (45),2, pr-1 y 3 (año 321) con los artículos 321 y 322 del Código Civil, donde se prevé que el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceda el beneficio de la mayor de edad, como claro ejemplo de la conexión del Derecho romano con el Derecho Civil, sumamente formativa para el estudiante; como lo es también el modo de presentar las instituciones tutelares, de una forma horizontal y transversal, interrelacionadas con diferentes realidades de los sujetos del Derecho, abandonando enfoques verticales que las mostrarían de manera autónoma e independiente, con una excesiva carga dogmática y aisladas de sus problemáticas colaterales.

Otro elemento de gran interés lo encontramos en el capítulo X referido a la «libertad y ciudadanía», a través del estudio pormenorizado del *status libertatis* y *civitatis*. Por lo que respecta a la condición de ciudadano en Roma (págs. 256 a 263), se trata de un tema muy en boga hoy en día en las investigaciones romanísticas, constituyendo un buen exponente y un laboratorio interesante para reconocer los polémicos conflictos que suscitan la nacionalidad y la extranjería en las sociedades modernas y, sobre todo, la formación estructural de ciudadanos de diferentes grados. En concreto, el concepto de ciudadanía romana puede arrojar mucha luz sobre los problemas actuales a los que se enfrenta la Unión Europea de cara a reforzar el significado de la llamada «ciudadanía europea», si no quiere que esta se convierta en un mero estatus vacío de contenido político y sometido al poder de fuerzas superiores e incontrolables como los agentes económicos globales. Como afirma IHERING, Roma representa el triunfo de la

idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades, puesto que logró separar la dimensión étnica de la política, la identidad de la ciudadanía, y supo construir una sociedad más abierta que integró pueblos de distinto origen, cultura o religión, dispuestos a vivir juntos en una nueva comunidad.

Resulta patente cómo todos los temas que se plantean en el libro se hacen desde una perspectiva evolutiva, teniendo muy presente los diferentes procesos históricos en los que se puede ver envuelta una institución, desde el formalismo más rígido de la época arcaica, a la flexibilidad introducida por el derecho honorario, sin olvidar que el Derecho romano es una superposición de estratos jurídicos. Dicho proceso evolutivo se deja sentir especialmente en figuras como la propiedad y la posesión, así como en otros ámbitos como la familia y el matrimonio (págs. 265-308). En relación a la primera, el autor parte de la base social de las relaciones de parentesco, asentadas en los vínculos de agnación, consanguinidad y afinidad, dejando muy presente todo el proceso evolutivo que ha sufrido la familia a lo largo de las diferentes épocas romanas, para centrarse con posterioridad en los poderes del *paterfamilias* y en la capacidad patrimonial de los *filiifamilias*.

Un análisis semejante es el que se sigue en el estudio del matrimonio, moldeado por un proceso histórico que oscila entre la forma *cum manu* y *sine manu*, sin dejar de lado la realidad romana de las uniones de hecho representadas por el contubernio y concubinato. El tratamiento jurídico del matrimonio se completa con el estudio de los efectos personales y patrimoniales del mismo, sin obviar el polémico tema relacionado con las donaciones nupciales. A este respecto, en la rica bibliografía que cierra este capítulo, se incluye un apartado específico para la doctrina relacionada con el régimen patrimonial del matrimonio (pág. 308).

Otra de las partes centrales del presente manual que merece atención es la relativa a la posesión y los derechos reales (págs. 345 a 527). Aunque se arranca de la célebre premisa de que «nada tienen en común posesión y propiedad», no cabe duda que aquella es situada por el autor como antesala de la propiedad, junto con el capítulo XVI sobre las cosas y su clasificación, donde traza una panorámica muy completa del objeto del Derecho desde los postulados puramente romanos como la distinción entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, hasta las diferenciaciones romanísticas entre, por ejemplo, cosas muebles e inmuebles. Se ofrece, así, un perfecto recorrido sobre el conjunto de bienes y derechos que conforman un patrimonio para precisar, después, en qué medida el sujeto del Derecho proyecta sus facultades sobre el objeto patrimonial.

Asimismo, a la hora de abordar el estudio de los derechos reales, el autor combina una concepción historicista de los mismos con una visión conceptualista, sin perder el enfoque procesalista. Esta triple funcionalidad nos permite reconocer las figuras jurídicas y, en especial, la propiedad de una forma tridimensional (págs. 379 a 414). La claridad expositiva y el orden en el discurso queda también muy patente en los derechos reales sobre cosa ajena, demostrando un dominio y una clara armonía entre las diferentes instituciones, sin superponerlas y presentadas al estudiante en base a su progresiva dificultad de comprensión. Cerrar esta parte con el análisis de la hipoteca y su problemática es el más claro exponente de la necesidad de poner al lector, una vez madurado en otras instituciones, en contacto con las cuestiones históricas del crédito inmobiliario, desde la perspectiva del derecho real y ante el espinoso tema de la concurrencia de hipotecas y su publicidad (págs. 511 a 527).

Esta ordenada y sistemática «Parte Especial» se completa con una serie de capítulos dedicados a la obligación (págs. 529-616), concebida a través de su

decurso histórico y de su conexión con la *actio* (pág. 536). En este apartado, en la misma línea que en los demás, quedan bien reflejados los artículos del Código Civil que son paradigmáticos y muestran la herencia romana en torno a los elementos y el contenido de la obligación (págs. 537 a 542). La importante correspondencia con el Derecho Civil actual también es señalada por el autor en la clasificación y las fuentes de las obligaciones (págs. 549 y 550), introduciendo además elementos comparativos con otros Códigos europeos (pág. 548). Clausuran esta última parte del libro los capítulos referidos a la extinción de la obligación y la garantía e incumplimiento de las obligaciones (págs. 577 a 616).

V. Concluyendo todo lo expuesto, podemos afirmar que estamos ante un texto lleno de peculiaridades y perspectivas originales, con aproximaciones a la doctrina más relevante no solamente en el ámbito romanístico, sino que también hacen aparición en sus diferentes páginas exponentes de primera magnitud de la doctrina civilística moderna. Se encuentra, evidentemente, muy marcado por la presencia de artículos de nuestro Código Civil en conexión con las instituciones romanas, lo que lo hace todavía más peculiar, ya que se distancia de los modelos del pasado siglo que resultaban más estrictamente apegados a una visión exclusivamente romana. Para estos nuevos tiempos que exigen al alumno de Derecho que tenga un punto de vista más abierto, interdisciplinar y transversal en sus estudios, el manual del profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN se convierte en un instrumento obligado.

En definitiva, nos encontramos con un sólido manual que, como hemos indicado, es un excelente referente, tanto en el ámbito académico como jurídico, para los diferentes especialistas en Derecho que quieran profundizar en los fundamentos históricos del Derecho Privado actual. De ahí que podamos considerar que la propuesta del autor con este libro es valiente y decidida, sobre todo en una época en que nuestra disciplina se enfrenta a envites de todo tipo, el último con la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior y los planteamientos puramente economicistas que planean sobre los estudios jurídicos.

Se trata de una obra ambiciosa y exhaustiva, fruto de la gran madurez y conocimientos del autor, quien afortunadamente elude las apreciaciones que por desgracia corren en ciertos ámbitos académicos acerca de los textos dedicados a la enseñanza, que son valorados de forma negativa concediéndoles un rango secundario frente a otro tipo de obras científicas.

Finalmente, es digno de elogio también el estilo claro, ordenado y armónico del libro, su impecable redacción, con una terminología jurídica que emerge de forma correcta y precisa para convertirlo en un prontuario jurídico esencial para cualquiera que pretenda adentrarse en el conocimiento del Derecho Privado.

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA

Número 17-18 (Octubre 2012)

- «Solicitudes de licencias urbanísticas y de aperturas. Declaraciones responsables y comunicaciones previas», por Andrea ROSELLÓ VILA, pág. 1949.
- «¿Puede un funcionario interino ser nombrado instructor de un expediente disciplinario?», por Ángela GARCÍA SÁNCHEZ, pág. 1958.
- «Presupuestos y requisitos de la responsabilidad patrimonial de la administración. Aspectos teóricos y prácticos», por Carmen LÓPEZ PRIETO, pág. 1968.
- «Servicios energéticos. Su prestación y el contrato administrativo de colaboración entre el sector público y el sector privado», por Ramón ALEGRE ESPERT y Pedro CORVINOS BASECA, pág. 1975.
- «El complemento de productividad en la Administración General del Estado (1): normativa de aplicación, características diferenciales y aspectos competenciales», por Eugenio ARRIBAS LÓPEZ, pág. 1983.

Número 19-20 (Noviembre 2012)

- «Las Administraciones Públicas españolas frente a la recesión económica», por Juan Manuel GALÁN DEL FRESNO, pág. 2074.
- «La nueva regulación del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía: aspectos jurídicos de la utilización de medios electrónicos», por Francisco TOSCANO GIL, pág. 2091.
- «La explotación de plazas de toros de titularidad pública: naturaleza jurídica del contrato», por José Antonio LÓPEZ RODRÍGUEZ, pág. 2101.
- «El complemento de productividad en la Administración General del Estado (2): alguna problemática práctica», por Eugenio ARRIBAS LÓPEZ, pág. 2105.
- «Distribución de competencias en materia de Energía en España; Pluralidad de Administraciones competentes», por Pilar NAVARRO RODRÍGUEZ, pág. 2118.

Número 21-22 (Diciembre 2012)

- «La estabilidad presupuestaria: antecedentes y legislación vigente», por Miguel CORCHERO y Lucía SÁNCHEZ PÉREZ, pág. 2232.
- «El resurgir de las normas locales para reprimir el ejercicio de la prostitución en las calles: la Ordenanza de “civismo” de Barcelona, modificada el 17 de agosto de 2012», por Gloria POYATOS I MATAS, pág. 2247.
- «El papel del Estado y de las Comunidades Autónomas en la suficiencia financiera local», por Santiago GARCÍA ARANDA, pág. 2265.
- «Análisis de las modalidades de financiación pública directa de los partidos políticos», por Ángel RODRÍGUEZ LÓPEZ, pág. 2273.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 19-20 (Noviembre 2012)

- «Abuelos, parientes y allegados», por Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO, pág. 1895.
- «Los problemas en la formación del contrato derivados de un uso no autorizado de la firma electrónica», por Aurelio BARRIO GALLARDO, pág. 1906.
- «La posesión consolidada de un título nobiliario», por Vanessa Eugenia GIL Y RODRÍGUEZ DE CLARA, pág. 1924.
- «Algunas consideraciones doctrinales sobre el procedimiento extrajudicial hipotecario», por Marta MOLINS GARCÍA-ATANCE y Galo Alfonso ORÍA DE RUEDA Y ELIA, pág. 1959.

Número 21-22 (Diciembre 2012)

- «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», por Cristóbal PINTO ANDRADE, pág. 2035.
- «Las cláusulas arbitrales en los contratos de arrendamientos urbanos», por Laura GAZQUEZ SERRANO, pág. 2050.
- «Las formas de sucesión en el Código Civil español», por Luis Javier GUTIÉRREZ JEREZ, pág. 2070.
- «Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles», por Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, pág. 2083.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL (Enero-Marzo 2012)

- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», por A. M. MORALES MORENO, pág. 5.
- «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», por E. GÓMEZ CALLE, pág. 29.
- «Derecho de representación sucesoria y repudiación. Estudio sobre la operatividad del derecho de representación en el Código Civil español, en caso de repudiación del sujeto llamado a una herencia», por J. L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, pág. 103.

Abril-Junio (2012)

- «Civil law: la vigencia de una categoría convencional», por J. M.^a de EIZAGUIRRE, pág. 533.
- «Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España», por R. SCHULZE y K. J. ALBIEZ DOHRMANN, pág. 547.
- «La distinción entre los contratos de obras y de servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)», por J. M. JIMÉNEZ HORWITZ, pág. 551.
- «La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán», por S. SENDMEYER, pág. 585.
- «Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico alemán», por K. J. ALBIEZ DOHRMANN, pág. 613.
- «La protección del comitente como consumidor», por F. PERTÍNEZ VILCHEZ, pág. 681.
- «La influencia del Derecho europeo de defensa del consumidor en la delimitación jurídica entre el contrato de compraventa y el contrato de obra, según el §651 BGB», por C. BUSCH, pág. 717.
- «Los límites temporales de la responsabilidad por defectos en la obra», por M.^a L. PALAZÓN GARRIDO, pág. 741.

CRÓNICA TRIBUTARIA

Número 144 (2012)

- «El blanqueo y la interferencia en la relación abogado-cliente (II)», por Antonio DOMÍNGUEZ PUNTAS, pág. 7.
- «El Impuesto sobre las Primas de Seguros», por Isidoro MARTÍN DÉGANO, pág. 29.
- «Las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana en la Unión Europea. Análisis jurisprudencial», por Juan Jesús MARTOS GARCÍA, pág. 55.
- «Base imponible común consolidada *versus* normativa fiscal española: una aproximación a su impacto fiscal», por Leonor MORA AGUDO, Emilio NAVARRO HERAS y Miguel PRADO ROMÁN, pág. 89.
- «La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española», por Ana María PITA GRANDAL y Jaime ANEIROS PEREIRA, pág. 111.
- «Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos», por Fernando de Vicente DE LA CASA, pág. 149.

DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN

Número 26 (Enero-Diciembre 2012)

- «Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza», por Ramón DURÁN RIVACOBIA y Julio CARBAJO GONZÁLEZ, págs. 9-63.
- «Los derechos (civiles) de los extranjeros: el artículo 27 del Código Civil y el bloque de constitucionalidad», por Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, págs. 65-115.
- «La inconstitucionalidad sobrevenida del antiguo artículo 42 del Código Civil (a propósito de la STS de 20 de noviembre de 2011)», por Iván HEREDIA CERVANTES, págs. 117-142.
- «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», por Julián LÓPEZ RICHART, págs. 143-201.
- «Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano», por Federico DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, págs. 203-237.
- «Intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen por la publicación de un reportaje con utilización de una cámara oculta», por Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, págs. 239-271.
- «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», por Encarna SERNA MEROÑO, págs. 273-307.

DIARIO LA LEY

Número 7934 (1 de octubre de 1012)

«Jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales», por Luis GONZÁLEZ VAQUÉ.

Número 7935 (2 de octubre de 2012)

«¿Hacia la inadmisibilidad de la acumulación de acciones “civiles y mercantiles”?», por Esther DE FÉLIX PARRONDO y Leticia DIEZ-HOCHLEITNER GONZÁLEZ.

Número 7936 (3 de octubre de 2012)

«Sobre el ámbito objetivo de la protección constitucional del secreto de las comunicaciones en la STC 107/2012, de 21 de mayo», por José Luis RODRÍGUEZ LAINZ.

Número 7937 (4 de octubre de 2012)

«Real Decreto-ley 20/2012, política de empleo y estrategia Europa 2020», por Pilar TABLADO MARRÓN.

Número 7938 (5 de octubre de 2012)

«La procedencia de la diligencia de inventario en el procedimiento de división de herencia», por Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS.

Número 7939 (8 de octubre de 2012)

«La reforma del proceso penal español», por Juan BURGOS LADRÓN DE GUEVARA.

Número 7940 (9 de octubre de 2012)

«Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura autorizada por notario alemán», por Pilar BLANCO MORALES LIMONES.

Número 7941 (10 de octubre de 2012)

«El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP», por María A. TRAPERO BARREALES.

Número 7942 (11 de octubre de 2012)

«Competencia internacional y aplicación de ley extranjera», por M.^a T. ALCOLADO CHICO.

Número 7945 (17 de octubre de 2012)

«Los dispositivos electrónicos de posicionamiento global (GPS) en el Proceso Penal», por José Luis RODRÍGUEZ LAINZ.

Número 7946 (18 de octubre de 2012)

«Acumulación de procesos civiles de ejecución; soluciones a problemas que la ley silencia», por M.^a José ACHÓN BRUÑÉN.

Número 7948 (22 de octubre de 2012)

«El cumplimiento de los requisitos exigidos a las personas jurídicas para el ejercicio de acciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo», por Benjamín GÓRRIZ GÓMEZ.

Número 7949 (23 de octubre de 2012)

«Consideraciones sobre la mediación laboral en la empresa», por Rosa PÉREZ MARTELL.

Número 7950 (24 de octubre de 2012)

«La discutida autorización de la administración concursal para interponer recursos en procesos concursales. Una reinterpretación del precepto», por Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ.

Número 7951 (25 de octubre de 2012)

«Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España», por Vicente MAGRO SERVET.

Número 7952 (26 de octubre de 2012)

«La proyectada reforma del Sistema Arbitral de Consumo», por Antonio ABAD ORTEGA.

Número 7953 (29 de octubre de 2012)

«La libertad condicional de los enfermos muy graves en el sistema de individualización científica», por José Luis MANZANARES SAMANIEGO.

Número 7956 (2 de noviembre de 2012)

«La modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores», por José María VILLALVILLA MUÑOZ.

Número 7959 (7 de noviembre de 2012)

«El deber de información al consumidor en la contratación electrónica de productos de entretenimiento», por María ARIAS POJ.

Número 7962 (12 de noviembre de 2012)

«El cobro aplazado del 40 por 100 de la indemnización por despido en empresas de menos de veinticinco trabajadores, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio», por Glòria POYATOS I MATAS.

Número 7963 (13 de noviembre de 2012)

«Pensión compensatoria negociada. Repercusión sobre el devengo al derecho a la pensión de viudedad», por Carmen MUÑOZ GARCÍA.

Número 7967 (19 de noviembre de 2012)

«El maltratador de violencia de género inimputable *versus* esposa-cuidadora víctima de violencia de género», por Ana GALDEANO SANTAMARÍA.

Número 7968 (20 de noviembre de 2012)

«La prescripción de sanciones recurridas en alzada», por Antonio MARTÍNEZ NIETO.

Número 7970 (22 de noviembre de 2012)

«Doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes», por Ramón MÉNDEZ TOJO.

Número 7971 (23 de noviembre de 2012)

«El estatuto jurídico de la Corona», por José Luis MANZANARES SAMANIEGO.

Número 7973 (27 de noviembre de 2012)

«¿Son eficaces las “amnistías fiscales”?», por Alberto VAQUERO GARCÍA.

Número 7974 (28 de noviembre de 2012)

«Competencia judicial internacional en el ámbito de la obtención de pruebas», por Gloria ESTEBAN DE LA ROSA.

Número 7975 (29 de noviembre de 2012)

«El nuevo Código de Ética Médica: la supervivencia de la Deontología en el marco legislativo actual», por José Antonio Díez FERNÁNDEZ.

Número 7977 (3 de diciembre de 2012)

«La denuncia falsa en el Código Penal español», por María Lourdes Soto RODRÍGUEZ.

Número 7978 (4 de diciembre de 2012)

«El *bullying* (acoso escolar) y el *cyberbullying*: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales», por Rosa PÉREZ MARTELL.

Número 7979 (5 de diciembre de 2012)

«La adquisición de la nacionalidad española por estudiantes extranjeros», por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ.

Número 7980 (10 de diciembre de 2012)

«Gestión de la Propiedad Intelectual en la Universidad», por María ARIAS POU.

Número 7982 (12 de diciembre de 2012)

«Sobre el destino de las grabaciones de conversaciones objeto de una intervención legal de comunicaciones, una vez finalizado el proceso en que se acordaron», por José Luis RODRÍGUEZ LAÍNZ.

Número 7983 (13 de diciembre de 2012)

«Policía Judicial. Especial referencia a la Policía Local como Policía Judicial», por Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y Alberto ALBACETE CARREÑO.

Número 7984 (14 de diciembre de 2012)

«En apelación de las resoluciones interlocutorias, así como de los autos resolutorios de los recursos de reposición interpuestos frente a las mismas», por Pedro M. RUBIO ESCOBAR.

NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA
Monográfico XXV años del IVA en España
(Septiembre-Octubre 2012)

«El proceso de implantación del Impuesto sobre el Valor Añadido en España» por Luis Fernando ALEMANY SÁNCHEZ DE LEÓN, pág. 3.

- «De la necesidad de hacer una revisión del IVA en España, 25 años después de su implantación», por José Manuel DE BUNES IBARRA y Francisco Javier SÁNCHEZ GALLARDO, pág. 23.
- «La deducción en el IVA», por César GARDA NOVOA, pág. 33.
- «Las operaciones ilícitas en el Impuesto sobre el Valor Añadido», por Pedro M. HERRERA MOLINA, pág. 53.
- «El concepto de empresario a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido» por Jesús RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, pág. 59.
- «La rectificación de la repercusión en el Impuesto sobre el Valor Añadido», por Víctor Manuel SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, pág. 83.

Número 332 (Noviembre-Diciembre 2012)

- «Apunte sobre el futuro de la regulación del crédito al consumo, a la luz de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo», por María José REYES LÓPEZ, pág. 3.
- «El ejercicio de los derechos de los consumidores europeos», por Luis ABELLÁN TOLOSA, pág. 13.
- «Reflejos de las reformas contractuales europeas en la actividad de empresarios y consumidores», por Javier AVILÉS GARCÍA, pág. 27.
- «El sobreendeudamiento de los consumidores en la Unión Europea», por Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER, pág. 43.
- «Endeudamiento familiar y procedimiento concursal de los consumidores», por Purificación MARTORELL ZULUETA, pág. 57.
- «Actos de disposición, título gratuito y la rescisión concursal», por Juan A. TAMAYO, pág. 69.
- «Un impulso renovado para la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)», por Alberto GIL SORIANO, pág. 83.
- «¿Cuál es el fraude fiscal exigido por el artículo 11.1, letra a) de la Directiva de fusiones, escisiones, etc., para poder aplicarse la norma anti-abuso que esta disposición contiene?», por Alfonso SANZ CLAVIJO, pág. 97.
- «La cuantificación de las tasas sobre telecomunicaciones según la legislación y jurisprudencia de la Unión Europea (STJUE de 21 de julio de 2011 y STS de 9 de febrero de 2012, asunto Telefónica de España, S. A. y la CMT)», por M.^a Silvia VELARDE ARAMAYO, pág. 103.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS Número 29 (Mayo-Agosto 2012)

«Protección de datos personales, redes sociales y menores», por Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, pág. 21.

«El arbitraje electrónico», por Sonia MARTÍN SANTISTEBAN, pág. 61.

«Régimen general de las transferencias internacionales de datos», por Reyes BERMEJO BOSCH, pág. 83.

Número 30 (Septiembre-Diciembre 2012)

«La legitimidad jurídica y deontológica del uso de cámaras ocultas en periodismo», por Consuelo PONCE PEÑARANDA, Juan MARTÍNEZ OTERO y Lucía GARCÍA MOUNER, pág. 21.

«Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», por Luis DOS SANTOS MARTINS, pág. 45.

«Publicidad de sentencias, internet y protección de datos de carácter personal», por Juan Carlos ORENES RUIZ, pág. 69.

«El jurado de autocontrol en materia de publicidad interactiva: pronunciamientos frente a terceros ajenos al sistema», por David LÓPEZ JIMÉNEZ, pág. 83.

REVISTA ARANZADI DOCTRINAL

Número 7 (Noviembre 2012)

«Crisis matrimoniales internacionales y conflictos de civilizaciones», por Hilda AGUILAR GRIEDER, pág. 143.

«Sobre el cambio de paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida y su validez», por Lorenzo PRATS ALBENTOSA, pág. 167.

«Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno a la Ley Concursal», por Blas Alberto GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 183.

«El fuero jurisdiccional en las reestructuraciones bancarias», por Alberto PALOMAR OLMEDA, pág. 191.

«La última gran etapa en la reforma de nuestro sistema financiero: sociedad gestora de activos (“banco malo”) *versus* “banco puente”», por Juan CALVO VÉRGEZ, pág. 207.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Número 188 (Mayo-Agosto 2012)

«El papel de los titulares de derechos e intereses sobre cosa ajena en la expropiación forzosa», por C. CIERCO SEIRA, págs. 17-63.

«La desviación de poder en el Derecho Comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», por R. O. BUSTILLO BOLADO, págs. 65-97.

«La devaluación de los derechos estatutarios y sus garantías», por J. MORCILLO MORENO, págs. 99-144.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Número 60 (Enero-Junio 2012)

«Contribuciones para el desarrollo de la titularidad compartida», por Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, Javier PLAZA PENEDÉS y Esther MUÑIZ ESPADA, pág. 7.

«La mujer como agente para la cooperación y el desarrollo rural», por María José CAZORLA GONZÁLEZ, pág. 33.

«La comercialización de los productos agroalimentarios a través de los contratos tipo de productos agroalimentarios y la mediación en la resolución de sus controversias», por Gloria DOMÉNECH MARTÍNEZ, pág. 47.

«El sector agrario español desde la perspectiva de género», por Yolanda GONZÁLEZ GONZÁLEZ, pág. 65.

«Repensar la propiedad», por José Antonio NAVARRO FERNÁNDEZ, pág. 91.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Vol. XVII (2011)

«La experiencia aragonesa y catalana en materia de contratos de integración ganadera», por Aurora LÓPEZ AZCONA, pág. 11.

«Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón», por Aurelio BARRIO GALLARDO, pág. 45.

«Las relaciones de vecindad en el Código de Derecho Foral de Aragón: luces y sombras», por Jesús SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, pág. 93.

«Relación entre el régimen aragonés de luces y vistas y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar: revisión de la jurisprudencia a la luz del Código de Derecho Foral de Aragón», por Francisco de Asís GONZÁLEZ CAMPO, pág. 139.

REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Número 41 (Enero-Abril 2012)

- «La Unión Europea ante la crisis libia: ¿Derecho internacional, democracia y derechos humanos en las relaciones euromediterráneas?», por Jaume FERRER LLORET, págs. 13-56.
- «La Unión Europea, FRONTEX y la seguridad en las fronteras marítimas. ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?», por Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ, págs. 57-118.
- «Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea», por Nicolás ALONSO MOREDA, págs. 119-157.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 284 (Abril-Junio 2012)

- «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España», por José Miguel EMBID IRUJO, pág. 25.
- «El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil catalán», por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 53.
- «Actos de competencia desleal de carácter duradero y prescripción de acciones», por Javier GUTIÉRREZ GILSANZ, pág. 103.
- «Los dividendos electivos o *scrip dividends*», por Miguel IRIBARREN, pág. 141.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Número 275 (Julio-Agosto 2012)

- «La innovación del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Suelo por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio. Una visión desde la perspectiva de la administración autonómica», por José Antonio CARRILLO MORENTE, pág. 25.
- «El Reglamento estatal de inundaciones y el avance en el enfoque holístico para la gestión de los riesgos naturales», por Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, pág. 41.
- «La gestión municipal del urbanismo: las sociedades urbanísticas», por Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN, pág. 89.
- «La Directiva 2011/92/UE, codificación del régimen de la evaluación de impacto ambiental de proyectos. Una ocasión perdida para mejorar el sistema», por Juan Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 127.
- «Urbanismo, suelo y vivienda. Problemas vigentes (Parte 2)», por Juan Antonio ÁLVAREZ MARTÍN, pág. 177.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS Número 157 (Julio-Septiembre 2007)

- «Raymond Aron y España», por Pedro Carlos GONZÁLEZ CUEVAS, págs. 13-44.
- «El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual», por Octavio SALAZAR BENÍTEZ, págs. 45-81.
- «Entre el credo y la ley. Procesos de “interlegalidad” en el pluralismo jurídico de base religiosa», por Francisco COLOM GONZÁLEZ, págs. 83-103.
- «La mónada psíquica y la omnipotencia del ciudadano: *Cornelius Castoriadis*», por Juan DORADO ROMERO, págs. 105-134.
- «Municipalismo alternativo y popular. ¿Hacia una consolidación de las tesis del nuevo localismo y la politización del mundo local?», por Gemma UBASART-GONZÁLEZ, págs. 135-162.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Septiembre-Octubre 2012)

- «Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar», por Inmaculada VIVAS TESÓN, págs. 3-40.
- «El reembolso anticipado en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo», por Ibón VITERI ZUBIA, págs. 41-65.
- «Códigos sectoriales», por Roberto CARLEO, págs. 67-82.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO Número 155 (Julio-Septiembre 2012)

- «La innovación del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Suelo por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio. Una visión desde la perspectiva de la administración autonómica», por José Antonio CARRILLO MORENTE, pág. 25.
- «El Reglamento estatal de inundaciones y el avance en el enfoque holístico para la gestión de los riesgos naturales», por Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, pág. 41.
- «La gestión municipal del urbanismo: las sociedades urbanísticas», por Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN, pág. 89.
- «La Directiva 2011/92/UE, codificación del régimen de la evaluación de impacto ambiental de proyectos. Una ocasión perdida para mejorar el sistema, por Juan Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 127.
- «Urbanismo, suelo y vivienda. Problemas vigentes (Parte 2)», por Juan Antonio ÁLVAREZ MARTÍN, pág. 177.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO Número 156 (Octubre-Diciembre 2012)

- «Conceptualización jurisprudencial de las dilaciones imputables al obligado tributario», por Felipe ROMERO GARCÍA, pág. 31.
- «Los derechos de los obligados tributarios ante los requerimientos de información entre Estados miembros de la Unión Europea en la Directiva 2011/16/UE», por Sabina DE MIGUEL ARÍAS, pág. 61.
- «La estructura jurídica del impuesto sobre el valor añadido en las operaciones interiores», por Jorge MARTÍN LÓPEZ, pág. 89.
- «Nuevo CDI entre España y Alemania. La eliminación de la cláusula de “residencia ficticia” del artículo 4.4 en materia de sociedades de personas: ¿supresión de una cláusula conflictiva?», por Francisco A. VAQUER FERRER, pág. 131.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (2012)

- «Tratados internacionales y conflictos armados: una cuestión siempre pendiente», por C. M. DÍAZ BARRADO, pág. 11.
- «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», por I. MANZANO BARRAGÁN, pág. 49.
- «¿Hacia la armonización de los controles nacionales a la exportación nuclear?», por M. ÁLVAREZ VERDUGO, pág. 79.
- «Estados árabes y derechos humanos: la recepción y aplicación de la norma internacional», por V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO, pág. 105.
- «El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible», por A. J. RODRIGO HERNÁNDEZ, pág. 133.

REVISTA ESPAÑOLA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES Número 232 (2 de 2012)

- «Los mecanismos de la PAC 2020: principales vectores del proceso de reforma en curso», por Albert MASSOT MARTÍ, pág. 13.
- «Algunos apuntes sobre la relación entre las políticas europeas agraria y de competencia en el marco de las discusiones sobre la PAC post 2013», por Tomás GARCÍA AZCÁRATE, pág. 69.
- «Revisando las categorías de análisis de la agricultura familiar: un caso de estudio del Campo de Cartagena», por Olga M. MORENO PÉREZ, pág. 101.

- «El concepto de “valor de marca” aplicado a los signos de calidad con indicación geográfica, por Antonio VILLAFUENTE MARTÍN, Ana Cristina GÓMEZ MUÑOZ y Tomás DE HARO GIMÉNEZ, pág. 131.
- «El sector del aceite de oliva ecológico en Cataluña. Un análisis de la campaña 2008/09 a partir de los flujos de producción desde el campo a la almazara», por Lluç MERCADÉ ROMEU y José María GIL ROIG, pág. 165.
- «Circuitos cortos de comercialización en Andalucía: un análisis exploratorio», por Inés GONZÁLEZ CALO, Tomás DE HARO GIMÉNEZ, Eduardo RAMOS REAL y Henk RENTING, pág. 193.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 51 (Julio 2012)

- «El código ético de la arqueología y el patrimonio en Castilla-La Mancha», por Luis BENÍTEZ DE LUGO ENRICH y otros, pág. 11.
- «Un análisis sobre la polémica sentencia del Tribunal de Estrasburgo, de 8 de diciembre de 2009, sobre la pensión de viudedad de un matrimonio celebrado con el rito de la etnia gitana», por José ESCOBAR JIMÉNEZ, pág. 29.
- «Limitaciones del dominio: una propuesta doctrinal», por Miguel Ángel JIMÉNEZ, pág. 41.
- «Análisis de la repercusión que tiene para la protección de consumidor la aplicación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-12-2006, relativa a los servicios en el mercado interior», por Ramiro LOSADA GÓMEZ, pág. 103.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 3 (2012)

- «La regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña: del proyecto de Libro 2.º de 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2.º del Código Civil de Cataluña», por M.^a Teresa DUPLA MARÍN, pág. 601.
- «La reforma laboral de 2012. ¿Hacia dónde va el derecho del trabajo? Análisis de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral», por Eduardo ROJO TORRECILLA y Ferrán CAMAS RODA, pág. 621.
- «La declaración tributaria especial: Luces y sombras de la “amnistía fiscal” o el dulce sabor de la zanahoria», por Luis Manuel ALONSO GONZÁLEZ, pág. 655.
- «Algunes qüestions entorn a la preterició errònia a l'ordenament català», por Cristina PARDO MAYORGA, pág. 677.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 52 (Julio-Diciembre)

- «Las Nuevas Ordenanzas del Noble Valle y Universidad de Baztán de 2011», por Juan Cruz ALLÍ TURRILLAS, pág. 11.
- «Los puntos de encuentro familiar de Navarra: fundamento jurídico, marco normativo, actualidad y perspectivas de evolución», por Raquel LUQUIN BERGARRECHE, pág. 51.
- «Directiva de Servicios y Administración Local: cuestiones generales de su transposición en Navarra», por María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, pág. 107.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 128 (2012)

- «Historia de la Comisión Codificadora de 1882 y el Código Civil de 1888», por Omás Federico ARIAS CASTRO, pág. 21.
- «La inmunidad de la jurisdicción internacional dentro del Derecho Laboral interno», por M. Eric BRIONES BRIONES, pág. 47.
- «Judicialización de la política en la justicia electoral costarricense», por Luis Diego BRENES VILLALOBOS, pág. 73.
- «El Derecho internacional público y el Derecho nacional», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 91.
- «La prestación de los servicios en régimen de competencia», por Carlos Alberto MATA COTO, pág. 117.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO Número 2 (2012)

- «Las primarias electorales del 2012: Un estudio sobre los nuevos retos y tendencias en el Derecho Electoral de Puerto Rico», por Ramón L. ROSARIO CORTÉS y Cario E. ZAYAS MORALES, pág. 251.
- «El Derecho Ambiental en Puerto Rico: ¿Evolución o estancamiento?», por Damaris MONTALVO MELÓN, pág. 299.
- «Derecho Comparado: Derecho del Consumidor en España», por GRISELLE V. LÓPEZ PEREIRA, pág. 323.
- «Confiabilidad en las pruebas de aliento: Pueblo *versus* Montalvo Petrovich», por María CARDONA GARCÍA, pág. 343.
- «Necesario erradicar la solidaridad impropia», por José J. LAMAS RIVERA, pág. 357.

- «Asuntos controversiales del examen poligráfico dentro del sistema del Derecho puertorriqueño», por Maritere DE JESÚS APONTE y Orlando R. ORTIZ LÓPEZ, pág. 373.
- «Los gravámenes y embargos de la propiedad inmueble a favor del Estado Libre Asociado por contribuciones *versus* la Sociedad Legal de Gananciales y otros», por Marcos Francisco SOTO MÉNDEZ, pág. 391.
- «Importancia de las Reglas 404 y la 609 de las de Evidencia de 2009: Todo está en el carácter», por Luis Alberto SIFONTE COLÓN, pág. 419.
- «Ruptura irreparable: lo que no dijo el legislador», por Carlia N. SOTO PADUA, pág. 441.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY Número 97 (Julio-Diciembre 2011)

- «La nulidad de las enajenaciones en la regulación del ordenamiento territorial», por Raúl ANIDO BONILLA, pág. 315.
- «Calificación registral; regla de traducción y poder», por Néstor U. CAREAGA, pág. 327.
- «Ley 17.904. ¿Es necesaria la ratificación de un contrato otorgado por una sociedad, antes de la inscripción de la declaratoria?», por Daniella CIANCARULO BERTONE, pág. 335.
- «La libertad para elegir nombres y apellidos en el ámbito internacional», por Rubén B. SANTOS BELANDRO, pág. 345.

RIVISTA DELL DIRITTO COMMERCIALE Número 1 (2012)

- «II difficile percorso della semplificazione: dai diritti dei soci, alla centralità dei soci senza diritti», por C. MONTAGNANI, pág. 1.
- «L'art. 2499 CC: appunti per una ricerca», por A. PACIELLO, pág. 31.
- «Sulla composizione e sulla elezione dell'organo amministrativo di una società quotata», por M. STELLA RICHTER Jr., pág. 51.
- «Offerte interne e coazione a vendere: dal diritto all'OPA al diritto a vendere "oltre" l'OPA», por A. MORELLO, pág. 79.
- «Pratiche commerciali scorrette nel settore finanziario e assicurativo e tutela individuale», por F. BILOTTA y N. DELLA BIANCA, pág. 135.
- «Dal Draft of Common Frame of Reference al Feasibility Text: verso un regolamento opzionale sul diritto europeo dei contratti», por L. FALLETTI, pág. 187.

Número 2 (2012)

- «Silenzio e le parole nella cultura del civilista», por G. B. FERRI, pág. 205.
- «Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria», por P. MONTALENTI, pág. 243.
- «Introduzione alla contabilità d'impresa», por G. RACUGNO, pág. 269.
- «La rilevanza dello status per la protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale», por L. DELLI PRISCOLI, pág. 311.
- «Conferimenti in natura senza stima e azioniproprie: *re "melius" perpensa?*», por N. DE LUCA, pág. 355.
- «Rapporto tra la tutela reale e la tutela obbligatoria degli azionisti», por L. ROSANO, pág. 373.

Número 3 (2012)

- «Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole», por G. FERRI jr, pág. 423.
- «Imputazione e responsabilità nelle "reti di imprese" non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)», por M. SCIUTO, pág. 445.
- «Prime riflessioni sul ruolo del diritto societario nella concorrenza», por C. TESCHI, pág. 505.
- «Contro l'abuso... della posizione dominante collettiva», por E. MARCHISIO, pág. 541.

RIVISTA DELLE SOCIETÀ Número 4 (julio-agosto 2012)

- «Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi», por Giovanni STRAMPELLI, pág. 605.

Número 5 (Septiembre-Octubre 2012)

- «Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomía estatutaria nella s.r.l.», por Gianmaria PALMIERI, pág. 877.

RIVISTA DE DIRITTO AGRARIO **Número 2 (Abril-Junio 2012)**

«Le indicazioni in etichetta (e la loro natura) e i segni degli alimenti», por Alberto GERMANO, pág. 207.

RIVISTA DE DIRITTO CIVILE **Número 4 (Julio-Agosto 2012)**

«Form» e «realità» nel diritto italiano delle garanzie reali», por Enrico GABRIELLI, pag. 449.

«Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi», por Francesco BOTTONI, pág. 467.

«Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa)», por Stefano DELLE MONACHE, pág. 489.

«Iniziativa económica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo», por Gustavo OLIVIERI, 509.

«Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2545 ter CC e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6, del TUF: quale modello di segregazione patrimoniale?», por Lorenza BULLO, pág. 535.

«Beni della professione e beni dell'impresa nel regime di comunione legale: alla ricerca di uno spazio residuo per un'anacronistica differenza», por Giuliana CERDONIO CHIAROMONTE, pág. 565.

RIVISTA DE DIRITTO PROCESUALE **Número 5 (Septiembre-Octubre 2012)**

«Le trasformazioni della giustizia nell'età della globalizzazione», por Nicola PICCARDI, pag. 1153.

«La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale», por Lotario DITTRICH, pág. 1166.

«L'azione di classe: un primo bilancio», por Andrea GIUSSANI, pág. 1177.

«Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani», por Mitja GIALUZ, pág. 1193.

«Le misure cautelari nell'arbitrato commerciale internazionale», por Albert HENKE, pág. 1207.

«La testimonianza técnica», por Federico FERRARIS, pág. 1231.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO
E PROCEDURA CIVILE
Número 4 (Diciembre 2012)

«I beni: itinerari fra “moderno” e “pos-moderno”», por Paolo GROSSI, pág. 1059.

«*Debitoris suffocatio* e pattio commissorio», por Enrico CARBONE, pág. 1087.

«La venta nel processo», por Michele TARUFFO, pág. 1117.

«Linee e percorsi della tutela dei diritti dall'unificazione ad oggi», por Ilaria PAGNI, pág. 1137.

«La riforma dei mezzi di impugnazione», por Remo CAPONI, pág. 1153.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROI CIVIL
Número 3 (Julio-Septiembre 2012)

«Une approche structurale de la propriété», por William DROSS, pág. 419.

«Réflexions sur le paiement á l'épreuve de la monnaie scripturale», por Laetitia BOUGEROL-PRUD'HOMME, pág. 439.

«La jurisprudence relative á l'articulation des articles I 386 et 1384, alinéa 1^{er} du Code Civil».

«L'instrumentalisation de la règle *Specialia generalibus derogant*», por Christine DESNOYER, pág. 461.

UNIFORM LAW REVIEW
Número 3 (2012)

«The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: an American Perspective on the Principles and Their Use», por Henry DEEB GABRIEL, pág. 507.

«Designating the Unidroit Principles in International Dispute Resolution», por Geneviève SAUMIER, pág. 533.

«The Hague and Geneva Securities Conventions: a Modern and Global Legal Regime for Intermediated Securities», por Christophe BERNASCONI y Thomas KEUSER, pág. 549.

«Modern Legal Regulation of Corporate Groups in National Private Law», por Valery FEDCHUK, pág. 561.