

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 LXXXVIII • Julio-Agosto 2012 • Núm. 732

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 José Antonio Nortes Triviño
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 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

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

«Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	1845
«Investigación acerca de la publicidad registral y su estructura jurídica», por ANTONIO MANZANO SOLANO	1907
«Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», por JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS	1935
«La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», por JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ	1969

DICTÁMENES Y NOTAS

«El turista como usuario del servicio de transporte aéreo: normas comunitarias y convenios internacionales aplicables», por BELÉN FERRER TAPIA	2045
«Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas», por AURA ESTHER VILALTA NICUESA	2067
«Régimen jurídico comunitario, concursal y tributario de la reserva de dominio», por GUILLERMO JOSÉ VELASCO FABRA	2151

DERECHO COMPARADO

«Los <i>antisuit injunctions</i> (medidas cautelares antijuicio) en Derecho estadounidense», por HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS	2165

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	2201

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «La intromisión del ruido en la intimidad domiciliaria. Repercusiones jurisprudenciales», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.....	2235

1.2. Derecho de familia:

— «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT	2248
— «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2298

1.3. Derechos reales:

— «La constancia registral de la adscripción al culto de un inmueble», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA .	2327

1.4. Sucesiones:

— «Legados, revocación tácita y entrega del objeto: enajenación forzosa mediante ampliación de capital y renuncia preventiva al derecho de suscripción preferente», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ y ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT	2340

1.5. Obligaciones y contratos:

— «El contrato a favor de persona por designar: su régimen jurídico, el ejercicio de la facultad de designación y sus efectos», por ROSANA PÉREZ GURREA	2362

1.7. Concursal:

- «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 2387
- «Cesión de bienes en concurso de acreedores e inscripción registral», por FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO 2426

2. MERCANTIL

- «La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2443

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

- «El tratamiento de las vías pecuarias en los procesos de gestión urbanística», por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ 2472

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 2481

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Gestión y administración de Fundaciones», de VV.AA., por JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS 2507

REVISTA DE REVISTAS 2515

QUINTO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Quinto Premio de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2010/2011, concediéndose a Doña María del Carmen Luque Jiménez, por su trabajo «El control registral de la edificación», publicado en el número 720, correspondiente a julio-agosto de 2010. Doña María del Carmen Luque Jiménez es Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Málaga. El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente, Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente, a su vez, del Consejo de Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Vocales: Don Alfonso Candau Pérez, Don Luis Fernández del Pozo y Don Juan María Díaz Fraile, integrantes del Comité Ejecutivo de la *Revista Crítica*, así como por Don Francisco Javier Gómez Gállico, Consejero-Secretario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que actuó, a su vez, como secretario del Jurado. El premio *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

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

- 1.º La dotación del premio será de 5.000 euros.
- 2.º Se concederá premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2013, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

ESTUDIOS

Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica (1)

por

DR. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad

Catedrático de Derecho Civil (acreditado)

Presidente del Consejo de Dirección del CIDDRIM

SUMARIO

- I. EL ORIGEN DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA, FINANCIERA E INMOBILIARIA COMO CONTEXTO DE LA ACTUAL PROLIFERACIÓN DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
- II. LA SITUACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL:
 1. EL PERIODO DE EXPANSIÓN:
 - A) *Etapa 1982-2003.*
 - B) *Etapa 2003-2006.*
 - C) *Comparación con la situación de los países europeos de la Unión Monetaria Europea.*
 2. LA APARICIÓN DE LA CRISIS Y LA FUERTE RETRACCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y DE CRÉDITO.

(1) Este trabajo tiene su origen en la ponencia preparada por su autor en el marco de la Jornada sobre «Limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario», que tuvo lugar en la Universidad de Barcelona, el 27 de abril de 2011, organizada por el Centro de Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil.

3. LA EVALUACIÓN DE LOS DATOS Y EL INCREMENTO DE LA MOROSIDAD Y DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
- III. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. RECIENTES DECISIONES JUDICIALES EN LA MATERIA:
 1. EL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010.
 2. EL AUTO DEL JUZGADO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010, DICTADO EN UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL.
 3. EL AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, NÚMERO 2 DE SABADELL, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010.
 4. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL DE LA DGRN.
- IV. MODIFICACIONES LEGALES FRENTE A LOS RIESGOS DE INSOLVENCIA HIPOTECARIA. REFORMAS APROBADAS EN EL PERIODO 2007-2011:
 - A) LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 2/1981, DE 25 DE MARZO, DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO Y OTRAS NORMAS DEL SISTEMA HIPOTECARIO Y FINANCIERO, DE REGULACIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS Y EL SEGURO DE DEPENDENCIA Y POR LA QUE SE ESTABLECE DETERMINADA NORMA TRIBUTARIA.
 - B) EL REAL DECRETO 1975/2008, DE 28 DE NOVIEMBRE, SOBRE MEDIDAS URGENTES A ADOPTAR EN MATERIA ECONÓMICA, FISCAL, DE EMPLEO Y ACCESO A LA VIVIENDA.
 - C) LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN CON LOS CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO.
 - D) EL REAL DECRETO-LEY 6/2010, DE 9 DE ABRIL, DE MEDIDAS PARA EL IMPULSO DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y EL EMPLEO.
 - E) LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.
 - F) LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL.
- V. SUGERENCIA DE POSIBLES NUEVAS REFORMAS LEGALES:
 1. RAZONES PARA EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 105 DE LA LEY HIPOTECARIA.
 2. RAZONES PARA REFORMAR LA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBASTAS HIPOTECARIAS.
 3. NUEVA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO: ALQUILER *VERSUS* DESAHUCIO.
 4. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SUBASTAS.
 5. REVISIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 670 Y 671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL:
 - A) *Sistema previsto para la ejecución de las garantías financieras.*
 - B) *Ampliación de garantía en caso de disminución del valor de la finca hipotecada.*
 - C) *Tasación en los casos de construcciones añadidas a la finca después de la constitución de la hipoteca y a las que no se extienda esta.*
 - D) *Evolución de los precios de la vivienda. Comparación con los tipos del 60 y del 70 por 100.*

I. EL ORIGEN DE LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA, FINANCIERA E INMOBILIARIA COMO CONTEXTO DE LA ACTUAL PROLIFERACIÓN DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS

En el verano de 1944 se reunieron en Bretton Woods —New Hampshire— los dirigentes del mundo occidental, y acordaron la constitución del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, marcando con ello el inicio de la internacionalización de la economía y el fin del nacionalismo económico. Este hecho constituye el origen remoto de la actual crisis financiera internacional cuyo epicentro se localiza en la crisis de las hipotecas *subprime* de Estados Unidos y que se ha contagiado al resto de los mercados internacionales a través de los productos de titulización de su mercado secundario.

Los Acuerdos de Bretton Woods condujeron a la liberalización del comercio y a la reducción de las barreras aduaneras, favoreciendo la división internacional del trabajo y permitiendo captar nuevas fuentes de aprovisionamiento a precios más baratos. Pero estos efectos se produjeron de forma limitada porque la Unión Soviética, que participó en la Conferencia, no llegó a ratificar los acuerdos, y China, que también participó, se retiró en 1949 al triunfar la revolución comunista.

Ahora bien, estas limitaciones se superan a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, al dejar al descubierto la ruina económica que existía al otro lado del telón de acero, mucho peor de lo que habían vaticinado los economistas occidentales. La planificación económica centralizada quedó sentenciada como un sistema que conduce al fracaso, y ello produjo un movimiento de suplantación progresiva de la misma por el capitalismo de mercado en la mayor parte del mundo, fuera del caso de Cuba, Corea del Norte y otras pocas excepciones.

De hecho este cambio se produjo no solo en los países del antiguo bloque soviético, sino también en gran parte de los países del tercer mundo. El caso paradigmático fue el de la China comunista, cuyo camino hacia la economía de mercado, comenzado en 1978, se aceleró a partir de finales de los años ochenta, a través de la denominada «política de puertas abiertas». Su discreta evolución hacia la protección de los derechos de propiedad de los extranjeros se acentuó, determinando con ello un rápido despegue de las inversiones extranjeras directas en el país a partir de 1990, con un crecimiento constante a tasas superiores al 20 por 100 anual.

Algo parecido había sucedido años atrás en los denominados tigres asiáticos, en particular Corea del Sur, Hong Kong, Singapur y Taiwán.

Las tasas de crecimiento económico de estos países y de otros como India, ha producido un aumento importante de la parte del producto interior bruto mundial imputable a los países en desarrollo, tendencia que tiene repercusiones financieras espectaculares, ya que el ahorro es porcentualmente mucho más elevado en estos países que en los países industrializados, debido a dos factores:

la debilidad de las políticas de protección social, que obliga a las familias a ahorrar en previsión de la llegada de malos tiempos o para la jubilación, y la falta de una cultura de consumo, por lo que existe menos incitación al gasto.

Este fenómeno ha coincidido con el aumento de la productividad inducido por las nuevas tecnologías a que dio lugar el descubrimiento de las propiedades electrónicas del silicio, con la aparición de los microprocesadores, la fibra óptica, el láser, la comunicación por satélite, y la generalización rapidísima del uso de Internet y de la telefonía móvil.

La acción combinada de estos factores ha provocado un crecimiento tal del ahorro mundial, que su aumento global ha excedido con mucho de las opciones de inversión disponibles.

La acción de mercado que hace coincidir el ahorro y la inversión global efectiva ha reducido sensiblemente las tasas de interés reales (interés nominal corregido por la inflación) debido a que la oferta de fondos en busca de destinos de inversión rentables ha aumentado más rápidamente que la demanda de inversiones.

Esta bajada de los tipos de interés ha ido acompañada de forma paralela, hasta el estallido de la crisis, de un alza de los precios de las acciones de las sociedades de capital y de los inmuebles y, en general, de todo tipo de patrimonio remunerador, generando en los países desarrollados un aumento de la riqueza nominal de las familias que ha permitido un paralelo crecimiento de su capacidad de endeudamiento, que ha venido a absorber el exceso de liquidez mundial al que antes nos referíamos. Esto es lo que explica el curioso fenómeno que se ha producido en el mercado hipotecario secundario, mercado secundario que inicialmente estaba concebido y organizado para proporcionar recursos con los que satisfacer la demanda de créditos hipotecarios del mercado primario. Pero en los últimos tiempos, como consecuencia de la excesiva acumulación de capitales por las razones apuntadas el mercado secundario ha funcionado en dirección inversa, es decir, exactamente al revés.

Este curioso fenómeno se explica porque se ha producido una gran demanda de títulos hipotecarios para colocar aquellos excedentes de capital, demanda que responde básicamente a dos razones: su buena rentabilidad, algo superior a la de los títulos de renta fija emitidos por organismos oficiales, y su calificación crediticia similar a la de estos últimos.

Dado que los títulos y valores hipotecarios solo pueden ser emitidos con una cartera de cobertura integrada por créditos hipotecarios del mercado primario, aquella demanda de valores ha producido un aumento de la oferta de estos últimos créditos. Las consecuencias de ello han sido la disminución de los parámetros de solvencia exigidos a los deudores hipotecarios del mercado primario. Cuando esta circunstancia se ha combinado con un aumento de tipos de interés y con una paralela disminución de la tasa de aumento del valor de los inmuebles hipotecados ha surgido el problema, problema que se ha agravado cuando las consecuencias de la actual crisis económica se ha traducido no

ya en una disminución de la tasa de aumento del valor de los inmuebles sino directamente en un descenso del valor de estos últimos.

Como es sabido, el origen concreto de la actual crisis financiera se encuentra en el incremento de la morosidad en las hipotecas *subprime* (préstamos con baja calificación crediticia) y *non-conforming* (clientes con información insuficiente sobre su solvencia), y su dimensión y repercusión se explica por dos factores:

- 1.º El tamaño de la cuota de los mercados *subprime* y *non-conforming* que creció sustancialmente durante los diez años anteriores al inicio de la crisis, de forma que, en 2006, estos representaban sobre el total de la nueva contratación del mercado norteamericano un 46 por 100.
- 2.º En cuanto a su repercusión, el vehículo de extensión de la crisis a otros mercados internacionales han sido los títulos del mercado secundario de Estados Unidos con muy bajo nivel de regulación, que permite que el riesgo de impago se trasmita a los inversores.

Esta situación regulatoria del mercado hipotecario americano se inscribe en un contexto más amplio, el del conjunto de la economía norteamericana, en la que se ha producido el abandono del modelo keynesiano de cierto intervencionismo estatal en la economía por una fe excesiva en la eficacia de las fuerzas del mercado, como consecuencia de lo cual se ha producido un movimiento generalizado de desregulación y de asunción del paradigma de la autorregulación y los códigos de buena conducta, los cuales con ocasión de esta crisis han mostrado, a su vez, sus limitaciones para prevenir fracasos económicos de gran escala como el que estamos observando. Sin embargo, este fracaso era fácilmente previsible desde el punto de vista de la lógica de los conflictos de intereses, dada la falta de independencia de los mecanismos de control financiero respecto de las empresas y actividades controladas (así, por ejemplo, en el caso de las auditoras, agencias de *ratings*, etc.).

Esto es importante desde el punto de vista jurídico, ya que la teoría económica del Derecho, de un lado, y la economía neoinstitucional, de otro, han venido a coincidir en la idea de que la calidad regulatoria y el entramado institucional de un país es la base esencial de su crecimiento económico. En efecto, el Ordenamiento jurídico no es nunca neutro desde el punto de vista de su influencia económica en los mercados, lo que en momentos de crisis como el actual nos obliga a hacer una revisión crítica de nuestro Derecho positivo, que es el objeto del presente trabajo en lo relativo a los mecanismos de realización del valor de los bienes hipotecados en caso de impago de la deuda garantizada.

A la situación antes descrita se había referido ya el Libro Blanco sobre integración de los mercados hipotecarios de la Unión Europea, aprobado el 18 de diciembre de 2007, cuando la crisis financiera en Estados Unidos ya había comenzado.

El Libro Blanco alerta de la necesidad de extraer las enseñanzas necesarias para prevenir estas situaciones en el futuro, especialmente en dos ámbitos, el de la concesión responsable de los préstamos hipotecarios, exhortando a los prestamistas a evaluar la solvencia y capacidad de pago del prestatario, y en el ámbito de la refinanciación hipotecaria y titulización.

II. LA SITUACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL

A pesar de la amplia internacionalización de la economía, y la intensa integración de los mercados europeos, lo cierto es que todavía hoy tiene sentido analizar la situación y la evolución de la economía por países (dada la diversidad regulatoria, cultural, de tradición, infraestructuras, formación del capital humano, y un largo etcétera de causas). Por ello, en un estudio como el presente, debemos preguntarnos en concreto por el mercado español. Para analizarlo debemos distinguir varias etapas.

1. EL PERIODO DE EXPANSIÓN

Hay que comenzar subrayando la enorme pujanza y solidez del mercado hipotecario español durante el último cuarto de siglo. Para comprender mejor la situación dividiré el análisis de los datos económicos en dos periodos: el primero abarcaría desde 1982, fecha de creación del mercado hipotecario español en virtud de la Ley 2/1981, hasta 2003, año en que se frena la tendencia decreciente de los tipos de interés, en tanto que el segundo se extiende al periodo comprendido entre 2003 y finales de 2006, fecha en la que todavía no había estallado la crisis financiera.

A) *Etapas 1982-2003*

Pues bien, entre 1982 y 2003, el peso relativo de la financiación hipotecaria sobre el total de la financiación del sector privado no ha parado de crecer, pasando de representar un 15 por 100 en 1982 al 51 por 100 en 2003. Similar evolución ha representado en relación con el PIB. Este ciclo expansivo se ha acelerado en los cinco últimos años del periodo considerado en que se han registrado tasas de crecimiento interanual superiores al 20 por 100, suscitando dudas sobre la sostenibilidad del modelo.

Este enorme desarrollo se ha producido básicamente, además de por el propio crecimiento del mercado inmobiliario, con el que el hipotecario vive en estrecha simbiosis en España, por tres factores: 1.º el incremento del *loan*

to value, que se elevó hasta el 70 por 100 del valor del inmueble hipotecado; 2.º por el alargamiento del plazo de amortización, cuyo plazo estándar ha pasado en tal periodo de doce a veinte años; y 3.º por el descenso sostenido en los tipos de interés.

Esto se ha traducido en una mejora notable de las condiciones de accesibilidad al crédito territorial y, en consecuencia, a la vivienda en propiedad, a pesar de haberse más que duplicado el precio de la vivienda en el citado periodo, ya que ha permitido multiplicar por dos el número de operaciones inmobiliarias en el periodo.

Además, lo anterior se ha conseguido mejorando al tiempo los ratios de riesgo estadístico de la cartera hipotecaria, según resulta de sendos informes emitidos por G. E. Mortgage Insurance y por Oliver Wyman sobre integración de los mercados europeos. Y ello al punto de que, según se desprende de tales informes, un descenso del 35 por 100 de los precios de la vivienda no afectaría a la solidez de la cartera contratada antes de 2002 y para la contratada después los descensos de precio inocuos se estiman en una horquilla entre el 20 y el 25 por 100, lo cual constituye un margen de seguridad importante frente a una situación de burbuja inmobiliaria, y concentra el eventual riesgo de insuficiencia de la garantía en las hipotecas contratadas durante los años inmediatamente anteriores al inicio de la crisis.

B) *Etapas 2003-2006*

La evolución hasta ahora descrita se ha acelerado en el periodo de los años 2003 a 2006 y, así, tomando por base el ejercicio 1995 nos encontramos con que hasta diciembre de 2006:

- a) los saldos vivos de la total cartera de créditos hipotecarios se han multiplicado casi por 7, y tanto el número de hipotecas constituidas (1.668.000) como el importe medio registrado (124.389 euros) aproximadamente se ha triplicado;
- b) ello supone que, a finales de 2006, el crédito hipotecario representa aproximadamente el 60 por 100 del total del crédito al sector privado, y equivale al 82 por 100 del PIB;
- c) a su vez, la riqueza inmobiliaria neta de las familias ha experimentado el mayor crecimiento de la historia y el mayor de entre los países europeos, pasando del 390 por 100 de ratio de endeudamiento familiar (RBD) al 770 por 100.

C) *Comparación con la situación de los países europeos de la Unión Monetaria Europea*

Desde el punto de vista de la eficiencia financiera, y tomando como elemento de referencia la situación de los demás países de la Unión Monetaria Europea, hay que destacar el importantísimo dato de que durante todo el ciclo expansivo los tipos de interés reales —descontando inflación— del mercado hipotecario español se han situado aproximadamente 200 puntos básicos por debajo de la media de la Unión Monetaria Europea e, incluso, durante 2004 y 2005 se ha situado en el entorno del 0 por 100, lo que resulta ciertamente insólito. Para que comprendamos la importancia de este dato, hay que reparar en el hecho de que, en las condiciones actuales, un incremento de 100 puntos básicos en el tipo de interés hipotecario equivale a un incremento del 10 por 100 del precio de la vivienda. Dicho en otros términos: teniendo en cuenta que el importe medio de las hipotecas constituidas en noviembre de 2006, según datos del INE, se elevó a 144.000 euros, si los españoles pagasen sus hipotecas al interés promedio vigente en la zona euro pagarían de media aproximadamente 2.000 euros más al año.

Por ello, aunque durante los quince últimos años anteriores al inicio de la crisis el importe medio de los préstamos se ha multiplicado por 2,7, cada vez ha sido posible facilitar el acceso a la vivienda en propiedad a sectores de población de menores rentas al haberse multiplicado por 5,5 la capacidad de endeudamiento de las familias por el efecto combinado de los bajos tipos de interés, el incremento del *loan to value*, que ha llegado al 80 por 100 del valor del inmueble, y el alargamiento de los plazos de amortización que se ha estandarizado en los veintiséis años.

Todo esto es extraordinariamente importante. Se dice, con razón, que una sociedad avanzada debe generar recursos con criterios de eficiencia y repartirlos con criterios de justicia. Pues bien, esto es precisamente lo que hace el crédito hipotecario que constituye un importante instrumento jurídico-financiero para distribuir intrageneracionalmente los recursos al permitir al acreditado disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses.

Estos datos justifican la afirmación de que el mercado hipotecario español es uno de los más competitivos y eficientes del mundo. Es lugar común entender que esa eficiencia descansa, en buena medida, en el sistema normativo que regula dicho mercado y, en particular, en nuestro modelo registral de seguridad jurídica preventiva, modelo basado en una noción fundamental como es la confianza —intangibles de extraordinario valor económico—, confianza con que los agentes del mercado hipotecario —tanto primario como secundario— contratan sobre la base del contenido de los asientos registrales en cuanto definidores de

la titularidad y demás situaciones jurídicas que afectan a las fincas que sirven de garantía.

2. LA APARICIÓN DE LA CRISIS Y LA FUERTE RETRACCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y DE CRÉDITO

A pesar de todo ello, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, aprueba una importante reforma del mercado hipotecario. ¿Por qué?

En mi opinión eran varios los elementos de análisis de nuestro mercado hipotecario que ciertamente aconsejaban una reforma:

- 1.º La finalización del ciclo de descenso de los tipos de interés. Ese ciclo llega a su punto máximo en junio de 2005 en que el Euribor toca fondo en el 2,10 por 100. A partir de ahí comienza una carrera alista que le conduce al máximo del 5,39 por 100 alcanzado en julio de 2008, es decir, que en tres años sube más de 300 puntos básicos. Para comprender la repercusión de esta subida en el bolsillo de los deudores hipotecarios, pensemos a modo de ejemplo que un préstamo con garantía hipotecaria contratado en 2005 y cuya cuota mensual de amortización fuese de algo más de mil euros, llegó a superar en 2008 los mil seiscientos euros.
- 2.º Este hecho ha producido un incremento importante en los ratios de esfuerzo necesario para la amortización de la deuda hipotecaria en términos de porcentaje sobre los ingresos familiares. De hecho, según el indicador de esfuerzo teórico del Banco de España en diciembre de 2008 para el primer año de amortización las cuotas de la hipoteca absorbían casi el 47 por 100 de la renta familiar disponible, cifra que incluso supera la marca del 46 por 100 registrada en 1995, cuando el MIBOR se situaba en cifras superiores al 10 por 100, frente a la tasa de esfuerzo de 31 por 100 correspondiente al año 2003. Esto supone que durante el citado periodo la factura hipotecaria se encareció un 50 por 100 aproximadamente.
- 3.º El tercer elemento de riesgo es la excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable, que se sitúan por encima del 98 por 100 del total, frente a la media europea del 46 por 100, lo que supone una sobreexposición al riesgo de evolución de tipos, especialmente considerando que estos están referenciados a índices como el Euribor que dependen más de decisiones sobre política monetaria del Banco Central Europeo que con la situación real de la economía de las familias españolas. De hecho este riesgo hoy podemos decir que se ha traducido ya en un incremento muy notable de la morosidad en el ámbito del

crédito hipotecario a los hogares, pasando del 0,39 por 100 de junio de 2005 al 1,82 por 100 de septiembre de 2008.

Todo ello dio lugar, como reacción de emergencia, a un movimiento concertado de los Bancos Centrales y de los Gobiernos de bajada acelerada de los tipos de interés. Así el Euribor ha pasado del 5,39 por 100 de julio de 2008 al 1,23 por 100 en 2010, repuntando en la última parte del año para situarse en el 1,55 por 100 en enero de 2011. A pesar de este repunte, el valor medio del Euribor durante todo el año 2010 ha registrado un mínimo histórico del 1,35 por 100, lo que ha supuesto un importante alivio en el pago de la factura hipotecaria, paliando el aumento de los niveles de morosidad e insolvencias, como después veremos.

¿Significa lo anterior que en España existía una situación de burbuja hipotecaria?

3. LA EVALUACIÓN DE LOS DATOS Y EL INCREMENTO DE LA MOROSIDAD Y DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Con todo, a mi juicio, es correcta la apreciación del informe de la Asociación Hipotecaria de España de diciembre de 2007 sobre el mercado hipotecario en la que afirma que la normativa y la estructura del mercado hipotecario español hacen imposible la generación y circulación de hipotecas *subprime* en España. Esta afirmación está apoyada, entre otros argumentos, en el hecho de que nuestra legislación impone estrictas condiciones a los préstamos hipotecarios que pueden servir de cobertura a las emisiones y en el hecho de la existencia de un Registro de la Propiedad de derechos y de calificación. Así lo afirmó en Estados Unidos el Presidente del BBVA al resaltar la inexistencia en este país de un Registro de eficacia jurídica similar al español. Esta idea ha calado también en la Administración americana que ha reconocido que el sistema de seguridad registral americano ha quedado bajo cuestión tras los recientes acontecimientos inmobiliarios que están en el origen de la actual crisis financiera, lo que ha llevado al Gobierno americano a evaluar la posibilidad de instaurar un sistema registral análogo al español.

Entonces, si en España no existen las hipotecas *subprime*, ¿cuál es el problema? ¿Por qué se ha paralizado el mercado inmobiliario español, con una disminución de actividad de entorno al 40 por 100?

El problema no está del lado de la oferta que no solo existe, sino que en este momento es fuertemente excedentaria con un stock de más de un millón de viviendas en situación de venta. Tampoco el problema está del lado de la demanda. Pensemos que en España se crean aproximadamente unos 300.000 nuevos hogares al año, y que a esa cifra se debe sumar la necesidad de nue-

vas viviendas que generan el fenómeno inverso de las rupturas matrimoniales (próximas a las 100.000 anuales), lo que incrementa la demanda de vivienda al disminuir la tasa de ocupación media. A ello se suma la demanda interna y externa en el sector de segundas residencias.

El problema se encuentra en el diferencial del precio entre la oferta y la demanda, diferencial que hasta ahora se había salvado gracias al puente de la financiación hipotecaria, financiación cuyas condiciones habían venido siendo extraordinariamente benignas gracias a las enormes cantidades de dinero que habían tenido como destino de inversión el mercado hipotecario secundario, según vimos.

Ello hasta el punto de que los recursos de la financiación hipotecaria proceden en más de un 50 por 100 del mercado secundario, mercado que desde el verano del año 2008 se ha retraído fuertemente por la negativa de los inversores institucionales tradicionales (fondos soberanos, fondos de pensiones, sociedades de inversión, en su mayoría extranjeras) a suscribir nuevas emisiones en los volúmenes anteriores por falta de confianza. Así frente a los 120.000 millones de euros colocados en emisiones hipotecarias en 2008 (cifra que equivale casi al 90 por 100 de todo el crédito hipotecario nuevo de 2010) se ha pasado a una cifra escasamente superior a los 60.000 millones, es decir, ha caído a la mitad de su volumen en el estrecho margen temporal de dos años. Sin esos recursos el sistema financiero español carece de la liquidez necesaria para mantener el mismo nivel de concesión de préstamos y créditos hipotecarios y, en consecuencia, las nuevas concesiones responden a un criterio selectivo y de mayor exigencia de la solvencia de los deudores, solvencia que en términos generales, a su vez, se ha resentido como consecuencia del impacto de la crisis en los niveles de renta y de empleo de la población.

Por ello, los desafíos que ahora se plantean en este terreno son múltiples, y entre ellos figuran no solo la necesidad de buscar nuevos instrumentos jurídicos distintos de la propiedad para facilitar el acceso a la vivienda (potenciando el arrendamiento, con o sin opción de compra, y el derecho de superficie) o la de dar protección adecuada a los compradores que han adquirido viviendas sobre plano y que se ven expuestos a perder las cantidades anticipadas por la declaración de concurso del vendedor, sino también los de reactivar el mercado secundario (tema al que dediqué un estudio anterior) (2), facilitar fórmulas de refinanciación a los compradores que han incurrido en situaciones de sobreendeudamiento por haber contratado créditos hipotecarios en los años inmediatamente anteriores al estallido de la crisis en el momento de máxima revalorización y carestía de los inmuebles, y la situación de quienes por no poder evitar la situación de insolvencia sobrevenida se ven abocados a la ejecución hipotecaria,

(2) «La ejecución hipotecaria y el mercado secundario», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2008.

tema en el que nos centramos en este estudio con particular atención a la cuestión de la responsabilidad personal e ilimitada concurrente con la hipotecaria y su tratamiento en la legislación procesal española.

Estas situaciones de insolvencia han disparado el número de ejecuciones hipotecarias. Así, si en 2007 se tramitaron en España 25.943 procedimientos de ejecución directa contra bienes hipotecados, esta cifra se elevó a 93.622 en 2010, es decir, casi se cuadruplicó. Bien es cierto que la situación se ha estabilizado, de forma que si en 2008 el aumento experimentado respecto de 2007 fue de un 126 por 100, y en 2009 de un 59 por 100 respecto del año anterior, en 2010 la tasa de aumento se ha reducido al 0,3 por 100. Este hecho se explica por factores exógenos al mercado hipotecario (fundamentalmente al aumento del desempleo), pero también por otros endógenos a dicho mercado. Es evidente que hay una estrecha correlación entre los índices de los tipos de interés hipotecarios, los índices de esfuerzo de amortización en términos de absorción de renta familiar disponible, la tasa de morosidad y el número de ejecuciones hipotecarias. Pues bien, desde este punto de vista el momento álgido de los problemas se situó en 2008 en que el Euribor registró un valor medio anual del 4,81 por 100. Estos tipos de interés, combinados con los precios de la vivienda situados en máximos históricos (lo que suponía también importes medios contratados de préstamos hipotecarios históricamente elevados —en torno a 145.000 por operación—), llevó el esfuerzo teórico anual de un hogar medio español para hacer frente al pago de la hipoteca a un máximo del 49,2 por 100 de su renta disponible (si bien con el descuento de la desgravación fiscal quedaba en el 39,7 por 100). La fuerte reducción de los tipos de interés durante 2009 y 2010 (en registros medios históricamente mínimos de un 1,62 por 100 y 1,35 por 100, respectivamente), y el descenso en la cifra de los promedios de capitales contratados por el ajuste de precios en la vivienda y la disminución del *loan to value*, ha reducido aquella tasa de esfuerzo en 2010 al 33,8 por 100 (27,4 por 100 en su versión neta de impuestos). Ello explica, junto con las políticas refinanciación llevadas a cabo por las entidades financieras, buscando activamente soluciones alternativas a la ejecución, que a pesar de la mala coyuntura económica general las tasas de la denominada en términos económicos morosidad hipotecaria (en el crédito para vivienda) haya descendido en 2009 al 3 por 100 y aún se haya reducido en 2010 al 2,6 por 100. Aún con todo, son muchos miles de ciudadanos los que se han visto abocados a una inevitable situación de ejecución de su vivienda. Ante el innegable drama personal y social que ello representa, son muchas las iniciativas y medidas de carácter preventivo y paliativo que se han adoptado, y las propuestas que se han formulado. Entre ellas ha habido una que ha creado un debate especialmente intenso y que se refiere a la posible limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario a la exclusiva responsabilidad hipotecaria, liberando la deuda en su totalidad en caso de adjudicación o dación en pago de la vivienda. Este debate tuvo su origen en ciertas resoluciones judiciales que pasamos a analizar a continuación.

III. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. RECIENTES DECISIONES JUDICIALES EN LA MATERIA

Recordemos que la situación normativa actual en esta materia, vigente desde hace 150 años, viene definida por el artículo 1911 del Código Civil conforme al cual, «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», precepto que sanciona en nuestro Ordenamiento Jurídico el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Este principio no se deroga por el hecho de que la obligación esté garantizada mediante hipoteca, ya que conforme al artículo 105 de la Ley Hipotecaria, *«la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil»*, salvo que las partes pacten en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, en cuyo caso, *«la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor ... quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzará a los demás bienes del patrimonio del deudor»*, según dispone el artículo 140 de la Ley Hipotecaria (pacto que es muy poco frecuente en la práctica). Este principio de responsabilidad patrimonial universal, propio de la tradición jurídica española, es seguido también por la mayor parte de los países europeos (Bélgica, Alemania, Grecia, Francia, Irlanda, Portugal, Reino Unido, etc.), a diferencia del régimen existente en algunos Estados de los Estados Unidos de América de limitación a la exclusiva responsabilidad hipotecaria.

En coherencia con dicho principio de responsabilidad patrimonial universal, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la hipótesis de la insuficiencia del valor de los bienes hipotecados, previendo en su artículo 579 —en la versión originariamente dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil— que «si subastados los bienes hipotecados..., su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución», norma que no queda excepcionada cuando por quedar desierta la subasta se adjudica la finca hipotecada al ejecutante por el 50 por 100 del valor de su tasación, según dispone el artículo 671 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil. A mi juicio, es en estos dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, más que en el principio sustantivo de la responsabilidad patrimonial universal, donde se debe centrar el debate y buscar las soluciones.

Ahora bien, al hilo de la situación provocada por la proliferación de ejecuciones hipotecarias debidas a la elevación de la tasa de morosidad, que hemos descrito, se han pronunciado diversas resoluciones judiciales en relación con el tema de la responsabilidad personal de los deudores hipotecarios en los casos de insuficiencia del producto obtenido por la realización del valor de la finca

hipotecada, resoluciones que, al apartarse de los criterios de interpretación pacíficamente asumidos hasta ahora, han despertado una viva polémica en medios jurídicos y sociales, habiendo llegado el debate también al terreno político al plantearse la posibilidad de una eventual revisión de la legislación en la materia.

Entre las citadas resoluciones judiciales voy a destacar tres: un Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010; un Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, y otro Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.

1. EL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010

La más reciente y polémica de las Resoluciones citadas ha sido el Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, por la que desestima el recurso de apelación interpuesto por una entidad financiera contra un Auto de 13 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella, por el que se denegó la continuación del procedimiento de ejecución ordinario por insuficiencia del valor obtenido mediante la adjudicación de la finca hipotecada para la satisfacción de la deuda.

Partiendo de la situación normativa vigente antes reseñada, que el citado Auto no puede por menos que aceptar, en el caso concreto contemplado en tal resolución, producido el impago de las cuotas pactadas, el banco acreedor instó la ejecución de la hipoteca mediante subasta de la finca hipotecada, la cual quedó desierta, por lo que la finca fue adjudicada al banco por el 50 por 100 del valor de tasación, en aplicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dándose la circunstancia de que la deuda perseguida era inferior al valor en que inicialmente fue tasada la finca, pero superior al 50 por 100 del mismo. El Juzgado de Instancia denegó la petición del banco acreedor de continuación de la ejecución por la vía ordinaria y por la diferencia entre el valor de adjudicación y la cifra del total adeudado, denegación que apoyaba en dos motivos: primero, por entender que tal pretensión suponía un abuso de derecho, y segundo porque a los efectos de la liquidación de la deuda debía computarse el valor de la finca asignado en su tasación inicial y no solo un 50 por 100 del mismo, por lo que computado en tal forma el saldo de la deuda debía entenderse ya liquidado.

La Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, ante la que el banco ejecutante presentó apelación contra el Auto del Juzgado, resuelve el recurso mediante un Auto de 17 de diciembre de 2010 en el que desestima la apelación. La Audiencia no sostiene la primera línea argumental del Auto

impugnado, pero sí la segunda. Ciertamente la ausencia de abuso del derecho y de enriquecimiento injusto en las hipótesis del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido confirmada de forma reiterada por el Tribunal Supremo. Así, en su sentencia de 16 de febrero de 2006 afirma que «el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas... En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías tramitados al amparo del hoy derogado artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia ha considerado que... no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que en el proceso se hayan seguido los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate». Más adelante, reiterando otros pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal (cfr. sentencias de 15 de noviembre de 1990, 18 de noviembre de 2005), excluye la existencia del enriquecimiento injusto incluso cuando la divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación sea notable, «ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado» (cfr. sentencia de 8 de julio de 2003). Veremos, sin embargo, cómo desde una óptica de *lege ferenda*, este tema admite otras consideraciones, que en todo caso han de ser muy meditadas en orden a la trascendencia de los intereses en juego.

Igualmente excluye el Tribunal Supremo la existencia de abuso del derecho en estos casos cuando el acreedor pretende el cobro de la parte de la deuda no satisfecha en la ejecución hipotecaria, afirmando la sentencia de 25 de septiembre de 2008 que «Tampoco puede afirmarse que actúe el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que 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 Ley Hipotecaria la responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor al importe de los bienes hipotecados... El pacto permitido por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria no se concertó en la escritura de préstamo hipotecario convenida entre demandante y demandados... 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 Ley Hipotecaria los bienes gravados».

La segunda línea argumental del Juzgador de Instancia, esta sí respaldada por la Audiencia, consiste en afirmar que el valor real de la finca adjudicada no

es inferior a la deuda, pues el propio banco tasó la finca en la cantidad que a tal efecto se indicó en la escritura de constitución, que era superior al principal de préstamo, por lo que cualquiera que haya sido el resultado de la subasta el valor de la finca sí cubre el capital del préstamo. La Audiencia confirma este criterio a pesar de que el banco aportó una nueva tasación de la finca que vendría a confirmar el valor de adjudicación, ya que dicha nueva tasación aportada a los autos por el ejecutante no fue admitida, sin que el ejecutante recurriera el auto por el que se inadmitía dicha prueba.

Sin embargo, esta línea argumental resulta contradicha expresamente por la Sección tercera de la misma Audiencia Provincial de Navarra en Auto de 28 de enero de 2011, dictado en grado de apelación contra otro Auto procedente del mismo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella, en el que comienza con una reflexión sobre la sumisión del Juez a la ley, como contrapeso de su independencia, concluyendo que la actuación del Juzgado afecta al principio de seguridad jurídica por alterar el marco normativo existente. En esta línea, la Audiencia de Navarra afirma en este caso que el Auto impugnado parte del error de identificar valor de tasación con valor real de mercado cuando esto no es así, pues como consecuencia de las circunstancias económicas existentes el valor de tasación de un inmueble en un momento determinado puede o no coincidir en otro momento distinto con su valor real de mercado, «que no es sino la cantidad de dinero que en un momento preciso se esté dispuesto por alguien a pagar por él».

A este propósito es preciso recordar que por parte de algunos autores se ha puesto de manifiesto que la simplificación procedimental en las ejecuciones directas contra bienes hipotecados, incluyendo la fijación de un precio de tasación en la escritura de constitución de la hipoteca a fin de evitar el trámite de la valoración pericial antes de la subasta, no está exenta de ciertos inconvenientes, destacando que la ligereza en la determinación subjetiva del precio de subasta, en atención al carácter más o menos improbable de la ejecución, puede producir desfases en relación al valor real de la finca hipotecada, que pueden perjudicar al deudor, como por ejemplo en los supuestos de ejercicio de posibles tanteos o retractos, lo cual resulta de gran importancia no solo en relación con los intereses directos del deudor ejecutado, sino también respecto del mercado secundario por el riesgo que introduce, de posible pérdida del valor de la garantía de cobertura de la emisión de los títulos hipotecarios.

Sin embargo, y aun siendo ciertamente conveniente que la fijación del tipo se realice con la mayor seriedad y rigor posibles, lo cierto es que lo que se les pide a los interesados no es la averiguación intuitiva y precisa del valor real de la finca hipotecada, ya que precisamente se trata de eludir una valoración pericial de la misma, sino simplemente establecer un precio de salida para la subasta. Será la dinámica propia de la subasta la que, en principio, conduzca a la fijación del valor real a través del mecanismo de la oferta en concurrencia.

Por ello, si el tipo resultó demasiado bajo la subasta generará las elevaciones correspondientes, y si resultó demasiado alto también serán las pujas presentadas en la subasta las que lo corregirán.

Cualquier otro planteamiento es quimérico, ya que el valor de una cosa, como en el caso de los bienes inmuebles, están sujetos a oscilaciones en el tiempo, según las circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de situación del inmueble, la rentabilidad comparativa con otras inversiones alternativas al mercado inmobiliario, etc. Y todo ello sin contar con la posibilidad de mutaciones en la situación física o jurídica de la finca durante el periodo intermedio entre la constitución de la hipoteca y su ejecución (construcciones sobre un solar, mejoras o deterioros sobre una finca ya construida, la descalificación de una vivienda de protección oficial, la extinción de un arrendamiento sobre la finca con rentas congeladas, etc). Estos factores no solo resultan posibles sino incluso probables teniendo en cuenta que los contratos u obligaciones garantizados con hipoteca inmobiliaria suelen ser de larga duración.

Esta cuestión sobre la asimilación o la distinción entre el tipo para subasta y el valor real de la finca se planteó ante el Tribunal Supremo y fue resuelta en el sentido apuntado en su sentencia de 24 de marzo de 1993, en la que tras examinar un supuesto de limitaciones urbanísticas establecidas en un Plan de Ordenación que impedirían un uso edificatorio libre sobre el solar adquirido en subasta, por tratarse de suelo dotacional público, señala que «el precio de salida es inmodificable (regla 9.ª del art. 131) y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa que será el que tenga (subjativa u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación o planta, destrucciones, etc.). Le incumbe, pues, al licitador ver, investigar; en definitiva, informarse para concurrir a la subasta».

No obstante, con ser esto cierto, no por ello cabe renunciar a examinar la posibilidad de que, manteniendo el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria y la necesaria agilidad y rapidez en su tramitación, determinados ajustes en la regulación procesal de la subasta de la finca hipotecada puedan favorecer su finalidad institucional, esto es, la extracción de todo su valor en cambio. El objetivo perseguido es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible. Pero la eficiencia se resiente cuando la rapidez de la ejecución va en detrimento del precio que razonablemente, y en condiciones normales de mercado al tiem-

po de la ejecución, cabe esperar obtener de la finca ejecutada como su justa estimación, tema al que dedicaremos un apartado específico en este estudio. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en todo caso lo que no cabe sostener en términos jurídicos es que el valor de adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, ha de ser íntegramente el valor en que se tasó la finca en el momento inicial de la constitución de la hipoteca, pues tal afirmación, por bien intencionada que sea, carece de amparo en el Derecho vigente.

2. EL AUTO DEL JUZGADO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010, DICTADO EN UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Guarda relación igualmente con el tema de la limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario, el Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, dictado en un procedimiento concursal iniciado a solicitud de un matrimonio, en el trámite de aprobación de las cuentas de la liquidación del concurso, en el que se acuerda no solo aprobar las cuentas, sino también declarar la exoneración de los concursados del pago de las deudas no satisfechas en la fase de liquidación.

Los concursados habían presentado propuesta de convenio ofreciendo una quita del 60 por 100 y una espera de cinco años. La junta de acreedores no pudo celebrarse por falta de *quórum*, abriéndose a continuación la fase de liquidación. El administrador concursal realizó las operaciones liquidatorias mediante la venta de la vivienda de los concursados, pagando con su producto la totalidad del crédito privilegiado, todo el crédito contra la masa y el 45 por 100 del crédito ordinario. Los concursados eran pensionistas sin otros bienes realizables, pues su pensión, por razón de su importe, se destina casi exclusivamente al pago de los alimentos que les corresponden con cargo a la masa del concurso.

No existían otros bienes realizables, ni procedía el ejercicio de acciones de reintegración, y el concurso fue calificado de fortuito. Por ello procedería conforme al artículo 176.1.4 de la Ley Concursal la conclusión del concurso. Pero para tal caso el artículo 178.2 de la misma Ley dispone que «el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes» y que «los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare un nuevo concurso», precepto que no es sino el trasunto en el ámbito concursal del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil. Sin embargo, esta regulación genera la paradoja de que el concurso concluye sin que se haya superado la causa del mismo —la insolvencia del concursado persona física—. Por ello para evitar las nuevas ejecuciones singulares de los acreedores habrá de solicitarse un nuevo concurso (a fin de obtener la suspensión del devengo de nuevos intereses, la subordinación de estos, y el cierre de las vías de apremio). Pero esta reapertura

debería ir seguida de una nueva declaración de conclusión por falta de activos en el patrimonio del concursado, dando lugar a un círculo vicioso y sin fin. Frente a ello la única alternativa sería la de prorrogar la fase de liquidación más allá del plazo de un año, conforme al artículo 153 de la Ley. Pero la única renta que se podría destinar al pago de la deuda es el importe de la pensión de los concursados (escasamente superior en el caso concreto del Auto comentado al importe del salario mínimo interprofesional), dado que el artículo 145.2 de la Ley Concursal dispone que la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa.

Pero el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, entiende que dicho precepto se ha de poner en relación con el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto garantiza un mínimo de bienes inembargables (incluido el importe de las pensiones equivalentes al salario mínimo interprofesional), por lo que sostiene que la posibilidad de iniciar nuevas ejecuciones posteriores al concurso por parte de los acreedores insatisfechos debe referirse exclusivamente no a los créditos concursales, sino a los postconcursoales —créditos contra la masa desatendidos—, cancelando así todo el crédito concursal no satisfecho con la masa activa del concurso.

El auto concluye con una reflexión de *lege ferenda* sobre la necesidad de dar salida a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe, evitando su exclusión social, en línea con las intenciones de la Comisión europea en esta materia, por la que viene abogando desde la aprobación del Libro Blanco sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007.

3. EL AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, NÚMERO 2 DE SABADELL, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010

El tercer pronunciamiento judicial al que nos referimos es el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010. En este caso se había dictado Auto despachando ejecución hipotecaria contra el deudor, el cual se opuso alegando pluspetición y nulidad por la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo. Ante la imposibilidad de entrar en la valoración de estas causas de oposición por razón de las limitaciones que a la contradicción entre las partes establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede del procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados, más allá de las tasadas causas previstas en el artículo 695, que las limita a la acreditación de la extinción de la obligación garantizada o de la hipoteca y al error en la determinación del saldo de la cuenta garantizada, el Juez de la ejecución acuerda plantear al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 695, 698 y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en

relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (cfr. art. 24 de la Constitución), el derecho a una vivienda digna (cfr. art. 47) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (cfr. art. 9.3 de la Constitución). Y en consecuencia, suspende provisionalmente las actuaciones de ejecución hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie.

Pues bien, el artículo 129 de la Ley Hipotecaria establece que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los mismos bienes gravados, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Como se desprende del citado precepto, se trata de un procedimiento de pura actuación procesal del derecho de hipoteca (vid. PEÑA, ROCA-SASTRE, etc.), en el que la acción hipotecaria se dirige directamente contra los mismos bienes gravados. Por ello ha podido afirmar el Tribunal Supremo (vid. sentencia de 24 de marzo de 1983), que el procedimiento judicial sumario constituye un simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca que carece de fase contenciosa y se atiene a los estrictos datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes. E incluso en sentencia de fecha posterior (de 12 de noviembre de 1985) llega a afirmar el propio Tribunal Supremo que, teniendo en cuenta los trámites del procedimiento y principalmente la inexistencia de enfrentamiento entre las partes, dicho procedimiento no puede calificarse de juicio declarativo, ni siquiera de juicio ejecutivo, sino que constituye simplemente una vía de apremio dirigida contra los bienes hipotecados, no precedida de cognición, es decir, no hay acción personal ni previa discusión o contención.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha asumido esta caracterización, afirmando en su sentencia de 17 de enero de 1991, en la que reitera su posición de sentencias anteriores, que «este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor —sigue afirmando el Tribunal Constitucional— como los terceros poseedores o acreedores posteriores, más allá de la posibilidad de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidad de contención».

Asumida tal caracterización, no debe extrañar que la ley trate de reducir al máximo la intervención del deudor, tercer poseedor y demás interesados en la ejecución, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que en este procedimiento no existen partes procesales, sino simples afectados. Ello tiene por objeto acelerar el curso del procedimiento evitando dilaciones indebidas e impidiendo que el procedimiento se vea suspendido, salvo los taxativos supuestos establecidos legalmente, es decir, en los casos de querrela por falsedad de los títulos

hipotecarios, tercería de dominio basada en título inscrito, cancelación de la hipoteca en el Registro o diferencia entre deudor y acreedor en la fijación del saldo de la cuenta corriente garantizada con la hipoteca.

Pues bien, esta sumariedad del procedimiento que impide ventilar en su seno las controversias que puedan surgir entre el acreedor y los restantes afectados por la ejecución por causas distintas de las tasadas legalmente había dado ya lugar (con anterioridad a la cuestión de inconstitucionalidad ahora comentada) a la presentación de diversos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos consagrado por el artículo 24, número 1, de la Constitución Española, por razones sustancialmente coincidentes con la argumentación empleada en el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.

Sin embargo, tales recursos de amparo fueron reiteradamente rechazados por el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 18 de diciembre de 1981 (posteriormente confirmada por las de 17 de mayo de 1985 y 30 de junio de 1993), en base a un doble argumento, que confluyen en un fundamento común. En primer término, por considerar que la limitación de las causas de suspensión no empecen, sin embargo, la posibilidad de que todas las reclamaciones que puedan formular el deudor, terceros poseedores y restantes interesados se puedan ventilar en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda. En segundo lugar, la limitación de controversia y demás particularidades de este procedimiento no vulneran el derecho de defensa consagrado por el artículo 24 de la Constitución Española, al carecer la resolución que pone fin a dicho procedimiento de los efectos propios de cosa juzgada material, dejando pues la puerta abierta para obtener la referida tutela en juicio declarativo ordinario, donde se podrán residenciar cuantas pretensiones se estimen oportunas con plenitud de cognición, controversia y de garantías procesales.

Por otra parte, no debe olvidarse que la ejecución directa sobre bienes hipotecados es un procedimiento de base registral, esto es, basado en la legitimación registral y en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad. Por tanto, el procedimiento judicial sumario se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca es válido y pertenece a su titular, el acreedor hipotecario, en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del propio Registro (cfr. arts. 18 y 38 de la Ley Hipotecaria, y sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 1983 y de 9 de febrero de 1995).

Finalmente, hay que añadir a la argumentación del Tribunal Constitucional que la propia Ley arbitra un mecanismo cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el declarativo ordinario mediante la facultad de pedir la retención de todo o parte de la cantidad que en virtud del procedimiento

judicial de ejecución hipotecaria haya de entregarse al actor (cfr. art. 698.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Juez titular del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, no ignora esta jurisprudencia constitucional, pero aún así justifica la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en base al argumento adicional de que las restricciones al régimen de oposición a la ejecución por parte del deudor se ven agravados como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 579 de la Ley hipotecaria, tras su reforma de 7 de enero de 2000, al disponer que si el producto de la subasta de los bienes hipotecados fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas de la ejecución ordinaria. Esto significa que se produce una concatenación entre el procedimiento hipotecario y el ordinario sin que se le reconozca al ejecutado un nuevo trámite de oposición en el momento del tránsito de un procedimiento al otro.

Sin embargo, a la vista de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, era ciertamente difícil que alguno de estos dos argumentos pudiera prosperar y hacer variar dicha doctrina. En cuanto a la reforma operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, porque en lo relativo al régimen de oposición por parte del ejecutado la nueva regulación es sustancialmente coincidente con la derogada que se contenía en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Y en cuanto al argumento de la inexistencia de un nuevo trámite de oposición en la conversión del procedimiento hipotecario en ordinario en las hipótesis del artículo 579 porque se trata de una alegación que no podía ser tomada en consideración por el Tribunal al no ser este precepto una norma de cuya validez dependiera el fallo del procedimiento pues la cuestión de inconstitucionalidad se planteó en el momento inicial de la tramitación del procedimiento hipotecario, momento en que dicho precepto no entra en juego (al margen de lo que resulta de la recién aprobada reforma en la ley de agilización procesal, a que nos referiremos después). Así lo ha confirmado recientemente, el Auto número 113/2011 de Tribunal Constitucional, de 19 de junio de 2011 que, con un voto particular, ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 7223-2010, planteada por el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, en relación con los artículos 579, 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al estimar que falta en el recurso el preceptivo juicio de relevancia constitucional respecto de los artículos 579 y 695 de la citada Ley, y por adolecer de falta notoria de fundamento respecto del artículo 698 al desconocer la previa jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

4. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL DE LA DGRN

En las conclusiones a que llegamos en el apartado anterior resulta fundamental la doctrina sentada por la DGRN en sus recientes Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero y 8 de junio de 2011, en las que aclara y confirma la competencia de los Registradores para depurar las escrituras de constitución de hipoteca de las cláusulas nulas y abusivas que pudieran contener al tiempo de calificar su validez e inscribibilidad, frente a Resoluciones anteriores que en base a una interpretación ya superada de la reforma introducida en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007, habían sostenido una tesis restrictiva de dicha competencia calificadoria.

Analizado el tema de la ejecución de la hipoteca desde la perspectiva de la calificación registral de los contratos de préstamo hipotecario, la conclusión se confirma. En efecto, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 diciembre de 1981, dictada en recurso de amparo en el que se alegaba la inconstitucionalidad de la regulación del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria regulado a la sazón en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria entonces vigente por infracción al principio de tutela judicial efectiva, avala la constitucionalidad del citado procedimiento, como hemos dicho, en base a dos argumentos: la posibilidad de que el deudor ejecutado pueda acudir al juicio declarativo ordinario para hacer valer las causas de oposición que no puede alegar en el procedimiento de ejecución, y las garantías derivadas de la intervención del Registro, entre las que se encuentra obviamente la previa calificación de los títulos inscribibles. Dice en concreto la sentencia que: *«Característica común de los procedimientos cuestionados es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones. La presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o de acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización. El deudor tiene unas posibilidades de contención muy limitadas. Puede detener la ejecución mediante el pago... mas fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades. Frente a las once excepciones que permite el artículo 1464 LEC para el juicio ejecutivo ordinario, la LH preceptúa que las reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, incluidas las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, “se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda”. ...En el procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cog-*

nición. ... La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. ... 7. La hipoteca voluntaria ... se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

Resulta evidente que si se pretendiese la ejecución de una hipoteca en base a una causa de vencimiento anticipado pactado en una cláusula que no hubiera podido ser calificada registralmente al tiempo de su inscripción, ni siquiera en caso de ser contraria a norma imperativa o prohibitiva, se produciría un dilema desde el punto de vista de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, pues decaerían las garantías registrales a que se refiere la transcrita sentencia 41/1981, de 18 diciembre de 1981, del Tribunal Constitucional, dilema que desaparece desde el momento en que la constitución de la hipoteca se subordina a su inscripción registral (cfr. art. 1875 del CC) y, a su vez, la inscripción se subordina a la previa calificación registral de su validez (cfr. art. 18 de la LH).

En definitiva, la sumariedad del procedimiento y la ausencia de contradicción se justifican en buena medida por el hecho de que se trata de un procedimiento de base registral, esto es, basado en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad y en la legitimación registral, legitimación que, a su vez, requiere previa calificación. Por tanto, el procedimiento de ejecución hipotecaria directa se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca pertenece a su titular —el acreedor hipotecario— en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del propio Registro (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983 y de 9 de febrero de 1995). Situación que no solo no cambia la Ley 41/2007, sino que se reafirma con la nueva redacción que dio al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, con arreglo a la cual: *«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo»*. De forma que no solo las cifras de responsabilidad hipotecaria, sino también los sujetos activo y pasivo de la acción procesal, y los restantes

pactos (de ejecución, de vencimiento anticipado, sobre cláusulas financieras, sobre posibles alteraciones del rango, etc.) deberán tomarse en consideración en la ejecución en la medida en que previamente se hayan hecho constar en título público, pero solo en la forma y con la extensión que el mismo se haya inscrito en el Registro de la Propiedad (por tanto, sin posibilidad de ejecutar sobre la base de las cláusulas que no hayan pasado el filtro de legalidad de la calificación registral).

En definitiva, del mismo modo que la inscripción de la hipoteca tiene efectos constitutivos (cfr. arts. 1875 del CC y 145 de la LH), y si la hipoteca no se inscribe no produce efectos frente a terceros, igualmente la causa de vencimiento anticipado que no se inscribe no sirve de base para el procedimiento de ejecución hipotecaria (cfr. art. 130 de la LH). Por ello resulta impensable permitir el acceso indiscriminado al Registro de causas de vencimiento anticipado contrarias a normas imperativas o prohibitivas, o incluso declaradas nulas por los Tribunales, y dotarlas con ello de eficacia *erga omnes*. Si las causas de vencimiento anticipado producen efectos frente a terceros a partir de su inscripción, entonces hay que calificarlas permitiendo o denegando según el caso el acceso al Registro de las mismas (cfr. art. 12.2 de la LH).

El procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados prevé un mecanismo cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el declarativo ordinario al que se lleve la causa de oposición que no se pueda hacer valer en el ejecutivo mediante la facultad de pedir la retención de todo o parte de la cantidad que en virtud del procedimiento de ejecución directa haya de entregarse al acreedor (cfr. art. 698.2 de la LEC). Entre las reclamaciones a que se refiere este precepto se incluyen las relativas a la «*nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda*», y la retención la ha de acordar el Tribunal mediante providencia, «*si estima bastantes las razones que se aleguen*». Además, de esta reclamación se podrá tomar anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, anotación que no se cancelará en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de la Ley Hipotecaria en caso de ser anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (cfr. art. 131 de la LH).

Es indudable que la efectividad del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, y con ella el propio dinamismo del mercado hipotecario, puede verse dañada en caso de que tales retenciones y anotaciones preventivas de demanda proliferasen, peligro que evidentemente se incrementa en caso de que las cláusulas objeto de discusión en sede judicial no gocen de la presunción de legalidad de que las inviste la previa calificación registral. Tanto la retención como la anotación preventiva de demanda citada constituyen medidas cautelares que solo puede acordar el Tribunal cuando, en base a la documentación y alegaciones aportadas por el solicitante, aquel pueda fundar un *juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*

(*bonus fumus iuris*), conforme al artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Requisito que será mucho más difícil que se cumpla si las cláusulas debatidas han sido calificadas registralmente de forma favorable con carácter previo a su inscripción.

Por otra parte, el Derecho Comunitario europeo sobre protección de los consumidores y usuarios tampoco admite una interpretación que difiera esta protección a las instancias judiciales, o reduciendo a la esfera judicial dicha protección. Así resulta con toda claridad de la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 4 de junio de 2009 (asunto C-243/08). En efecto, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores —incorporada a nuestro Derecho en la actualidad a través del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—, dispone que: *«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»*. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve mediante la sentencia citada una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si puede interpretarse dicho precepto en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no opera *ipso iure*, sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugne judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo resuelve la citada cuestión declarando que *«el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula»*. Ratifica y precisa en los citados términos su criterio ya expresado en su previa sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis (C-473/00), en la que declaró que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos; y en la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98), en la que subrayó que queda excluido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva pueda interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente puede considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva si ha presentado una demanda explícita en tal sentido. En el mismo sentido se había pronunciado también la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05).

Estos pronunciamientos excluyen, pues, cualquier interpretación que pretenda afirmar que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. La nulidad de pleno derecho actúa *ope legis* o por ministerio de la ley y, en consecuencia, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse *por no puestas* también en el ámbito extrajudicial y, en concreto, en el registral. Como ya dijera el profesor DE CASTRO, la nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación (3). Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto-Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, la declara la propia ley, y no es preciso que para *tenerlas por no puestas* los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los Registradores, hayan de esperar a su declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra», bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los artículos 85 y siguientes del citado Texto Refundido. Y menos aún tolera dicha jurisprudencia comunitaria que pueda entenderse que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en su actual redacción, ha venido a derogar el artículo 84 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007, cuando ordena a «*Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*».

La Ley 41/2007 no debe entenderse como derogatoria de estas disposiciones de protección al consumidor, entre otras razones, porque supondría una violación del Derecho de la Unión Europea, como hemos visto, y segundo, porque sería contradictorio con la propia finalidad de la citada Ley enunciada en su preámbulo, conforme al cual la Ley pretende, entre otras cosas, la modernización del régimen de protección de los prestatarios, mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, y garantizar la convergencia en esta materia con la Unión Europea.

En definitiva, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria impone con carácter general un control de legalidad que obliga a denegar la inscripción de los pactos que sean nulos y las cláusulas abusivas lo son de pleno derecho, sin necesidad de ninguna sentencia. El propio legislador ha reafirmado esta idea

(3) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, 1949, I, pág. 539.

mediante la Ley 2/2009, de 31 de marzo, dentro de su ámbito material de aplicación. En concreto, su artículo 18.1 reconoce de forma expresa que: *«En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley»*.

En este sentido, son concluyentes los pronunciamientos contenidos en las Resoluciones de la DGRN, de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, con los que viene a coincidir plenamente la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, que anula la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 2008 (que fue una de las primeras que recogió aquella interpretación del art. 12 de la LH, que limitaba drásticamente la calificación registral e introducía la llamada publicidad noticia, ajena a nuestro sistema hipotecario), en la que afirma que *«resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción ... “para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable, el control de legalidad, dada la autonomía e independencia que conlleva tal función, siendo decisivo el argumento que proporciona la Sala Primera del Tribunal Supremo” (se refiere a su sentencia de 16 de diciembre de 2009), y que recogen las Resoluciones DGRN al reconocer el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre nulidad y no inscribibilidad de una cláusula»*.

Por ello, si bien no puede negarse que, como afirma el auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010, *«atendiendo al desenvolvimiento efectivo del sector hipotecario inmobiliario, seguramente se ha llegado a un momento en el que puede afirmarse, sin temor a faltar al rigor, que en el mismo los contratos principales (escrituras de venta y de préstamos hipotecarios) no son efectivamente negociados entre las partes sino en su mayor parte predisuestos por la entidad prestadora del dinero, lo que puede explicar precisamente los habituales desequilibrios y abusos que re-*

cogen, como se desprende de la ya indicada STS de 16 de diciembre de 2009», sin embargo prescinde la resolución judicial en este punto de los mecanismos desplegados por el Derecho, y en concreto por la legislación sobre protección de los consumidores, también en el ámbito extrajudicial frente al carácter pre-dispuesto y abusivo de algunas cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios. En particular, al señalar que: «Todo ello con independencia de que se haya producido una intervención subsiguiente del notario o del registrador», sin extraer ninguna consecuencia de tal intervención registral, omisión que explica en buena parte las conclusiones a las que llega.

IV. MODIFICACIONES LEGALES FRENTE A LOS RIESGOS DE INSOLVENCIA HIPOTECARIA. REFORMAS APROBADAS EN EL PERIODO 2007-2011

Según resulta de lo anteriormente señalado, las decisiones judiciales analizadas parecen más voluntaristas que sólidamente fundamentadas, sin perjuicio del esfuerzo argumentativo desplegado por las dos últimas reseñadas, y de la búsqueda de soluciones de equidad que claramente las anima. Pero esas mismas decisiones u otras similares podrían generar inseguridad jurídica en un sector de la actividad (el mercado del crédito) extraordinariamente sensible al valor de la confianza y de la certeza y estabilidad de las normas y de los derechos adquiridos. Ahora bien, ello no quiere decir que el Ordenamiento deba caer en el inmovilismo y resignarse a que el interés general (incluyendo el de todos aquellos que esperan obtener un crédito como vía para acceder a una vivienda) esté enfrentado de forma irreconciliable al de quienes sufren situaciones personales de insolvencia que les aboca a procesos de ejecución y lanzamiento ulterior de su vivienda. Ciertamente no hay soluciones mágicas, pero también es cierto que la calidad regulatoria puede resultar determinante para la solución de problemas aparentemente insolubles. Repasaremos a continuación algunas de las reformas que en este orden se han aprobado ya, y otras que a modo de propuestas para el debate sugeriremos con la misma intención de hacer compatibles los objetivos del fortalecimiento del mercado hipotecario (primario y secundario) y la protección de las personas en situación de sobreendeudamiento y riesgo de insolvencia.

Desde el inicio de la crisis se han ido produciendo diversas reformas encaminadas a paliar sus efectos, de resultado desigual, que exponemos siguiendo un criterio de ordenación cronológica.

- A) LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 2/1981, DE 25 DE MARZO, DE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO Y OTRAS NORMAS DEL SISTEMA HIPOTECARIO Y FINANCIERO, DE REGULACIÓN DE LAS HIPOTECAS INVERSAS Y EL SEGURO DE DEPENDENCIA Y POR LA QUE SE ESTABLECE DETERMINADA NORMA TRIBUTARIA

Esta Ley introdujo dos tipos de medidas en relación con las situaciones de insolvencia sobrevenida de los deudores hipotecarios:

a) *En primer lugar, la modificación del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.* Se trata de una reforma fundamental dirigida a evitar la insolvencia del deudor por medio de la reestructuración de la deuda a través de la novación de las condiciones financieras del préstamo, que pueden consistir básicamente en dos tipos de medidas: bien en la ampliación del plazo de amortización, bien en la introducción de periodos intermedios de carencia de la amortización del capital. En ambos casos disminuye el importe de la cuota hipotecaria periódica, al suspender la amortización o prorratearla entre un mayor número de mensualidades. La novedad consiste básicamente en el reconocimiento expreso del carácter meramente modificativo de la novación, por lo que la hipoteca novada en tales condiciones conserva su rango hipotecario inicial, para lo que se modificó el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo. Igualmente se previó la posibilidad de modificar con el mismo carácter (novación modificativa y no extintiva) la modalidad del tipo de interés del préstamo, en la idea de reequilibrar el contenido de las carteras hipotecarias, en las que predominaba de forma excesiva los préstamos a interés variable, según vimos, aunque es preciso reconocer que este objetivo no se ha logrado, ya que el desequilibrio a favor de los préstamos a interés variable no solo no se ha corregido sino que incluso ha aumentado llegando al inédito porcentaje del 99,1 por 100 sobre el total.

Finalmente se preveía también en esta reforma la posibilidad de ampliar el capital del préstamo, sin alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, siempre que no altere la cifra de responsabilidad hipotecaria, pero esta posibilidad se limita por la disposición transitoria (apartado 3) de la Ley 41/2007 a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de dicha Ley. Se trataba con ello de introducir en España la figura de la denominada doctrinalmente «recarga» de la hipoteca, sobre la que se generó una viva polémica, entendiendo sus detractores que ello supone convertir un sistema hipotecario de «crédito privilegiado» (el vigente hasta entonces) en otro sustancialmente distinto de «acreedor privilegiado», con quebranto de las normas sobre concurrencia y prelación de créditos, y convirtiendo la hipoteca en una suerte de reserva de rango a favor de cualquier crédito de su titular frente al deudor.

Algunas voces han criticado la limitación de dicho régimen transitorio por entender que excluye de la posibilidad de acogerse a esta medida de reestructuración de la deuda precisamente a los deudores que más lo necesitan, esto es, lo que contrataron las hipotecas en los años inmediatamente anteriores a la Ley de 2007.

Sin embargo, como hemos visto, la única novación que excluye la disposición transitoria de la Ley respecto de los préstamos anteriores es la consistente en la ampliación del capital del préstamo, limitación que, a pesar de la crítica, resulta lógica teniendo en cuenta, por un lado, que si la insolvencia sobrevenida tiene su origen en una situación de sobreendeudamiento no parece muy coherente tratar de resolverla sobre la base de un mayor endeudamiento. Y si lo que se pretende es la agrupación del préstamo hipotecario con otros créditos distintos ya contraídos del mismo acreedor (a fin de que estos últimos se beneficien del tipo reducido de los hipotecarios) ello no puede hacerse con perjuicio de los acreedores con derecho inscrito o anotado sobre la finca en el momento de formalizarse la ampliación, pues iría en contra de los principios de prioridad, inoponibilidad y legitimación registral (cfr. arts. 17, 32 y 144 de la LH), y también en contra de las normas sobre prelación de créditos (cfr. arts. 1926 a 1929 del CC), generando incertidumbre en la contratación inmobiliaria por falta de certeza en el importe real de las cargas hipotecarias. Por el contrario, las novaciones consistentes en ampliaciones de plazo o en la introducción de periodos de carencia (que son las medidas realmente eficaces en las situaciones de sobreendeudamiento) no se ven afectadas por la disposición transitoria y se pueden pactar también en relación con las hipotecas constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, sin entrar en colisión con otros acreedores posteriores con derecho inscrito o anotado.

b) *En segundo lugar, la modificación del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* La segunda medida tenía un carácter más paliativo que preventivo, y consistía en modificar el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir la rehabilitación del préstamo hipotecario que hubiera vencido anticipadamente por el impago de alguna cuota mediante el abono de la misma cuando se trate de la vivienda habitual. La reforma consistió en permitir que esta facultad de liberar la finca hipotecada de la ejecución mediante el pago de la parte del principal y de los intereses vencidos —que en los casos de la vivienda habitual no requiere el consentimiento del acreedor— pueda ser ejercitada en segunda o ulteriores ocasiones siempre que medie un plazo de, al menos, cinco años entre la liberación anterior y el nuevo requerimiento de pago por el acreedor. Es cierto que este plazo puede resultar excesivo en el contexto económico actual, por lo que cabría plantear un acortamiento sustancial del mismo para ajustarlo a la dureza del ciclo económico presente, sujeto al requisito de la viabilidad de los pagos regulares a partir de la segunda liberación, a fin de hacer compatible la rehabilitación del préstamo por el deudor con la certeza de la garantía del acreedor.

B) EL REAL DECRETO 1975/2008, DE 28 DE NOVIEMBRE, SOBRE MEDIDAS URGENTES A ADOPTAR EN MATERIA ECONÓMICA, FISCAL, DE EMPLEO Y ACCESO A LA VIVIENDA

Este Real Decreto aprueba una moratoria temporal y parcial en el pago de los préstamos hipotecarios a favor de personas desempleadas y autónomos. Se ha de tratar de préstamos hipotecarios concertados con anterioridad al 1 de septiembre de 2008, por importe inferior a 170.000 euros y exclusivamente para la adquisición de vivienda habitual (cfr. art. 3). Pueden acogerse a la medida los trabajadores en situación legal de desempleo con derecho a prestación, los trabajadores autónomos que hayan cesado en su actividad económica durante un periodo mínimo de tres meses o que acrediten ingresos inferiores a tres veces el importe mensual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, y los pensionistas de viudedad por fallecimiento ocurrido una vez concertado el préstamo hipotecario y, en todo caso, en fecha posterior al 1 de septiembre de 2008 (cfr. art. 5).

Los beneficios concedidos consisten en medidas de apoyo financiero que cubrirán un máximo del 50 por 100 del importe de las cuotas mensuales que se devenguen por el préstamo entre el 1 de marzo de 2009 y el 28 de febrero de 2011, con un límite máximo de 500 euros mensuales. Estas cantidades no se condonan, sino que se aplazan y deberán ser compensadas a partir del 1 de marzo de 2012 mediante su prorrateo entre las mensualidades que resten para la satisfacción total del préstamo con un límite de quince años. Esta última fecha de inicio del periodo de prorrateo quedó fijada mediante el Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero, que la aplazó un año a la vista de la evolución económica del país y el alargamiento de la crisis. A fin de financiar este aplazamiento se prevé que el Instituto de Crédito Oficial concierte los correspondientes Convenios con las entidades de crédito (art. 7).

Es indudable que esta medida supone un alivio sustancial en el esfuerzo de amortización de las hipotecas que realizan las familias españolas que, cabe imaginar, ha evitado numerosas ejecuciones hipotecarias (4) (si bien no disponemos de datos estadísticos que permitan medir el alcance práctico de esta medida).

(4) También en 2008 se firma un Acuerdo entre el Ministro de Economía y Hacienda y los Presidentes de los Colegios de Registradores y Notarios para permitir la ampliación gratuita del plazo de los préstamos hipotecarios.

- C) LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN CON LOS CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO

Se trata de una Ley que tiene por objeto proteger al consumidor frente a prácticas abusivas de los intermediarios financieros en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores, fijando criterios de transparencia financiera, y de control de su validez (cfr. art. 18.1).

- D) EL REAL DECRETO-LEY 6/2010, DE 9 DE ABRIL, DE MEDIDAS PARA EL IMPULSO DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y EL EMPLEO

Este Real Decreto-ley modifica el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ampliando los límites de inembargabilidad de los bienes en atención a la situación de cargas familiares del ejecutado. Recientemente los umbrales mínimos de inembargabilidad han sido nuevamente elevados en virtud del artículo 1 del 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, conforme al cual: *«En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, 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 por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma Ley»*. Este precepto deroga el artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, que tenía el mismo texto, pero en el que los porcentajes eran del 10 por 100 y del 20 por 100 respectivamente.

Por tanto, en los casos de ejecuciones hipotecarias contra deudores cuyos ingresos no excedan del salario mínimo interprofesional o de las cantidades que excediendo de tal límite estén por debajo de la escala variable que fija el citado

artículo 607, la responsabilidad del deudor quedará limitada en la práctica a la hipotecaria, aún cuando no se haya estipulado el pacto de limitación previsto en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

E) LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Esta Ley incluye un precepto largamente esperado y demandado desde la Comisión Europea, relativo a la concesión responsable de los préstamos. En concreto dice el artículo 29 que las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán cumplir estas dos obligaciones:

- 1.º Evaluar la solvencia del potencial prestatario, y ello no solo sobre la base de la información que proporcione este, sino también en base a la información de los ficheros automatizados con información sobre insolvencias; y
- 2.º facilitar al consumidor de manera accesible toda la información precontractual necesaria para evaluar si el producto financiero se adapta a sus necesidades y a su situación financiera.

Además, se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que en el plazo de seis meses apruebe las normas necesarias para garantizar un nivel adecuado de protección a los usuarios de servicios financieros, normas que se extenderán, entre otros extremos, a los siguientes:

- la relación entre los ingresos de los consumidores y los compromisos financieros que adquieran;
- la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales; y
- la consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.

Esta habilitación normativa concedida a la Ministra de Economía y Hacienda ha sido ya ejecutada mediante la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, del Ministerio de Economía y Hacienda, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios. Es indudable que la puesta en práctica de las medidas previstas en la Ley y desarrolladas en la Orden contribuirá a evitar las situaciones de sobreendeudamiento que se han vivido durante los pasados años, como consecuencia de la presión de la oferta de créditos hipotecarios por la demanda de títulos en el mercado secundario, la falta de parámetros vinculantes

sobre solvencia en términos de capacidad de pago (relación ingresos/compromisos de pago) y la falta de independencia de las tasaciones respecto de las entidades acreedoras, lo que podría haber generado una vía de pérdida de rigor en el control de los límites del *loan to value* impuestos por la normativa del mercado secundario, de forma que en algunos casos pueden haberse producido tasaciones que incorporaban ya las expectativas de futuras revalorizaciones, en cuyo caso la situación objetiva de sobreendeudamiento no sería, al menos en parte, ajena a la responsabilidad derivada de tales excesos en la práctica de la tasación (sobretasación).

F) LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

Mediante la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, entre otras cuestiones ajenas al objeto de este estudio, se pretende clarificar la relación entre la ejecución especial hipotecaria y la ordinaria, precisando la forma en que la ejecución especial, dirigida contra determinados bienes, pasa a convertirse en general u ordinaria, dirigida contra todo el patrimonio del deudor. Para ello se da nueva redacción al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (uno de los que han sido objeto de la cuestión de inconstitucionalidad analizada *supra*), en el que se establece que: *«Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución»*.

Por lo tanto, llegado el caso de la insuficiencia del valor de la finca hipotecada para el pago de lo adeudado por razón de la ejecución del préstamo hipotecario, la transición del procedimiento especial al ordinario pasa por la solicitud del despacho de la ejecución, sin entrar directamente en la fase de apremio, lo que resulta lógico dado que en el procedimiento ordinario caben excepciones y motivos de oposición que no pueden ser alegados en el hipotecario, dada la mayor fuerza ejecutiva de su título, por lo que antes de pasar al embargo habrá que dirimir dichas posibles causas de oposición esgrimibles en el ejecutivo ordinario, pero vedadas en el hipotecario, como la compensación del crédito, pluspetición, prescripción y caducidad, quita, espera o pacto o promesa de no pedir o la transacción (cfr. art. 557 de la LEC).

V. SUGERENCIA DE POSIBLES NUEVAS REFORMAS LEGALES

Muchas de las medidas y reformas que hemos enunciado anteriormente tienen por objeto prevenir o evitar que llegue a producirse la situación de impago, actuando tanto en la fase precontractual (información, estudios de solvencia previos, etc.), como en la fase de desenvolvimiento del préstamo (fundamentalmente mediante novaciones contractuales tendentes a reducir el esfuerzo de amortización). Pero a pesar de todo vemos en la práctica cómo en muchos casos —demasiados— la situación de insolvencia es inevitable. Ante esta situación también se pueden plantear medidas y reformas a fin de mejorar la posición de los afectados. La principal demanda social en este sentido es la de eliminar la responsabilidad personal de los deudores que pierden su vivienda bien por entregarla en régimen de dación en pago a los acreedores, bien por quedar sujetos a su venta forzosa en un procedimiento de ejecución, de forma que la entrega del piso suponga la liberación de la totalidad de la deuda, con independencia de si el valor del piso en tal momento cubre el importe del total de lo adeudado o no, de manera que también en este segundo caso eviten la persecución del resto de su patrimonio por la diferencia.

En mi opinión esta solución, aún siendo comprensible su planteamiento desde un punto de vista sociológico, presenta obstáculos tanto jurídicos como económicos que la hacen difícilmente viable. Pero, como veremos, cabe la posibilidad de obtener resultados prácticos similares por otras vías, maximizando la potencialidad extractiva del valor en cambio de los bienes ejecutados, por medio de ciertas modificaciones muy concretas y tasadas en la actual regulación procesal del régimen de la subasta de los bienes hipotecados, aspecto en el que pueden coincidir los intereses tanto de los deudores ejecutados como de los acreedores ejecutantes. Y ello con independencia de las imprescindibles medidas de apoyo y protección social que desde las distintas Administraciones Públicas (estatal, autonómica y municipal) deban desarrollarse para evitar situaciones de exclusión social de los afectados, en lo que es preciso insistir.

Comenzaré exponiendo las objeciones a la reforma del régimen de responsabilidad (doble garantía real y personal) actualmente vigente en nuestro Derecho y reflejado en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, para exponer seguidamente otras reformas alternativas a esta medida que sin perjudicar la fiabilidad y seguridad jurídica del mercado hipotecario, puede producir el mismo resultado práctico que la aludida reforma. El Derecho es más complejo de lo que en algunas ocasiones se pretende, pero que las soluciones jurídicas a los problemas puedan llegar a ser complejas no quiere decir que no existan o que no sean efectivas.

1. RAZONES PARA EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 105 DE LA LEY HIPOTECARIA

Las razones que abonan la tesis favorable al mantenimiento del régimen vigente del artículo 105 de la Ley Hipotecaria, en cuanto establece que la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil, serían las siguientes:

- 1.º En primer lugar, la propia incapacidad de dicha reforma para resolver las situaciones de sobreendeudamiento y de insolvencia sobrevenida respecto de los créditos hipotecarios contratados con anterioridad a su entrada en vigor, puesto que la modificación no podría tener efecto retroactivo. Y no podría tener efectos retroactivos porque lo impide la Constitución Española, ya que tal retroactividad sería contraria a su artículo 9.3, que garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales y el de seguridad jurídica (5).
- 2.º Pero más allá de la dificultad jurídica derivada de dicho límite constitucional, están las razones económicas que alertan frente a las consecuencias de una reforma en el sentido indicado. Indudablemente el sistema de doble garantía (real o hipotecaria y personal) de nuestro derecho de hipoteca constituye un elemento favorecedor de la accesibilidad al mercado del crédito hipotecario por las familias españolas para financiar la adquisición de la propia vivienda en la medida en que incrementa la seguridad en la recuperación de los capitales invertidos y disminuye en paralelo su coste y los niveles de insolvencias (por el menor coste financiero que soportan) y de morosidad.

Los datos son en este sentido muy elocuentes:

- a) el índice de insolvencia/dudosidad de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se situaba en diciembre de 2010 en el 2,4 por 100, frente al crédito no hipotecario residente que estaba en el 6 por 100 (más del doble);
- b) los créditos hipotecarios a vivienda dudosos frente al total de dudosos representaba en septiembre de 2010 un 15 por 100;

(5) En caso de no respetar este límite constitucional, se produciría el riesgo bien de una inconstitucionalidad de la norma, bien incluso un supuesto de eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador generando la obligación de una reparación indemnizatoria (recordemos que el principio de responsabilidad del Estado legislador fue reconocida por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich, y desde entonces ha sido objeto de una abundante literatura jurídica).

- c) la tasa de morosidad en Estados Unidos, en cuyo sistema legal —en concreto en once Estados— se limita la responsabilidad del deudor a la hipotecaria, se eleva en un 9,7 por 100 (según datos de la Reserva Federal);
- d) volumen de crédito en ejecución en relación con el saldo vivo en 2010:
 - saldo vivo 1.084.000.000;
 - amortización: 13,5 por 100 = 145.000 millones;
 - 2,4 por 100 de 145.000 = 3.625 millones = 0,33 por 100 del saldo vivo;
 - número de ejecuciones hipotecarias: 93.622 (frente a 895.127 reclamaciones de cantidad por procedimientos monitorios);
 - importe medio de deuda en ejecución: 38.700 euros.
- e) títulos hipotecarios en circulación en el mercado secundario en diciembre de 2010: 568.000 = 52,4 por 100 del saldo vivo hipotecario.

Por tanto, la morosidad en el sector del crédito hipotecario se sitúa por debajo de la mitad del crédito no hipotecario residente en España, y representa menos de la cuarta parte de la morosidad del sector hipotecario en Estados Unidos. Además el número de ejecuciones hipotecarias representa alrededor del 10 por 100 de las reclamaciones de cantidad presentadas durante 2010 ante los tribunales españoles. En cuanto a la comparativa de tipos de interés entre los préstamos hipotecarios y los préstamos a consumo de las familias, las tasas de estos últimos llegan a triplicar a la de los primeros.

Todas estas ventajas pueden ponerse en riesgo (dificultando el acceso al crédito hipotecario y, por tanto, a la vivienda en propiedad a los nuevos demandantes que todavía no han entrado en el mercado) si se modifica el régimen legal de las garantías, máxime si se pretendiese atribuirle un efecto retroactivo. Una pérdida de confianza en la solidez del sistema hipotecario español en los mercados de refinanciación generaría una reducción de la liquidez del mercado de crédito hipotecario lo que produciría un doble efecto: menor volumen de crédito en circulación (aumentando la dificultad de acceso al crédito) y una mayor carestía del mismo por su mayor escasez. De hecho, los títulos hipotecarios emitidos (cédulas y participaciones mayoritariamente) ya se han visto fuertemente reducidos, según la siguiente secuencia: 2008: 120.423; 2009: 77.808; 2010: 63.066. Es decir, en dos años se ha reducido casi a la mitad, generando tensiones de liquidez y restricciones efectivas al crédito. En esta situación la línea de actuación correcta debe ser la de incrementar las dosis de confianza en el sistema hipotecario español y en la solidez de sus garantías, y no lo contrario.

2. RAZONES PARA REFORMAR LA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBASTAS HIPOTECARIAS

Como decíamos anteriormente, cabe plantear algunas reformas alternativas a la supresión del régimen de responsabilidad personal de los deudores hipotecarios. Por las razones que han quedado apuntadas no parece aconsejable, desde el punto de vista del interés general, dicha supresión, pero lo que sí se puede y debe intentar es que aquella responsabilidad personal, que en la práctica actúa como subsidiaria de la responsabilidad hipotecaria recayente sobre la propia finca hipotecada, quede en la inmensa mayoría de los casos como una responsabilidad meramente potencial, pero sin llegar a activarse. Ello creemos que es posible si se optimiza la potencialidad extractiva del valor en cambio de los bienes ejecutados, por medio de ciertas modificaciones muy concretas y tasadas en la actual regulación procesal del régimen de la subasta de los bienes hipotecados y, como vía preferente o al menos alternativa y menos traumática, mediante una adecuada regulación de las daciones en pago, lo cual puede ser muy conveniente en una coyuntura económica como la actual en la que, aunque existe una demanda estructuralmente fuerte de vivienda, y una oferta igualmente fuerte, sin embargo no se llegan a concretar las transacciones por la paralización del mercado debida en gran parte, a su vez, a la falta de crédito. Si consideramos, por un lado, que los préstamos hipotecarios destinados a servir de cobertura a las emisiones de títulos (que representan un elevado porcentaje en relación con el total) no podían exceder del 80 por 100 del valor de la finca hipotecada, a cuya financiación estaban destinados y, por otro lado, que el precio medio de la vivienda en España ha descendido durante la crisis en un porcentaje promedio inferior al 20 por 100 (6). Debemos llegar a la conclusión de que, en general, el conjunto del patrimonio inmobiliario que garantiza los créditos hipotecarios cuyos deudores se encuentran en situación de insolvencia sobrevenida es suficiente para satisfacer el importe global de las deudas garantizadas. En definitiva, de los datos apuntados cabría colegir que el activo hipotecado cubre el pasivo impagado. Por tanto, el número de los supuestos concretos en que se active la responsabilidad personal por insuficiencia de la hipotecaria cabría entenderse, *a priori*, que habría de ser estadísticamente reducidos.

Pero incluso pensando en la hipótesis extrema de que todos los créditos hipotecarios en ejecución concluyesen con subastas desiertas y con adjudicaciones por el 60 por 100 de su valor de tasación inicial, la cifra de riesgo de incurrir en exigencias de responsabilidad personal de los deudores, en términos macroeconómicos, habría que calcularla en base a los siguientes parámetros actualizados

(6) Este dato correspondiente a la fecha de la entrega de este trabajo a la Revista (diciembre de 2011), ha quedado superado en el momento en que se corrigen las pruebas de imprenta (julio de 2012), como consecuencia de la bajada de precios experimentada entre el primer trimestre de 2011 y el primer trimestre de 2012 del 7,2 por 100.

a 2011. Aproximadamente se produce un vencimiento anual de capitales de préstamos hipotecarios de unos 145.000 millones de euros (en torno al 13,5 por 100 del total del saldo vivo), de los cuales están en situación de morosidad un 2,4 por 100, lo que supone aproximadamente unos 3.400 millones de euros. Si la ejecución hipotecaria se produjese siempre en relación con préstamos respecto de los que no se hubiera producido ninguna amortización del capital, nos encontraríamos con que las adjudicaciones de las fincas hipotecadas por el 50 por 100 de su valor cubriría en principio aproximadamente un 60 por 100 de la deuda en cuanto al capital (relación entre dicho valor y el importe del capital del préstamo calculado al máximo del 80 por 100 del *loan to value*) (7). Pero es que no todas las ejecuciones hipotecarias se producen porque se deje de pagar el préstamo desde la primera cuota, pues ello no sería consecuencia de una insolvencia sobrevenida sino originaria (lo que hay que pensar que las prácticas bancarias mayoritariamente han evitado). El impago se produce generalmente por una situación imprevista y sobrevenida (generalmente la pérdida del empleo del deudor), por lo que aquella cifra debe ser rebajada proporcionalmente. Este razonamiento nos sitúa ante un panorama que puede ser abordado por su dimensión mediante medidas de protección social que serían mucho menos costosas que las aplicadas en protección del sistema financiero, y tan justificadas como estas.

En este sentido hay que recordar que, conforme a la Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *«el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza»*.

Entre tales medidas podría figurar la de la intervención de la Sociedad Pública de Alquiler en las subastas hipotecarias a fin de evitar que queden desiertas, presentando pujas por encima del 60 por 100 del valor de tasación, con posibilidad de rentabilizar la inversión mediante la oferta de la propia vivienda

(7) Es cierto que con el impago de una sola cuota periódica se puede activar la cláusula de vencimiento anticipado prevista en el artículo 693, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también lo es que cuando la hipoteca recae sobre la vivienda familiar (supuesto que es el que principalmente interesa en este estudio) el deudor puede liberar el bien mediante la consignación de las cantidades que por principal e intereses estuviera vencida en la fecha de la presentación de la demanda (y no las que conforme al cuadro de amortización todavía no hubieren vencido).

adjudicada en régimen de alquiler al propio ejecutado. Solución que aliviando el drama personal de quien se ve forzado al lanzamiento de su vivienda, no supone una inmisión perturbadora en la seguridad jurídica del mercado hipotecario, imprescindible para mantener su solvencia y liquidez. Pero existen otras posibles reformas legales encaminadas al mismo objetivo que pasamos a detallar.

3. NUEVA REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO: ALQUILER *VERSUS* DESAHUCIO. LA FÓRMULA DEL *LEASING-BACK*

En los Registros de la Propiedad se viene observando un cierto aumento de las daciones en pago de deuda hipotecaria, como procedimiento alternativo a las ejecuciones judiciales de la hipoteca para la satisfacción del crédito en casos de incumplimiento o de dificultad de cumplimiento por parte del deudor del cuadro de amortización pactado, y cuando la solución no puede encontrarse por la vía de la disminución del importe de la cuota periódica a través de la novación del préstamo cuyo objeto sea ampliar el plazo de amortización o fijar un periodo de carencia transitorio.

Ciertamente la entrega del bien hipotecado objeto de la dación no produce *per se* la extinción de la totalidad de la obligación garantizada, salvo que así haya sido acordado entre deudor y acreedor, sino hasta donde alcance el valor del propio bien en los términos en que este haya sido fijado por las partes en el propio acuerdo de la dación al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil. Esta finalidad solutoria de la dación —total o parcial en función de la correlación entre el valor de la finca y el importe de la deuda, en los términos pactados— es fundamental en este contrato, tal y como ha destacado la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1987, afirma que la dación en pago es un negocio de pago, por su finalidad extintiva de las obligaciones. Se trata, en definitiva, de un modo de pago o «acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular» (vid. sentencia de 28 de junio de 1993). Pero puesto que la deuda hipotecaria no se constituye como una obligación alternativa (cfr. art. 1131 del CC), es imprescindible el acuerdo de voluntades entre deudor y acreedor, tal y como autoriza *a sensu contrario* el artículo 1166.1 del Código Civil al establecer que: «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida». Aclara este extremo el Tribunal Supremo al decir que la dación en pago se produce «cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida *aliud pro alio* con acuerdo para tener por extinguida la obligación» (cfr. sentencia de 15 de diciembre de 1989).

La dación en pago puede resultar mutuamente beneficiosa, tanto para el deudor como para el acreedor. Para este porque elude la declaración del crédito como moroso, evitando así la necesidad de provisionar los riesgos de insolvencia que supone tal circunstancia. Para el deudor la solución es también menos traumática que una venta forzosa en subasta, dada la mayor flexibilidad y amplitud de los márgenes de negociación, que pueden incluir la celebración de un contrato paralelo a la dación de arrendamiento de la finca por el deudor hipotecario, permitiéndole conservar el uso de la vivienda.

Sin embargo, la regulación actual de la materia (o más bien, habría que decir, la falta de regulación de la dación en pago de deuda hipotecaria) limita su utilidad práctica. Y no me estoy refiriendo al hecho de que el Ordenamiento jurídico no prevé la eficacia extintiva total de la deuda garantizada cualquiera que sea el valor del bien entregado (universalizando el régimen del art. 140 de la LH al limitar la responsabilidad del deudor a la finca hipotecada), o su carácter de obligación alternativa que permita dispensar del requisito del consentimiento del acreedor hipotecario, aspectos que de imponerse normativamente podrían producir efectos contraproducentes en el mercado hipotecario tanto primario como secundario y redundar en un incremento de la dificultad de acceso al crédito territorial —y por tanto a la vivienda en propiedad— en términos de una mayor escasez y coste, como antes vimos, sino a otros aspectos distintos que careciendo de semejantes secuelas podrían mejorar la posición del deudor insolvente.

En particular dos son las principales dificultades o inconvenientes de la dación frente a la ejecución hipotecaria. La primera es de carácter fiscal, al implicar una doble tributación por la doble transmisión que se produce generalmente en estos casos, dado que la finca hipotecada entra en el patrimonio del acreedor hipotecario (normalmente una entidad de crédito) no para quedarse allí sino para ser transmitido, a su vez, a un tercero. Frente a ello en el ámbito de la ejecución hipotecaria se admite a favor del ejecutante la figura de la «cesión del remate» a un tercero (adquirente final del bien), de modo que se entiende que este último *subentra* en la posición procesal del ejecutante y no en la titularidad del bien, evitándose así dicha doble imposición, pues el bien pasa directamente del ejecutado al cesionario del remate. Sería, por tanto, razonable plantear una posible reforma fiscal para reconocer una exención en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales para evitar el actual trato tributario asimétrico entre la dación y la ejecución, haciendo fiscalmente neutro dicho tratamiento, lo que contribuiría a disminuir el número de las ejecuciones hipotecarias. Actualmente la dación en pago está desincentivada fiscalmente frente a la ejecución hipotecaria por la aludida asimetría (8).

(8) Sin perjuicio de las competencias que en relación con este impuesto atribuye a las Comunidades Autónomas la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema

La segunda dificultad estriba en la inaplicabilidad del principio de purga de cargas posteriores a la hipoteca que garantiza la obligación extinguida mediante la dación, lo que da lugar a que los titulares de cargas de rango inferior a aquella hipoteca «mejoran de rango» respecto del propio acreedor adquirente, quedando este expuesto a la acción ejecutiva que pueda derivarse de tales cargas y constreñido por la limitación de facultades que puedan las mismas representar para el dominio de la finca si se trata de derechos reales limitados en cosa ajena. Por ello, en la práctica no se acude a la dación en pago cuando existen sobre la finca cargas o gravámenes posteriores a la hipoteca, frecuentes sin embargo en la práctica (en forma de segundas hipotecas o de anotaciones de embargos ejecutivos) en los casos de sobreendeudamiento sobrevenido. Y no solo esto, sino que incluso cuando no existen tales cargas, de forma cautelar es frecuente que en la práctica negocial se pacte una condición suspensiva de la dación para el caso de que entrase en el Registro algún título constitutivo de alguna carga preferente antes que la propia escritura de la dación, ante el temor de que las dificultades económicas del deudor hayan propiciado el ejercicio de la acción ejecutiva por parte de algún otro acreedor que se pudiese anticipar en su llegada al Registro, en forma de mandamiento de anotación preventiva de embargo.

Esta consecuencia se deriva del hecho no solo de que no está previsto normativamente el citado principio de purga de cargas posteriores en los casos de dación en pago, sino además de la circunstancia de que aun cuando la inscripción de la escritura de dación no dé lugar automáticamente a la cancelación de la inscripción de la hipoteca preferente, sin embargo el hecho de que el acreedor pase a ostentar simultáneamente la condición de titular del dominio de la finca y de la hipoteca que lo grava, genera una confusión de derechos que permite su cancelación «a solicitud de cualquier interesado», conforme al artículo 190 del Reglamento Hipotecario. Este resultado es inevitable ya que, en el plano obligacional, se produce la extinción de la obligación garantizada, lo que arrastra la consecuencia de la extinción de los derechos accesorios de garantía (como se afirma expresamente respecto de la fianza en el art. 1849 del CC). Pero incluso en el caso de que la extinción de la obligación sea meramente parcial (por darse a la finca cedida un valor inferior al importe de la deuda), la confusión o consolidación de derechos se produce en todo caso en el plano real, de forma que dada la proscripción de la hipoteca de propietario en nuestro Derecho, la garantía hipotecaria del acreedor queda abocada a su cancelación registral. De lo contrario surgiría una atípica figura de reserva o patrimonialización del rango, con la consiguiente alteración de las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos.

de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Para hacer frente a estos inconvenientes, y ante la dificultad de encontrar soluciones normativas para ellos, cabría aplicar dos fórmulas negociales distintas. La primera pasa por la reserva a favor del deudor de algún derecho sobre la finca, de forma que el derecho del acreedor adjudicatario sea resoluble (por ejemplo, cuando la dación en pago se sujeta a la condición resolutoria de que en determinado plazo el deudor pase a mejor fortuna o un derecho de retroventa durante determinado plazo). Recuérdese que la condición resolutoria explícita en la compraventa (y por extensión lo mismo cabe decir en el caso de la dación en pago, cuya acomodación analógica a las normas de la compraventa ha sido declarada por la jurisprudencia: vid., v.gr., sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre de 1987 y 19 de octubre de 1992) genera a favor del vendedor una titularidad preventiva sobre el dominio del bien transmitido que en la doctrina ha sido calificado, en sentido amplio —en la medida en que el derecho subjetivo incluye las titularidades preventivas—, de derecho real de garantía (situación de *poder* sobre la cosa transmitida). Fórmula que se puede combinar, además, con un arrendamiento de la finca a favor del propio deudor. En estos casos la consolidación entre dominio e hipoteca no operaría en términos de cancelación registral de esta última por confusión de derechos, según se desprende de las antiguas Resoluciones de la DGRN, de 29 de octubre de 1912 y 19 de noviembre de 1947. Así en la primera se aclara que «no existe oscuridad en la estipulación de que el acreedor deje sin cancelar la hipoteca constituida sobre la finca objeto de la venta en tanto subsista el plazo para retraer, pues aún admitiendo que la cosa comprada hace deudora, en cierto modo, a la misma persona acreedora, no procede afirmar en absoluto que el derecho hipotecario se ha extinguido, ni que la finca ha dejado de pertenecer al deudor mientras pueda este ejercer su derecho de retracto».

La segunda fórmula negocial, para superar la dificultad señalada, está siendo ya empleada en la realidad práctica y consiste en instrumentar funcionalmente la dación en pago a través de su sustitución por la enajenación de la finca a inmobiliarias que pertenecen a la misma entidad acreedora o a su grupo, las cuales adquieren el bien subrogándose en la hipoteca, de forma que del precio se descuenta el importe de la carga (cfr. art. 118 de la LH) y, a su vez, la inmobiliaria transmite después a un tercero (comprador final) que igualmente se subroga en el préstamo hipotecario, fórmula que es particularmente apropiada para aquellos casos en que aunque haya una previsión de impago por el deudor todavía no se ha producido, o ha tenido lugar respecto de unas pocas cuotas (aunque aquí se mantiene el inconveniente de carácter fiscal antes citado).

4. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SUBASTAS

El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 ha alertado de que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia de estos procedimientos es un factor que encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentando en algunos casos la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y eleva los costes de refinanciación, anunciando que velará por que los procedimientos de ejecución de los Estados miembros tengan una duración y coste razonables.

Esta evaluación es importante también porque la Ley 41/2007, en el contexto del principio comunitario de la libre circulación de capitales, admite que los créditos de cobertura de los títulos hipotecarios estén garantizados por inmuebles situados en cualquier punto del territorio de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente, entendiéndose que existe esta equivalencia cuando el procedimiento jurídico que respalda la garantía permite a la entidad de crédito liquidar el valor de la garantía por *su propia cuenta* en un plazo razonable ante una situación de impago, y la obtención de un precio justo (9).

(9) En concreto, el artículo 6 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, se consagra a regular las especialidades de los préstamos y créditos garantizados por inmuebles situados en otros países de la Unión Europea, previendo que:

«1. Los préstamos y créditos que estén garantizados por inmuebles situados dentro de la Unión Europea podrán ser considerados préstamos y créditos elegibles para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias y para servir de cobertura a la emisión de bonos hipotecarios siempre que, a juicio del Banco de España, dichas garantías sean de naturaleza y características equivalentes a las previstas en este Real Decreto.

2. La equivalencia de las garantías se apreciará atendiendo a los siguientes requisitos a cumplir por dicha garantía o por el régimen jurídico que la regule:

- a) que la hipoteca o derecho dado en garantía sea jurídicamente válido y eficaz en todas las jurisdicciones relevantes en el momento de la conclusión del contrato de préstamo o crédito y haya sido documentado por escrito en tiempo y forma;
- b) que el régimen jurídico que regule la garantía establezca la obligación de valoración previa del inmueble que sirve de garantía por un tasador independiente de la entidad de crédito prestamista, entendido como una persona que posea las calificaciones, capacidades y experiencia necesarias para efectuar una tasación y que sea independiente del procedimiento de decisión crediticia;
- c) que el acuerdo de garantía y el procedimiento jurídico en que se sustenta permita a la entidad de crédito acreedora liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta en un plazo razonable ante una situación de impago; y,
- d) que el régimen jurídico que regule la garantía contemple la existencia de mecanismos suficientes para garantizar la obtención de un precio justo en la ejecución de la garantía.

Por ello debemos preguntarnos si cumple nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria este canon normativo de equivalencia europea en función del objetivo de la eficiencia de los mercados secundarios. El objetivo perseguido por estos procedimientos, como dijimos, es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible.

Esta eficiencia no puede llegar, sin embargo, hasta el punto de aceptar como medio de ejecución los procedimientos de autosatisfacción, básicamente a través del pacto comisorio. Pero la sumariedad del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso español lo aproxima, sin incurrir en la figura de la autosatisfacción, al pacto marciano, entendido como el pacto por el cual se admite la adjudicación en pago del objeto de la garantía a favor del acreedor, o de un tercero, previa su justa valoración y con obligación de reintegrar el excedente de dicha valoración en relación con el importe de la deuda ejecutada. Pacto admitido tradicionalmente como excepción a la prohibición al pacto comisorio y que la Directiva 2002/47/CEE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera ha positivado en nuestro Derecho a través de la norma de transposición contenida en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo.

Respecto del modelo del procedimiento español de ejecución hipotecaria podemos decir, especialmente tras la reforma procesal de 2000, que en lo esencial cumple este objetivo:

- se trata de una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sumario y sin contradicción entre partes, basado en los pronunciamientos del Registro, que permite ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del Registro;
- con causas de suspensión y oposición tasadas legalmente a los solos casos de falsedad del título, cancelación de la hipoteca, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta;
- se trata de un procedimiento rápido, de subasta única, con posibilidad de sustituirla por convenios de realización por entidad especializada;
- que facilita la concurrencia de licitadores permitiendo su financiación a través de la hipoteca del derecho de remate;

A efectos de apreciar la equivalencia de los regímenes y garantías correspondientes, el Banco de España podrá requerir a las entidades cuanta información y documentación adicional estime oportuna, incluidos dictámenes jurídicos suficientes, elaborados de forma independiente por expertos ajenos a la entidad, así como acreditación del tratamiento que dichas garantías han recibido de la autoridad supervisora del país afectado como instrumento de mitigación de riesgos, a efectos de los requerimientos de solvencia de las entidades de crédito».

- es también un procedimiento en el que se aplica, con escasas excepciones, el principio de purga de cargas posteriores, incluso respecto de créditos con privilegio especial anotados con posterioridad —cuyos titulares deberán acudir a la correspondiente tercería de mejor derecho, pero sin paralizar la ejecución—;
- y en el que se cuida el aspecto posesorio a través de un incidente que permite, antes de la subasta, conocer si hay ocupantes de la finca con título suficiente para continuar en la posesión.

Como dice el Tribunal Constitucional español, este procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, de forma que la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización (sentencia de 17 de enero de 1991). Esta sumariedad se explica porque la ejecución solo puede realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral, lo que inviste al acreedor hipotecario de legitimación y a su derecho de presunción de legalidad.

Ahora bien, como indica el Libro Blanco de la Comisión Europea, el objetivo es obtener, mediante el procedimiento, un precio justo por el bien hipotecado. Desde este punto de vista es indudable que la regulación actual es mejorable, siendo el objeto del presente apartado analizar las posibles mejoras que se pueden introducir en nuestra legislación en atención a tal finalidad, preservando al tiempo la necesaria seguridad de cobro y agilidad que asimismo debe garantizarse. En algún caso se trata de llevar a la práctica alguna de las novedades aportadas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que no han llegado a aplicarse, introduciendo para ello los oportunos incentivos o suprimiendo los contra-incentivos que hasta ahora lo han impedido.

Entre las reformas que cabe proponer en línea con los enunciados y objetivos anteriores, cabe citar las siguientes:

1. La denominada «privatización de los mecanismos de ejecución forzosa» por medio de los convenios de realización, que permiten pactar el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, o la realización mediante persona o entidad especializada, de los artículos 640 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento, como medios alternativos a la subasta. Hay que recordar que esta novedad se introduce en cumplimiento de las recomendaciones del Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de 1997, en el que se subrayaba el agotamiento del sistema actual de venta forzosa, pues entiende que «no sirve para lograr el doble efecto de dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor».

Si observamos que en el caso de los convenios de realización no cabe que el ejecutante se pueda adjudicar el bien por debajo del 70 por 100 del valor de tasación, salvo acuerdo de las partes, o que el plazo para la venta por persona especializada puede llevarse a cabo durante un plazo de seis meses, prorrogable por otros seis, comprenderemos por qué estos sistemas alternativos adecuados para no malbaratar los bienes del deudor (en palabras del CGPJ) no se pactan nunca en las escrituras de constitución de hipotecas, pues las entidades de crédito carecen de incentivos para ello.

2. El sistema de subasta única, que sustituyó al de tres subastas que regía bajo la vigencia del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ha servido para agilizar el procedimiento, pero presenta el inconveniente de incrementar el riesgo de que la subasta quede desierta. Por ello es necesario mejorar el régimen de su publicidad, pasando de un anacrónico sistema de publicidad edictal, que todavía hoy recoge el artículo 649 de la Ley de ritos, a otro de publicidad por medio de página web a través de un portal electrónico que podría ser gestionado por el Ministerio de Justicia, por el Consejo General del Poder Judicial o por el Colegio de Registradores.
3. Por otra parte, el plazo de veinte días desde el anuncio hasta la celebración de la subasta (cfr. art. 653 de la LEC) es manifiestamente insuficiente para favorecer la concurrencia de posibles compradores usuarios finales de la vivienda subastada, distintos de los licitadores profesionales. En este caso la dilación por este incremento del plazo se vería compensada por una mayor concurrencia en la subasta. En las condiciones de mercado actuales un plazo de venta de veinte días resulta inviable y contribuye al indeseable efecto de (repito el término por su carga expresiva) malbaratar el bien ejecutado.
4. Con el mismo objetivo de aumentar la concurrencia en la subasta de potenciales demandantes de vivienda cabría ensayar otras cuatro medidas:
 - reducir el importe del depósito previo para participar en la subasta que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 elevó del 20 por 100 al 30 por 100 (cfr. art. 669.1), elevación que dificulta la participación de particulares potencialmente interesados en adquirir el bien. La reducción podría consistir en fijar dicho porcentaje otra vez en el 20 por 100, a fin de poder completar el precio de adjudicación con una financiación del 80 por 100 del valor del piso, conforme a las normas del mercado secundario. Esta reforma ya sido ya aprobada mediante la nueva redacción dada al precepto citado por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio;
 - habilitar una línea especial de créditos ICO para financiar el pago del precio del remate con garantía de la hipoteca del propio dere-

cho del remate sobre el bien subastado, conforme al artículo 107, número 12, de la Ley Hipotecaria, novedad introducida por la Disposición Final 9.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pero que no ha tenido éxito en la práctica, entre otras razones, por falta de financiación;

- suprimir la discriminación de las pujas que ofrezcan aplazamientos del pago del precio de remate (en la actualidad una oferta por el 100 por 100 del valor de la tasación con aplazamiento de un año, puede ser desplazada y quedar inoperante si el ejecutante solicita la adjudicación por el 70 por 100 del tipo de subasta) —cfr. art. 670—;
- extender la facultad de la cesión del remate a cualquier tercero adjudicatario del bien (cfr. art. 647.3) y no solo al ejecutante.

5. Con el objetivo de mejorar el precio de remate o adjudicación debería admitirse:

- a) que la información sobre la vigencia y el saldo actual de las cargas anteriores al crédito hipotecario de la ejecución pudiese recabarse no solo a solicitud del ejecutante, sino también del ejecutado, a fin de que las pujas de los postores no descuenten de sus ofertas el importe íntegro por el que se constituyeron dichas cargas previas —lo que carece de justificación económica—, sino solo su importe vigente (cfr. art. 657);
- b) por el mismo motivo, debería extenderse en la misma forma la legitimación para solicitar la declaración judicial de que el ocupante de la finca, distinto del ejecutado, no tiene derecho a permanecer en el inmueble una vez que este haya sido enajenado en la ejecución (cfr. art. 661), pues ello aumenta su precio con paralela disminución del diferencial entre el valor de la finca y el importe de la deuda;
- c) ampliar el plazo de diez días de que dispone el ejecutado para mejorar la postura que haya resultado inferior al 70 por 100 de la tasación, sin imponer que la nueva postura llegue necesariamente a dicho porcentaje (hoy se rechazaría una mejora consistente en una oferta por el 60 por 100 del tipo de subasta, permitiendo la adjudicación por el 50 por 100 (10) si el ejecutante no ejerce su facultad de pedir la adjudicación por el 70 por 100 del tipo, lo que evidentemente es absurdo y arbitrariamente lesivo para el ejecutado) —cfr. art. 670—.

(10) En caso de que la finca hipotecada no sea la vivienda habitual del deudor.

6. Finalmente, en los casos de subasta desierta, la adjudicación debería realizarse por el valor pericial que en dicho momento tenga la finca, con independencia de que sea mayor o menor a la cantidad debida por todos los conceptos. La adjudicación que preveía el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por debajo del 50 por 100 de la tasación, cuando cubriese la deuda podía dar lugar a situaciones manifiestamente desproporcionadas y materialmente injustas cuando el valor objetivo de la finca exceda con mucho del importe de la deuda (que puede estar integrada tan solo por las últimas cuotas de amortización). Por su parte, la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación fijado en la escritura de constitución es igualmente arbitrario, pues si cierto es que resulta manifiestamente erróneo, como sostiene el Auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, afirmar que el valor de mercado de la finca en el momento de la subasta es el de la tasación inicial, igualmente lo es afirmar que el valor real de la finca en dicho momento es el 50 por 100 de la tasación inicial. El precepto citado ha sido, sin embargo, objeto de modificación por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, estableciendo ahora que: *«Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación»*, de forma que se sube el antiguo porcentaje del 50 por 100 al 60 por 100 y se suprime la posibilidad de entender como valor de adjudicación el importe de la deuda, sin límite mínimo, evitando así que la pérdida de la finca hipotecada por consecuencia de la ejecución se produzca por deudas cuyo importe sea muy inferior al valor real de aquella. Esta modificación ha sido, a su vez, parcialmente afectada por una nueva reforma de la LEC en virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal cuyo artículo 4, apartado 37, añade una nueva Disposición Adicional sexta a la LEC con la siguiente redacción:

En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la Sección VI del capítulo IV del título VI del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado

no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 o por la cantidad que se le daba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

¿Se aplican estos porcentajes a las adjudicaciones que se produzcan en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales? Así resulta de lo dispuesto en el reciente Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (11), que manteniendo la línea legislativa de tradicional adaptación del procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial al contenido de la regulación legal del procedimiento de ejecución judicial, y respondiendo a la finalidad de clarificación y simplificación de aquel procedimiento, y a la misma finalidad de evitar que el sacrificio patrimonial del deudor hipotecario en caso de ejecución hipotecaria (con independencia de que sea judicial o extrajudicial) vaya más allá de lo que requiere la satisfacción del derecho del acreedor al cobro de lo adeudado, establece en su artículo 12 que la ejecución extrajudicial de bienes hipotecados se someterá a lo previsto en dicho precepto en aquellos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor, siendo tal régimen ampliamente coincidente y similar al recogido en los artículos 670.4 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por Real Decreto-ley 8/2011.

Pero subsisten todavía, bien que cuantitativamente atenuadas, las razones que abonan la crítica al sistema de tasaciones prefijadas legalmente —en función de porcentajes fijos sobre la tasación inicial— a que se ha hecho alusión. Desarrollaremos este punto en el siguiente apartado de este estudio.

7. Por último, a fin de liquidar los intereses de demora devengados durante el proceso, debería aplicarse la previsión del denominado «interés procesal» del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, equivalente al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Igualmente, debería reflexionarse sobre la posibilidad de que los intereses de demora dejen de devengarse durante la tramitación del procedimiento de ejecución a partir del momento en que este sufra una dilación indebida, ajena a la voluntad del deudor, pues no han de parar en perjuicio de este los retrasos a cuyo origen y causa sea ajeno.

(11) Publicado con posterioridad a la entrega de este trabajo a la Revista.

5. REVISIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 670 Y 671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La tesis que aquí se postula de sustituir la tasación legal de la finca hipotecada (actualmente el 60 por 100 del valor de tasación que figura en la escritura de constitución de la hipoteca) en los casos en que la subasta quede desierta, por un sistema de tasación pericial, vendría avalada por los siguientes argumentos que desgranamos en apartados separados.

A) *Analogía con el sistema previsto para la ejecución de las garantías financieras*

El Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, admite el denominado pacto marciano en sede de ejecución de las garantías financieras. Esta ejecución podrá tener lugar cuando se trate de valores negociables u otros instrumentos financieros, mediante su venta o apropiación o mediante compensación de su valor (cfr. art. 11, núm. 2). En cuanto a la apropiación exige, además del acuerdo entre las partes, que estas hayan previsto en el acuerdo de garantía «las modalidades de valoración de los valores negociables».

Insiste en esta idea el artículo 13, al prever que la ejecución de una garantía se habrá de llevar a cabo de manera que «tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta», aclarando a continuación que: «Para ello, y sin perjuicio de los procedimientos que las partes hubieran pactado, las valoraciones y cálculos necesarios se habrán de ajustar al *valor actual de mercado* de los valores negociables aportados como garantías. En todo caso, el sobrante que resulte, una vez satisfecha la deuda correspondiente, se reintegrará al garante».

Vemos, pues, que aunque en el ámbito de las garantías financieras se llega a admitir el pacto marciano, dando lugar a una realización de valor del bien o derecho dado en garantía más expeditiva incluso que el procedimiento de ejecución hipotecaria, no por ello se renuncia al principio de que la valoración de las garantías se haga de una manera «comercialmente correcta» y ajustada al «valor actual de mercado». Tampoco se debe renunciar a una justa valoración del bien objeto de ejecución hipotecaria, evitando incurrir en «valoraciones legales», es decir, en valoraciones fijadas directamente por la ley en caso de subastas desiertas. Es más, antes de la reciente reforma del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por el Real Decreto-ley 8/2011, las valoraciones a efectos de adjudicación en caso de quedar desierta la subasta eran alternativas ya que se admitía en tales hipótesis como valor de la finca hipotecada el más bajo de los dos siguientes: 50 por 100 del valor de tasación o el importe de la deuda,

sin fijar un límite mínimo, sin que se alcanzara a comprender bien por razón de qué ley económica un bien debía valer en una fecha determinada más o menos en función de que la deuda que garantizaba fuese mayor o menor. Supongamos que la finca hipotecada se tasó inicialmente en 100.000 euros, y que la deuda pendiente de pago es de 30.000 euros. ¿Alguien puede explicar por qué en ese caso la finca se adjudicaba al ejecutante por un valor de 30.000, en tanto que si la deuda fuese de 50.000 euros se adjudicaría —¡la misma finca!— por esta última cifra? Supongamos ahora que la deuda perseguida fuese solo de 3.000 euros. ¿Es que la finca vale menos porque la deuda que garantiza sea menor? Pues bien, según el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior al Real Decreto-ley 8/2011, la finca se adjudicaría por esta última cantidad. Si a ello le añadimos que esa cifra puede corresponder a la liquidación de los intereses de demora calculados a unos tipos que pueden rebasar en mucho los ordinarios (12), y cuyo plazo de devengo dependerá de factores ajenos a la

(12) La reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 23 de septiembre de 2010, utiliza como criterio de referencia para la declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios —fijados en la tasa anual del 29 por 100 anual— en un contrato de préstamo hipotecario, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, de forma que entiende que ha de aplicar el artículo 19.4 de dicha Ley como norma correctora del interés abusivo, por lo que el interés pactado queda sustituido por la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero. En concreto declara la sentencia que: *«El problema se plantea al aplicar la normativa correctora al interés abusivo. Al tiempo de celebrar el contrato de préstamo, en 1993, estaba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo artículo 10 disponía que las condiciones generales establecidas en contrato con consumidores (en el presente caso, no hay duda de ambos extremos: es un contrato de préstamo con condiciones generales y el prestatario es consumidor) debe cumplir entre otros, el requisito (apartado c) de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo cual excluye (subapartado tercero) las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio; cuyo incumplimiento de algún requisito conlleva la nulidad de pleno derecho (art. 10.4).*

La nulidad radical no se ha pretendido en ningún momento, pero sí se ha interesado la nulidad parcial en el sentido de minorar el interés, lo que ha hecho la sentencia de primera instancia, aplicando la norma limitativa del interés en el descubierto de cuenta corriente del artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Solución aceptada por la entidad bancaria demandante y no por la Audiencia Provincial que no la alteró por mor del principio de interdicción de reformatio in pejus.

No se trata de aplicar disposiciones posteriores a la fecha de celebración del contrato, sino de interpretar y aplicar la norma vigente de 1984, a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social, conforme al artículo 3.1 del Código Civil. La misma ley de 1984 fue reformada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que le añade el artículo 10 bis, que declara abusivas las condiciones generales de la contratación que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

Declarada abusiva la cláusula que impone el interés moratorio en el 29 por 100 anual, se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero.

voluntad del deudor (como la mayor o menor agilidad o tardanza en la tramitación del propio procedimiento de ejecución), vemos que la combinación de todos estos factores da un resultado sobre el que quizás no se ha reflexionado suficientemente. La solución legal en este extremo se ha dejado llevar por su deseo de máxima simplificación procedimental aún a riesgo de incurrir en daño de la justicia material. Ambas cosas deben hacerse compatibles. Las soluciones legales que sacrifican la justicia material (por ejemplo, el sacrificio del *verus dominus* en las adquisiciones *a non dominio* por razones de protección del tráfico) solo deben prevalecer cuando sean inevitables o cuando la solución alternativa sea manifiestamente más onerosa para el interés general, pero no cuando los intereses en conflicto permitan otra composición que haga evitable tal sacrificio sin daños subsiguientes mayores que los que se tratan de evitar.

B) *Ampliación de garantía en caso de disminución del valor de la finca hipotecada*

Si importante es conocer el valor de la finca que sirve de objeto a la hipoteca, también lo es que en caso de que aquel valor disminuya, la hipoteca pueda ser ampliada a un objeto distinto. Por ello, el artículo 9 del Reglamento del Mercado Hipotecario (modificado por Real Decreto 716/2009, de 24 de abril) prevé que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia, el valor del bien hipotecado desmereciere de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación realizada por una sociedad homologada independiente podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza.

En caso de que transcurridos dos meses desde el requerimiento hecho a tal fin, el deudor no hubiere realizado la ampliación, ni devuelto la parte proporcional del préstamo, se entenderá que opta por la devolución de la totalidad de su importe, que será inmediatamente exigible. Los tenedores de los títulos podrán instar a la entidad acreedora a ejercitar contra el deudor primario la citada acción. Se trata de una acción extrajudicial, distinta de la acción judicial de devastación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria. La citada reforma de 2009 añade la previsión de que: «En el caso de que el deudor sea una persona física, el desmerecimiento al que se refiere el párrafo anterior deberá haberse mantenido durante el plazo de un año, a contar desde el momento en que la

De nuevo hay que recordar que aquel carácter abusivo y esta tasa la había determinado la sentencia de primera instancia, a la que se aquietó la entidad bancaria demandante, que no formuló recurso de apelación».

entidad acreedora haya hecho constar en el registro contable al que se refiere el artículo 21 el citado desmerecimiento».

Pues bien, se da el caso de que esta previsión sobre ampliación de la hipoteca a otros bienes como consecuencia de la depreciación de la finca hipotecada, que está prevista no para cubrir la relación entre el 80 por 100 del valor de la finca y el importe inicial del préstamo, sino la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza (por tanto, tomando como base de cálculo la parte no amortizada del crédito), es una previsión que no se ha utilizado apenas en la práctica contractual, lo que hay que interpretar no en el sentido de que las entidades financieras hayan descuidado negligentemente este aspecto (y tampoco se hayan ocupado del mismo los tenedores de los títulos hipotecarios a riesgo de sufrir quebranto en sus derechos), lo que conociendo la profesionalidad de tales entidades no cabe presumir, sino en el sentido de que no se ha producido (o solo de forma muy residual) el supuesto de hecho del que parte la norma. Por tanto, la situación del mercado inmobiliario no justifica con carácter general depreciaciones tan fuertes como la que resulta de la valoración legal de las fincas que resulta del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

C) *Tasación en los casos de construcciones añadidas a la finca después de la constitución de la hipoteca y a las que no se extienda esta*

Conforme al artículo 113 de la Ley Hipotecaria, el propietario de las mejoras o construcciones introducidas en la finca hipotecada a las que no se extienda la hipoteca tiene la posibilidad de optar en caso de ejecución entre retener el objeto en que consista, si esto fuera posible sin deterioro o merma de la cosa, o bien exigir su importe. En este último caso, la venta en subasta es conjunta de la finca y su mejora, por lo cual existirá un único precio de remate, en caso de que no quepa separación de la mejora y el predio (o construcción y suelo) —si fuere posible la separación la venta es separada—. Existiendo remate y precio único se produce una concurrencia de créditos contra el producto de la venta entre el acreedor hipotecario y el dueño de la mejora, si bien este último goza de preferencia para el cobro hasta el límite del importe de la mejora, aun cuando ello pueda dejar parcialmente insatisfecho al acreedor hipotecario.

Para algunos, el concepto de «valor» de las mejoras debe interpretarse por contraposición al «coste» de las mismas, es decir, imputando a favor de su titular las plusvalías o incrementos de valor que haya experimentado. Sin embargo, esta última determinación no es posible por la vía mercantilista del precio de venta, ya que el precio será único y, probablemente, ni el propio adjudicatario o rematante pueda determinar con precisión en qué parte el precio retribuye el suelo y en qué parte la construcción, más allá de estimaciones aproximadas. Es por ello que se impone en orden a tal especificación la intervención de peritos.

A este respecto se ha defendido (así, v.gr., BUENAVENTURA CAMY) que la intervención de peritos se impone para corregir el tipo para subasta fijado en la escritura de constitución de la hipoteca. Sin embargo, ello presenta el inconveniente de forzar la apertura de ese trámite antes de la tramitación del procedimiento, en forma similar a como se produce en la fase de apremio de las ejecuciones comunes, incurriendo para ello en los gastos y dilaciones que se pretenden precisamente eludir mediante acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria directa sobre los bienes hipotecados. Por esta razón puede defenderse la solución de estimar que la intervención de peritos no debe ser anterior a la tramitación del procedimiento sino posterior, de forma que se reconozcan al Juez que haya conocido del procedimiento facultades para, una vez pagado el precio del remate, resolver sobre su distribución entre acreedor y tercer poseedor con ayuda de peritos. Por tanto, la cuestión no estriba tanto en modificar el tipo para subasta cuanto en determinar un criterio de distribución del precio pagado por el adjudicatario una vez ha finalizado ya el procedimiento.

Pues bien, este mismo mecanismo podría extenderse a todos los casos en que la subasta haya quedado desierta o la mejor postura haya sido inferior al 50 por 100 del valor de la finca (13), de forma que se imputará dicho 50 por 100 al pago de la deuda, pendiente de la liquidación definitiva de la misma, una vez fijado el valor pericial de la finca. Hecho esto, la liquidación se elevaría a definitiva, de forma que si la tasación arrojase un valor superior al importe de la deuda, por todos los conceptos (incluyendo intereses y costas), la diferencia como remanente (14) quedaría a disposición de los acreedores posteriores por el orden de sus respectivas inscripciones o anotaciones, o, en caso de no haberlos, a disposición del deudor (cfr. art. 672 de la LEC). Por el contrario, en caso de que la diferencia fuese negativa, en tal caso se procedería a la conversión del procedimiento hipotecario en ordinario conforme al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

D) *Evolución de los precios de la vivienda. Comparación con los tipos del 60 y del 70 por 100*

Se afirma con razón que un bien no vale lo mismo —o no tiene por qué valer lo mismo— en momentos distintos. En concreto, como ya dijimos, los bienes inmuebles están sujetos a oscilaciones en el tiempo según las circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de situación del inmueble, la rentabilidad comparativa con

(13) 60 por 100 si se trata de la vivienda habitual del deudor.

(14) Que debería ser abonada por el adjudicatario.

otras inversiones alternativas al mercado inmobiliario, etc. Por ello es lógico que se rechace el argumento de que las adjudicaciones de los bienes subastados deben realizarse al acreedor por el valor íntegro de la tasación inicial. Pero lo cierto es que los porcentajes utilizados por los artículos 670.4 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (para los casos de utilización de la facultad de mejora del tipo y de adjudicación en caso de quedar desierta la subasta) del 60 (15), y del 70 por 100 del valor de aquella tasación, sobre ser arbitrarios y carecer de la flexibilidad necesaria para su adaptación a las circunstancias de cada caso y momento, no se corresponden tampoco con los valores aproximados de depreciación del parque inmobiliario residencial español en estos últimos años transcurridos desde el comienzo de la crisis económica. Así, según los datos oficiales del Ministerio de Fomento, el precio actual por metro cuadrado de la vivienda libre es de 1.777 euros, valor todavía superior al de 2005 (1.685). En 2006 se revalorizó un 11,9 por 100 (1.887). En 2007 nuevamente se revalorizó un 7 por 100 (2.024). En 2008 todavía se revalorizó un 3 por 100 (2.101). No fue hasta 2009 cuando comenzó el descenso de precios con una devaluación de un 6,9 por 100 (1.958). En 2010 continuó el descenso de precios en un 4,8 por 100 (1.865). A comienzos de 2011 se registra otra bajada del 5,3 por 100 (1.777) y finalmente en el primer trimestre de 2012, en relación al primer trimestre de 2011, se produce una nueva bajada del 7,2 por 100 (1.649).

Por tanto, respecto del momento de mayor inflación inmobiliaria se ha producido una minusvalía inferior a un 30 por 100. Por ello no parece justificado, desde un punto de vista regulatorio general, la previsión de descuentos de hasta el 50 por 100 —antes de la reforma del Real Decreto-Ley 8/2001— y de hasta el 40 por 100 —después de dicha reforma— en la valoración de los inmuebles hipotecados. Ciertamente que las plusvalías y minusvalías que experimenten los inmuebles deben correr a riesgo y ventura de sus propietarios, y cierto es que nadie debe ser responsable por los actos ajenos y por las condiciones buenas o malas en que un tercero toma sus decisiones de compra. Pero no se puede desconocer que los datos indicados ponen de manifiesto que la decisión del legislador de permitir la adjudicación de los bienes hipotecados con tales descuentos no se ajusta a las condiciones reales de las minusvalías experimentadas.

En conclusión, cabe postular a favor de que la adjudicación al acreedor de la vivienda ejecutada por el 60 por 100 del valor de tasación, en los casos en que dicha suma no cubra el importe íntegro de lo adeudado, sea considerada como una valoración provisional pendiente de la definitiva que resulte de la tasación que, ya dentro del procedimiento de ejecución ordinaria en que se transforme el hipotecario conforme al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se

(15) 50 por 100 si no se trata de la vivienda habitual del deudor (vid. Disposición Adicional sexta LEC añadida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre).

realizaría en los términos de los artículos 637 a 639 de la misma Ley, y que podrá llevarse a cabo conjuntamente con la de los bienes embargados en esta nueva fase del procedimiento, y sin perjuicio del alzamiento de estos nuevos embargos en caso de que el resultado de dicha tasación de la vivienda hipotecada determinase la extinción completa de la deuda perseguida.

Como solución subsidiaria podría plantearse que el porcentaje del valor de tasación a efectos de adjudicación al acreedor no fuese fijado directamente por la Ley, sino por referencia a unos índices estadísticos oficiales de la evolución de los precios de la vivienda por provincias o localidades, solución que sin ser la más ajustada a las circunstancias de cada caso, estará menos alejada de la realidad de la valoración del inmueble subastado y, por ello, menos alejada de la justicia material del caso y de la finalidad institucional de la subasta hipotecaria como medio de realización del valor del bien hipotecado, conforme al objetivo reclamado por el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 de la obtención de un «precio justo».

BIBLIOGRAFÍA

- ADAN GARCÍA, M. E.: *La dación en pago*, Centro de Estudios, Fundación Registral, 2009, pág. 509.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de bienes*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1994.
- ALMAGRO NOSETE, J.: *Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo III, Madrid, 1993.
- ARIAS LOZANO, D.: «Algunas consideraciones sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Estudios sobre Derecho Procesal*, junto con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS, vol. III, Madrid, 1996.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.
- CANALS BRAGUE, F.: «El valor de la inscripción en la hipoteca», en el *Libro centenario de la Ley de Bases del Código Civil*, Madrid, 1989.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Buenos Aires, 1944.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 11 de mayo de 1998.
- CURIEL LORENTE, F.: «Notas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 56, enero de 2000.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, Madrid, 1948.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «La ejecución hipotecaria y el mercado secundario», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Ed. Fundación Registral, Madrid, 2008.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1995.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista «Lunes 4,30»*, núm. 257, primera quincena de mayo de 1999.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, mayo-junio de 2000.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.
- GUASP DELGADO, J.: «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al artículo 1858 del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: «Crisis y moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7136, 17 de marzo de 2009.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, 1987.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: «La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2003.
- MERINO HERNÁNDEZ, J.: «La dación en pago», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 87, pág. 99.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Editorial Aranzadi, 1999.
- MONTSERRAT VALERO, A.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Editorial Aranzadi, 1998.
- MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, Editorial Reus, 1930.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Tomos I y II, Madrid, 1999.
- PEÑA VICENTE, M.: «La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2008.
- RIVAS TORRALBA, R.: *Anotación de embargo*, II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., editorial Bosch, 1999.
- SASTRE PAPIOL, S.: «La ejecución de la hipoteca en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, marzo-abril de 1999.

RESUMEN

EJECUCIÓN HIPOTECARIA
SUBASTAS
DACIÓN EN PAGO
LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD
HIPOTECARIA

El artículo aborda como punto de partida la actual situación de crisis económica, financiera e inmobiliaria, y el doble efecto de retracción del mercado hipotecario, de un lado, y del aumento importante del número de ejecuciones inmobiliarias, por otro, que ha provocado. Evalúa los datos concretos de ambos fenómenos y los pondera con la evolución de ese mismo mercado desde el comienzo de los años ochenta. El aumento actual de la morosidad y de las ejecuciones hipotecarias ha suscitado un vivo debate en torno a una posible revisión del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor y la posible imposición legal de la dación en pago con efectos liberatorios del importe total de la deuda. El artículo analiza detalladamente los argumentos invocados a favor de tal tesis, así como las diversas resoluciones judiciales que, aún sin cambio legal, la han tratado de aplicar en la práctica. Frente a ello, se han venido aprobando desde el año 2008 diversas disposiciones legales y reglamentarias que tratan de aliviar la situación de los deudores hipotecarios en situación de insolvencia, bien para prevenirla y evitarla, bien para, una vez producida, paliar sus efectos, sin cuestionar el sistema de doble garantía (real y personal), cuya revisión podría tener un alto coste de pérdida de confianza en los mercados de refinanciación. El artículo propone una revisión de diversos aspectos de técnica-jurídica tanto de la dación en pago, como del procedimiento de ejecución hipotecaria (fomento de mecanismos alternativos de ejecución forzosa, admisión de las subastas electrónicas, medidas para aumentar la concurrencia de demandantes en la subasta, línea especial de crédito oficial para financiar el precio del rema-

ABSTRACT

MORTGAGE FORECLOSURE
AUCTIONS
SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT
MORTGAGE LIABILITY LIMIT

The article begins by addressing the current economic, financial and real estate crisis and the two-sided effect it has had, causing the mortgage market to pull in upon itself and swelling the number of property foreclosures. Hard data on both phenomena are evaluated and weighed against the real estate market's development since the early eighties. The present surge in mortgage defaults and foreclosures has fanned heated discussion about a possible revision of the rule of the borrower's unlimited personal liability and the possible imposition by law of surrender in lieu of payment with the effect of cancelling the entire debt. The arguments wielded in favour of the idea are analyzed in detail, as are the various court rulings that have endeavoured to apply it in practice, even without any change in the laws. By contrast, since 2008 sundry laws and regulations have been approved that endeavour to alleviate the situation of insolvent mortgage borrowers, either by preventing and avoiding insolvency or by palliating its effects once the borrower has become insolvent. These laws and regulations do not question the system of dual security (collateral plus personal guarantee), whose revision could come at a high price if as a result refinancing markets lose their faith in the system. A revision is proposed for several technical and legal features of surrender in lieu of payment, such as the foreclosure procedure (e.g., fostering of alternatives to court-enforced foreclosure, acceptance of electronic auctions, measures to bring more bidders to auctions, a special line of official credit for the winning bid, reduction of the deposit bidders are required to make in order to

te, disminución del importe del depósito para participar en la subasta, retasación de la finca hipotecada para determinar el sobrante negativo, etc.) a fin de conseguir un doble objetivo: dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor, cumpliendo así la finalidad institucional de la subasta hipotecaria como medio de realización del valor del bien hipotecado, que conforme al objetivo reclamado por el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007 ha de ser la de obtener por el bien ejecutado un «precio justo», manteniendo al tiempo un alto grado de seguridad jurídica en el sistema hipotecario. Hay que señalar que varias de esas medidas sugeridas por el autor han sido ya acogidas por el legislador.

participate, re-appraisal of the mortgaged property to find the negative excess). The proposed revision pursues a two-pronged objective: to satisfy the plaintiff's claim without underselling the borrower's assets, thus achieving the institutional purpose of mortgage auctions as a means of realizing the value of mortgaged assets. And that purpose, pursuant to the objective sought in the European Commission's 2007 White Paper on the integration of primary and secondary mortgage markets in Europe, ought to be to fetch a fair price for the property while upholding a high degree of legal certainty in the mortgage system. Several of the measures suggested by the author are already being entertained by lawmakers.

(Trabajo recibido el 16-12-2011 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)

Investigación acerca de la publicidad registral y su estructura jurídica (*)

por

ANTONIO MANZANO SOLANO

Registrador de la Propiedad

*Director Adjunto de la Cátedra B. O. de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba
De la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*

SUMARIO

- I. NOTA INTRODUCTORIA: DE LA CREACIÓN DE LOS DERECHOS A SU PUBLICIDAD JURÍDICA VINCULANTE.
- II. PROPOSICIONES PREVIAS:
 1. PUBLICIDAD Y PUBLICIDAD JURÍDICA.
 2. PUBLICIDAD Y TÉCNICAS DE PUBLICIDAD: DIFUSIÓN, INFORMACIÓN, COMUNICACIÓN.
 3. FIGURAS AFINES:
 - 3.1. *Publicación y publicidad jurídica.*
 - 3.2. *Notificación y publicidad jurídica.*
 - 3.3. *Forma y publicidad jurídica.*
- III. PUBLICIDAD JURÍDICA Y DERECHO REGISTRAL:
 1. UN HECHO HISTÓRICO: PERMANENTE EXPANSIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.
 2. PUBLICIDAD REGISTRAL Y SEGURIDAD JURÍDICA: PRESUPUESTOS:
 - 2.1. *Autenticidad del negocio.*
 - 2.2. *Calificación registral.*
 3. PUBLICIDAD REGISTRAL Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REALES:
 - 3.1. *Publicidad y clandestinidad.*
 - 3.2. *Clandestinidad y apariencia jurídica.*
 - 3.3. *Publicidad y existencia jurídica.*

(*) Discurso pronunciado en la Real Academia de Córdoba, de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes, en la solemne sesión de apertura del Curso Académico 2010-2011.

IV. BASES DE UNA TESIS SOBRE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: PRINCIPIOS GENERALES:

1. PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO.
2. PRINCIPIO DE COGNOSCIBILIDAD LEGAL.
3. PRINCIPIO DE DERECHO AL CONOCIMIENTO EFECTIVO.
4. PRINCIPIO DE PRODUCCIÓN DE EFECTOS JURÍDICOS SUSTANTIVOS.

V. ORDENACIÓN CIENTÍFICA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA: ESTRUCTURA DOCUMENTAL DE PRUEBA Y ESTRUCTURA REGISTRAL DE PUBLICIDAD.

VI. PANORAMA ACTUAL DE LOS REGISTROS JURÍDICOS DE DERECHOS.

I. NOTA INTRODUCTORIA: DE LA CREACIÓN DE LOS DERECHOS A SU PUBLICIDAD JURÍDICA VINCULANTE

Decía TEOFRASTO (1) (filósofo griego del siglo IV a.C.): «En todas partes donde está establecida la inscripción de las propiedades y de los contratos, es fácil saber por ella si los bienes son libres y sin cargas, y si el vendedor es realmente propietario, porque el Magistrado inscribe inmediatamente al comprador en lugar del vendedor». Es decir, los terceros podían saber —en esto consistía el invento, pues las partes ya podían saberlo por el contrato o por la sentencia si hubo pleito o disputa— la situación jurídica de los bienes y derechos en los que podían estar interesados y decidir con conocimiento de causa. Con lo cual obtenían seguridad jurídica y paz ciudadana.

En el Egipto faraónico, la escritura pública (2) respondía a una estructura similar a las nuestras. Había escribas que desempeñaban funciones notariales de testigo público o fe pública, y el escriba-notario autenticaba el documento con su firma y sello, sacando varias copias, para las partes, para archivo y para los registros públicos. El documento tenía fuerza probatoria privilegiada, procediendo el escriba a registrar la escritura o sentencia en los archivos públicos del Estado y, según la *Circular del Registro* (documentada en la *Carta de Paniskos a Ptolomeo*), una vez practicada la inscripción, que «se extienda una nota al pie del contrato probando haberlo registrado, con su fecha, la de la presentación y la del contrato mismo». Aunque pudiera parecer que estoy describiendo algo habitual en nuestros días, estos hechos ocurrían hacia el año 3000 antes de Cristo.

(1) FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en el Egipto faraónico*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pág. 142 y sigs. Puede verse también mi libro *Estudios sobre la publicidad registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2009, pág. 9 y sigs.

(2) Cita anterior.

El ilustre pensador, publicista y Notario, don Juan VALLET DE GOYTISOLO (3), se refiere a la antigüedad del Registro de la Propiedad, constatando que ya existía en Egipto antes de su conquista por los romanos. Allí se registraba la propiedad estatal o del rey, que comprendía toda la propiedad agrícola que los labradores recibían en concesión. Al asumir Augusto la posición ocupada por los reyes ptolomeicos, se mantuvo el mismo sistema registral inmobiliario que había arraigado en la tradición faraónica, basado en la publicidad y en el que la inscripción de las compraventas era constitutiva: sin inscripción no había compraventa.

ARISTÓTELES —ya hacia el 330 a.C.—, en su *Política* (4), da testimonio de la existencia de un sistema de registro de los contratos y de una Magistratura —a cargo de los registradores sagrados, *hieromnémones* o presidentes registradores— en la que habían de registrarse los contratos privados y las sentencias de los Tribunales.

Estas muestras —y otras que podrían traerse a colación— sobre la existencia en la antigüedad más remota de un sistema de publicidad registral —prueba de las funciones históricas de los registros de derechos—, revelan, además de la preocupación por la seguridad jurídica, la radical separación entre la creación o declaración de los derechos —por vía notarial, judicial, administrativa o privada— y su publicidad jurídica registral vinculante para los terceros, más allá del círculo o ámbito de las partes (5).

Al análisis de los condicionamientos y de la delicada estructura jurídica que hacen esto posible pretendo aplicar el presente estudio. Y lo haré siguiendo el consejo de PLATÓN que, en sus *Diálogos* (6), emplaza a partir en toda investigación de las premisas y nociones más elementales, si pretendemos alcanzar un serio, estable y fundado concepto. En nuestro caso, adentrarnos en la estructura jurídica de la publicidad de naturaleza registral.

(3) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Técnicas de conocimiento, publicidad, conservación y seguridad jurídica», en *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Colegio de Registradores y Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 77 y sigs.

(4) *Política*, Libro VI. Biblioteca Clásica Gredos. Traducción y notas de Manuela GARCÍA VALDÉS, Madrid, 1988, págs. 389 y 390.

(5) Puede verse más ampliamente en mi libro, en colaboración con la Profesora Titular de Derecho Civil, María del Mar MANZANO FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Centro de Estudios, Fundación Registral, Madrid, 2008, especialmente el epígrafe «Publicidad, publicidad jurídica y publicidad jurídica-registral», pág. 43 y sigs.

(6) Puede verse, por ejemplo, PLATÓN, *Diálogos VI, Filebo, Timeo, Critias*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1992. Traducción, introducción y notas de M.^a Ángeles DURÁN y Francisco LISI.

II. PROPOSICIONES PREVIAS

1. PUBLICIDAD Y PUBLICIDAD JURÍDICA

El concepto de publicidad surge por oposición al de clandestinidad. Si la clandestinidad implica ocultación y desconocimiento, la publicidad supone todo lo contrario: Difusión y conocimiento, es decir, las dos notas que, según el jurista italiano Salvatore PUGLIATTI (7), caracterizan, fundamentalmente, el fenómeno publicitario. Estas dos notas, sin embargo, no nos llevan más allá de lo que podríamos calificar como concepto convencional o popular de la publicidad, también conocido como publicidad-noticia: Propaganda o difusión, bien por medio de una publicación impresa (libro, revista, periódico), bien a través de un medio oral (conferencia, discurso, radio, disco) o visual (cine, televisión, vídeo, DVD, ordenador, Internet). Pero, en todos estos casos, lo más importante es el conocimiento efectivo de la noticia o de la obra; la publicidad, en principio, agota su función en el hecho mismo de la difusión de la noticia o evento de que se trate.

Este concepto de publicidad, de efectos esencialmente publicitarios y, sin duda, de enorme alcance económico y social, es, no obstante, de escasa relevancia para nuestra investigación que debemos centrar en los aspectos jurídicos de la publicidad.

En sentido jurídico, la publicidad es la exteriorización o divulgación de una situación jurídica para producir cognoscibilidad general o posibilidad de conocer. Se trata, como dice el Catedrático de Derecho Civil, don José Luis LACRUZ BERDEJO (8), no tanto de que las situaciones jurídicas lleguen a conocimiento de todos, como de que todos tengan un medio oficial de conocerlas. El concepto más estricto y técnico de publicidad en el campo del Derecho, supone un sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscibles a todos determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico.

CORRADO (9) define la publicidad jurídica como «una señalación declarativa, proveniente de órganos públicos, dirigida a poner de manifiesto la verificación de hechos idóneos a producir modificaciones que pueden interesar a la generalidad de los ciudadanos». De esta definición pueden destacarse las siguientes notas: a) Necesidad de que la publicidad jurídica se instrumente por un órgano público oficial. b) Carácter incuestionable de la materia publicada, que aboca, de una parte, a la idea de legalidad y, de otra, a la presunción de veracidad y

(7) PUGLIATTI, Salvatore, «La trascrizione», Milán, 1957, en *La pubblicità nel Diritto privato*, Parte General, Messina, 1945-466.

(8) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch. Barcelona, 2.ª ed., 1984, pág. 11.

(9) CORRADO, R., *La publicidad en el Derecho Privado*. Turín, 1947.

exactitud de lo publicado. c) Naturaleza o carácter jurídico de la señalación o pronunciamiento oficial. d) Interés en el mismo de toda la colectividad.

PUGLIATTI (10), frente a la definición descriptiva de CORRADO, ofrece una fórmula más comprensiva: «Declaración de voluntad dirigida a que un determinado acto se exteriorice a través de un órgano público». De este concepto, que el autor elabora tras presuponer la existencia de un sistema de divulgación y afirmar el objetivo esencial de difusión y conocimiento, hay que destacar la necesidad de la declaración de voluntad para que la publicidad jurídica se produzca, exigencia que separa el negocio publicado de la publicidad en sí misma considerada.

2. PUBLICIDAD Y TÉCNICAS DE PUBLICIDAD: DIFUSIÓN, INFORMACIÓN, COMUNICACIÓN

Separa VALLET DE GOYTISOLO (11) tres conceptos distintos, que configura como *técnicas*, frente a la publicidad jurídica:

A) *Difusión*. Las técnicas de difusión de las obras escritas van desde las copias manuscritas de la Edad Media, Escuelas de Traductores, imprenta, hasta la fotografía, el microfilm y los modernos medios electrónicos.

B) *Información*. Las técnicas de información por medio de la publicidad (de orden publicitario o publicidad-noticia) van desde los antiguos edictos, pregones o bandos, o los mensajeros o nuncios privados, hasta los Boletines o Diarios Oficiales, del Estado, de la Comunidades o del Registro Mercantil (vid. arts. 1.5. y 2.1 CC).

C) *Comunicación*. Las técnicas de comunicación o notificación —términos que identifica— ofrecen como ejemplo las notificaciones de sentencias y resoluciones administrativas a las partes; o la notificación de determinados actos a las personas afectadas (vid. arts. 1482 y 1637 CC), cuya omisión puede hacer ineficaz el acto (vid. art. 1257 CC).

D) *Publicidad*. La seguridad jurídica —insistiremos sobre esta idea— reclama órganos sociales o funcionarios e instrumentos que cuidan de ella y que permiten distinguir:

- a) Órganos sociales u organizaciones humanas: Administración del Estado, Dirección General de Seguridad, organización judicial, organización notarial.

(10) PUGLIATTI, Salvatore, «La trascrizione», Milán, 1957, en *La pubblicità nel Diritto privato*, Parte General, Messina, 1945-466.

(11) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Técnicas de conocimiento, publicidad, conservación y seguridad jurídica*. cit., pág. 77 y sigs.

- b) Instituciones jurídicas constituidas por determinadas figuras reguladas por el derecho (v.gr., la posesión con su complemento la usucapión).
- c) Instrumentos jurídicos, entre los que están los documentos públicos y privados y los registros públicos (12).

3. FIGURAS AFINES

3.1. *Publicación y publicidad jurídica*

La publicación produce una situación de notoriedad, pero no de publicidad (13). La publicación tiene carácter episódico y carece de la organización institucional que exige la publicidad. Por otra parte, suele referirse a actos o situaciones de Derecho Público —publicación de las normas jurídicas, de las sentencias o de los actos administrativos— y no a actos, contratos o situaciones de Derecho Privado.

3.2. *Notificación y publicidad jurídica*

La notificación crea conocimiento legal; la publicidad produce cognoscibilidad legal o posibilidad de conocer. La publicidad no se dirige a ningún destinatario en particular, sino a toda la colectividad; la notificación, como declaración recepticia, va dirigida a un destinatario determinado o a un conjunto de destinatarios, unidos por algún evento común. Frente al carácter permanente de la publicidad jurídica, la notificación implica un procedimiento, aunque dinámico, episódico.

NÚÑEZ LAGOS (14), no obstante, considera la publicidad jurídica como variante de la notificación: Una notificación pública dirigida a un conjunto de destinatarios, necesaria para que se perfeccione el acto y se produzcan determinados efectos jurídicos. La publicidad no es, para este autor, más que una notificación *erga omnes*.

(12) VALLET DE GOYTISOLO, trabajo citado. Se refiere el autor a la antigüedad del Registro de la Propiedad, constatando que ya existía en Egipto antes de su conquista por los romanos. Allí se registraba la propiedad estatal o del rey, que comprendía toda la propiedad agrícola que los labradores recibían en concesión. Al asumir Augusto la posición ocupada por los reyes ptolomeicos, se mantuvo el mismo sistema registral inmobiliario que había arraigado en la tradición faraónica. El régimen registral inmobiliario greco-egipcio estaba basado en la publicidad y la inscripción de las compraventas era constitutiva.

(13) HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al Derecho Hipotecario*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pág. 3 y sigs.

(14) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, «El Registro de la Propiedad Español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 250-251, marzo-abril, 1949.

3.3. Forma y publicidad jurídica

Se trata de una cuestión muy debatida, de la que puede hacerse, como punto de partida, una afirmación: La forma cumple una función esencialmente autenticadora (la formalización de los negocios jurídicos en escritura pública, por ejemplo) y hay que situarla en el proceso de creación y perfección de los derechos. La publicidad, en cambio, desempeña una función de aseguramiento y potenciación de los derechos ya creados. La creación y perfección de los derechos reclama siempre una forma, como instrumento de manifestación del querer interno, según explicaban los tratadistas de la Escuela Histórica y los Pandectistas. La publicidad, por el contrario, no es necesaria para que la perfección del derecho se produzca. No hay derecho sin forma, pero puede haber derecho sin publicidad. El derecho, para ser perfecto, no necesita de la publicidad; al contrario, como analizaremos, la publicidad reclama, como cuestión previa, la perfección de aquellos derechos que desean someterse al tratamiento publicitario, una vez cumplidas sus exigencias formales.

Es cuestionable, por tanto, la posición de aquellos autores que, como GORLA (15), identifican los conceptos de publicidad y forma; o la de quienes, como GENOVESE (16), asemejan la publicidad a una mera formalidad, como requisito que no es parte integrante de la declaración de voluntad (GENOVESE o GENOVESSI).

A nuestro juicio —siguiendo a don Ramón María ROCA SASTRE (17), Notario, Registrador, Magistrado, autor de uno de los mejores tratados que se han escrito sobre Derecho Hipotecario—, el acto o derecho inscribible tiene ya su forma. Si la inscripción también lo fuera, el negocio tendría dos formas, lo cual es una contradicción *in terminis*, porque, a dos formas distintas, han de corresponder dos categorías negociales también diferentes. Aunque sería razonable considerar la inscripción como forma en los casos de inscripción constitutiva, la estimación es inexacta, porque es distinto el objetivo de la forma —de función extrarregistral— y el de la inscripción o publicación, dirigida a los terceros y adornada de particulares notas distintivas —a las que me referiré más adelante—, esenciales para lograr su específica finalidad.

En la doctrina italiana —que estoy citando reiteradamente, porque es, con la alemana, probablemente, la que mejor ha estudiado las cuestiones de publicidad jurídica y registral de los derechos—, frente a la clara concepción de Salvatore PUGLIATTI (18), separando los conceptos de *forma*, como requisito del acto, y de

(15) GORLA, «Pegno-ipoteca», en *Comentarios al Código Civil*, de SCIALOJA-BRANCA. Bolonia-Roma, 1945.

(16) Citado por Rafael DOMINGO en *Juristas Universales*, Tomo 2, pág. 549. Marcial Pons, Madrid, 2004.

(17) ROCA SASTRE, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 4.ª ed., 1954, y 6.ª ed., 1968.

(18) PUGLIATTI, Salvatore, «La trascrizione», Milán, 1957, en *La pubblicità nel Diritto privato*, Parte General, Messina, 1945-466.

publicidad, como declaración de voluntad dirigida a su exteriorización a través de un órgano público, otros autores se muestran reticentes ante la distinción. Emilio BETTI (19) sitúa la transcripción registral entre los requisitos formales del negocio jurídico. Nicolás COVIELLO (20) habla de la publicidad como forma, aunque de especial categoría (BOLAFFIO considera que la forma del acto está dirigida a producir la notoriedad de ciertas situaciones jurídicas).

En la doctrina española, el Catedrático de Derecho Civil, gran hipotecarista y recordado maestro de la Universidad de Sevilla, don Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL (21), que concibe el Derecho Registral como regulador de formas jurídicas de las relaciones reales que tienen por objeto un inmueble, y que —dice— en el moderno Derecho se reflejan a través del Registro de la Propiedad, estima, sin embargo, que hay que separar las ideas de forma y publicidad. No toda forma implica necesariamente publicidad. La *traditio* o entrega, por ejemplo, es forma del negocio, como constitutiva del efecto traslativo de la propiedad, pero solo secundariamente va dirigida a causar la publicidad del mismo, pues puede mantenerse secreta entre transmitente y adquirente.

LACRUZ BERDEJO (22) afirma que la publicidad es algo distinto de la forma, pues el fin de aquella es llevar al conocimiento del público hechos, actos o situaciones jurídicas, en tanto que las formas, incluso solemnes, están preordenadas en interés de las partes y nada tienen que ver con la cognoscibilidad del negocio por los terceros a que da lugar la publicidad.

El profesor ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (23), con una visión más pragmática que conceptual, precisa las diferencias entre forma y publicidad, remitiendo a aquella la función de dar fe de la existencia del negocio y a esta la de dar fe, además, del contenido del negocio.

La enérgica distinción entre forma y publicidad, no es obstáculo, a mi juicio, para admitir que la fuerza expansiva y operativa de los derechos inscritos —situados en ese indudable grado superior de legitimación, garantía y eficacia que es el «estado registral»—, permita al Registro su intervención coadyuvante en el proceso creador de los derechos, cuando razones de urgencia y máxima seguridad así lo aconsejen (caso de la hipoteca), haciéndose coincidir el momento de la perfección del derecho con su publicidad jurídica. Algunos autores —como

(19) BETTI, Emilio, *Teoría generale del negozio giuridico*, Turín, 1943. Traducción española de A. MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1949.

(20) COVIELLO, Nicolás, «Della trascrizione», en *Il diritto civile italiano*. Parte XIII, Nápoles-Turín, 1924.

(21) COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1956, pág. 5 y sigs.

(22) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 2.ª ed., 1984, pág. 11 y sigs.

(23) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, pág. 18 y sigs.

Tirso CARRETERO (24)— han planteado, en esta línea, la configuración teórica de la inscripción como modo, de honda raigambre en el Derecho austríaco.

No parece, por otra parte, que vaya a prosperar la tesis de la contratación directa ante el Registrador o *contratación sobre el libro*, ni es deseable, por ignorar la fase de documentación del contrato y la importancia de la función notarial en la realidad del tráfico, amén de la confusión que supondría entre las nociones de perfección contractual y publicidad jurídica.

III. PUBLICIDAD JURÍDICA Y DERECHO REGISTRAL

1. UN HECHO HISTÓRICO: PERMANENTE EXPANSIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Si hablamos de un *hecho histórico*, no pretendemos, desde luego, ir más allá del reducido marco o pequeña historia de la publicidad registral.

El Derecho Registral es una ciencia del Derecho cuyo objetivo propio es la publicidad jurídica, como instrumento de seguridad. Tratándose de los derechos sobre bienes inmuebles, de ancestrales orígenes históricos, se encauza inequívocamente en toda Europa desde el siglo XIX —y actualmente en todo el mundo—, a través de un órgano operativo especializado: el Registro de derechos inmobiliarios, entre nosotros Registro de la Propiedad. La influencia de la idea registral, como instrumento de publicidad y seguridad jurídica, ha sido tan importante que, junto al tradicional Registro inmobiliario, se han desarrollado otras instituciones registrales, con la común finalidad de lograr la protección jurídica de distintos bienes y derechos o de dar fijeza a situaciones jurídicas que interesan a la vida negocial: Registro de la Propiedad Intelectual, Registro Mercantil, Registro de la Propiedad Industrial, Registro de Bienes Muebles, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de Buques y de Aeronaves; y el más moderno Registro de Condiciones Generales de la Contratación (25). Y se piensa en la creación de nuevos Registros jurídicos: De sociedades civiles, de regímenes económico-matrimoniales, etc. Todo ello, conduce a la idea de un estudio previo o parte general de la publicidad jurídica registral (26).

La razón jurídica de esta expansión se encuentra en el hecho de que el Derecho Registral tiene un objetivo propio y específico, exclusivo y excluyen-

(24) CARRETERO GARCÍA, Tirso, «Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado». en *Revista de Derecho Registral*, núm. 1, Cinder, Buenos Aires, 1974.

(25) Ley 7/1998, de 13 de abril. Disposición Adicional Única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento de dicho Registro.

(26) Vid. GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Registral Inmobiliario o Hipotecario*, Tomo I, Madrid, 1988, pág. 66 y sigs., que sitúa dicho estudio en la Parte General del Derecho Civil.

te, cual es la publicidad jurídica con alcance material, con efectos sustantivos, derivados directamente de la publicación del negocio o derecho, acto o contrato. Esta especialidad ha llevado a los autores, entre otros, alemanes —GIERKE (27), IHERING (28), NUSSBAUM (29), WOLFF (30)— e italianos —CORRADO (31), COVIELLO (32), FERRARA (33), MESSINEO (34), PUGLIATTI (35)— y también, en mayor o menor medida, a los hipotecaristas españoles —Bienvenido OLIVER (36), Jerónimo GONZÁLEZ (37), José Luis LACRUZ BERDEJO (38), Manuel AMORÓS GUARDIOLA (39), Pascual MARÍN PÉREZ (40), entre otros— a abogar por un estudio separado o teoría general que desarrollaría los principios fundamentales informantes de toda institución registral de alcance jurídico. Y en el mismo sentido se produce el actual movimiento internacionalista a través de los Congresos Internacionales de Derecho Registral.

Esta realidad conduce a ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (41) a hablar de la publicidad registral como «uno de los tesoros más preciosos de la madurez del espíritu jurídico», una «nueva forma de ser el derecho y la propiedad», sobre la que «se asienta el sistema financiero, la tutela del crédito y la banca moderna...».

(27) Sobre Otto VON GIERKE y su obra, puede verse *Juristas universales. Juristas del siglo XX*, edición de Rafael DOMINGO, Marcial Pons, 2004, vol. III, pág. 501.

(28) Vid. PAU PEDRÓN, Antonio, «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 551, julio-agosto de 1982, pág. 973, donde resume la aportación de Rudolf VON IHERING a la formulación de los principios hipotecarios.

(29) *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929.

(30) WOLFF, *Derecho de cosas. Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS, KIPP y WOLFF. Barcelona, 1936.

(31) CORRADO, R., *La publicidad en el Derecho Privado*, Turín, 1937.

(32) COVIELLO, Nicolás, «Della trascrizione», en *Il diritto civile italiano*. Parte XIII, Nápoles-Turín, 1924.

(33) FERRARA, Francesco, *Teoría della pubblicità*, Roma, 1932.

(34) MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milán, 1957-1963.

(35) PUGLIATTI, Salvatore, «La trascrizione», Milán, 1957, en *La pubblicità nel diritto privato*. Parte General, Mesina, 1945-46.

(36) OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido, *Derecho Inmobiliario español*, Rivadeneira, Madrid, 1892, Tomo I. Hay una nueva edición del Colegio de Registradores, prólogo de Nicolás NOGUEROLES, edición Civitas-Thomson Reuters 2009.

(37) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, 3 tomos, Madrid, 1948; y *Principios hipotecarios*, editados por la Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931.

(38) A partir de sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, y posteriormente, en las sucesivas ediciones de su *Derecho Inmobiliario Registral*, que se citarán.

(39) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1967.

(40) MARÍN PÉREZ, Pascual, *Introducción al Derecho Registral*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.

(41) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas. Madrid, 1986, pág. 15 y sigs.

Aunque las normas sobre publicidad de las transferencias inmobiliarias, al decir de BESSON (42), son tan antiguas como la misma humanidad.

2. PUBLICIDAD REGISTRAL Y SEGURIDAD JURÍDICA: PRESUPUESTOS

2.1. *Autenticidad del negocio*

La publicidad registral se justifica por su eficacia como instrumento de seguridad jurídica en la constitución, modificación, transmisión, gravamen y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. La definición de los derechos y su declaración por los Tribunales, en vía contenciosa o voluntaria; las resoluciones administrativas afectantes a derechos sobre bienes inmuebles y la certeza que supone la creación de los derechos en el instrumento público, desde la autonomía de la voluntad, implican importantes elementos de seguridad jurídica, en el terreno de la perfección y autenticación de los derechos.

La publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica, mediante la protección y potenciación de los derechos ya creados, una vez sometidos al proceso de publicidad jurídica de signo registral institucional. Las presunciones de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos que —con mayor o menor vigor— establecen todos los sistemas registrales inmobiliarios, más allá de la prueba de la existencia del negocio y de su plena eficacia entre partes, así como los efectos sustantivos derivados de la inscripción, que colocan a los derechos publicados en planos superiores de legitimación, como consecuencias naturales de la idea misma de publicidad jurídica, constituyen el más eficaz instrumento de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

Entre las Conclusiones del VIII Congreso Internacional de Derecho Registral (Buenos Aires, 1989), figuran las siguientes: «La seguridad jurídica, valor esencial del Derecho, afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social y, por todo ello, resulta ineludible para realizar el bien común. Dicha seguridad debe alcanzar tanto a la titularidad y al contenido de los derechos como a la protección del tráfico sobre los mismos. Los registros jurídicos de bienes, en los términos proclamados por los Congresos de Buenos Aires de 1972, de México de 1980 y de Roma de 1982, sobre su organización y principios, contribuyen eficazmente a la disminución de conflictos judiciales».

El Notario CUENCA ANAYA (43) enseña que el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en

(42) BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, París, 1891.

(43) CUENCA ANAYA, Francisco, «El Notario y los fines del Derecho», en *La seguridad jurídica y el Notariado*, Academia Sevillana del Notariado, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

la vida social. Es la tesis del Derecho como orden que garantice la seguridad (RADBRUCH, RODRÍGUEZ PANIAGUA) y de la seguridad como esencia del Derecho, frente a la Justicia, que es solo uno de sus fines (RECASENS SICHES).

Al dar certeza al contrato, el Notario armoniza las dos dimensiones inherentes a todo hombre: Sociabilidad y Seguridad. La apetencia de seguridad jurídica de los individuos puede atenderse desde el Estado, bajo el manto del servicio público; o por ellos mismos, desde la autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, desde la Libertad. El Notario, adecuando al ordenamiento la voluntad emitida, convierte a esta en jurídica, la hace segura y eficaz.

No obstante —como pone de relieve el también Notario RODRÍGUEZ ADRADOS (44)—, el documento notarial es un medio de prueba del hecho que motiva su otorgamiento (art. 1218 CC), «aún contra tercero», si bien, «en cuanto a la *prueba del dominio*, la escritura prueba el negocio adquisitivo, pero no que el transmitente sea dueño, ni que continúe siéndolo; la seguridad jurídica ha exigido, por ello, que el documento notarial sea completado con el Registro de la Propiedad (art. 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria)». Y concluye: «Hemos llegado, al fin, a la máxima creación jurídica para la protección del tráfico: la escritura *inscrita*».

Otro tanto ocurre con la *validez del negocio documentado*, pues, si bien la autorización exige «la calificación personal del Notario de los requisitos de validez del acto» (RDGRN de 15 de julio de 1954), su control de legalidad no tiene otro cauce que la denegación de funciones, de modo que tan solo inicialmente partes y terceros pueden tener seguridad de que el negocio instrumentado sea válido. La Registradora de la Propiedad y Notaria M.^a Purificación GARCÍA HERGUEDAS (45), en esta línea, explica cómo el concepto de seguridad jurídica es relativo: Para unos países, seguridad jurídica será la existencia de jueces y que no se produzca indefensión. Esta es la seguridad jurídica mínima; los medios iniciales de seguridad de los pueblos primitivos consistían en fingir un pleito (en la *in iure cessio* romana, el comprador actuaba como demandante y el vendedor como demandado que se allanaba a su pretensión) para que, de esta manera, dictando el Juez sentencia a favor de la parte, consagrara su derecho como válido. Pero en los pueblos evolucionados cultural y jurídicamente, la seguridad jurídica es algo más que el derecho al juicio en la discusión civil entre las partes. Es el derecho de los particulares para acceder a instituciones de legitimación de sus actos, contratos y adquisiciones, en cuyo ámbito adquieren

(44) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «El documento notarial y la seguridad jurídica», en *La seguridad jurídica y el Notariado*, Academia Sevillana del Notariado, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

(45) GARCÍA HERGUEDAS, María Purificación, *El Registro de la Propiedad Inmobiliaria en el sistema de seguridad jurídica en España*. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VIII Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

garantía legal. Entre estas instituciones están el Notariado y el Registro de la Propiedad, la fe pública y la publicidad registral (46).

VALLET DE GOYTISOLO (47), por su parte, ha escrito: La necesidad de protección de los terceros contratantes y poseedores es el fundamento jurídico de la publicidad registral, de modo que la difusión del Registro de la Propiedad es consecuencia de su carácter de instrumento más técnico, perfecto y adecuado para hacer efectivo el principio de publicidad. Nuestro Registro de la Propiedad se nutre principalmente del resultado documental de la labor del Notario, mediante copia autorizada del instrumento matriz. La finalidad objetiva de este Registro es la publicidad orientada a la seguridad dinámica del tráfico inmobiliario en favor de los terceros adquirentes.

Esa publicidad juega en dos momentos: a) Antes de la adquisición: Anuncia a todos la *titularidad* del inmueble, para que queden informados de quién pueden adquirirlo con plena seguridad; también advierte de las cargas, que le afectan. b) Después de la adquisición: Hace que los *terceros adquirentes* de buena fe que inscriban su título, resulten *invulnerables* ante toda reclamación basada en una causa que no conste en el propio registro.

(46) Continúa diciendo la Registradora de la Propiedad y Notaria, M.^a Purificación GARCÍA HERGUEDAS (trabajo y páginas citados): El efecto esencial de la intervención notarial consiste en proporcionar una prueba auténtica de la existencia del acto o contrato, con lo cual se evita la discusión y la prueba en juicio, ya que el Notario es un testigo público oficial (art. 1.º, Ley Orgánica del Notariado de 1862). La autenticidad notarial se refiere a las personas y a los actos que hacen las personas, pero no quiere decir ni validez del acto ni legalidad de la adquisición, si de la transferencia de un inmueble se trata. De nada vale que una persona vaya al Notario y venda a otra, si no es dueño. Y, sin embargo, el comprador tendrá una escritura tan auténtica como la del verdadero dueño. En otras palabras —sigue la citada autora—, la autenticidad de los actos y las manifestaciones de las partes no tienen nada que ver con la realidad de la transmisión, ni con la realidad de la finca, ni con que el que vende sea dueño, ni con que tenga o no tenga cargas. Por ello, la autenticidad no basta para la seguridad jurídica del comprador o adquirente. El Notariado español goza del más alto nivel de garantía de autenticidad y es una institución de legalidad importante, pero no puede tener aquello que va más allá de su función de testigo público: ni la garantía de legalidad del contrato, ni la garantía de realidad de las manifestaciones de las partes, ni la garantía del dominio del vendedor, ni la garantía de las cargas que pesen sobre la finca. La seguridad jurídica que proporciona la publicidad registral va, en cambio, más allá de la autenticidad del acto o contrato. Las ventas, las cargas, los embargos, etc., que no estén en el Registro no perjudican al comprador; todos los actos y contratos anteriores, incluidos el del vendedor, se dan por válidos, en beneficio del comprador. El Estado o los particulares cuando compran, o los Bancos cuando hipotecan, para tener seguridad, no necesitan sino mirar la última inscripción de dominio y el historial de la finca en el Registro: lo que no esté allí, no está para ellos, una vez que inscriban. El Registro, pues, legaliza, inscribe y publica. Legaliza: quien compra del titular registral e inscribe, adquiere y consolida. Publica: publica jurídicamente, de tal modo que las cargas y actos no publicados no existen para el que inscribe. Y legitima: la propiedad inscrita está dotada de legitimación social, legal y judicial, y tiene unas acciones y garantías de protección muy superiores a la propiedad no inscrita, aunque esté escriturada.

(47) *Estudios sobre garantías reales*. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1973.

2.2. Calificación registral

La seguridad jurídica que proporciona la publicidad registral sería, no obstante, arbitraria e ineficaz, si no contase con una pieza fundamental: la calificación registral o control de legalidad en el riguroso y tasado procedimiento registral.

Argumenta BALLESTEROS ALONSO (48) que el Registro no sería el mismo, ni podría la inscripción producir los efectos que produce, ni lograrse a su través la seguridad jurídica que se consigue, si no hubiese calificación, si en el Registro pudiesen entrar actos o contratos nulos o anulables. En este sentido, la fuente de legitimidad del sistema de seguridad jurídica en que el ordenamiento registral consiste es el principio de legalidad o previo examen de los títulos por el jurista encargado del Registro (Carta de Buenos Aires, punto IX; Proyecto de Ley Uniforme de los Registros Jurídicos de Bienes, art. 15). El examen de la legalidad es la base de todo el sistema de Registro español: juicio previo para evitar las contiendas sobre el título.

En el *Derecho alemán* se extiende la calificación al consentimiento formal y a los presupuestos de la inscripción, que han de acreditarse en documento público: representación, cualidad de herederos, defunción, etc. (parágrafos 71 y 72 de la Ordenanza Inmobiliaria). Y la Jurisprudencia ha ampliado la calificación al conocimiento que el Registrador pueda tener de la realidad extrarregistral, pues no debe colaborar en la inexactitud del Registro.

El Juez —dice GARCÍA HERGUEDAS (49)— juzga y manda a las partes a estar y pasar por el juicio. El Registrador juzga e inscribe si es válido, estando su inscripción bajo la salvaguardia de los Tribunales; las partes, podrán discutir el acto inscrito, pero para los anteriores transmitentes y para los sucesivos adquirentes la inscripción es indiscutible; o lo que es lo mismo, la seguridad jurídica del adquirente que inscribe y la seguridad jurídica que él dará a los subadquirentes, será la máxima posible.

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA (50) destaca el carácter de norma jurídica de la Constitución (51) y cómo la legislación hipotecaria, no ha planteado

(48) BALLESTEROS ALONSO, Manuel, *Seguridad jurídica y calificación*. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VIII Congreso Internacional de Derecho Registral. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

(49) GARCÍA HERGUEDAS, María Purificación, *El Registro de la Propiedad Inmobiliaria en el sistema de seguridad jurídica en España*. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VIII Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

(50) GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «Seguridad jurídica e inseguridad resolutoria», en el libro *Homenaje a José María Chico y Ortíz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, págs. 277 y sigs.

(51) La STC 16/1982, de 26 de abril, dice: «Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no

problemas de adaptación, por su tono equilibrado como legislación especial, y especialmente en cuanto a la aplicación del principio de legalidad, definido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, como pilar de la seguridad jurídica: «La constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

A través de la función calificadora, que no excluye, sino que se superpone a controles de realidad, se ejerce un control crítico-técnico de legalidad, en mérito de lo cual el Ordenamiento reviste los asientos de un efecto declarativo de derechos o de investiduras jurídicas, protegidas legalmente, hasta tal punto que, de darse los presupuestos necesarios previstos, la protección puede llegar, en la hipótesis de máximo alcance, a equiparar la apariencia con la realidad, con sacrificio de esta última.

De esta forma, se crea en el tráfico jurídico un ambiente de absoluta fiabilidad que permite a los individuos que se atienen estrictamente al sistema, contratar sin riesgo de sorpresas engañosas.

VALLET DE GOYTISOLO (52) argumenta sobre las cuestiones fundamentales:

- a) La publicidad registral protege la apariencia, en beneficio del tercero; pero su objeto no es crear una apariencia, sino ofrecer unos datos contrastados, depurados en la calificación, en los que el tercero deposite su confianza. Como dice EHRENBURG (53), no sería beneficioso un Registro cuyo único efecto fuera originar la buena fe de los terceros (54).

inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro Ordenamiento, y, en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella».

(52) Trabajo y páginas citadas del *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*.

(53) EHRENBURG, VÍCTOR, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico». Introducción y traducción de Antonio PAU PEDRÓN. *Cuadernos de Derecho Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2003.

(54) Véase también, PAU PEDRÓN, Antonio: «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número conmemorativo de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 17 y sigs. Recoge PAU la opinión de LÓPEZ BURNIOL («Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias», en *AAMN*, Tomo XXXII, pág. 221) que se pregunta: «¿Simple apariencia o semblanza, o verdad oficial?» Y contesta: «Hablar de verdad oficial es una manifestación de arrogancia...». PAU opone el testimonio doctrinal de Federico DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, Tomo I, Madrid, 1952, pág. 561) que habla de «verdad oficial» y el legal de la presunción de exactitud e integridad del contenido del Registro (art. 38 de la Ley Hipotecaria: «A todos los efectos legales...»), así como la evidencia del carácter oficial del Registro de la Propiedad.

- b) Que los documentos que sean títulos inscribibles en el Registro reúnan un doble requisito: que estén dotados de autenticidad y que sean sustantivamente válidos. Esta doble función se satisface: En primer lugar, por los Notarios, asegurando, con valor presuntivo, la adecuación a derecho del negocio formalizado, tanto en el aspecto causal como en el dispositivo (55). En segundo lugar, por la comprobación de esta exigencia «mediante la función calificadora del registrador de la propiedad, que tiene encomendada la tarea práctica de juzgar de la inscribibilidad del título presentado».

3. PUBLICIDAD REGISTRAL Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Proporcionar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, a los derechos sobre inmuebles, ha sido —y es— objetivo permanente de nuestras Leyes Hipotecarias y así se ha expresado en sus Exposiciones de Motivos (56).

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA (57) analiza tres estadios en el nacimiento y ejercicio de los derechos reales y su relación con la publicidad registral:

3.1. *Publicidad y clandestinidad*

Hay que distinguir claramente entre publicidad y clandestinidad, en cuanto que la transmisión y ejercicio de los derechos se ha producido en base a un doble acuerdo de voluntades, uno obligacional (título causal) y otro real (entrega). El elemento real de la entrega asegura las dos notas clásicas del derecho real: inmediatividad y absolutividad: inmediatividad o toma de posesión y absolutividad o publicidad. La falta de publicidad condena el acto a la clandestinidad, a su no reconocimiento público.

Tres son los elementos esenciales de la transmisión inmobiliaria: título, entrega o posesión y publicidad. La publicidad de la entrega es una cuestión

(55) Así ocurre en el Notariado latino, donde el Notario es funcionario público y profesional del Derecho. En cambio, en el Notariado anglosajón, el Notario es un ciudadano honrado, no técnico en Derecho, que no asesora a los firmantes del documento. Igualmente, en el llamado Notariado estatalizado, el Notario es funcionario público, que tiene la función de dar fe, pero sometido a la jerarquía administrativa y carente de independencia respecto de la organización estatal.

(56) Puede verse mi libro *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, en colaboración con la Profesora Titular de Derecho Civil, María del Mar MANZANO FERNÁNDEZ, editado por el Colegio de Registradores, Fundación Registral, Madrid, 2008, pág. 60 y sigs.

(57) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *Publicidad registral y apariencia jurídica*, Boletín del Colegio de Registradores de España, 2.^a época, núm. 9, noviembre de 1995, pág. 2158 y sigs.

de orden público, que priva al acto de su clandestinidad, si bien el acto clandestino o falto de publicidad, puede subsanarse ulteriormente en vía judicial. El acto clandestino es atacable y, por ello, la publicidad registral, en cuanto va dirigida a todos, es un elemento natural necesario para el ejercicio absoluto del derecho.

3.2. Clandestinidad y apariencia jurídica

La posesión en nuestro Código Civil debe ser a título de dueño, pública, pacífica, de buena fe y con justo título, a efectos de usucapión ordinaria; la posesión no pública carece de protección e inhabilita incluso para la prescripción extraordinaria (arts. 462, 1491, 1949 y 1959). La posesión pública crea una apariencia jurídica de titularidad que se protege por el ordenamiento jurídico en determinados supuestos (reconocimiento judicial, usucapión), pero que cede ante otros medios de publicidad socialmente arbitrados por razones de seguridad jurídica: pregón, robración (comunicación o anuncio de las compras en las iglesias, en la plaza pública o en el Consejo Municipal), inscripción.

3.3. Publicidad y existencia jurídica

La existencia jurídica del derecho real solo se convierte en certeza cuando la publicidad de la adquisición se realiza en la forma socialmente establecida. El tercero solo puede conocer y respetar lo que es público. Y lo que es público no es aparente; aparente es la situación de hecho carente de firmeza. El titular civil del derecho es el titular registral, único que ha cumplido los requisitos sociales para el ejercicio del derecho frente a todos (absolutividad). El titular que no publica su derecho no es el titular civil. El único titular civil públicamente reconocido es el titular registral, judicial y extrajudicialmente. La existencia jurídica del derecho real depende de tres elementos: título, modo y publicidad. O si se prefiere de dos elementos: título y modo; pero el modo no es la simple entrega, real o *facta*, sino la entrega pública del bien, que se consigue por dos medios la inscripción, medio ordinario, eficaz y firme, y la posesión pública, medio extraordinario, clandestino y claudicante.

Señala CABELLO DE LOS COBOS (58) que, a veces, se utiliza la expresión «apariencia jurídica» con referencia a la protección registral, lo cual no es correcto. La publicidad registral, como publicidad natural de los derechos reales, no

(58) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *Publicidad registral y apariencia jurídica*. Boletín del Colegio de Registradores de España, 2.^a época, núm. 9, noviembre de 1995, pág. 2144.

supone una apariencia de realidad, sino que es la realidad misma. La publicidad registral es el medio organizado de protección de los derechos reales, frente a la situación extrarregistral, que se ampara en la apariencia posesoria y requiere, como situación clandestina, de la prueba judicial para impugnar la titularidad que el Registro publica. No quiere decir que esa publicidad sea esencial y no pueda existir nada al margen de la publicidad registral, sino que esa situación carente de reconocimiento vive en la clandestinidad y, como tal, impone su declaración judicial, medio de prueba, frente a la falta de pronunciamiento de los asientos registrales o frente a ellos.

Vittore COLORNI (59), después de estudiar la evolución de la publicidad jurídica, llega a tres conclusiones principales: 1. Que no hay solución de continuidad entre las formas antiguas y modernas de la publicidad; a la investidura por entrega real de la *mancipatio* romana, sigue una investidura ideal o abusiva que, con la presencia de testigos, se continúa en Francia, Bélgica y Holanda con el *nantissement*; la publicidad de testigos se sustituye por la del Magistrado o *mancipatio judicialis*, de cuyo acto, despojado de sus elementos formales, nace en Francia, en 1790, el sistema de transcripción, adoptado por Italia en 1865. 2. El fin de la publicidad es siempre el mismo: conseguir una titularidad cierta y notoria en cuanto a los derechos reales, a fin de tener enterados a los terceros, garantizándoles de alteraciones ocultas. 3. Los efectos esenciales de la publicidad son también casi idénticos con el transcurso de los tiempos, porque, donde existe la misma razón, debe ser la misma la norma de Derecho.

IV. BASES DE UNA TESIS SOBRE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: PRINCIPIOS GENERALES

Cuando ese sistema de divulgación se instrumenta a través de un órgano especializado, creado y organizado por el Estado para tal fin, dando lugar, como señala HERNÁNDEZ GIL (60), a una heteropublicación o exteriorización de situaciones jurídicas realizada por un sujeto extraño a la verificación del evento publicado, cual es la Administración pública, estamos ante la publicidad jurídica registral.

GARCÍA GARCÍA (61) destaca como notas distintivas de la publicidad jurídica registral las siguientes:

(59) COLORNI, Vittore, *La historia de la publicidad inmobiliaria y mobiliaria*, Ius Nostrium, 1954.

(60) HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al Derecho Hipotecario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pág. 1 y sigs.

(61) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 41 y sigs.

1. Se trata de una *exteriorización* y, aunque la forma también lo sea, debe diferenciarse de la misma; la forma es anterior en el tiempo a la publicidad y la efectúan las mismas partes del negocio jurídico; en cambio, la publicidad exterioriza el acto en unos libros y asientos.
2. La exteriorización de la publicidad registral es *continuada*, constando las titularidades en los libros y asientos hasta que se produce su cancelación.
3. Es una exteriorización *organizada*, mediante una institución jurídica cual es el Registro de la Propiedad.
4. Esa exteriorización lo es de situaciones relativas a la *propiedad y derechos reales*.
5. El fin de esa exteriorización es producir *cognoscibilidad general*.
6. Por último, esa exteriorización se caracteriza por producir *efectos jurídicos sustantivos*, lo que diferencia al Registro de la Propiedad de los Registros administrativos.

Por nuestra parte, preferimos hablar de presupuestos, o mejor, de principios generales de la publicidad registral, en cuanto nos muestran la esencia de la publicidad jurídica registral, que reducimos a cuatro presupuestos esenciales, que nos dan un específico contenido positivo de la publicidad registral. A estos presupuestos o principios generales responden todos los sistemas registrales inmobiliarios, en mayor o menor medida, aunque su desarrollo técnico sea diverso. Los llamados impropriamente *principios hipotecarios* —por la inercia histórica de la misma como principal derecho real, pues sería más técnico hablar de *principios registrales*— son ese desarrollo y la base de la comparación en materia registral, ya que representan la solución de cada sistema a un problema universal común: el de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

1. PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO

La publicidad jurídica registral no es un trámite o requisito más en el proceso creador de los derechos, sino la elevación del derecho ya creado y perfecto, cumplida la forma exigida por la ley para esa perfección, a un plano superior de legitimación, de garantía y de eficacia. Esa nueva situación ha de ser querida por los interesados en que sus derechos se sometan al tratamiento de la publicidad jurídica, de la que todos los sistemas registrales predicen efectos sustantivos, en mayor o menor medida, que serían rechazables sin el previo consentimiento de aquellos a quienes directamente van a afectar.

CORRADO (62) señala que la publicidad implica una declaración de voluntad privada, pero que puede asumir una forma solemne cuando se exterioriza a través de órganos públicos.

(62) CORRADO, R., *La publicidad en el Derecho Privado*, Turín, 1947.

PUGLIATTI (63) no solo incluye en el concepto de publicidad jurídica el necesario consentimiento o declaración de voluntad, sino que, además, ahonda en las diferencias entre el acto o negocio ya formados, objeto de la publicidad, y la voluntad dirigida expresamente a su exteriorización o divulgación.

GALLEGO DEL CAMPO (64) pone de relieve que solamente la libre autonomía de la voluntad de los contratantes, y el juego del libre intercambio, pueden llevar a la registración de las relaciones jurídicas, aunque es patente que la Comunidad y el Estado reservarán su pleno reconocimiento para aquellas situaciones jurídicas que se han sometido al control jurisdiccional del Registro.

Los autores que, como NÚÑEZ LAGOS (65), rechazan el carácter de Registro de derechos para nuestro sistema, alegando que no hay consentimiento en el instante final, quedando reducido a un mero Registro de títulos, confunden, a nuestro juicio, el proceso de creación de los derechos con el de su publicidad jurídica (algo que ya vio TEOFRASIO en el siglo IV a.C., como señalé al principio), función específica, exclusiva y excluyente del Registro Inmobiliario que, según las apetencias de seguridad y garantía de los interesados, debe ser reclamada y consentida por estos. Este consentimiento es independiente del prestado para la perfección del derecho que se publica y es un consentimiento específico *para la publicidad jurídica del negocio*.

2. PRINCIPIO DE COGNOSCIBILIDAD LEGAL

La cognoscibilidad legal implica no solo la posibilidad de conocer, sino también la presunción de conocimiento por todos del contenido registral. Este presupuesto de la publicidad jurídica constituye la esencia misma de su configuración institucional.

Explica PUGLIATTI (66) que la publicidad jurídica registral determina un resultado que no es conocimiento efectivo, sino solo cognoscibilidad legal. Lo cual supone que la organización de la publicidad, para hacer posible la adquisición del conocimiento objetivo, no puede dejar depender la realización de los efectos jurídicos que interesan a la esfera de diversos sujetos, de aquel conocimiento efectivo o de hecho de lo publicado. O lo que es lo mismo, la cognoscibilidad legal sustituye al conocimiento efectivo y las consecuencias jurídicas se producen

(63) PUGLIATTI, Salvatore, «La trascrizione», Milán, 1957, en *La pubblicità nel Diritto privato*, Parte General, Messina, 1945-466.

(64) GALLEGO DEL CAMPO, Germán, «Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, mayo-junio de 1986.

(65) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, «El Registro de la Propiedad Español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 250-251, marzo-abril de 1949.

(66) PUGLIATTI, Salvatore: «La trascrizione», Milán, 1957, en *La pubblicità nel Diritto privato*, Parte General, Messina, 1945-466.

independientemente de que se dé, o no se dé, ese conocimiento de hecho. Con lo cual se garantiza y asegura el tráfico, en interés general, con preferencia al derecho subjetivo o interés particular.

Los principios empíricos de nuestro sistema registral —los llamados principios registrales o hipotecarios, sobre los que se pretende ordenar la seguridad jurídica registral— tienen como base esa cognoscibilidad legal. La Ley Hipotecaria (art. 1, párrafo 3.º), lo declara con toda precisión: «Los asientos del Registro... producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud...», efectos que no se condicionan a ningún requisito de previo conocimiento efectivo del contenido de los libros.

3. PRINCIPIO DE DERECHO AL CONOCIMIENTO EFECTIVO

La cognoscibilidad como cualidad esencial de la publicidad jurídica registral, no es solamente una presunción de conocimiento integral del pronunciamiento registral, de modo que no puede alegarse ignorancia de su contenido, funcionando el derecho publicado respecto de terceros en la situación o estado que se publica. El concepto jurídico de publicidad incluye, además, la posibilidad, para todo interesado, de lograr el efectivo conocimiento o de hecho del contenido registral, mediante el acceso a los libros registrales de cuantos tienen un interés legítimo en consultarlos. Sería sencillamente antijurídico imponer un contenido registral y, al mismo tiempo, vedar su conocimiento.

Este derecho se hace efectivo mediante la llamada *publicidad formal*: manifestación o exhibición o examen directo de los libros, o mediante la emisión de certificaciones o notas informativas, en la actualidad por los medios tradicionales o mediante la utilización de los medios informáticos modernos, como el correo electrónico y la firma electrónica.

4. PRINCIPIO DE PRODUCCIÓN DE EFECTOS JURÍDICOS SUSTANTIVOS

La nota más importante del concepto de publicidad jurídica registral es la producción de efectos sustantivos o de Derecho material. La publicidad, por sí misma, produce efectos jurídicos, que derivan directamente del hecho publicitario y no del negocio o derecho publicado, pues, de no tener acceso a la vida registral, aquellos efectos jurídicos no se producen.

Jerónimo GONZÁLEZ MARTÍNEZ (67) afirmaba, en términos amplios, que todos los títulos mejoran de condición al pasar por el Registro. Juan VALLET DE

(67) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, 3 tomos, Madrid, 1948.

GOYTISOLO (68) reconoce que «la inscripción ensancha el campo del derecho real». Para ROCA SASTRE (69), el Registro contiene algo distinto de lo contenido en el título: el pronunciamiento registral y sus efectos propios. AMORÓS GUARDIOLA (70) destaca el carácter y peculiares efectos de la relación jurídica registral, frente a la relación jurídica negocial que se produce fuera del Registro.

Efectivamente, la inscripción nos muestra el derecho en un particular estado o «estado registral» (71) del que derivan consecuencias de Derecho, traducidas en facultades y derechos concretos, inexistentes en su estado extrarregistral. Esto no se opone a la perfección del derecho publicado, sino al contrario, presupone que al sistema de publicidad solamente tienen acceso los derechos perfectos. El control de legalidad, impuesto en todos los sistemas técnicamente evolucionados, tiene como función esencial, precisamente, lograr las máximas garantías de perfección del derecho publicado, pues sería perturbadora la publicación oficial de derechos imperfectos o viciados. Pero el sistema de publicidad registral sería inútil si no produjera más consecuencias que el reflejo de los derechos inscritos, como si de un particular espejo se tratara. La publicidad eleva los derechos a un estado superior, porque la protección jurídica del contenido registral, legalmente formado a lo largo del riguroso procedimiento registral, supone necesariamente predicar de ese contenido unos efectos jurídicos propios, inevitablemente superiores a los del derecho que no se ha acogido al control publicitario (72).

Por estas razones, en el Derecho Registral hay que separar el elemento procesal o procedimental —cuyo objeto es la formación del contenido registral— del elemento empírico, que nos mostrará los efectos que cada sistema particular de publicidad asigna a ese contenido.

En el sistema registral español, un apretado resumen de los principales efectos sustantivos que produce la inscripción puede ser el siguiente: Inadmisibilidad del documento no inscrito por los Juzgados, Tribunales, Consejos y Oficinas del Estado. El documento no inscrito no es oponible al documento

(68) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios sobre garantías reales*. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1973.

(69) ROCA SASTRE, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 4.^a ed., 1954, y 6.^a ed., 1968.

(70) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1967, pág. 53 y sigs.

(71) Puede verse mi libro *Derecho Registral Inmobiliario*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pág. 28 y sigs.

(72) En el *Derecho alemán*: «Si figura inscrito en el libro registral un derecho a favor de alguien, se presumirá que este derecho le pertenece. Si figura un derecho como cancelado, se presumirá que este derecho no existe» (parágrafo 891 del Código Civil). El Código Civil germano (parágrafo 892) consagra la presunción de integridad y protección inatacable «en beneficio del que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o sobre un derecho de la finca gravada». Base de los principios de legitimación y fe pública que recogen los artículos 34 y 38 de nuestra Ley Hipotecaria.

inscrito: preferencia del derecho inscrito sobre el que no lo está y del derecho inscrito antes sobre el inscrito después. Presunción de existencia, pertenencia y contenido del derecho tal como está inscrito: quien afirme lo contrario, debe probarlo, dándose una inversión de la carga de la prueba a favor del titular registral. Inmunidad absoluta del titular registral que sea tercero de buena fe y a título oneroso aunque se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no consten en el Registro.

V. ORDENACIÓN CIENTÍFICA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA: ESTRUCTURA DOCUMENTAL DE PRUEBA Y ESTRUCTURA REGISTRAL DE PUBLICIDAD

José Luis MEZQUITA DEL CACHO (73) destaca las columnas básicas de esta ordenación:

1. *Derecho Preventivo*. Plantea la posibilidad de un «Derecho Preventivo» o cautelar, a medio camino entre el Derecho Privado Sustantivo y el Derecho Procesal, en el que se integrarían y ordenarían, bajo unos principios rectores propios, las figuras, instituciones y mecanismos dispuestos por el Ordenamiento jurídico con la finalidad de que las relaciones privadas, los derechos subjetivos, puedan nacer y desarrollarse amparados por precauciones y garantías que reduzcan al mínimo sus riesgos de conflictividad y decadencia; y que, en todo caso, les sitúen en condiciones de ventaja si tal evento se produce.
2. *Integración de la Jurisdicción Voluntaria*. En este Derecho Preventivo se incluirían la mayor parte —si no la totalidad— de las actuaciones judiciales de la jurisdicción voluntaria, así como todo el Derecho Notarial y Registral, sin excepciones. Es la parcela encomendada a aquellos juristas que se mueven más en el terreno de la *seguridad jurídica*, como valor real, que en el de la *justicia*, como valor ideal.
3. *Paz Social*. La paz social está entre la seguridad y la justicia. Pero no puede olvidarse que la seguridad jurídica es necesidad más perentoria que la justicia, más inmediata, pues todos los hombres buscan ante todo seguridad para sus personas y para sus pertenencias. Esa urgencia es

(73) En este sentido, pueden verse sus trabajos: «La función notarial y la seguridad jurídica». Conferencia en la Academia Sevillana del Notariado, el 4 de abril de 1984. Está recogida en el libro *La seguridad jurídica y el Notariado*. EDESA, Madrid, 1989, pág. 81 y sigs. *El Notariado y los Registros*, libro editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1986. Es coautor de esta obra con Jesús LÓPEZ MEDEL, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, 2 tomos: 1. Teoría de la Seguridad Jurídica. 2. Sistema Español de Derecho Cautelar. Bosch, Barcelona, 1989. En especial, Tomo 1, págs. 450 y sigs.

especial en materia patrimonial, en los actos y negocios civiles y mercantiles llamados «de tráfico», que canalizan la circulación de la riqueza, en cuya certidumbre y firmeza se fundan los procesos de producción, transformación y cambio de bienes.

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA (74) recoge la doble concepción de la seguridad jurídica como un valor (COSSÍO, RECASENS, LEGAZ, DÍAZ DE TEJADA), o como un principio (ALZAGA, DÍEZ-PICAZO, HERNÁNDEZ-GIL). A diferencia de los valores, los principios desempeñan por sí mismos función normativa: son normas en grado de enunciación no circunstancialmente desenvuelto, dotadas de gran generalidad (75).

Frente a esta doble concepción, califica de integración y como postura ecléctica la tesis de MEZQUITA DEL CACHO, resaltando su esquema sobre las estructuras orgánicas aplicadoras del sistema cautelar:

- a) *Estructura de amparo cautelar*. Las Instituciones de Amparo están integradas por la Magistratura y el Ministerio Fiscal, en el campo de la llamada Jurisdicción Voluntaria, y no propiamente en la función jurisdiccional, que las caracteriza y define. Complemento instrumental es el Secretariado Judicial.
- b) *Estructura cautelar documental*. Está integrada por instituciones organizadas para la documentación y la asistencia a prestar en el ámbito extrajudicial. Nucleada por el Sistema Notarial, a su lado, como sucedáneas o subrogadas, hay que incluir determinadas funciones excepcionales de los Diplomáticos y Cónsules españoles en el extranjero, Capitanes de buques, Oficiales del Ejército en campaña, los Párrocos en algunos ordenamientos forales; y las funciones permanentes, pero de ámbito limitado, de los Corredores Colegiados de Comercio.
- c) *Estructura cautelar de publicidad jurídica*. Está integrada por los Registros técnico-jurídicos, de operativa calificadora y no meramente constataadora, ni limitada a controles gubernativos o estadísticos. Al lado

(74) GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «Seguridad jurídica e inseguridad resolutoria», en el *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, pág. 277 y sigs.

(75) Como dice CHICO Y ORTIZ («Proyecciones de la seguridad jurídica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 563, 1984), el primer principio que debió enumerarse para garantizar el respeto a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico es la seguridad jurídica, pues el resto de los enumerados por el artículo 9.3 CE no son más que una consecuencia inevitable para el logro de la seguridad jurídica. La STC 27/1981, de 20 de julio, concibe la seguridad jurídica como «una suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativas, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad..., pero que, si se agotara en la adición de esos principios, no hubiera precisado ser formulada expresamente».

del Registro de sujetos jurídicos —Civil o Mercantil—, hay que situar como «proto y arquetipo» indudable de los Registros de bienes, el de la Propiedad Inmobiliaria.

VI. PANORAMA ACTUAL DE LOS REGISTROS JURÍDICOS DE BIENES

La institución registral inmobiliaria española cuenta con cinco siglos ininterrumpidos de tradición en la actuación de la publicidad institucional, arrancando de la Real Pragmática de Don Carlos y Doña Juana de 1539, creadora del *Registro de Censos, Tributos e Hipotecas*, pasando por las *Contadurías de Hipotecas* establecidas por Carlos III en 1768, hasta la instauración del Registro moderno con la primera Ley Hipotecaria en 1861.

El panorama que actualmente ofrecen los Registros jurídicos de bienes; la preocupación del Derecho Internacional actual por contar con un adecuado sistema de publicidad como garantía del tráfico inmobiliario, con la creación del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER); los Congresos Internacionales de Derecho Registral, que se vienen celebrando desde 1972; los actualísimos informes de instituciones como el Banco Mundial o la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas; así como la actividad tendente a la implantación de sistemas registrales fiables, que vienen desarrollando los países del Este europeo, emergentes a un mundo de reconocimiento de la propiedad privada y de libertad de su tráfico; son unas primeras e importantes razones para considerar la importancia actual del Derecho Registral (76).

El Banco Mundial en un importante Informe reciente ha declarado que no es posible el desarrollo de una economía de mercado eficiente sin la adopción de sistemas catastrales y registrales seguros. Y que para acceder a los canales ordinarios, nacionales e internacionales, de financiación es necesaria la seguridad jurídica de las propiedades, así como para gestionar eficientemente los mercados locales, para reducir al mínimo las disputas dominicales, para que tales disputas puedan resolverse rápidamente y a bajo coste, y, en general, para reducir los costes transaccionales al nivel más bajo posible.

Son preferibles los sistemas registrales (preventivos) a los de seguro del título (indemnizatorios); y entre los registrales son preferidos los sistemas del modelo *title registration* o registros de derechos. Entre estos últimos, se inserta el modelo español que, por su crédito internacional, es uno de los sistemas registrales actualmente en expansión, especialmente en los países excomunistas del Este europeo (se han suscrito acuerdos de colaboración con Armenia, Letonia, Bielorusia y Rusia), muchos de los cuales vienen participando en los

(76) MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Análisis de situación y programa de actuación*, Madrid, octubre de 1997, págs. 24 y sigs.

Congresos Internacionales de Derecho Registral, a partir del Congreso de París de 1994, merced a los esfuerzos del Centro Internacional de Derecho Registral, con sede en Madrid.

RESUMEN

PUBLICIDAD REGISTRAL

Desde los tiempos de Teofrasto (siglo IV a.C.) y desde el Egipto ptolomeico (hacia el 3000 a.C.) se ha separado la creación del derecho (por vía privada, notarial, judicial o administrativa) y su publicidad jurídica, pues —decía el filósofo— «donde está establecida la inscripción de las propiedades y de los contratos, es fácil saber por ella si los bienes son libres y sin cargas, y si el vendedor es realmente propietario, porque el Magistrado inscribe inmediatamente al comprador en lugar del vendedor».

La publicidad supone difusión y conocimiento (Pugliatti), pero este concepto meramente publicitario es de escasa relevancia para nuestra investigación que centramos en los aspectos jurídicos de la publicidad: exteriorización o divulgación de una situación jurídica para producir cognoscibilidad general o posibilidad de conocer; o declaración de voluntad dirigida a que un determinado acto se exteriorice a través de un órgano público (Corrado).

Históricamente deben distinguirse publicidad y técnicas de publicidad: difusión, información, comunicación. La publicidad jurídica debe conectarse con la seguridad y esta reclama órganos sociales o funcionarios o instrumentos que cuidan de ella; instituciones jurídicas constituidas por determinadas figuras reguladas por el derecho; e instrumentos jurídicos como los documentos públicos o privados o los registros públicos. Por otra parte, hay un conjunto de figuras afines que no deben confundirse con la publicidad jurídica: publicación, notificación y forma.

ABSTRACT

REGISTRATION DISCLOSURE

Since the times of Theophrastus (4th century BC) and Ptolemaic Egypt (around 3000 BC), there has been a separation between the creation of a right (via private, notarial, judicial or administrative agency) and legal disclosure of that right, for, as the philosopher said, «Where the registration of properties and of contracts is established, it is easy to know thereby if assets are free and without liens, and if the seller is really the owner, because the Magistrate immediately registers the buyer in the seller's stead».

Disclosure means dissemination and knowledge (Pugliatti). This merely disclosure-related concept, however, is of little relevance to the research presented in this paper, which focuses on the legal aspects of disclosure: externalization or divulging of a legal situation in order to produce general cognoscibility or possibility of being known; or declaration of wishes aimed at having a certain act externalized through a public body (Corrado).

Historically, a distinction must be drawn between disclosure per se and the techniques of disclosure: dissemination, information, communication. Legal disclosure must be connected with certainty, and certainty demands social bodies or funcionarios or instruments to take care of it: legal instruments such as public or private documents or public registries. Furthermore, there is a set of similar concepts that must not be mistaken for legal disclosure: publication, notification and form.

Es un hecho histórico la permanente expansión de la publicidad como instrumento de seguridad mediante ese instrumento jurídico que son los registros públicos y de la ciencia del Derecho que los justifica y regula, cual es el Derecho Registral que, tratándose de la publicidad de los derechos sobre bienes inmuebles, es de ancestrales orígenes históricos, y que se encauza actualmente en todo el mundo, a través de un órgano especializado que es el Registro de derechos inmobiliarios o Registro de la Propiedad. La influencia de la idea registral, como instrumento de publicidad y seguridad jurídica, ha sido tan importante que, se han desarrollado otras instituciones registrales para la protección jurídica de distintos bienes y derechos: Registro de la Propiedad Intelectual, Registro Mercantil, Registro de la Propiedad Industrial, Registro de Bienes Muebles, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de Buques y de Aeronaves; y el más moderno Registro de Condiciones Generales de la Contratación, etc.

La publicidad registral, para obtener su objetivo de seguridad jurídica, reclama dos presupuestos esenciales: la autenticidad del negocio que se publica y la calificación registral o control de legalidad a través del riguroso y tasado procedimiento registral. Con ello se obtiene la plena protección de los derechos reales que se inscriben, su eficacia erga omnes, salvándolos de la clandestinidad, creando una situación jurídica de titularidad en la que el titular civil del derecho es el titular registral ante la que ceden otros medios de publicidad y, a veces, determinando la existencia jurídica misma del derecho real (inscripción constitutiva).

El estudio elabora seguidamente las bases de una tesis sobre la estructura jurídica de la publicidad registral, proponiendo sus principios generales: 1. Principio de consentimiento. La publicidad jurídica registral no es un requisito más en el proceso creador de los derechos,

It is a historic fact that disclosure has unceasingly expanded, in its facet as an instrument of certainty by means of the legal instrument of public registries and in its facet as an instrument of the legal science that justifies and regulates public registries, i.e., registration law. Registration law has ancestral historic origins, because it concerns the disclosure of rights in immovable property. At present it is channelled throughout the world through a specialized type of body, the registry of in-rem rights or property registry. The influence of the idea of registration as an instrument of disclosure and legal certainty has been so great that other registration institutions have developed to accord legal protection to different assets and rights: the intellectual property registry, the business registry, the industrial property registry, the personal property registry, the registry of personal property instalment sales, of ships and of aircraft, and the most modern, the registry of general contract conditions.

In order to attain objective legal certainty, registration disclosure calls for two essential prior conditions: the authenticity of the thing disclosed and the registrar's scrutiny or check of legal fitness through the rigorous, regulated registration procedure. In this way full protection is obtained for the real rights that are registered, their erga omnes efficacy, reclaiming them from clandestinity, creating a legal situation of ownership in which the civil holder of the right is the registered holder (before whom all other means of disclosure bow), and sometimes determining the very legal existence of a real right (constitutive registration).

The paper then assembles the foundations of a thesis on the legal structure of registration disclosure. These general principles are proposed: 1. Rule of consent. Legal registration disclosure is not just another requirement in the right-creating process; it is the elevation of the

sino la elevación del derecho, ya creado y perfecto, a un plano superior de legitimación, de garantía y de eficacia. Esa nueva situación ha de ser querida por los interesados: la publicidad implica una declaración de voluntad privada (Corrado), que se exterioriza a través de órganos públicos y está dirigida expresamente a su exteriorización o divulgación (Pugliatti). 2. Principio de cognoscibilidad legal. La cognoscibilidad legal implica no solo la posibilidad de conocer, sino también la presunción de conocimiento por todos del contenido registral; la cognoscibilidad legal sustituye al conocimiento efectivo y las consecuencias jurídicas se producen independientemente de que se dé o no ese conocimiento. 3. Principio de derecho al conocimiento efectivo. La cognoscibilidad como cualidad esencial de la publicidad registral, no es solamente una presunción de conocimiento integral del pronunciamiento registral, de modo que no puede alegarse ignorancia; incluye, además, la posibilidad de lograr el efectivo conocimiento del contenido registral; sería sencillamente antijurídico imponer un contenido registral y, al mismo tiempo, vedar su conocimiento. 4. Principio de producción de efectos jurídicos sustantivos. La publicidad, por sí misma, produce efectos jurídicos, que derivan directamente del hecho publicitario y no del negocio o derecho publicado: si no tiene acceso a la vida registral, no se producen.

Por último, se hace un apunte de lo que pudiera ser una ordenación científica de los instrumentos de la seguridad jurídica, distinguiendo la estructura documental de prueba del negocio (seguridad inter partes) y la estructura registral de publicidad (seguridad erga omnes).

already created, perfect right to a higher plane of legitimation, assurance and efficacy. This new situation must be desired by the parties concerned: Disclosure involves a declaration of private wishes (Corrado) that is externalized through public bodies and is aimed expressly at externalizing or divulging those wishes (Pugliatti). 2. Rule of legal cognoscibility. Legal cognoscibility implies not only the possibility of knowing, but also the presumption of knowledge by all. Legal cognoscibility replaces actual knowledge, and the legal consequences take place regardless of whether or not there is actual knowledge. 3. Rule of the right to actual knowledge. Cognoscibility as an essential quality of registration disclosure is not only a presumption of comprehensive knowledge of the registrar's pronouncement, such that ignorance cannot be claimed; it also includes the possibility of attaining actual knowledge of the registry's contents. It would be simply unlawful to impose registration contents and at the same time to forbid any knowledge of those contents. 4. Rule of substantive legal effects. Disclosure by itself causes legal effects, which stem directly from the fact of disclosure and not from the disclosed act or right. If an act or right is not registered, these effects are not caused.

Lastly, an outline is given of a possible scientific ordering of the instruments of legal certainty. The proposal distinguishes between the documentary structure of proof of an act (inter partes certainty) and the registry-based structure of disclosure (erga omnes certainty).

(Trabajo recibido el 14-3-2011 y aceptado para su publicación el 8 de mayo de 2012)

Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA Y LA CONVENIENCIA DE MODIFICAR LA REGULACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE UN PRÉSTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA EN ESPAÑA.
2. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.
3. LA CONSIDERACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DEL BIEN COMO UN CASO DE DACIÓN EN PAGO.
4. EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.
5. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.
6. ¿POSIBLE SUPUESTO DE *REBUS SIC STANTIBUS*?
7. A MODO DE CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA Y LA CONVENIENCIA DE MODIFICAR LA REGULACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE UN PRÉSTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA EN ESPAÑA

Suele ser práctica común en la elaboración de normativas con influencia en el tráfico económico, conforme impone la lógica, que las regulaciones resul-

tantes obedezcan a las enseñanzas y conclusiones que se extraen o se obtienen en momentos de crisis económica. Dicho de otra manera, las grandes reformas de instituciones jurídicas de índole económica se producen como consecuencia de graves problemas en las diversas estructuras económicas. En particular, esto se observa de forma clara en el ámbito de las instituciones y operaciones financieras. Desde hace varias décadas, en España se han adoptado reformas tendentes al fortalecimiento de las instituciones financieras. Sin embargo, las últimas convulsiones en este sector han tenido en nuestro país un componente nacional que ha ocasionado mayores perjuicios e, incluso, la necesidad para muchos de replantearse la normativa al respecto. En España, la explosión de la burbuja del mercado inmobiliario ha provocado una gran exposición de los bancos y cajas, que han financiado las operaciones de adquisición de las viviendas en un contexto de mercado expansivo y bonanza económica y, por ende, de relajación de los requerimientos para la obtención de los créditos.

Hasta aquí, la situación descrita no es diferente de otras vividas con anterioridad. Sin embargo, concurre ahora un factor que no se había producido en crisis anteriores, al menos no con la magnitud con que ahora se pone de manifiesto. Nos referimos al desplome de los precios de la vivienda desde niveles muy elevados. Tal efecto, lejos de tener exclusivamente trascendencia económica, también genera consecuencias en la esfera jurídica que hasta la fecha no habían preocupado en exceso. Como es sabido, la regulación hipotecaria española establece, a diferencia de las soluciones adoptadas en otros países, un doble esquema de responsabilidad en la relación de las entidades financieras con sus clientes por la firma de una hipoteca en garantía de un préstamo. Por una parte, la hipoteca, como garantía real que recae sobre el inmueble cuya compra se financia sobre el préstamo, deriva, en caso de impago de este, en la ejecución del inmueble adquirido. Por otra, la existencia de la deuda principal garantizada con la hipoteca —nacida del préstamo— implica necesariamente la concurrencia, a su vez, del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, en virtud del cual el deudor responde del pago de la deuda con todos sus bienes, presentes y futuros. Es decir, concurren en el deudor hipotecario dos responsabilidades, la personal derivada de la deuda principal y la hipotecaria derivada de la garantía en cuestión.

Este sistema constituye un mecanismo que proporciona grandes garantías a los acreedores hipotecarios, puesto que les aporta seguridad frente a posibles eventualidades que generen disminuciones en el valor del bien constitutivo de la garantía, frente a otras regulaciones que simplifican este esquema estableciendo únicamente la responsabilidad hipotecaria. Ciertamente es que, hasta la fecha, la solución adoptada por nuestra regulación, por lo demás muy asentada en nuestro Derecho, no había planteado problema alguno en relación con las situaciones de impago y ejecución hipotecaria. Las anteriores crisis no habían revestido la virulencia de la actual en la producción de sus efectos, por dos razones: nunca

las burbujas inmobiliarias habían sido de tal magnitud, por lo que tampoco el hundimiento de los precios de los inmuebles había llegado a los niveles actuales ni el grado de exposición de las entidades bancarias había alcanzado las cifras actuales. Así, una de las características de la crisis económica actual, que la hace más perniciosa que las anteriores, es que tanto consumidores y usuarios como entidades financieras constituyen hoy sujetos de riesgo elevado, que merecen especial cuidado para evitar un agravamiento de la situación. En otras épocas, la crisis generaba graves problemas en la población, sin embargo el sector financiero podía soportar la coyuntura generada por su salud, derivada de la baja exposición al riesgo crediticio y de su mínimo nivel de «activos tóxicos», por emplear una terminología actual. Es más, desde el punto de vista macroeconómico, la importancia decisiva de este sector obliga, según los economistas, a adoptar medidas para su protección, incluso en detrimento de otros agentes económicos, como los consumidores.

Pues bien, el hundimiento del valor de los inmuebles no conlleva necesariamente un quebranto económico a la entidad prestamista, puesto que la parte no satisfecha del crédito por la ejecución del inmueble por un precio inferior al que se tasó en un primer momento, como consecuencia de la bajada de los precios, puede obtenerse mediante la persecución del patrimonio del deudor principal, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal antes citado. Como ya hemos dicho, esta solución no había planteado problemas anteriormente, puesto que el valor de los pisos no disminuía hasta cotas que hacían necesario hacer uso de la responsabilidad personal. Sin embargo, actualmente el elevado número de ejecuciones hipotecarias que se producen suelen ir acompañadas de una reclamación de esta naturaleza, lo que ha provocado la sorpresa e indignación de los consumidores, que entienden que las entidades bancarias adoptan una postura de abuso injustificado de su posición, al pretender que el deudor, que ya pierde su casa por razones ajenas a su voluntad, pierda además parte del resto de su masa patrimonial.

En esta situación, el Auto 111/2010, de 17 de diciembre de 2010, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra ha estimado la pretensión de un deudor que reclamaba que el banco se diese por satisfecho de la deuda mediante la exclusiva ejecución del inmueble, sin que pudiera atacar el resto de su patrimonio. Se trata de una resolución con gran repercusión pública, dada la situación de muchos ciudadanos que han firmado créditos y han empeorado en su situación laboral y económica. Lógicamente, la solución adoptada en este caso cuenta con el respaldo de la mayor parte de la opinión pública y de los medios de comunicación, que entienden que lo contrario constituye un abuso injustificado de las entidades.

Aunque esta solución requiere un análisis detenido de su argumentación, desde ya podemos adelantar que resulta en extremo muy difícil sostener la eliminación de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal

a la vista de la actual regulación. Sin negar la potestad de Jueces y Tribunales de interpretar las normas para su posterior aplicación, es necesario determinar hasta dónde puede llegar tal labor y cuándo constituye un ejercicio de posible «ingeniería jurídica». En este sentido, es preciso analizar si es admisible prescindir de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil en atención a las circunstancias del caso resuelto por el Auto.

En relación con estas circunstancias, el Juzgador presenta otros argumentos —actos propios respecto de la tasación del inmueble y supuesta responsabilidad moral y colectiva de las entidades financieras mundiales en el desencadenamiento de la actual crisis— que debemos estudiar para, de nuevo, ver si justifican una medida de tal repercusión jurídica como la que se propone. Además, aunque en el cuerpo del escrito no se lee expresamente en ningún momento —resulta de interés el silencio de la Audiencia a este respecto—, algunos comentaristas han aludido a la posibilidad de que concurra, en este caso, un supuesto de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. No vamos ahora a detenernos en su estudio, que dejamos para más adelante con el fin de comprobar si concurren las circunstancias fácticas que puedan justificar su aplicación, que deber ser restrictiva en todo caso. De igual forma, parece que sobre el Auto planea, siquiera de forma latente —de nuevo, un silencio que parece elocuente—, la idea de una adjudicación o dación en pago del inmueble a favor del banco. Es obvio que, de sostener dicha posibilidad, se entendería saldada la deuda principal, por la que ya no se podría reclamar nada ni, por tanto, se podría argumentar sobre la aplicación del artículo 1911 del Código Civil.

No cabe duda que la solución del problema aquí planteado constituye una labor que es objeto de grandes presiones y quien la lleva a cabo sufre grandes tentaciones. Por una parte, un análisis desde la vertiente económica puede empujar a adoptar una solución de protección del sistema financiero en su conjunto, suponga o no un sacrificio para los consumidores. Por otra, la mera observación de la realidad social del momento condiciona la decisión en el sentido de adoptar medidas de apoyo a los individuos con situaciones trágicas en lo personal y familiar, derivadas de su empobrecimiento. En este sentido, el Juzgador es objeto de grandes presiones a la hora de conocer y resolver estas cuestiones.

Sin embargo, aunque es obvio que el Derecho debe servir para solucionar los problemas reales que se plantean en la vida diaria, también es cierto que debe hacerlo a la luz de la regulación existente y mediante el análisis, lo más amplio posible, de todas las circunstancias concurrentes y lejano a una visión emocional de la realidad, que suele ser parcial y, por ello, irreal. Es decir, ¿qué es más beneficioso para el conjunto de la población: un sistema de responsabilidad doble, como el de nuestro Derecho, o uno de exclusiva responsabilidad hipotecaria? Todo lo anterior, sin negar la posibilidad e, incluso, la conveniencia, en su caso, de realizar proposiciones *lege ferenda* que faciliten a los ciudadanos el pago de sus deudas a las entidades bancarias sin necesidad de colocarles en

situaciones que puedan degenerar en una insolvencia más o menos definitiva e irreversible. Como se puede comprobar, existen argumentos de peso para sostener ambas posturas, lo que requiere un análisis multidisciplinar de esta cuestión y desde la más amplia panorámica posible, lo que excede, en parte, de las posibilidades y propósito de este trabajo.

En relación con lo anterior, la propia Audiencia de Navarra ha revocado el fallo aquí referido, alegando precisamente el principio de responsabilidad patrimonial universal. Sin embargo, son muchas las voces que, desde argumentaciones jurídicas, manifiestan su apoyo a tesis cercanas a las del Auto revocado. Por ello, aún la aparente simplicidad de la solución al problema planteado, entendemos que es necesario analizar y dar contestación a los argumentos propuestos a favor de aquella tesis. En particular, hay que discernir si resultan de aplicación algunas teorías e instituciones jurídicas en que el juzgador sustenta su decisión. En primer lugar, la teoría de los actos propios, como base para justificar el deber de la entidad bancaria de asumir la tasación inicial del inmueble en un momento posterior de la realización de su valor. También es necesario analizar si la adjudicación de dicho inmueble a la entidad prestamista constituye un supuesto de dación en pago, por cuanto dicha solución permitiría soslayar la aplicación del artículo 1911 del Código Civil, al entenderse saldada la totalidad de la deuda. Se ha observado por algunos la posible aplicación por el juzgador de la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que también requiere una aclaración respecto de la corrección de dicha alegación como mecanismo de alteración de la solución que inicialmente correspondería en este caso.

No vamos a pronunciarnos sobre las alusiones a pretendidas —y posibles— responsabilidades morales, que entendemos no deben ser objeto de análisis jurídico ni tampoco ser instrumentos de fundamentación de un fallo. Sin embargo, sí consideramos que puede ser conveniente pronunciarse sobre la mayor o menor virtualidad práctica y sobre los beneficios que proporciona a la estabilidad de un sistema financiero y económico general, de las regulaciones que abogan por el establecimiento de un doble mecanismo de responsabilidad, personal e hipotecaria, frente a las soluciones monistas, que solamente establecen la segunda.

2. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

Se ha sostenido en el Auto 111/2010 que la tasación que se realiza del inmueble, a los efectos de la determinación de la cantidad que finalmente se iba a prestar por la entidad bancaria al comprador de la vivienda, conlleva la determinación de un valor al que, posteriormente, el acreedor debe someterse. De esta forma, no es admisible que en fase de ejecución se alegue que el valor del inmueble no es ahora, por las razones que sean, suficiente para cubrir el importe del principal de la deuda. Para justificar tal afirmación se argumenta

que lo contrario iría en contra de la doctrina de los actos propios. Por ello, es necesario detenerse en el análisis de dicha teoría.

La teoría de los actos propios es una construcción principalmente jurisprudencial, nacida del análisis e interpretación del principio de buena fe contenido en el artículo 7.1 del Código Civil. Como ha señalado Díez-PICAZO, se trata de una doctrina construida por el Tribunal Supremo mediante la limitación de su aplicación ante las amplias formulaciones que proponían las partes: la jurisprudencia ha ido afirmando razones de inaplicabilidad (1). Según diversas resoluciones judiciales (2), esta teoría implica que no es lícita la actuación que supone la alteración de una convención o estado, con los que se define la situación jurídica de quien la lleva a cabo, y que tengan por objeto la creación, modificación o extinción de un derecho, lo cual genera una vinculación a aquellos efectos de quien actúa. De esta forma, como se afirma en la STS de 16 de febrero de 1998, debe existir incompatibilidad o contradicción entre la conducta anterior y el acto que se pretende realizar después, a la luz de un elemental criterio de buena fe.

Por lo tanto, la aplicación de esta doctrina conlleva necesariamente el carácter principal de los actos anteriores y posteriores cuya compatibilidad se exige, de tal forma que no puede alegarse dicha teoría cuando los actos de fecha anterior que se pretenden comparar con los posteriores sean de carácter preparatorio, por cuanto los mismos no poseen fuerza obligacional alguna ni suponen compromiso por las partes de su contenido (3), dado que tales actos no constituyen convenio entre las partes, como se afirma, entre otras, en la STS de 30 de octubre de 1995. En definitiva, se trata de un instrumento que persigue el establecimiento de un clima de seguridad jurídica adecuado, para lo que es necesario establecer límites al ejercicio de los derechos subjetivos, conforme a un elemental criterio de aplicación del principio de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil (STS de 22 de enero de 1997).

Por supuesto, la aplicación de esta doctrina implica necesariamente el carácter indubitado y preciso de los actos cuya eficacia se pretende imponer. Pero tal exigencia no se refiere única y exclusivamente a la existencia y realización de tales actos, lo que conlleva, claro, una precisión formal de los mismos —so-

(1) Díez-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963, pág. 110.

(2) Por citar algunas, STS de 16 de febrero de 1998, 19 de mayo de 1988, 30 de marzo de 1999, 30 de septiembre de 1996, 18 de diciembre de 1996, entre otras.

(3) Aunque el Tribunal Supremo ha sostenido esta posición en algunas sentencias, sin embargo parece más bien que la referencia se hace a aquellos actos que poseen trascendencia o relevancia jurídicas, por cuanto no son meras manifestaciones de intención o similares desprovistas de valor. Por tanto, se ha sostenido que no parece admisible su aplicación a actos constitutivos de declaraciones de voluntad, a los que debe aplicarse la doctrina sobre la eficacia general de dichas declaraciones. Para Díez-PICAZO, la relevancia jurídica de la conducta implica que dichos comportamientos deben tener alguna repercusión en la relación jurídica en la que el actor es parte. Vid. Díez-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos...*, pág. 197.

lemnidad, delimitación y carácter expreso a que se refiere, entre otras, la STS de 31 de enero de 1995—. Además, tal precisión también viene referida, como se afirma en la STS de 17 de marzo de 1997, a los objetivos que persigue el actor y al contexto en el que se realizan los mismos, lo que condiciona de forma decisiva su eficacia. En concreto, manifiesta el Juzgador en la referida sentencia que: «...El acto que así se reputa ha de estar revestido de ciertas formalidades, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza». Esta exigencia tiene gran importancia en el caso que nos ocupa, por cuanto es necesario determinar cuál es el grado de vinculación de la tasación. Dicho de otra manera, es necesario saber si el valor de la tasación inicial del inmueble alcanza a los valores posteriores atribuibles al mismo, soslayando así los posibles vaivenes del mercado.

Por lo demás, resulta obvio que la aplicación de la doctrina de los actos propios implica que los actos anteriores y posteriores han sido realizados por la misma persona o por distintas personas actuando en representación de las anteriores, dentro de los límites del poder en cuestión (4). En el caso que nos ocupa, esta cuestión tiene cierta importancia, por cuanto la tasación de los inmuebles se lleva a cabo por una entidad distinta a la concedente del préstamo, por lo que cabe preguntarse por la aplicación de la doctrina de los actos propios a este supuesto.

Tampoco es alegable la doctrina de los actos propios, según ha afirmado el Tribunal Supremo —sentencia de 10 de febrero de 1993— cuando tales actos son contrarios a una norma imperativa. Es decir, no se puede alegar, para sostener una actuación anterior, esta doctrina cuando los actos que, en su caso, deban realizarse sean contrarios a normas de *ius cogens*. En este caso, no parece que tal exigencia sea un obstáculo para su aplicación, por cuanto la determinación del precio no deriva de ninguna determinación legal, sino de la aceptación por las partes de la tasación efectuada.

Pues bien, a la vista de los distintos requerimientos y caracteres que se observan en la doctrina de los actos propios, encontramos algunas dificultades para poder identificar el caso presente como un supuesto de aquella. En primer lugar, sería admisible la consideración de la tasación del inmueble como un acto preparatorio del contrato definitivo de préstamo con hipoteca sobre el inmueble adquirido. Es cierto que la valoración del inmueble puede considerarse un paso de importancia en el proceso total de obtención de financiación y de la adquisición final de aquel. En este sentido, podría sostenerse que la tasación posee la entidad suficiente para constituir un acto no preparatorio, sino principal que, junto con los contratos celebrados, posibilitan la adquisición del inmueble: la tasación permite delimitar el valor de inmueble a los efectos de la determinación de la cantidad finalmente prestada. Sin embargo, no parece que, en relación con

(4) Entre otras, STS de 28 de noviembre de 1992, 11 de noviembre de 1989 o 3 de marzo de 1990.

las obligaciones nacidas del préstamo, la tasación constituya un acto dirigido a la creación de un derecho a favor del banco ni que, por tanto, posea el carácter de acto principal que se requiere para aplicar la teoría de los actos propios.

Por otra parte, tampoco observamos que la intención y significación de la tasación posea un carácter preciso e indubitado. No parece que la intención de la entidad bancaria sea la de aceptar la tasación efectuada, hasta el punto de pasar por la misma como cifra de limitación de la responsabilidad asumida por el deudor hipotecante. Ello supondría la eliminación voluntaria del juego del artículo 1911 del Código Civil, lo que sería admisible como supuesto de limitación voluntaria de la responsabilidad personal del deudor. Sin embargo, no parece que dicha convención concurra ni en este ni en otro supuesto de concesión de préstamo garantizado con hipoteca. Además, no es ese el significado que se atribuye a la tasación. Como se afirma en el Auto 4/2011, de 4 de febrero de 2011, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Navarra —este auto revoca precisamente el que da pie al análisis incluido en este trabajo—, es un error «identificar valor de tasación con valor real de mercado..., ya que el valor de tasación de un inmueble en un momento determinado puede o no coincidir con su valor real de mercado, que no es sino la cantidad de dinero que en un momento preciso se esté dispuesto por alguien a pagar por él».

La tasación tiene por objeto un bien con precio alterable, máxime en unas circunstancias de mercado, no solo alcista, sino caracterizado por la existencia de una burbuja inmobiliaria conocida por todos. De esta forma, se tasa sabiendo que la valoración recogida puede variar. En este sentido, los actos que no se pueden contradecir posteriormente, en aplicación de esta doctrina, son aquellos por los cuales el actor queda constreñido en su conducta posterior (5), lo que no se puede sostener en este caso, dada la naturaleza variable del valor de un inmueble. Mientras se ha mantenido la situación de alza de los precios no se ha generado ninguna situación problemática y los compradores han visto en la compra una oportunidad para incrementar su patrimonio o, al menos, para mejorar la calidad de su vivienda. Es obvio que el banco debería asumir la tasación, como dice el Auto 111/2010, pero teniendo en cuenta que se trata de un precio alterable, no puede generar vinculación alguna durante toda la vida del préstamo respecto del montante de la posible reclamación posterior. Por lo tanto, el valor de tasación es una cifra de delimitación de un valor que sirve al banco para definir la cantidad que pueda prestar, en su caso, sin que deba coincidir necesariamente —como de hecho ocurre en numerosas ocasiones— con el valor que, en cada momento, el mercado atribuya al inmueble. En relación con la significación jurídica de la tasación, es obvio que la entidad bancaria no pretende, con su comportamiento como parte del contrato, limitar la responsabi-

(5) LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *La doctrina de los actos propios, doctrina y jurisprudencia*, Ed. Reus, 2005, pág. 231.

lidad del deudor hasta el valor de tasación. En este sentido, la concurrencia de la doctrina de los actos propios al caso que nos ocupa requiere tener en cuenta, no solo el acto tasador en sí, sino todo el proceder, comportamientos o actos que revelen la actitud del acreedor (6).

Como hemos señalado anteriormente, la doctrina de los actos propios requiere que los actos iniciales y los posteriores sean imputables a la misma persona, ya sea porque los ha realizado ella misma o porque los ha llevado a cabo otra persona en representación de la primera. ¿Se observa esta situación en el caso que nos ocupa? En la mayoría de las concesiones de préstamos la tasación se realiza por entidad tasadora, que no se identifica con la entidad prestamista. En este sentido, resulta muy elocuente que el propio Juzgador, en la parte final del Fundamento Jurídico 4.º del Auto 111/2010, afirma lo siguiente: «...cabe añadir que la adjudicación de la finca materialmente al banco, habida cuenta de la tasación que en su día se aceptó por el banco...». Es decir, se reconoce en el propio Auto que el banco no fue quien tasó el inmueble.

Podría realizarse una interpretación extensiva del requisito de la igualdad de sujetos tasador y prestamista, en el sentido de entender que el mismo también se observa cuando, no obstante la ausencia del requisito de la identidad propuesta, sin embargo sí existe una confluencia de intereses entre la tasadora y la entidad bancaria. De esta forma, se admitiría que concurre la doctrina de los actos propios si se admite que la primera actúa en interés de la segunda. Sin embargo, eso no sería admisible en todo caso. Es más, podría afirmarse también, en contra de dicha afirmación, que en las tasaciones era ordinario que se satisficieran, de forma conjunta, los intereses de prestamista y prestatario. En concreto, era una práctica relativamente normal la sobretasación del inmueble, con el fin de poder conceder la totalidad de la cantidad necesaria para adquirir el inmueble y facilitar así la compra, puesto que el artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario impone una limitación de concesión de crédito al 80 por 100 del valor de tasación (7). De esta forma, la sobretasación conseguía satisfacer el interés de la entidad bancaria de conceder financiación y aumentar sus cifras de negocio, a la vez que también se satisfacía el interés del comprador, que conseguía adquirir la vivienda. Por lo tanto, cabe preguntarse a quien favorece la tasación, al prestamista, al prestatario o a los dos conjuntamente. Sobre la base de lo anterior, resulta discutible la consideración de la identidad de sujetos sobre la base de la consideración de la tasación en interés exclusivo de la entidad financiera y así, la aplicación de la doctrina de los actos propios al caso en cuestión.

(6) Díez-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos...*, pág. 195.

(7) Artículo 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario: «El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley».

En definitiva, entendemos que existen múltiples razones que no permiten afirmar la concurrencia de la mencionada doctrina en la diferencia de valores del inmueble entre el momento de la tasación y el posterior de la ejecución para el cobro del crédito. Como se ha afirmado por la propia Audiencia en la resolución revocatoria del 111/2010, no pueden identificarse valor de tasación y valor de mercado: es obvio que el primero, dada su función y carácter inmóvil, no puede identificarse con el valor real que el inmueble pueda tener en un momento determinado, pues este último valor es móvil y viene marcado por las circunstancias del mercado inmobiliario.

3. LA CONSIDERACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DEL BIEN COMO UN CASO DE DACIÓN EN PAGO

En diversos pasajes del Auto 111/2010, de la Audiencia de Navarra, se alude a la adjudicación de la vivienda a la entidad ejecutante, como consecuencia de haber quedado desierta la subasta. El Juzgador entiende que la adjudicación de dicho inmueble, que se efectúa para el pago del principal de la deuda, quedando todavía expedita la posibilidad de ejecución respecto de los intereses de la deuda y las costas procesales, satisface la parte de deuda correspondiente a dicho concepto, con lo que ratifica la decisión de primera instancia, que consideraba satisfecha dicha deuda con el valor del inmueble, sin que hubiese lugar a continuar la ejecución por el principal. Es un dato relevante, a los efectos de la calificación del supuesto que ahora contemplamos, que la vivienda se adjudica, tras declarar desierta la subasta, por un valor de 42.895 euros, lo que impide cubrir el total del principal de la deuda, que ascendía a 71.225,79 euros. Es decir, podemos concluir que las distintas resoluciones judiciales estiman que, sobre la base del mayor valor de tasación del inmueble que del principal del préstamo, no es admisible alegar con posterioridad la disminución del valor del inmueble, por lo que la adjudicación de este determina la extinción de la deuda por aquel concepto.

¿Ante qué figura nos encontramos? La terminología empleada refiere una adjudicación de bienes, palabra empleada cuando en Derecho se pretende aludir a la decisión por un Juez de transmisión de la titularidad de bienes a una parte en un proceso (8). Sin embargo, con ello no resolvemos la principal duda que genera este tipo de decisiones. En concreto, desconocemos si, en el presente caso, dicha adjudicación se hace «en pago» de la deuda o «para el pago de deuda». Como resulta conocido, el empleo de una u otra preposición de-

(8) Vid. BAS Y RIVAS, F., «La dación, adjudicación y cesión de bienes en función de pago de deudas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 208, septiembre de 1945, págs. 587 y sigs.

termina la aplicación de figuras jurídicas diversas con consecuencias también muy diferentes, cuyos efectos, a su vez, para este caso, son de gran trascendencia para su resolución y para la admisión de la tesis sostenida por Jueces y Tribunales. En este sentido, como ha reconocido la doctrina tradicional, la adjudicación de bienes efectuada por el Juez puede ser constitutiva de la extinción de la totalidad del crédito o de parte del mismo (9), por lo que tal figura no se asimila necesariamente en sus efectos a la dación en pago, sino que dependerá del valor atribuido por la norma a dicha decisión.

Si sostenemos que la adjudicación de bienes se realiza en pago de la deuda —*pro soluto*—, entonces admitimos la concurrencia de una dación de pago, que actúa como un supuesto sustitutivo del pago de una deuda —aunque la calificación de esta figura no ha sido pacífica, como vamos a ver a continuación—, por lo que su efecto, con independencia de la cantidad finalmente entregada al acreedor y de otras circunstancias concurrentes, es extintivo de la obligación en cuestión. Si, por el contrario, se sostiene que dicha adjudicación se realiza para pagar la deuda —*pro solvendi*—, entonces no se puede interpretar, necesariamente, que la entrega de la cantidad de que se trate extingue la deuda en su totalidad, sino que debe aplicarse al pago la misma en la cantidad que pueda quedar cubierta por el importe obtenido en la enajenación. Como se puede comprobar, las diferentes consecuencias que se generan en uno y otro caso obligan a un planteamiento detenido de la cuestión.

Tal análisis se requiere, no solo porque es necesario conocer cuál ha sido la intención del Juzgador, sino porque, además, es primordial determinar si el Juez posee tal facultad calificadora sobre la base de lo que disponga la Ley. Formalmente, en ninguna de las resoluciones se lee expresamente que la adjudicación del inmueble se hace «en» pago de la deuda. Sin embargo, el hecho de considerar que el pago de una cantidad inferior a la totalidad de la deuda inicial produce su extinción, permitiría considerar tal solución como un supuesto de dación en pago. Ello genera importantes consecuencias en relación con la posibilidad de evitar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal, por cuanto si se estima extinguida la deuda, ya no hay nada que reclamar por tal concepto ni el deudor continúa vinculado por responsabilidad alguna. Por ello, parece necesario detenerse en el análisis de la dación en pago.

Los términos dación en pago hacen referencia a la posibilidad que se atribuye al deudor de liberarse de la misma entregando al acreedor una cosa o realizando un servicio diferente del que inicialmente se había pactado (10). La dación en pago ha sido aceptada como medio de pago de las obligaciones que

(9) Vid. BAS Y RIVAS, F., *op. cit.*, pág. 588.

(10) Podemos encontrar una definición sobre esta figura en multitud de autores. Por citar alguno, SERRANO ALONSO, E., «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1978, págs. 416 y sigs.

los promotores inmobiliarios tienen con las entidades bancarias, para rebajar la presión financiera de las primeras y liberar dotaciones a las segundas (11). Esta figura ha sido calificada de diversas maneras, dado que sus características son tributarias de diferentes figuras jurídicas: compraventa, novación por cambio de objeto, subrogado del pago, acto o contrato de naturaleza compleja (12). En cualquier caso, sea cual fuere su calificación parece ser doctrina pacífica que la dación en pago debe reunir las siguientes notas: que se ceda el dominio pleno de la cosa en pago de la totalidad de la deuda contraída, que el acreedor haya consentido el efecto extintivo de dicha cesión y que se someta a la reglas de la compraventa (13). Como se puede comprobar, la jurisprudencia ha mantenido cierta preferencia por la calificación de la figura como un asimilado a la compraventa (14). Sea como fuere, podemos afirmar que la existencia de la dación en pago conlleva la extinción de una deuda y posee un origen convencional, pues requiere acuerdo de las partes o admisión del acreedor.

Sobre la base de lo anterior, no parece que sea admisible la consideración como dación en pago del supuesto resuelto en el Auto 111/2010. Como sostiene SANTOS REQUENA, no parece que pueda encontrarse relación alguna entre la dación en pago y las adjudicaciones de bienes a los acreedores en procedimientos de apremio, ni por extensión en otros procesos de ejecución (15). La necesidad de un acuerdo en tal sentido impide sostener su concurrencia y, por ende, el efecto extintivo de dicha adjudicación. Además, parece obvio que las adjudicaciones en pago no conllevan, en general, la extinción total del crédito, sino hasta donde alcance la cantidad efectivamente satisfecha con el valor de los bienes adjudicados (16).

(11) Claro está, ello requiere su configuración como dación en pago, no para pago. No obstante, plantea ciertos problemas respecto del principio *pars conditio creditorum* en los casos de concurso de acreedores. Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Reforma del mercado hipotecario llevada a cabo por la Ley 41/2007», en *Conferencias del curso académico, 2008-2009*, Tomo XX, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010, pág. 254.

(12) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 10, Madrid, 1957, págs. 751-797.

(13) En este sentido se pronuncia, por citar alguna resolución, la sentencia de la Sala 1.ª del TS, de 2 de diciembre de 1994, en su Fundamento Jurídico 6.º

(14) Se afirma en la sentencia de la Sala 1.ª del TS, de 28 de junio de 1993 —FD 1.º— lo siguiente: «...actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implique como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas...».

(15) SANTOS REQUENA, A. A., *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 113-114. En similar sentido, BELINCHÓN ROMO, M. R., «El contrato de compraventa y la dación en pago», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril de 2010, pág. 114.

(16) ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, EDESA, Madrid, 2009, págs. 71-72.

Tampoco sería admisible la aplicación al caso de la figura de la cesión de bienes, a que se refiere el artículo 1175 del Código Civil. Aunque en efecto la cesión de bienes se instrumenta como un mecanismo inicialmente dirigido al cobro de las deudas en la que existen varios acreedores por vía judicial, propia de los procedimientos concursales, sin embargo no es equiparable a la figura de la adjudicación de bienes en un procedimiento ejecutivo. Por otra parte, sí se observa, como dato que permite sostener su similitud, que la cesión de bienes conlleva la extinción de la deuda, por cuanto la entrega de los bienes se hace para su posterior venta y, así, obtener finalmente el cobro con lo recibido —por lo que hablaríamos de una cesión para pago (17) o *pro solvendi*—. En cualquier caso, aparte de las similitudes y diferencias anteriormente reseñadas, no es aceptable la identificación de ambas figuras, puesto que en el caso de los procedimientos de ejecución hipotecaria el ejecutante adquiere, en su caso, la propiedad del bien en cuestión en caso de subasta desierta. Por su parte, en la cesión de bienes se procede a la venta para satisfacer la deuda con el dinero obtenido.

No obstante lo anterior, la figura que mayor interés genera, por cuanto conlleva la extinción de la deuda mediante la adjudicación del inmueble hipotecado, es la dación en pago. A tal efecto, sobre la base de la actual normativa civil y registral, no parece que sea admisible la consideración de la adjudicación del bien en el procedimiento de ejecución hipotecaria como un caso de dación en pago. La naturaleza convencional, derivada de su aceptación por el acreedor, de dicha figura no es compatible con la posibilidad de su imposición por el Juez. Es más, se ha sostenido que el acuerdo es necesario, sin que pueda admitirse su constitución mediante la actuación unilateral del deudor con posterior consentimiento del acreedor (18): la dación en pago constituye una relación negocial, que requiere por tanto de la voluntad de ambas partes, de tal forma que la voluntad del acreedor es algo más que un requisito de eficacia, su consentimiento es requisito de formación (19). Con independencia de que se otorgue carácter personal o real a la dación en pago, lo cierto es que siempre deberá concurrir la voluntad acorde de las partes, ya sea para generar efecto obligatorio o para producir el efecto extintivo *per se*. Con apoyo en la primera opción, se ha sostenido que, en tanto no reciba la prestación nuevamente acordada, el acreedor no consiente ni el deudor se libera (20). Consentimiento que puede concurrir de forma expresa o tácita, cuando resulte de hechos concluyentes. A la luz de la

(17) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Civitas, págs. 558-559.

(18) FÍNEZ, J. M., «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVIII, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1995, Ministerio de Justicia, págs. 1518-1519.

(19) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «La dación en pago», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1975, Colegio Notarial de Madrid, pág. 82.

(20) La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han optado por afirmar el carácter real de la dación, con el fin de diferenciar la figura de la novación objetiva. No obstante,

argumentación vertida en el Auto 111/2010, según el cual el banco debe aceptar la entrega del inmueble como pago total de la deuda garantizada, dado su valor de tasación, ¿entiende el Juzgador que la tasación conlleva un consentimiento tácito a la dación en pago? Dicho de otro modo, la aceptación como valor del inmueble del resultante de la tasación, que según el Auto impide la reclamación de cantidades mayores, ¿es una voluntad acorde a la dación en pago? Claro está, la aceptación de tal solución presupone la aceptación de la vinculación del acreedor a la tasación efectuada a los efectos de la posterior ejecución del bien, lo cual ya ha sido rechazado anteriormente.

Aún aceptando dicha vinculación, no sería aceptable la consideración de un supuesto de dación en pago tácita, por cuanto la valoración del bien no permite pensar que el prestamista satisface su interés por igual con la entrega del dinero prestado o del inmueble aportado en garantía. Aunque se estableciera la limitación derivada de la tasación, la entidad prestamista estaría más interesada en recibir el objeto inicialmente pactado. Por todo ello, el efecto solutorio de la adjudicación del inmueble no puede derivarse de esos hechos —la asunción del valor de tasación por el prestamista—, pues no son concluyentes.

Por otro lado, ni siquiera de la Ley procesal se puede deducir que la adjudicación produzca semejante efecto solutorio. En este sentido, el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la ejecución dineraria de los bienes especialmente hipotecados o pignorados, dispone que: *«Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria, se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución»*.

A la misma conclusión se puede llegar desde el derecho sustantivo. Concretamente, podemos emplear la regla hermenéutica de la interpretación a contrario. El artículo 1872.1 del Código Civil, relativo al derecho de prenda, dispone: *«El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédi-*

también se ha defendido la posición contraria. En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 793.

Sobre esta cuestión, SERRANO CHAMORRO, M. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 51-56.

to». Es decir, si se adjudicase la cosa al acreedor pignoraticio por quedar las subastas desiertas, entonces debería entregar documento acreditativo del pago y consiguiendo extinción de «toda la deuda». Sin embargo, no encontramos un precepto similar respecto del derecho de hipoteca. Antes al contrario, se admite la posibilidad de perseguir los restantes bienes del deudor por cuanto la adjudicación de los bienes se realiza por valores porcentuales del valor inicial de tasación, como veremos a continuación.

El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no limita la ejecución al bien aportado en garantía, sino que el valor de la deuda que falte por cubrir habilita al acreedor a continuar la ejecución de otros bienes. Se trata de un precepto que posee plena sintonía con el principio de responsabilidad patrimonial universal, del artículo 1911 del Código Civil. Por otro lado, nada impide la posibilidad de poder adoptar, *lege ferenda*, una solución, como sería la dación en pago, que genere el efecto de la limitación de la responsabilidad a los bienes dados en garantía hipotecaria. En este sentido, ya se han realizado propuestas desde grupos organizados de la sociedad civil que proponen la consideración de la adjudicación de bienes hipotecados como un caso de dación en pago (21). Es más, de dicha pretensión se ha hecho eco algún grupo parlamentario y ha realizado una proposición de ley en tal sentido (22). Por otra parte, se trata de

(21) Nos referimos al informe que la Plataforma de afectados por la Hipoteca ha publicado en su página de Internet sobre el impacto de las ejecuciones hipotecarias en el estado español, en el se aboga por la dación en pago. <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com>.

Por otra parte, algunos autores proponen otorgar valor liberatorio a la adjudicación de bienes en pago, con la obligación para el acreedor hipotecario de otorgar carta de pago de la totalidad de la deuda. Sobre esta cuestión, vid. PÉREZ GARCÍA, M., «La realización del valor de los bienes en los procesos y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011, págs. 12-13.

(22) Proposición de Ley por la que se reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en materia de ejecución hipotecaria (122/000274), del Grupo Parlamentario Mixto, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. B-306-1 de 11/03/2011, págs. 1-4. Se afirma en la Exposición de Motivos de esta Proposición lo siguiente: «La presente proposición de ley avanza hacia una reforma de la normativa procesal, hipotecaria y civil que permita ponderar adecuadamente los intereses en conflicto en caso de una ejecución hipotecaria, cuando el deudor ha actuado de buena fe y el inmueble sobre el que se ha constituido la garantía hipotecaria constituye la vivienda habitual, de forma que existan causas legales de oposición que puedan ser valoradas por los Juzgados y Tribunales en función de la situación económica y social del deudor, no solo en relación a la posición de privilegio del acreedor, para evitar con ello que, a la profunda falta de ingresos de muchas economías domésticas que les impide llevar un nivel de vida digno, se una la pérdida de la vivienda habitual. Las alternativas legales que se ofrecen consisten en admitir, por un lado, la dación en pago como cancelación de la totalidad de la deuda hipotecaria en el caso de deudores de buena fe, y por otro lado, introducir un proceso de negociación en los procesos ejecutivos hipotecarios que conduzca a una moratoria en el pago de los plazos pactados acomodándolos a la situación económica del deudor, la transformación en un contrato de arrendamiento con opción a compra o a la condonación parcial de la deuda». El artículo 579 de la Ley de

una solución que ya está incluida en algunos Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno (23). Sin embargo, no creemos que sea admisible, *lege data*, dicha solución y, por supuesto, no parece que el Juzgador tenga capacidad suficiente para poder adoptarla por sí (24).

Desde un punto de vista económico, quizás la dación en pago sea una medida excesiva, por los efectos colaterales que pueda ocasionar en la estabilidad del sistema financiero. A tal efecto, se han sostenido posiciones a favor de la dación en pago, al entender que el coste económico de la medida no comporta graves perjuicios si se compara con la cifra total de pasivo que la actual crisis inmobiliaria y financiera ha generado en las entidades, por lo que se sostiene que su asunción por las entidades financieras no produciría mayores problemas. Sin embargo, se trata de estimaciones que parten de variables

Enjuiciamiento Civil de la Proposición dispone lo siguiente: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el Capítulo V de este Título. El Juez podrá ordenar proseguir la ejecución, a instancias del ejecutante, para cubrir las cantidades pendientes en caso de que hubiera obtenido un producto insuficiente de la subasta de los bienes hipotecados o pignorados, con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución, excepto en los casos en que sea admisible la dación del bien en pago de la deuda o exista resolución judicial derivada de la oposición del ejecutado conforme a lo dispuesto en la presente Ley». De gran interés es también la redacción que dicha proposición da al artículo 1911 del Código Civil: «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, mediante norma de rango legal o por acuerdo voluntario pactado válidamente entre las partes podrá estipularse que la obligación garantizada mediante bienes hipotecados o pignorados alcance exclusivamente a dichos bienes, de forma que la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor queden limitadas al importe de los bienes hipotecados o pignorados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor». Podemos deducir, por tanto, que el legislador es consciente de la necesidad de modificar, no solo la regulación de la adjudicación del inmueble, sino también del principio de responsabilidad patrimonial universal.

Por otra parte, el 11 de marzo de 2011 se presentó una iniciativa popular por representantes de UGT y de CCOO, así como por ADICAE (Asociación de usuarios de bancos, cajas y seguros) para que se apruebe la adjudicación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda. No obstante, se limita la aplicación de esta propuesta a los supuestos de hipoteca de la vivienda habitual y siempre que el deudor sea de buena fe. Vid. Proposición de Ley sobre establecimiento de la dación en pago por parte de los deudores en los préstamos hipotecarios (120/000013), Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. D-552 de 1-4-2011, pág. 14.

(23) Por ejemplo, esta es la solución del Derecho inglés, así como de otros ordenamientos del ámbito anglosajón. En el derecho continental, la mayor parte de las legislaciones acogen soluciones intermedias, que abogan por forzar una renegociación de las condiciones pactadas inicialmente entre el banco y el cliente —así, en Alemania, Francia o Portugal—, sin que ello determine el resultado de dichas negociaciones. Es decir, en el derecho continental no se aboga claramente por una figura como la dación en pago, con el efecto extintivo que posee.

(24) Quizá por esta razón, se ha elevado desde el Juzgado de 1.ª Instancia, número 2 de Sabadell, cuestión de inconstitucionalidad de la normativa de ejecución de hipotecas, al entender que la actual legislación no permite otra solución distinta que la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

numéricas que no han sido contrastadas de forma adecuada, por lo que la cifra final puede no acercarse a la realidad (25). De ahí que, si bien es cierto que es necesario adoptar medidas que permitan paliar los efectos que la explosión de la burbuja inmobiliaria y financiera ha generado en multitud de ciudadanos, sin embargo no podemos perder de vista el interés, todavía superior al anterior, de preservación del sistema financiero en aras, a su vez, de la protección de la economía general del país. No se puede discutir, en modo alguno, la justicia intrínseca de dichas posiciones. Lo que se pone en entredicho es que las mismas constituyan, en efecto, la mejor solución para los afectados en particular y simultáneamente para toda la ciudadanía.

4. EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

No obstante, ya han comenzado a adoptarse iniciativas que intentan solucionar los graves perjuicios que se ocasionan a los deudores hipotecarios por la ejecución de la garantía. El Gobierno aprobó, el 17 de diciembre de 2010, el Anteproyecto de Ley de medidas de agilización procesal, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre dichas modificaciones, se introducen cambios respecto de la adjudicación de bienes al ejecutante, en concreto, «...en cuanto al valor mínimo por el que la misma es posible, en aras de una mayor fluidez en el desarrollo y terminación de las subastas, ya que la regulación original deja lugar a dudas de interpretación que

(25) Por citar algún ejemplo de lo anterior, el informe titulado «Análisis sobre el impacto de las ejecuciones hipotecarias en el estado español», que se halla incluido en la página de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca. <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com>.

En dicho informe se sostiene que el coste estimado derivado de asumir las viviendas por dación en pago por parte de las entidades financieras no supera la cifra de 15.000 millones de euros, lo que está muy por debajo de otros costes de derivados de la actual crisis. Para llegar a esta conclusión, el autor maneja como variables: sobre la base de una depreciación media de 50.000 euros por vivienda —depreciación del 20 por 100 de valor como media de una media de deuda, a su vez, de las hipotecas ejecutadas de 250.000 euros— y la estimación de unos 300.000 juicios de ejecución desde 2007 a 2010, la cifra resultante son los 15.000 millones de euros mencionados. En primer lugar, no entendemos como es posible desdeñar la influencia de dicha cantidad respecto de la solvencia del sistema financiero. Pero además, no consideramos muy precisas y contrastadas las cifras relativas a valor medio de depreciación, sin tener en cuenta si trata de vivienda de primera o segunda mano. Por otra parte, el autor no tiene en cuenta que el coste real para las entidades financieras supone la dación en pago, por cuanto computa como valor objetivo y realizable el de las viviendas adquiridas por vía de dación, sin tener en cuenta que se trata de un inmovilizado que se puede volver a colocar en el mercado con grandes dificultades en estos momentos. Es obvio que en tiempos futuros tales inmuebles podrán drenarse al mercado, sin embargo se deben tener en cuenta la exposición al riesgo y los daños efectivos que las entidades van a tener y sufrir hasta que ese momento llegue.

suponen la paralización de muchas subastas, que tras nuevos trámites y recursos concluyen tardíamente con la asignación a los bienes embargados de un valor que no se corresponde con el real, y frecuentemente en perjuicio del deudor».

En este sentido, el Anteproyecto reforma, en primer lugar, el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre ejecución de bienes especialmente hipotecados o pignorados, de forma que queda como sigue: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el Capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución». Por otra parte, también se reforma, para limitar las pérdidas que la ejecución ocasiona al deudor, el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la subasta de bienes inmuebles. Este precepto dispone que «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 del valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, si fuera mayor. En ningún caso, ni aún cuando actúe como postor rematante, podrá el acreedor ejecutante adjudicarse los bienes, ni ceder el remate o adjudicación a tercero, por cantidad inferior al 50 por 100 del valor de tasación. Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esta facultad, el secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

Se ha sostenido por algún autor que la modificación que se pretende introducir en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede aportar una solución positiva para la posición del ejecutado, por cuanto amplía sus posibilidades de defensa procesal. En el supuesto de que la cantidad obtenida por la realización dineraria de los bienes hipotecados no cubriese el crédito, entonces, a diferencia de lo que dispone el texto vigente, según el cual el acreedor puede pedir el embargo por la cantidad que falte por cubrir, el acreedor podría con la reforma pedir el «despacho de ejecución» por dicha cantidad. En tal caso, parece que el deudor puede plantear la oposición a la ejecución por causas procesales y materiales, a diferencia de lo que ocurre en el caso del embargo, en el que la única vía de defensa posible sería la apertura de un nuevo procedimiento declarativo (26). En relación con la ampliación de las posibilidades de defensa del ejecutado, el Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Sabadell, ha elevado, con ocasión de un Auto sobre una ejecución hipotecaria, cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por entender que aquel se encuentra en una situación de desprotección, al no poder analizar las posibles alegaciones

(26) PÉREZ DAUDÍ, V., *La agilización de la Justicia*, www.elderecho.com, 16 de febrero de 2011, pág. 12.

sobre nulidad de la obligación garantizada ni sobre el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 695.1— solamente permite la oposición del deudor al proceso de ejecución de bienes hipotecados cuando las alegaciones versan sobre la extinción de la obligación garantizada o de la garantía, así como cuando concurre error en la determinación de la cantidad que se pretende obtener. De acuerdo estamos en acordar tales soluciones, por cuanto la propia naturaleza del proceso en cuestión recomienda la conveniencia de no abrir vías de discusión que serían más propias de procesos declarativos, en los que se discute la razón última del litigio. Es cierto que el carácter ejecutivo no debería servir de pretexto para cerrar la posibilidad de poder discutir sobre aspectos procesales o sustantivos que no han podido ser puestos en cuestión en ningún foro. Sin que ello presuponga, claro está, la solución respecto de dichas alegaciones. La concurrencia de posibles causas de nulidad de la obligación garantizada o de cláusulas abusivas dependerá de cada caso.

En este sentido, la referencia a la imposibilidad de poder analizar posibles nulidades relativas o cláusulas abusivas que hace el Juzgador de Sabadell, quizá pudiera tener solución a la luz de la regulación procesal presente. Por una parte, las causas de nulidad serían constitutivas, caso de aceptarse, de la extinción de la deuda o de la garantía, en su caso. Por otra, el carácter abusivo de una cláusula puede dar lugar a su expulsión de la documentación contractual por distintas vías procesales. Así, parece que existen mecanismos actualmente —tanto el art. 695.1 de la LEC aludido como las vías procesales abiertas por la legislación de condiciones generales y de cláusulas abusivas— para lograr el efecto propuesto. No obstante lo anterior, quizás resulte positivo el reconocimiento de mayores posibilidades al ejecutado en el propio proceso de ejecución, sobre todo si tenemos en cuenta que la apertura del procedimiento declarativo no posee efecto suspensivo respecto del procedimiento ejecutivo en marcha, según establece el artículo 698.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, estas tesis no son admitidas por la doctrina de modo unánime. Por el contrario, algunos autores entienden que el artículo 579 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil no permite, en caso de insuficiencia del valor de los bienes hipotecados para cubrir el total de la deuda, continuar en el procedimiento hipotecario, sino que acepta que el Juzgado despache una nueva ejecución. Desde esta óptica, el deudor no se vería constreñido por el artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que concede únicamente las dos posibles causas de oposición antes mencionadas. Por el contrario, podría emplear los motivos de oposición propios de los procedimientos de ejecución ordinaria a que se refieren los artículos 557 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, esta postura elimina la posición de indefensión del deudor ejecutado, puesto que, de no aceptarse esta solución, difícilmente

podría aquel plantear algunos motivos de oposición en sede de procedimiento hipotecario (27). De esta forma, la limitación de motivos de oposición solamente puede aplicarse respecto de la cantidad que queda cubierta con los bienes hipotecados, pero no para aquella parte de la deuda que, por no cubrirse con aquellos, permiten perseguir el resto del patrimonio del deudor (28).

Según hemos visto, se ha sostenido que la ampliación de los motivos de oposición del deudor pasa necesariamente por el despacho de un nuevo proceso ejecutivo. Sin embargo, no parece que sea necesaria una reforma en el sentido propuesto para lograr dicho objetivo. Por el contrario, la aplicación de las reglas del proceso de ejecución ordinaria es compatible con la continuación del procedimiento inicial. Como ha manifestado la jurisprudencia, el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su actual redacción, permite evitar la incoación de otro proceso, puesto que en el procedimiento hipotecario en marcha ya se incluyen datos e información suficiente para continuar a partir del primero (29). Esta solución se adopta con la intención de favorecer la posición del acreedor, que no se ve compelido a iniciar un nuevo proceso y puede así, obtener una respuesta más rápida a su pretensión, como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (30).

Sin embargo, esta concepción de proceso único no impide poder distinguir, dentro de esta unidad, las características propias de un proceso de ejecución hipotecaria, por una parte, y las de un proceso de ejecución ordinaria, por otra. Lo que se observa en este caso son dos procesos que aparecen unificados, aunque son diferentes en su concepto, características, regulación, etc., lo que posibilita que, en el mismo proceso, se continúe ahora por las reglas relativas a otro tipo de ejecución (31). Por esta razón, es compatible sostener la dualidad procesal antes mencionada y, a la vez, la ampliación de motivos de oposición reconocidos al deudor. Desde este punto de vista, no parece, por tanto, que sea necesaria una reforma del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido propuesto, por cuanto la misma no va a aportar mayores beneficios que los ya conseguidos con la redacción del año 2000.

En otro orden de cosas, el Anteproyecto propone un nuevo artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual el acreedor podrá pedir la adjudicación

(27) En este sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, Madrid, 2001, pág. 642.

(28) Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 8 de mayo de 2007.

(29) Entre otras, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 11 de julio de 2006.

(30) Entre otros autores, SASTRE, S., «La ejecución de la hipoteca en el proyecto de LEC», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, 1999, pág. 398 y sigs.

(31) Por citar alguna sentencia al respecto, sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 27 de abril de 2007 y 19 de junio de 2007.

de los bienes por el 50 por 100 del valor de tasación, así como no podrá ceder el bien en remate si se adjudica este por una cantidad inferior a dicho 50 por 100. Se ha sostenido que la adjudicación por el 50 por 100 perjudica en exceso al deudor, que continúa obligado por el resto de la deuda no satisfecha y se ha propuesto elevar la cantidad de adjudicación al 80 del valor de tasación (32). Se vuelve a recuperar una argumentación cercana a la doctrina de los actos propios. Aunque se abandona la pretensión de la cancelación total de la deuda que pretende el establecimiento de la dación en pago, sin embargo resulta discutible que la determinación del referido porcentaje tenga en cuenta todas las circunstancias. El 80 por 100 parece volver a recuperar la doctrina de los actos propios y, si bien no es discutible la defensa de la posición del ejecutado, evitando la adjudicación del inmueble al ejecutante por una cantidad notoriamente inferior al valor real del inmueble, sin embargo el actual contexto de crisis y devaluación extraordinaria del precio de los inmuebles exige plantearse si, en efecto, la fijación de aquel porcentaje no supone un exceso en cuanto a la adopción de una solución justa para todas las partes.

Por otra parte, se pretende adoptar una prohibición de cesión de remate por debajo de un cierto valor. Se entiende por cesión de remate aquella que realiza el ejecutante a una persona ajena al proceso de los bienes que le han sido adjudicados, lo que genera el efecto de transmitir dichos bienes desde el ejecutado al cesionario. Esta cesión requiere la comparecencia ante el Juzgado o Tribunal del ejecutante cedente y la aceptación del cesionario, que abonará el precio de remate. Pues bien, debe observarse que en estos casos, el ejecutante ya se ha adjudicado los bienes, por lo que no estamos ante una cesión de la posición del mismo en el proceso (33). Ello trae como consecuencia que no es necesario contar con la voluntad del deudor ejecutado, por cuanto el proceso concluye respecto del mismo y solamente se requiere el cumplimiento de los deberes por parte de cedente y cesionario —principalmente, es este último quien debe satisfacer el precio de adjudicación—. Como se puede comprobar, se trata de una situación en la que la ausencia de intervención del deudor ejecutado puede generar situaciones de connivencia entre cedente y cesionario que ocasionen perjuicios al primero. En concreto, permite la adquisición de la vivienda ejecutada por un precio que hubiera liberado al ejecutado de mayor cantidad de deuda.

A tal efecto, el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la prohibición de la cesión de remate por debajo del 50 por 100 del valor de tasación. Se trata de una medida adecuada para evitar la especulación por parte

(32) PÉREZ DAUDÍ, V., *op. cit.*, pág. 11. La Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Mixto, antes reseñada, establece un porcentaje del 75 por 100 en los casos de subasta sin ningún postor.

(33) La jurisprudencia ha sostenido que se trata de un caso cercano al contrato para persona que se designará. Por ejemplo, STS de 9 de marzo de 2006 o 20 de abril de 2004.

del ejecutante y de terceros. De nuevo, podría discutirse cuál debe ser el valor por debajo del cual se establece la prohibición, pero en todo caso deberán tenerse en cuenta el contexto financiero y económico actual, como ya hemos señalado anteriormente.

5. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

Como es bien sabido, el Ordenamiento Jurídico español acoge un sistema de responsabilidad para el pago de las deudas garantizadas con hipoteca que podríamos denominar dual. Es decir, el acreedor, en caso de impago de la deuda garantizada, puede ir contra los bienes aportados en garantía hipotecaria, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1876 y siguientes del Código Civil, así como en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria. Por reproducir solamente uno de ellos, dispone este último que «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». Además, en el caso de que el valor de los bienes resulte insuficiente para cubrir el pago total de la deuda, también podrá el acreedor acudir contra el resto del patrimonio del deudor en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, según el cual: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Aumenta, por ello, el nivel de seguridad del acreedor en el cobro de la deuda, como consecuencia de la existencia de un esquema doble de responsabilidad: la real derivada de la hipoteca y la personal, propia de la obligación garantizada, que no desaparece ni se subsume en la anterior. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 2 de febrero de 2000, «...la constitución de hipoteca en absoluto implica que sea el bien hipotecado el único que responde del cumplimiento de la obligación contraída y garantizada hipotecariamente...». De esta forma, se consigue satisfacer el principio de integridad del pago, del artículo 1157 del Código Civil (34).

Se trata, por tanto, de un principio proclamado legalmente, cuya aplicación, por tanto, no requiere su incorporación expresa a la escritura en la que se plasme la garantía hipotecaria (35). En la hipoteca, las posiciones de deudor y dueño de la cosa hipotecada constituyen dos situaciones diversas, manifestaciones de la deuda y la responsabilidad, respectivamente. Cuando tales posiciones coinciden

(34) STS de 12 de febrero de 1993.

(35) Incluso se ha sostenido que no es recomendable dicha inclusión, por cuanto ello dilataría innecesariamente la escritura, en contra de los principios de la regulación de consumidores. Vid. SÁNCHEZ DE FRUTOS, R., «La hipoteca y la legislación de defensa de los consumidores», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centros de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1991, pág. 207.

en una persona, como suele ocurrir, el acreedor se encuentra facultado para el ejercicio de las acciones derivadas de ambas, pero ello no permite la confusión de aquellas, como ocurre en las situaciones en las que se separan —casos del hipotecante no deudor o el tercer poseedor de la finca hipotecada—. Por ello, la responsabilidad derivada del artículo 1911 del Código Civil y la nacida de la hipoteca no deben confundirse (36) e, incluso, resulta discutible la desaparición de la primera. La razón de ser de la hipoteca es la inexistencia de gravamen real alguno en el principio de responsabilidad patrimonial universal, pero ello no implica en modo alguno la inexistencia de responsabilidad personal por parte del deudor (37): es decir, el perjuicio derivado de la posibilidad de que el patrimonio del deudor pueda resultar insuficiente se evita mediante la garantía hipotecaria, pero tal efecto no se conseguiría, precisamente, si se admitiese la liberación del patrimonio por la constitución de la garantía, por cuanto en caso de insuficiencia del valor de la cosa hipotecada el peligro de insolvencia, que se pretendía evitar con la hipoteca, se produciría en mayor grado. Como se ha sostenido de modo general, el artículo 1911 consagra, no solo un principio de responsabilidad, sino también un principio de garantía patrimonial de los acreedores (38). El deudor responde como tal, de forma que la hipoteca constituye un mecanismo de aumento de la seguridad jurídica ante la posible insuficiencia del valor de los bienes de aquel, pero en modo alguno es un sustitutivo. Como se ha señalado, la garantía hipotecaria es una relación yuxtapuesta a la relación obligatoria, que otorga al acreedor un poder nuevo y distinto al que tiene como titular activo de dicha relación (39), por lo que no es conveniente confundirlos.

Es más, en el caso de ejecución, el acreedor puede optar por el ejercicio de la acción personal *ex* artículo 1911 del Código Civil en el juicio declarativo correspondiente o el ejecutivo derivado del otorgamiento de la escritura pública o la acción real hipotecaria, conforme al procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. La dualidad de acciones procesales constituye una manifestación de la existencia de las dos responsabilidades, personal y real (40).

(36) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 227-229.

(37) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, 8.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 177 y sigs.

(38) Entre otros, GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 1911 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir.: Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Tomo XXIV, EDESA, Madrid, 1984, pág. 663. GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965, pág. 71.

(39) CASTILLO MARTÍNEZ, C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 40-41.

(40) LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos Reales*, vol. 2 (Derecho Reales Limitados, Situaciones de cotitularidad), Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 277. También, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral), 7.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 471.

En relación con esta cuestión, la exigencia de los acreedores de hacer efectivo el pago del resto de la deuda sobre los demás bienes del deudor ha sido objeto de controversia y se ha puesto en tela de juicio en el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra. Llama la atención que el Juzgador se centre en la argumentación relativa al valor de tasación del inmueble, como cifra inamovible por la que debe pasar el acreedor y, por tanto, debe entenderse como satisfactoria de toda la deuda, y sin embargo guarde silencio respecto de la concurrencia del principio del artículo 1911 del Código Civil. Es más, dicho silencio no es del todo cierto, por cuanto en el Fundamento de Derecho 4.º del Auto se puede leer lo siguiente: «...dado que, en definitiva, la Ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que se solicita, esto es, que se continúe la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado, dado que los objetos de realización mediante subasta no han sido suficientes para pagar la deuda reclamada». Esta argumentación permite al Juzgador negar la concurrencia en el caso resuelto de abuso de derecho por parte del acreedor, derivado de la reclamación del pago de la parte de deuda no satisfecha con el valor de los bienes hipotecados.

Es obvio que en el Auto se está haciendo referencia al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya analizado en este trabajo. Sin embargo, en nuestra opinión tal mención es también una manifestación directa del principio de responsabilidad patrimonial universal. Pues bien, si el Juzgador no se atreve a poner de manifiesto de forma expresa la existencia de un supuesto de dación en pago, que daría lugar a la extinción de la deuda, no entendemos sobre qué base puede sustentar la inaplicación del artículo 1911 del Código Civil. Se trata de un principio legal que únicamente es evitable mediante la voluntad en contra de las partes a través de un acuerdo de limitación de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados. Establece el artículo 140 de la Ley Hipotecaria: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121». Así, se acepta la modificación convencional que elimine la aplicación del artículo 1911 del Código Civil, en consonancia con el artículo 1255 del mismo texto legal.

Ahora bien, lo que acepta la Ley es la limitación convencional, en virtud de pacto de las partes. Además, en modo alguno es admisible la eliminación absoluta de la responsabilidad patrimonial universal mediante pacto, cuando el mismo no se ha previsto legalmente: como sostiene GULLÓN BALLESTEROS,

la admisión de dicha posibilidad equivaldría a dejar al arbitrio del deudor la satisfacción final de la deuda, lo que resulta contrario al artículo 1256 del Código Civil (41). Incluso acepta el mencionado autor las cláusulas de exclusión de bienes de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, aunque otros entienden que tal exclusión solamente es posible si queda cubierto el *id quod interest* (42). En modo alguno, es admisible esta limitación de la responsabilidad del deudor a través de una decisión judicial, que resulta contraria a lo dispuesto por la Ley. En este sentido, se ha afirmado que, dada la posibilidad de poder limitar la responsabilidad mediante convenio, la voluntad de renuncia del acreedor de dirigirse contra todo el patrimonio del deudor requiere establecerse de forma expresa y precisa, máxime en aquellos supuestos en los que el bien hipotecado supera con creces el valor de la deuda garantizada y, por tanto, su valor resultaba suficiente para garantizar el total de la deuda (43). En nuestra opinión, tal argumentación podría servir para aquellos supuestos en los que, desde un inicio, el valor de la cosa supera al de la deuda, pero no parece aplicable a aquellos otros, como el que nos ocupa, en los que la tasación, por mandato legal, no puede alcanzar el 100 por 100 del valor de la deuda garantizada. Por otra parte, tampoco parece factible que, en la inmensa mayoría de los casos de financiación de la vivienda adquirida, la entidad prestamista acepte un pacto de limitación de la responsabilidad. En todo caso, lo que sí pone de manifiesto el precepto referido es que, caso de no mediar pacto en tal sentido, no es admisible el establecimiento judicial de la limitación de responsabilidad en contra de lo dispuesto en el artículo 1911 del Código Civil.

Sobre la base de lo anterior, no es admisible la alegación de la obtención de un enriquecimiento injusto por la entidad, por cuanto la ganancia derivada de la adjudicación del bien por el precio establecido por la Ley, que parte del fijado en el momento de la constitución de la hipoteca, posee carácter aleatorio y proviene, por tanto, de una atribución que aquella realiza al acreedor para satisfacer la deuda. Difícilmente, el ejercicio de un derecho puede servir de base para la obtención de un enriquecimiento injusto (44).

Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil aporta mayores facilidades al acreedor para hacer efectiva la responsabilidad personal del deudor, en el caso de que los bienes hipotecados no sean suficientes para cubrir el importe total de la deuda. En efecto, el artículo 579 que introdujo la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil otorga una posición de mayor comodidad al acreedor, puesto que se evita la necesidad de abrir un nuevo proceso (45). Es más, se ha sostenido que esta

(41) GULLÓN BALLESTEROS, A., *op. cit.*, págs. 663-664.

(42) GARCÍA AMIGO, M., *op. cit.*, pág. 176.

(43) Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.ª, de 18 de mayo de 2001.

(44) STS de 30 de junio de 1986.

(45) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 11 de julio de 2006.

solución constituye un privilegio del acreedor hipotecario (46). Esta solución se justifica porque el acreedor hipotecario tiene, en virtud de la escritura de constitución de la hipoteca, dos títulos: el propio de la garantía y la escritura pública reconocida a la que se refiere el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite reclamar, en el mismo proceso, el embargo de otros bienes del deudor por la cantidad de deuda que falte por pagar (47).

6. ¿POSIBLE SUPUESTO DE *REBUS SIC STANTIBUS*?

Aunque las resoluciones dictadas últimamente sobre la cuestión no emplean tal argumentación, sin embargo se han oído voces que entienden puede ser aplicable dicho principio a supuestos como los resueltos por aquellas resoluciones. Se sostiene que los efectos derivados de la actual crisis económica constituyen una alteración sobrevenida en las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, que a su vez provocan la desaparición de la equivalencia de las prestaciones acordadas. En efecto, parece que en todos estos casos la crisis genera, además de grandes dificultades de pago de las deudas contraídas de forma ordinaria, una disminución de los valores de los inmuebles adquiridos y, por ende, aportados en garantía. Además, ello eliminaría el equilibrio de las posiciones iniciales, por cuanto la mencionada disminución de valor agrava la situación del comprador prestatario, que ve como la entidad financiera persigue, después de la adjudicación del bien o la realización de su valor, otros bienes de su patrimonio. Sin embargo, la aplicación de la cláusula en cuestión requiere, además de lo anterior, la concurrencia de otros requisitos, según jurisprudencia ya consolidada.

Según ha manifestado el Tribunal Supremo (48), tanto la jurisprudencia como la doctrina —pues no existe construcción legal en nuestro Derecho— han tratado de construir esta cláusula ante supuestos de dificultades extraordinarias sobrevenidas en el cumplimiento de las obligaciones, con el fin de lograr recomponer el equilibrio de las prestaciones. Así, se considera aplicable la mencionada cláusula, siempre de forma restrictiva, lo que permitiría alterar el contenido de la prestación inicial, cuando concurren los siguientes requisitos: alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento presente respecto

(46) Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 16 de marzo de 2004. De esta forma, la Ley de Enjuiciamiento Civil incide en la conveniencia de utilizar el procedimiento hipotecario. FAJARDO, F. y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 508.

(47) En este sentido, ADAN DOMÉNECH, F., *La ejecución hipotecaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, págs. 372-373.

(48) Sentencia de 23 de abril de 1991.

de las iniciales, desproporción exorbitante de las prestaciones e imprevisibilidad de la alteración (49).

Sin embargo, no se observa en el caso presente la concurrencia de la imprevisibilidad de las alteraciones. Es más, se observa que existe una previsión de los posibles hechos que desemboquen en la consecuencia producida, en la norma que establece la posibilidad de perseguir los bienes, más allá del límite que, a tales efectos, podría suponer la responsabilidad hipotecaria. En efecto, los solicitantes de los préstamos hipotecarios, sobre todo los que solicitaron préstamos en los últimos años, eran conocedores de la situación económica y financiera y de su posible evolución. De hecho, en gran número de contratos se establecían cautelas frente a la posible crisis: un ejemplo, los seguros concertados para el supuesto de pérdida de empleo. La crisis era una situación anunciada o, al menos, comentada en muchos ámbitos, lo que aumentaba las dificultades de hacer frente al pago del préstamo (50), de tal forma que no parece sostenible la aplicación de una cláusula que nace con vocación de restricción.

A mayor abundamiento, en este caso estamos más bien ante un supuesto en que se cumple la previsión establecida y, por ende, debe aplicarse la medida para tal supuesto. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.^a, de 13 de octubre de 2009, resuelve un supuesto en el que las condiciones del arrendamiento pactado se hacen más gravosas, como consecuencia de que se ha superado el tiempo del mismo inicialmente pactado por efecto de unas obras en su vivienda habitual que se habían prolongado más allá del tiempo previsto por causas imprevistas, lo cual ocasionaba una elevación de la renta. Pues bien, entendió el Tribunal que en este caso lo que ocurre es que concurren, precisamente, las circunstancias previstas por las partes, que dan lugar a la aplicación de las previsiones establecidas al efecto —elevación de renta si se supera el tiempo pactado como duración inicial del contrato—. En el caso que nos ocupa parece que ocurre lo mismo, con la diferencia de que no son las partes, sino la Ley, la que recoge una cautela frente a la posibilidad de insuficiencia del valor de los bienes hipotecados para cubrir el total de la deuda. Es decir, dada la posibilidad real de que se produzca la disminución de valor, se permite la persecución de otros bienes del deudor. Por tanto, no concurre la imprevisibilidad de las circunstancias que alteran las condiciones iniciales, sino que el artículo 1911 del Código Civil es la constatación de la previsión en tal sentido. Aunque es obvio que la existencia de este precepto no puede prejuzgar en modo alguno la concurrencia o no de circunstancia especiales e

(49) Por citar algunas sentencias al respecto, STS de 14 de diciembre de 1940, de 17 de mayo de 1957, de 29 de mayo de 1996, de 15 de noviembre de 2000 o de 21 de marzo de 2003.

(50) La existencia y conocimiento de dificultades previas a la causación del hecho que altera las condiciones iniciales impide la concurrencia del requisito de la imprevisibilidad, según la STS, Sala 1.^a, de 1 de marzo de 2007.

imprevistas en cada caso, sin embargo tal previsión normativa, junto con las establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no permite sostener que el deudor desconoce la posibilidad de que los bienes hipotecados sean insuficientes y la consiguiente ejecución.

En cualquier caso, la inaplicación del requisito de la previsibilidad a los supuestos de alteración del precio de los inmuebles es una constante en la jurisprudencia (51). La previsibilidad de los riesgos depende del tipo de contrato y la cantidad de información que las partes hayan podido tener al respecto. Por ejemplo, como afirma AMUNÁTEGUI, en un contrato de larga duración, la posibilidad de que concurran circunstancias imprevisibles es más amplia, lo que las convierte en previsibles o, al menos, requerían una mayor previsión (52). En la actualidad, es mayor la previsibilidad de riesgos, pues en su mayoría son de origen artificial (53). Así, el Tribunal Supremo ha sostenido que las devaluaciones de moneda deberían ser previstas por los contratantes, que poseen o pueden poseer información al respecto (54), lo cual resulta aplicable por analogía a los supuestos de depreciación de los bienes objeto de un contrato. Pues bien, en el caso presente, las circunstancias del mercado, de la situación laboral y económica, de los antecedentes de crisis y otras circunstancias, no parece que permitan sostener la imprevisibilidad de las dificultades generadas por la crisis económica y financiera para una persona con un grado medio de previsión, como es exigible, lo que no permite, a su vez, sostener la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Por otro lado, se ha discutido si la aplicación de la cláusula presupone la imposibilidad del cumplimiento de la prestación o su dificultad extraordinaria (55). La mayoría de la doctrina entiende que una u otra opción requiere analizar cada caso para valorar su concurrencia y que la imposibilidad se debe valorar atendiendo al principio de buena fe y a la excesiva onerosidad que se ha producido. Se acepta, así, la equiparación de la dificultad extraordinaria con la excesiva onerosidad, pero sin que ello se traduzca necesariamente en la revisión del contrato, según ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo (56).

(51) Por citar algunas, STS de 21 de febrero de 1990, STS de abril de 1991, STS de abril de 1990. Es cierto que en numerosos supuestos, la inaplicación de la cláusula se proclama respecto de la subida del precio por el transcurso del tiempo en contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida. Sin embargo, en las dos últimas resoluciones que se han citado, el Tribunal Supremo alude a los riesgos derivados de la variación de los precios, sin precisar que la misma pueda tener lugar al alza o a la baja.

(52) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula «rebus sic stantibus»*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 259-260.

(53) MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La alteración de las circunstancias contractuales. Una análisis jurisprudencial*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 93.

(54) STS de 31 de octubre de 1963.

(55) Entre otros, CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 191; CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 40 y sigs.

(56) Sobre este punto, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 262 y sigs.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este trabajo tiene por objeto, no solo un análisis de la jurisprudencia reciente que adopta la solución de la adjudicación de la vivienda al acreedor y la extinción de la totalidad de la deuda, sino que pretende también plantear un estudio más amplio sobre las posibles argumentaciones que permitirían sostener tal solución. En este sentido, se han analizado cuestiones que van más allá de las consideraciones que la Audiencia Provincial de Navarra realiza en el Auto 111/2010 para resolver en el sentido propuesto.

En nuestra opinión, la aplicación de la doctrina de los actos propios —ello permite obligar a la entidad financiera a pasar por el valor establecido en la tasación del inmueble, a los efectos de la consideración de dicho valor como suficiente para pagar toda la deuda— no parece admisible en este caso, por cuanto la tasación no es un acto que tiene por objeto la constitución de un derecho de la entidad financiera ni tiene el carácter de acto principal, que la aplicación de esta teoría exige. Además, no parece que la tasación posea la precisión requerida. Para que el banco acepte la tasación como cifra de limitación de la responsabilidad asumida por el deudor hipotecante, es necesario el pacto de las partes en tal sentido. La misma exigencia —el pacto de las partes o la previsión legal— impide hablar de la concurrencia de un supuesto de dación en pago, sin que la decisión judicial pueda sobreponerse a tal ausencia. En tal sentido, no existe argumento para sostener el pago de la totalidad de la deuda por la adjudicación de la vivienda. Finalmente, tampoco es admisible la aplicación al supuesto de la cláusula *rebus sic stantibus*, por cuanto no concurre la imprevisibilidad de las circunstancias que alteran de forma sobrevenida las condiciones iniciales y eliminan la desproporción de las posiciones de las partes en el contrato.

Sobre la base de lo anterior, no parece que pueda sostenerse, a la luz de la regulación actual, la extinción de la deuda mediante la adjudicación de una vivienda cuyo valor no cubre el total de aquella. En este sentido, ya hemos reseñado los intentos que actualmente se están produciendo por adoptar una solución que permita, sin eliminar el juego del principio de responsabilidad patrimonial universal, evitar grandes perjuicios económicos a los deudores que se ven afectados por la bajada de los precios de la vivienda hipotecada. En efecto, la reforma propuesta establece unos porcentajes de adjudicación que se acercan más a los valores reales de las viviendas, pero en modo alguno establece una adjudicación en pago de dichos bienes, por cuanto no determina que la misma se haga por el 80 por 100 de dicho valor o una cifra similar, como han propuesto algunos.

Desde un punto de vista jurídico, la doble responsabilidad, personal y real, que presupone la deuda garantizada con hipoteca constituye un instrumento de pacificación del tráfico crediticio e inmobiliario. Así, la hipoteca otorga mayores

beneficios, como garantía del crédito, que otras figuras. Por ejemplo, en el caso de la compraventa de bienes inmuebles por precio aplazado con condición resolutoria expresa, el acreedor solamente posee la facultad de resolver el contrato y recuperar la cosa, pero no de recuperar el precio, por lo que difícilmente se puede hablar en este caso de garantía de cumplimiento (57). La misma conclusión se puede sostener de otra figura que asegura la recuperación del bien, como es el contrato de leasing inmobiliario, por la cláusula de reserva de dominio que incluye. Pues bien, el efecto restitutorio, que no solutorio, no permite hablar de garantía del cumplimiento de la deuda, a diferencia de la hipoteca. De ahí, su mayor virtualidad y el éxito como garantía de los préstamos bancarios. Pues bien, si se limitase la responsabilidad al valor del bien hipotecado, entonces las entidades se replantarían, quizás, su empleo como tal garantía, ante la posibilidad de obtener pérdidas derivadas de la depreciación del bien.

Desde el punto de vista económico y financiero, es necesario plantearse si esa solución es la más correcta para el establecimiento de un sistema integral que otorgue seguridad a los diferentes operadores y evite estos perjuicios u otros mayores. En efecto, tales medidas eliminarían, o al menos reducirían en gran parte, los problemas de empobrecimiento causados a los deudores insolventes. Sin embargo, un planteamiento que tenga en cuenta una visión más amplia puede recomendar otras soluciones. La adopción de la adjudicación en pago o similar generaría, de forma inmediata, una retracción del crédito, por cuanto las entidades financieras deberían actuar con mayor cautela respecto de su política de préstamos y los destinatarios posibles de dichas operaciones. Además, ello supondría, en pura lógica, un aumento de las garantías exigidas por las entidades, dado que el valor de la cosa hipotecada no sería garantía suficiente del importe de la deuda (58). De esta forma, encontraríamos, por otra vía, una solución similar a la actual, por cuanto se aumentarían las garantías personales, propias o ajenas, ante la eliminación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

Todo lo anterior, traería como consecuencia un encarecimiento general de los créditos, que repercutiría en el conjunto de los consumidores, no solo en aquellos que sufren una posible situación de insolvencia, como ocurre en la situación de crisis actual. Por tanto, se establecerían mayores obstáculos al acceso a la vivienda con carácter general, con los efectos que para la economía tendría tal situación. Aunque no se trata de resolver aquí una cuestión

(57) AMORÓS GUARDIOLA, M., «La publicación registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centros de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1991, pág. 16.

(58) Estas conclusiones parecen obvias y se han sostenido de modo general por autores de las más diversas disciplinas. Vid. MARTÍN PASTOR, J., «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011, pág. 12.

cuyo estudio corresponde a otras áreas, sin embargo sí es necesario hacer este planteamiento con el fin de poder adoptar decisiones jurídicas que posean carácter estratégico.

Se ha sostenido, con acierto, que en la situación actual, en la que comienza a existir una masa de ciudadanos que, ante la depreciación de la vivienda y el paro, no puede hacer frente al pago de su hipoteca, es necesario hacer algo. Es cierto que en tales casos, se deben arbitrar medidas audaces que eviten una ejecución, que en la mayoría de los casos va a resultar infructuosa. MADRIDEJOS propone, por ejemplo, las ampliaciones de plazo sin cuotas crecientes ni aumento de tipos, o diferir la amortización de parte del préstamo hasta su vencimiento, pero sobre todo aboga por la dación en pago. Entiende que tal medida aporta beneficios a las entidades financieras, que pueden hacer provisiones, a la vez que se evitan los gastos derivados de la ejecución del bien (59). Tales argumentos son incuestionables, pero debemos reparar en que el autor propone para ello una colaboración de todas las partes implicadas con el fin de facilitar esta solución: notarios, Administraciones Públicas, entre otros. Es decir, aboga por establecer beneficios que empujen a las partes al acuerdo de dación. Por lo tanto, se observa que, no obstante la necesidad de adoptar medidas de lucha contra los efectos perniciosos de la crisis, no parece que las mismas pasen por la implantación de decisiones legales que condicionen la libertad contractual de las partes, lo que a su vez generaría una retracción y encarecimiento del crédito para la mayoría de la población que, hasta la fecha, no se ha visto afectada por dicha situación. Es necesario valorar si la medida que se propone no ocasiona un mal mayor que el que se pretende evitar.

En definitiva, consideramos que la adopción de soluciones que permitan al deudor liberarse de la deuda con el valor del inmueble aportado en garantía requiere cierto detenimiento, con el fin de valorar todos los intereses en juego y evitar que las circunstancias de cada momento condicionen la decisión al respecto (60).

BIBLIOGRAFÍA

«Análisis sobre el impacto de las ejecuciones hipotecarias en el Estado español», Plataforma de Afectados por la Hipoteca: <http://afectadosporlahipoteca.wordpress.com>.

(59) MADRIDEJOS, A., «La dación en pago. Soluciones frente a la crisis inmobiliaria», en *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2008, Colegio Notarial de Madrid, págs. 80-85.

(60) En este sentido, el Parlamento de Galicia ha aprobado —22 de marzo de 2001— una proposición no de ley para instar al Gobierno de la nación a reformar la norma y adoptar la solución propuesta, limitada a los casos en que la hipoteca recaiga sobre la vivienda habitual y el deudor sea de buena fe. Como se puede comprobar, se trata de presupuestos de aplicación idénticos a los propuestos en la iniciativa legislativa popular referida en páginas anteriores.

- ADAN DOMÉNECH, F.: *La ejecución hipotecaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procesos de ejecución*, EDESA, Madrid, 2009.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La publicación registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centros de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1991.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula «rebus sic stantibus»*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BAS Y RIVAS, F.: «La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función del pago de deudas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 208, septiembre de 1945.
- BELINCHÓN ROMO, M. R.: «El contrato de compraventa y la dación en pago», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril de 2010.
- CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral), 7.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Civitas.
- *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963.
- FAJARDO, F., y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 10, Madrid, 1957.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, Madrid, 2001.
- FÍNEZ, J. M.: «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVIII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1995, Ministerio de Justicia.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965.
- GÓMEZ GÁLIGO, F. J.: «Reforma del mercado hipotecario llevada a cabo por la Ley 41/2007», en *Conferencias del curso académico, 2008-2009*, Tomo XX, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 1911 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Dir.: Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Tomo XXIV, EDESA, Madrid, 1984.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos Reales*, vol. 2 (Derechos Reales Limitados, Situaciones de cotitularidad), Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C.: *La doctrina de los actos propios, doctrina y jurisprudencia*, Ed. Reus, 2005.
- MADRIDEJOS, A.: «La dación en pago. Soluciones frente a la crisis inmobiliaria», en *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2008, Colegio Notarial de Madrid.

- MARTÍN PASTOR, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: «La dación en pago», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1975, Colegio Notarial de Madrid.
- PÉREZ DAUDÍ, V.: *La agilización de la Justicia*, www.elderecho.com, 16 de febrero de 2011.
- PÉREZ GARCÍA, M.: «La realización del valor de los bienes en los procesos y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.
- ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, 8.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- SÁNCHEZ DE FRUTOS, R.: «La hipoteca y la legislación de defensa de los consumidores», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centros de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1991.
- SANTOS REQUENA, A. A.: *La adjudicación de bienes al ejecutante en el procedimiento de apremio*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- SASTRE, S.: «La ejecución de la hipoteca en el proyecto de la LEC», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, 1999.
- SERRANO ALONSO, E.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1978.
- SERRANO CHAMORRO, M. E.: *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.

RESUMEN

HIPOTECA. RESPONSABILIDAD EJECUCIÓN. DACIÓN EN PAGO

La actual crisis económica y financiera ha golpeado la economía mundial con una gran virulencia, debido a las profundas conexiones de las economías nacionales y la enorme dependencia entre los Estados y las entidades financieras, que la globalización ha generado. Sin embargo, en nuestro país los efectos de la crisis se han propagado más allá del sector financiero, como consecuencia de una gran hipertrofia de la construcción y el sector inmobiliario y de la exposición al mismo de las entidades

ABSTRACT

MORTGAGE. LIABILITY FORECLOSURE. SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The current economic and financial crisis has hit the world economy hard, due to the deep connections between domestic economies and the heavy dependence globalisation has generated between states and financial institutions. However, in our country the effects of the crisis have spilled beyond the financial sector as a consequence of the crippling overdevelopment of construction and the real estate sector and the serious exposure of the firms

de aquel sector, que han terminado ocasionando graves problemas de solvencia en amplios sectores de la población. La principal consecuencia jurídica respecto de los últimos ha sido el aumento de las ejecuciones de las hipotecas por el impago de los préstamos y, debido a la depreciación del valor de la vivienda, la persecución del patrimonio personal del deudor para saldar la totalidad de la deuda. En un contexto de crisis y paro creciente, ello supone el mencionado empobrecimiento. Por ello, se han producido en fechas recientes múltiples pronunciamientos judiciales, políticos y sociales, que pretenden evitar dicho efecto mediante la adjudicación del inmueble en pago de la totalidad de la deuda u otra medida que suponga la limitación de la responsabilidad del deudor a dicho inmueble. En este trabajo se analizan las diversas implicaciones jurídicas que tiene dicha solución, principalmente la posibilidad de adoptar la misma a la luz del régimen jurídico actual de la responsabilidad del deudor por deudas garantizadas con hipoteca. Todo ello, sin desdeñar la posibilidad de realizar propuestas lege ferenda y las implicaciones económicas que tendría la adopción de una reforma en tal sentido.

in that sector to the crisis. These factors have ended up causing serious solvency problems throughout broad sectors of the population. The main legal consequence in this respect has been a rise in mortgage foreclosures after borrowers default on their homeowner's loans and, due to the depreciation in housing values, the taking of legal action by lenders to seek payment in full from debtors' personal assets. In a context of crisis and growing unemployment, this means impoverishment. As a result, many people have been talking lately in judicial, political and social forums about the possibility of avoiding this effect by enabling borrowers to surrender their mortgaged property in full payment of their debt and taking other measures that involve limiting borrowers' liability to the value of the mortgaged property. This paper takes a close look at the various legal implications the solution would have, primarily the possibility of adopting such a solution in the light of current legislation on borrowers' liability for debts secured with a mortgage. The possibility of making proposals lege ferenda is addressed, and the economic implications such a reform would have are discussed.

(Trabajo recibido el 29-5-2011 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)

La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007

por

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ
*Becario de Investigación de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007.
- III. SUS CONTRADICTORIOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.
- IV. RECEPCIÓN DOCTRINAL DE LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007:
 1. CUESTIONES RESUELTAS POR LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007:
 - 1.1. *Validez de la venta de cosa ajena: concretamente, del embargo trabado sobre cosa no perteneciente al deudor.*
 - 1.2. *El artículo 34 LH ampara las adquisiciones a non domino, no quedando desplazado por la aplicación del artículo 33 LH. Correcta conjunción de ambos preceptos.*
 - 1.3. *No es necesario que el tercero hipotecario sea subadquirente para ser protegido.*
 2. CUESTIONES OMITIDAS POR LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007:
 - 2.1. *La inclusión de la adquisición en procedimiento de apremio dentro del ámbito de actuación del principio de fe pública registral.*
 - 2.2. *¿Estamos en el caso del pleito ante una doble venta o ante una venta de cosa ajena? Alcance del artículo 1473 del Código Civil.*
 - 2.3. *¿La solución a la que llega la sentencia se efectúa en virtud de la aplicación combinada de los principios de inoponibilidad y fe pública registral, o se trata de dos principios independientes?*

- 2.4. *La configuración del requisito de la buena fe.*
- 2.5. *El momento en que ha de concurrir la buena fe como requisito para la aplicación del artículo 34 LH.*

3. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

- 3.1. *La adquisición en subasta judicial no puede garantizar la identidad de la finca subastada por los frecuentes errores al identificar el objeto o sujetos de la acción ejecutiva.*
- 3.2. *La adquisición en subastas judiciales no garantiza frente a las cargas reales manifiestas o limitaciones legales del dominio (art. 670 LEC), por lo que en aplicación del mismo principio, menos garantizará respecto del derecho manifiesto por antonomasia, a saber, el derecho de propiedad.*
- 3.3. *El remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, ya que es un acto de naturaleza aleatoria y que no proviene del titular inscrito.*
- 3.4. *La naturaleza procesal del remate está en contradicción con la protección del tercero hipotecario.*
- 3.5. *La falta de inscripción no puede ser sancionada con la pérdida de la propiedad, porque el propietario está tutelado por la Constitución y no puede ser obligado a inscribir ni a participar en el proceso ejecutivo.*
- 3.6. *El artículo 34 LH no resulta aplicable a los supuestos de doble venta como el del caso, pues el remate no es una venta, y, de serlo, en todo caso se trataría de una venta de cosa ajena, a juicio de Álvarez Caperochipi, venta nula.*
- 3.7. *El artículo 594 LEC no proclama la adquisición a non domino del rematante.*
- 3.8. *No cabe fijar como definitiva una interpretación del artículo 34 LH sin determinar las relaciones de este con el artículo 33 del mismo cuerpo legal y sus respectivos ámbitos de aplicación.*
- 3.9. *El supuesto de hecho enjuiciado por la STS de 5 de marzo de 2007, es un caso de conflicto de adquisiciones que debe solucionarse mediante la aplicación del artículo 32 LH y 1473 del Código Civil y no del artículo 34 LH.*

V. LA STS DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007:

1. HECHOS CONSTITUTIVOS.
2. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.
3. PRINCIPALES CUESTIONES SUSTANTIVAS UNIFICADAS.

VI. CONCLUSIONES.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de fe pública registral, puntal básico del sistema de protección registral de nuestro ordenamiento patrio, pese a su conocida importancia, no ha sido aplicado con criterio uniforme por parte del Tribunal Supremo en los años anteriores a 2007, sobre todo en el ámbito de una materia tan importante

y habitual, como es la de los procedimientos de apremio por juicio ejecutivo que dan lugar a una subasta judicial de los bienes inmuebles embargados. Concretamente, los problemas han venido dándose en sede de doble venta judicial, a saber, cuando realizada la subasta judicial de una finca, esta ha sido ya objeto de una previa venta por parte del titular registral, o de una previa subasta procedente de un procedimiento de apremio distinto. Y digo que no ha venido sosteniendo un criterio uniforme hasta 2007, porque precisamente en ese año, nuestro Alto Tribunal ha sentado doctrina en la materia, mediante la esencial sentencia de 5 de marzo de 2007, la cual ha venido a resolver una serie de cuestiones controvertidas de fundamental importancia.

Cinco años después de la publicación de esta célebre sentencia, han sido numerosos los autores que la han estudiado y acogido, y han sido numerosas las sentencias que han tenido por objeto supuestos de hecho análogos. Pues bien, el presente trabajo se ocupa de recopilar y sistematizar tales pronunciamientos doctrinales, con el objeto de determinar la consolidación de la doctrina jurisprudencial, y así sus visos de permanencia futura. Concretamente la estructura a seguir será la que sigue:

- 1.º En primer lugar, y en consonancia con el título que encabeza nuestro estudio, analizaremos los hechos constitutivos de la STS de 5 de marzo de 2007, junto con los contradictorios precedentes jurisprudenciales que dan lugar a la misma. De este modo, podremos conocer el ámbito material en el que nos moveremos, así como el estado de confusión precedente que justifica la oportunidad y trascendencia de la STS de 5 de marzo de 2007.
- 2.º En segundo lugar, nos adentraremos en el cuerpo fundamental de nuestra investigación, a saber, en el análisis y sistematización de la recepción doctrinal de la STS de 5 de marzo de 2007. Recepción doctrinal cuya sistemática seguirá dos criterios de ordenación: cuestiones consideradas resueltas y cuestiones reputadas como no resueltas por los autores; y agrupación de las opiniones doctrinales en función de la similitud de sus argumentos, favorables y contrarios a la sentencia.
- 3.º Concluiremos nuestro trabajo de investigación mediante la exposición de las conclusiones a las que lleguemos tras la labor de recopilación y sistematización de la recepción doctrinal de la que ha sido objeto la STS de 5 de marzo de 2007; procurando reconducir tales conclusiones obtenidas a una visión integral que ilumine el conjunto del problema y que consiga los mecanismos para su correspondiente solución.

II. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007

Los hechos que enjuicia la STS de 5 marzo de 2007 constituyen un caso de doble venta de un mismo inmueble, la primera realizada por el titular registral, y la segunda consistente en una venta judicial, consecuencia de un embargo trabado sobre la finca litigiosa. El 12 de abril de 1994, la titular registral de la finca en litigio (la sociedad «Polígono Industrial La Mora, S. A.»), efectuó una dación en pago a favor del «Banco Español de Crédito, S. A.», que se elevó a escritura pública. Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción el 27 de abril de 1994, si bien fue denegada por la existencia de una serie de defectos subsanables.

El 14 de noviembre de 1995, la Agencia Tributaria inicia expediente administrativo de apremio contra «Polígono Industrial La Mora, S. A.» como consecuencia del impago de una serie de deudas tributarias, que tiene por objeto el bien litigioso (pues sigue registralmente bajo la titularidad de «Polígono Industrial La Mora, S. A.», a pesar de haberlo ya transmitido al «Banco Español de Crédito, S. A.»); expediente en cuyo transcurso tuvo lugar el correspondiente embargo y posterior subasta del bien, que fue finalmente adjudicado a «Indeco Construcciones, S. A.» el 17 de febrero de 1997. La entidad adjudicataria, a diferencia del «Banco Español de Crédito, S. A.» sí logró inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad el 5 de mayo de 1997.

El mes de julio de 1997, «Banco Español de Crédito, S. A.», que adquirió en primer lugar la finca litigiosa, presentó de nuevo la escritura de dación en pago en el Registro de la Propiedad, pues ya había subsanado los defectos que inicialmente le impidieron la inscripción. Dicha inscripción le fue denegada de nuevo, pero esta vez por la previa inscripción del bien a favor del segundo adquirente por venta judicial, «Indeco Construcciones, S. A.».

¿*Quid iuris*? Debe determinarse a quién de los distintos adquirentes, «Banco Español de Crédito, S. A.» o «Indeco Construcciones, S. A.», le corresponde la propiedad de la finca en litigio. Como puede imaginarse, el procedimiento judicial es iniciado por «Banco Español de Crédito, S. A.», pues es la despojada de la propiedad del bien que adquirió en primer lugar, solicitando la nulidad de la segunda venta judicial otorgada en 1997 como consecuencia del procedimiento de apremio instado por la Agencia Tributaria, la declaración de su propiedad sobre la finca litigiosa, así como la cancelación de la inscripción a favor de la segunda entidad compradora.

La sentencia de instancia desestimó las pretensiones del «Banco Español de Crédito, S. A.» por entender que la segunda entidad adquirente ostentaba la condición de tercero hipotecario.

Contra la sentencia de instancia interpuso el Banco demandante recurso de apelación y la Audiencia Provincial revocó totalmente la sentencia apelada, estimando las pretensiones del demandante. Consideró el Tribunal de apelación,

que la segunda venta realizada como consecuencia del procedimiento de apremio contra la entidad titular registral fue nula por falta de objeto, de modo que resulta aplicable el artículo 33 LH, lo que no le permite gozar de la protección del artículo 34 del mismo texto legal. Solo en el caso de que el segundo comprador hubiera vendido la finca litigiosa a persona distinta y hubiese, a su vez, reunido los requisitos del artículo 34 LH, hubiera quedado protegido en su adquisición.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, recurso que se funda en dos motivos: la infracción del artículo 34 LH, y la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que protege la adquisición de una finca en procedimiento de apremio incluso en los casos de declaración de nulidad de la subasta siempre que tal nulidad no fuera conocida por el adquirente.

III. SUS CONTRADICTORIOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Antes de adentrarnos en el análisis de las cuestiones fundamentales sentadas por la STS de 5 de marzo de 2007, debemos conocer la realidad jurisprudencial controvertida que precisamente ha dado lugar a la aparición de esta sentencia de unificación doctrinal dictada por el Pleno.

En efecto, una cuestión tan clásica, pero a la vez tan habitual, como es la de los supuestos de doble y sucesiva transmisión de una finca inscrita por su mismo titular registral a distintos compradores, el primero de los cuales consume su adquisición pero no la inscribe y el segundo de los cuales sí lleva a cabo la inscripción, siendo por ello la segunda de las ventas una venta de cosa ajena, ha sido objeto de planteamientos diversos y contradictorios por nuestra jurisprudencia. La evolución de tales planteamientos es resumida y sistematizada de manera muy clara por el Fundamento de Derecho quinto de la STS de 5 de marzo de 2007, en el que se indica que tres son los periodos fundamentales que pueden distinguirse al respecto:

1. Un primer periodo, que abarca *hasta el año 1989*, en el que la jurisprudencia incluía en el ámbito del artículo 1473 del Código Civil las ventas de un mismo inmueble a diferentes compradores aunque entre ellos hubieran mediado varios años, poniendo dicho precepto en relación con el artículo 34 LH, siempre que la finca estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor común y manteniendo en la adquisición al segundo comprador si inscribía en el Registro. Así, entre otras, las SSTS de 6 de diciembre de 1962, 7 de diciembre de 1987, 4 de marzo de 1988, y 13 de abril de 1993.
2. Un segundo periodo, que abarca los *años 1989 a 1994*, en el que cabe advertir dos cambios significativos en los criterios de decisión del Tri-

bunal Supremo: de un lado, se excluye definitivamente del ámbito del artículo 1473 del Código Civil la llamada «venta de cosa ajena», entendida como la de una finca anteriormente vendida por quien entonces era su propietario a otro comprador distinto que, mediante tradición material o instrumental, habría adquirido su propiedad antes de la segunda venta; y de otro, varias sentencias disminuyen significativamente el grado de protección del artículo 34 LH al adquirente de una finca que no pertenecía ya al titular registral por habérsela vendido este a otra persona, mediando tradición material o instrumental, aunque esta primera transmisión no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad y la segunda sí, precisamente por entender que la segunda venta de cosa ajena es nula por falta de objeto, de modo que en virtud del artículo 33 LH (*la inscripción no convalida los actos y contratos nulos*) el posterior artículo 34 LH no resulta aplicable. En este sentido, véanse las SSTS de 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994. Tendremos ocasión de ver que esta postura doctrinal es la que el Tribunal Supremo viene definitivamente a descartar en la sentencia cuya recepción nos ocupa.

3. Finalmente, se distingue un tercer periodo, que abarca *desde el año 1994 hasta el 2007*, en el que se dictan las sentencias de unificación de doctrina. En este periodo el panorama jurisprudencial puede resumirse en síntesis del siguiente modo: de un lado, se mantiene invariable, con contadísimas excepciones, la inaplicabilidad del artículo 1473 del Código Civil a la venta de cosa ajena, entendida, no como la de una finca que nunca ha sido del vendedor, sino como la de una finca que ha dejado de serlo pero sin constancia de ello en el Registro; y de otro lado, en materia de protección registral del segundo comprador coexisten en la jurisprudencia dos líneas opuestas de decisión, una denegatoria, por considerar nulo su acto de adquisición al considerarse nula la venta de cosa ajena (tanto la venta ordinaria, como la judicial) por falta de objeto (véanse, en este sentido, las SSTS de 10 de junio de 2003, 16 de junio de 2003 y 25 de mayo de 2006), y la otra otorgante de la protección registral por no poder perjudicar al segundo adquirente lo que no constaba en el Registro (así, las SSTS de 19 de octubre de 1998, 21 de junio de 2000, 22 de diciembre de 2000, 22 de junio de 2001, 6 de mayo de 2004, 24 de junio de 2004, 25 de octubre de 2004 y 30 de diciembre de 2005); esta última es la postura que viene a confirmar la doctrina jurisprudencial de la STS de 5 de marzo de 2007.

IV. RECEPCIÓN DOCTRINAL DE LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007

Tal y como se pone de manifiesto en el propio título de nuestro trabajo, el propósito fundamental del mismo es la sistematización de la recepción doctrinal que la STS de 5 de marzo de 2007 ha tenido hasta día de hoy, con lo que podremos constatar si la importante doctrina jurisprudencial uniforme, sentada por la referida resolución, ha logrado o no consolidarse de manera definitiva.

Con tal objeto, distinguiremos aquellas cuestiones consideradas resueltas y no resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007, según los autores, añadiendo asimismo aquellos argumentos abiertamente contrarios a la doctrina jurisprudencial aportados por una minoría de autores; en definitiva, analizaremos:

1. Las cuestiones resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007, a las que se adhieren los autores, junto con los argumentos y precisiones dados al respecto por los mismos.
2. Las cuestiones que los autores consideran no resueltas suficientemente por la STS de 5 de marzo de 2007.
3. Y, finalmente, los argumentos manifiestamente contrarios a la referida doctrina jurisprudencial.

Analicemos detenidamente cada una de las referidas cuestiones sustantivas conforme a la inteligencia indicada en los apartados que siguen, para lo cual: comenzaremos exponiendo los pasajes de la fundamentación jurídica de nuestra sentencia de los que derivamos estas conclusiones, incluiremos nuestra apreciación personal al respecto, y detallaremos los argumentos y precisiones vertidos sobre tales cuestiones por los diferentes autores que se hayan pronunciado sobre el particular.

1. CUESTIONES RESUELTAS POR LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007

La trascendencia y valor de la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007 radica, fundamentalmente y a juicio de una gran cantidad de autores que seguidamente tendremos ocasión de ver, en el hecho de haber dado solución definitiva a tres cuestiones sustantivas de suma importancia, que son las que siguen:

- A) Afirmación de la validez de la venta judicial de cosa ajena.
- B) En consonancia con la afirmación anterior, el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, con lo que se logra la correcta conjunción de los artículos 33 y 34 LH.
- C) El artículo 34 LH no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro.

Veamos, pues, cuáles son los autores que coinciden en destacar como positivamente resueltas cada una de estas cuestiones sustantivas, analizando y comentando los argumentos y precisiones dados al respecto por los mismos.

1.1. *Validez de la venta de cosa ajena: concretamente, del embargo trabado sobre cosa no perteneciente al deudor*

Afirma a este respecto la sentencia, en su Fundamento Jurídico octavo, lo siguiente: *«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»*.

En efecto, el Tribunal Supremo mediante esta sucinta, pero fundamental afirmación, aclara una cuestión controvertida, cual es la calificación jurídica de la venta efectuada por persona sin poder de disposición sobre la misma, en este caso venta judicial, si bien lo afirmado resulta igualmente predicable de las ventas ordinarias, pues ambas son equivalentes. Calificación jurídica de la venta de cosa ajena que tiene importancia, sobre todo por los efectos colaterales que de tal afirmación se derivan, pues de ser o no válida dependerá la extensión y operatividad de uno de los principios básicos en nuestro sistema de protección registral: la fe pública registral. Ciertamente, si calificamos la venta de cosa ajena como nula, en aplicación del aforismo latino propio de nuestro ordenamiento *nemo dat quod non habet*, el artículo 34 LH no resultará aplicable a tal supuesto, pues aplicaríamos el artículo 33 del mismo texto legal, que niega a la inscripción efectos convalidantes respecto a los actos y contratos nulos. Mientras, que si la calificamos como válida, la respuesta será justamente la contraria, aplicándose, pues, el artículo 34 LH.

Llegados a este punto, cabe preguntarse el porqué del polémico tratamiento jurídico de la venta (ordinaria o judicial) de cosa ajena. La respuesta es que ello se debe a la inexistencia de su regulación expresa en nuestro Código Civil. En efecto, nada se dice en nuestro Código Civil acerca de la venta de cosa ajena, de modo que para determinar su tratamiento debemos acudir a la propia configuración básica del contrato de compraventa (fundamentalmente, a los requisitos esenciales para su perfección y validez) y al análisis de nuestro sistema de transmisión derivativa de los derechos reales contenido en el artículo 609 del Código Civil. Debemos acudir a la configuración del contrato de compraventa, porque es necesario saber si la facultad de disposición del transmitente forma parte de sus requisitos esenciales; y en consonancia con lo anterior, tenemos que acudir

al estudio de nuestro sistema traslativo, porque tendremos que comprobar qué es lo que produce la mutación jurídico-real: ¿el mero contrato de compraventa, o es necesario algo más? Respondamos a cada una de estas cuestiones.

En lo que hace al poder de disposición del *tradens*, hemos de decir que el mismo no es requisito esencial para la validez del contrato de compraventa: así se deriva claramente de los artículos 1261, 1271, 1272, 1273 y 1445 del Código Civil, ninguno de los cuales hace referencia al poder de disposición como requisito necesario para validez del contrato de compraventa. Igualmente se desprende del artículo 1160 del mismo cuerpo legal, que en sede de obligaciones vincula el poder de disposición con la fase solutoria, esto es, con el pago, y por ende con el cumplimiento del contrato, no con su perfección (1). Yerran, en consecuencia, los partidarios de la calificación de la venta de cosa ajena como nula por falta de objeto (postura descartada definitivamente por la STS de 5 de marzo de 2007), pues en su planteamiento subyace una confusión conceptual entre lo que constituye indisponibilidad legal del objeto (como acontece con los bienes fuera del comercio o derechos reales indisponibles) y la ausencia de poder de disposición (2). La transmisión de un bien *extra commercium* es nula, tanto cuando este es propio del vendedor como cuando es ajeno. Por el contrario, cuando el bien es legalmente disponible pero no pertenece al vendedor, no existe imposibilidad del objeto del contrato (3).

Y en lo que respecta a nuestro sistema traslativo, puede decirse que la validez de la venta de cosa ajena es una consecuencia necesaria del mismo. En efecto, el contrato de compraventa es de naturaleza meramente obligacional, tal y como se desprende del sistema de transmisión de los derechos reales adoptado por nuestro ordenamiento, plasmado en el artículo 609 del Código Civil (teoría del título y el modo), en virtud del cual la propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten «por consecuencia de ciertos contratos (señaladamente el contrato de compraventa) mediante la tradición». De este modo, el contrato de compraventa es un mero título que por sí mismo no produce la mutación jurídico-real, si no es con la posterior *traditio*. La falta de poder de disposición, en consecuencia, solo afecta al modo y no al título, prueba de ello es que la solución adoptada acerca del tratamiento de la venta de cosa ajena

(1) Este argumento es puesto de manifiesto por PÉREZ RAMOS (2010, pág. 515).

(2) Afirma FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994, pág. 214), que «la ajenidad, se conozca o no, no convierte a la cosa en objeto inhábil para la perfección de la compraventa; la cosa existe y sirve, aun siendo ajena, como objeto del contrato». En sentido análogo, RODRÍGUEZ MORATA (1990, pág. 68) señala que: «la falta del poder de disposición sobre la cosa en el vendedor no puede vincularse con el objeto del contrato, entendido este como uno de los requisitos o presupuestos esenciales previstos en el artículo 1261 del Código Civil. El objeto del contrato de compraventa resultará ser, más bien, el contenido de las obligaciones asumidas por las partes, esto es, la entrega de la cosa para el vendedor y el pago del precio para el comprador».

(3) En este sentido, vid. CUENA CASAS (1996, págs. 1446 y 1447).

no ha sido la misma en ordenamientos que, por establecer la transmisión por el solo consentimiento (4) (art. 1.599 del CC francés), declaran expresamente nula la venta de cosa ajena.

A todo ello puede añadirse, además, un argumento histórico: la doctrina es unánime en afirmar que nuestro contrato de compraventa está basado en la compraventa del Derecho romano, el cual niega la virtualidad dispositiva del mismo (5) y afirma expresamente la validez de la venta de cosa ajena (véase D. 18. 1. 28, y D. 18. 4. 8 y 9). Configuración romana del contrato de compraventa que ha permanecido vigente con carácter general a lo largo de todo nuestro Derecho histórico, tal y como se manifiesta de manera expresa en la Partida 5. 5. 19: «*Cosa agena vendiendo un ome a otro, valdra la vendida [...]*».

Pues bien, son siete los autores que coinciden en destacar como acertadamente resuelta esta cuestión sustantiva por la STS de 5 de marzo de 2007; siguiendo un orden cronológico los siguientes: ESPEJO LERDO DE TEJADA, GORDILLO CAÑAS, CUENA CASAS, VELA SÁNCHEZ, LÓPEZ FRÍAS, PÉREZ RAMOS y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO. Veamos qué nos dicen cada uno de ellos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA (6) considera que la ajenidad de la cosa no produce la nulidad de la venta judicial, pues tal defecto afecta únicamente al modo del proceso transmisivo y no al título, que es plenamente válido (7).

GORDILLO CAÑAS (8), por su parte, coincide igualmente en destacar, como acertadamente resuelta, la afirmación de la validez del embargo trabado sobre

(4) Tal y como indica MARTÍNEZ VELENCOSO (2009, págs. 76 y 77), en los modelos de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles *solo consensu*, formulado por primera vez en el Código Civil francés y trasladado a otros Códigos redactados bajo su ámbito de influencia (señaladamente, el italiano, el portugués y el belga), la perfección del contrato coincide (salvo determinadas excepciones, tales como la venta de cosas genéricas y la venta de cosa futura, *ex arts. 1585 y 1586 del Code*) con el efecto transmisivo, de modo que el comprador deviene propietario en ese mismo momento (...).

(5) Afirma ARANGIO-RUIZ (1956, págs. 85 y 86): «que la característica típica de la venta romana era la mera obligatoriedad».

(6) ESPEJO LERDO DE TEJADA estudia la STS de 5 de marzo de 2007 mediante un monográfico comentario de la misma [ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007)], en el que analiza conjuntamente otras cuatro sentencias previas que tienen por objeto el mismo problema jurídico: la suerte que debe correr la adquisición realizada en remate cuando el deudor embargado resulta no ser el verdadero propietario de la finca sobre la que ha recaído el embargo. Así, el autor comienza analizando los antecedentes jurisprudenciales, a su juicio, erróneos, que declaraban la inaplicabilidad del artículo 34 LH de los adjudicatarios procedentes de embargos trabados sobre cosa no perteneciente al deudor, por entender que tales embargos eran nulos, para después precisar su postura favorable a la doctrina contraria instaurada por la STS de 5 de marzo de 2007.

(7) ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, pág. 409).

(8) GORDILLO CAÑAS (2007, a) ha sido, junto a ESPEJO LERDO DE TEJADA, de los primeros en llevar a cabo un extenso y monográfico análisis de la STS de 5 de marzo de 2007. No es extraño que haya sido de los primeros, pues encabezaba la postura doctrinal que ya con carácter previo venía oponiéndose a la línea jurisprudencial que descarta la referida resolución, de modo que esta última confirma claramente su posición. Siendo así, como puede

cosa no perteneciente al deudor y, por ende, la adjudicación resultante del mismo. No obstante, considera que esta cuestión sustantiva de trascendental importancia no es enfocada con la precisión necesaria por la STS de 5 de marzo de 2007. En efecto, la STS de 5 de marzo de 2007, al afirmar que: «*la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada (...) no determina la nulidad del acto adquisitivo*», no enfoca adecuadamente la cuestión, pues lo que la ajenidad de la cosa determina exactamente no es la nulidad del acto adquisitivo integrado por el título y el modo, sino la invalidez de uno solo de sus elementos: el modo de ese complejo acto adquisitivo y no el título. En palabras de GORDILLO CAÑAS, «no acierta la sentencia en este enfoque porque así como la nulidad del título provoca siempre la del acto adquisitivo fundamentado en él, por el contrario y a la inversa, la validez del título no siempre implica la validez de la adquisición. Se trata de abordar con precisión y llegar al correcto entendimiento de nuestro complejo sistema traslativo, en el que la falta de poder de disposición invalida el modo o tradición, pero no el título (en el caso de enajenación forzosa, el embargo)» (9).

CUENA CASAS (10), igualmente, reputa como acertadamente resuelta por parte de la STS de 5 de marzo de 2007, esta cuestión sustantiva, pues de la misma manera que se afirma mayoritariamente la validez de la venta ordinaria de cosa ajena por parte de la doctrina, en la medida en que se entiende que el poder de disposición no es requisito de validez del título, sino del modo, a esta misma argumentación puede acudir para afirmar sin ambages la validez de la venta judicial de cosa no perteneciente al deudor (11). Si bien, coincide con GORDILLO CAÑAS en considerar que el enfoque efectuado por el Tribunal Supremo en este punto no es del todo preciso, pues lo que la falta de poder de disposición conlleva no es la invalidez del «acto adquisitivo», sino únicamente invalidez del modo integrante de ese complejo acto adquisitivo compuesto por el título y el modo (12).

imaginarse, la postura del autor respecto de la STS de 5 de marzo de 2007 es ciertamente favorable, de ahí que comience el estudio sobre la misma saludándola como «una sentencia justificada, oportuna y necesaria». GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 14).

(9) GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1434).

(10) CUENA CASAS estudia la STS de 5 de marzo de 2007 en un monográfico comentario de la misma, en el que considera que la sentencia tiene una importancia trascendental, ya que fija definitivamente la doctrina de la Sala respecto del alcance de uno de los preceptos medulares de nuestro sistema registral, como es el principio de fe pública registral consagrado en el artículo 34 LH. Su posición favorable hacia la sentencia es puesta de manifiesto desde un principio por la autora, quien califica a la doctrina sentada por la misma como «absolutamente acertada» y de «digna mención en cuanto a su claridad expositiva» CUENA CASAS (2008, a, pág. 353).

(11) CUENA CASAS (2008, a, págs. 377 a 380).

(12) CUENA CASAS (2008, a, pág. 378).

VELA SÁNCHEZ (13) parte del análisis de los argumentos principales dados por los partidarios de la orientación jurisprudencial anterior en sede de doble venta judicial inmobiliaria que considera nula la venta judicial de cosa ajena por falta de objeto, para posteriormente rechazarla, calificándola como *afrenta jurisprudencial al principio de fe pública registral*. En efecto, en ningún caso puede decirse que la venta judicial de cosa ajena sea nula por falta de objeto, pues el objeto existe tanto en el embargo como en la posterior adjudicación: la finca embargada y adjudicada. Lo que en ellos falta es únicamente el poder de disposición atinente exclusivamente al modo y no al título del proceso transmisivo (14).

LÓPEZ FRÍAS (15) considera que el Tribunal Supremo consolida con buen criterio la doctrina que debe aplicarse al caso planteado, por la que se asume definitivamente que el rematante en subasta puede adquirir válidamente del embargado no dueño, pues la venta en subasta, al igual que la venta ordinaria, es válida aunque el bien enajenado no pertenezca al deudor (16).

PÉREZ RAMOS (17) sostiene, asimismo, la validez de la venta judicial de cosa ajena, aportando numerosos argumentos que, por analogía, sustentan del

(13) VELA SÁNCHEZ estudia la STS de 5 marzo de 2007 en un trabajo que tiene por objeto el estudio de la doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. Comparte plenamente la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 2007, pues precisamente viene a confirmar la postura que junto con otros autores (señaladamente GORDILLO CAÑAS y ESPEJO LERDO DE TEJADA) ya venía sosteniendo con carácter previo a la sentencia, por la que defendía que en caso de doble venta judicial inmobiliaria era posible la aplicación del principio de fe pública registral. De este modo, a su juicio, la sentencia de 5 de marzo de 2007 no ha venido sino a confirmar una tesis que considera imprescindible para la salvaguarda del principio de fe pública registral regulado en el artículo 34 LH. VELA SÁNCHEZ (2009, a, pág. 1).

(14) VELA SÁNCHEZ (2009, a, pág. 22).

(15) LÓPEZ FRÍAS comenta la STS de 5 de marzo de 2007 en el seno de un extenso trabajo referente al estudio de las diferentes situaciones en que el embargo, acompañado o no de su reflejo registral, choca con la adquisición del dominio de un tercero [LÓPEZ FRÍAS (2010)]. La primera de las situaciones estudiadas por la autora es aquella en la que el titular registral de un inmueble lo transmite a otro sujeto, que no inscribe su adquisición, y después el inmueble es embargado por un acreedor del transmitente, anotándose en el Registro de la Propiedad dicho embargo. Pues bien, dentro de esta hipótesis, acomete el estudio de una variante concreta de la misma, cual es aquella en la que el sujeto que adquirió antes de ordenarse el embargo no ejercita la correspondiente tercería de dominio, de modo que el procedimiento de apremio sigue adelante, la finca sale a subasta y tras los trámites pertinentes, es adjudicada a un tercero, que con el testimonio del correspondiente decreto de adjudicación, inscribe a su nombre el dominio de la finca en el Registro de la Propiedad. Como puede apreciarse, el expuesto es el supuesto de hecho exacto del que se ocupa nuestra sentencia de 5 de marzo de 2007, y es precisamente en este punto en el que la autora se adentra en enjuiciar y comentar la doctrina sentada por tal sentencia.

(16) LÓPEZ FRÍAS (2010, págs. 2087 y 2088).

(17) PÉREZ RAMOS aborda el comentario de la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 2007 en el seno de un trabajo dedicado al estudio monográfico de la doble venta [PÉREZ RAMOS (2010)]. Consecuentemente, su mayor labor se centra en el estudio de los

mismo modo la validez de la venta ordinaria de cosa ajena. Los argumentos que aporta al respecto son los siguientes:

- La falta de poder de disposición es una carencia que afecta al modo, no al título, como resulta de que:
 - El contrato reúna todos los requisitos exigidos por el artículo 1261 del Código Civil, a saber, consentimiento, objeto y causa.
 - El propio artículo 433 del Código Civil distinga entre vicio del título y vicio del modo de adquirir, de manera que resulta evidente la existencia de dos planos independientes, el título y el modo, cada uno de los cuales cuenta con una serie de requisitos de validez, siendo el poder de disposición un requisito exclusivo del modo y no del propio título (18).
 - En sede de usucapión se exige justo título, verdadero y válido, y si el *tradens* tuviera poder de disposición, ya no sería necesaria la usucapión, por lo que esta institución comprende el caso de venta de cosa ajena.
 - En sede de obligaciones, el artículo 1160 del Código Civil, que dice: *«en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa vendida y capacidad para enajenarla»*, vinculando el poder de disposición con la fase solutoria, esto es, con el pago, y por ende con el cumplimiento del contrato, no con su perfección.
- El Código Civil admite la venta de cosa ajena porque la compraventa es un contrato generador de obligaciones (art. 1450 CC), solo exige al vendedor en el artículo 1457 del Código Civil la capacidad para obligarse; no prohíbe expresamente la venta de cosa ajena, a diferencia del Derecho francés, y obliga al vendedor al saneamiento por evicción que acontece cuando el comprador se ve privado de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (19).

criterios sentados por una importante sentencia del Tribunal Supremo de unificación doctrinal (también dictada por el pleno), de 7 de septiembre de 2007, que guarda cierta relación con nuestra sentencia, pero yendo más allá, sobre todo en lo que al alcance del artículo 1473 del Código Civil se refiere. No es lugar para detenerse en la importante doctrina sentada por la referida sentencia de 7 de septiembre de 2007, pero baste apuntar que fundamentalmente afirma la aplicación del artículo 1473 del Código Civil, no solo a la doble venta, sino también a la venta de cosa ajena, debiendo concordarse dicho precepto con los artículos 32 y 34 LH. Pues bien, PÉREZ RAMOS, tras rechazar la doctrina anterior, por entender únicamente aplicable el artículo 1473 del Código Civil a los casos de doble venta y no de venta de cosa ajena, considerando igualmente errónea la vinculación del artículo 1473 del Código Civil a los artículos 32 y 34 LH, pasa a comentar la doctrina de la sentencia de 5 de marzo de 2007.

(18) Este argumento es destacado por CUENA CASAS (2008, c).

(19) PÉREZ RAMOS (2010, págs. 515 y 516).

Finalmente, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (20), con un carácter más expositivo que crítico, afirma que, siendo la venta ordinaria de cosa ajena válida, también lo será la venta administrativa o judicial de cosa no perteneciente al deudor, en la medida en que ambas son equivalentes. Y ello es así porque el poder de disposición, tanto en un caso como en otro, no es requisito de validez del título (21). Desde un punto de vista de los requisitos del sistema transmisivo español, significa que el requisito de ser propietario (o tener poder de disposición) del vendedor, hay que referirlo, no al título o contrato, sino a la tradición (22).

1.2. *El artículo 34 LH ampara las adquisiciones a non domino, no quedando desplazado por la aplicación del artículo 33 LH. Correcta conjunción de ambos preceptos*

Afirma, en este sentido, el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico séptimo de la STS de 5 de marzo de 2007, lo siguiente: *«este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala»*.

La anterior afirmación se conecta con la primera de las cuestiones que hemos reputado como resueltas: si la venta judicial sobre cosa no perteneciente al deudor es considerada como válida, pues el poder de disposición es requisito atinente al modo del acto transmisivo y no al título, el artículo 34 LH resulta aplicable, ya que el propósito del mismo es precisamente salvar dicho defecto, no quedando invalidada su aplicación por el artículo 33 LH. No es, pues, el artículo 34 LH una excepción del artículo 33 LH, sino una consecuencia del mismo, ya que siendo válida la compraventa judicial de cosa ajena en cuanto título, el artículo 33 LH confirma la posibilidad de aplicar el artículo 34 LH.

En efecto, de ninguna manera puede incluirse en la nulidad a que se refiere el artículo 33 LH la ineficacia del acto adquisitivo por consecuencia del defecto de titularidad del *tradens*. Varias razones apoyan esta afirmación:

(20) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO se ocupa del análisis de la STS de 5 de marzo de 2007, en una conferencia magistral impartida en la Ilustre Academia Sevillana del Notariado [MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011)], en la cual aborda el estudio detallado de tres sentencias plenarios del Tribunal Supremo: además de nuestra STS de 5 de marzo de 2007, también la de 7 de septiembre del mismo año, así como la STS de 23 de abril de 2010. Se trata de un trabajo de carácter más expositivo que crítico, en el que el autor destaca las principales cuestiones sustantivas resueltas, a su juicio, por parte del Tribunal Supremo en cada una de las referidas sentencias.

(21) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011, pág. 38).

(22) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011, pág. 37).

- a) Porque dicho defecto, como ya hemos reiterado, no afecta a los elementos estructurales del contrato, en cuanto título transmisivo, haciéndolo nulo, sino al presupuesto necesario de legitimación exigido para la eficacia traslativa del posterior acto de entrega o *traditio* que, como modo, debe seguirle para completar el mecanismo adquisitivo.
- b) Porque es justamente ese defecto de titularidad, como venimos diciendo, lo que la fe pública registral se propone suplir en interés de la seguridad del tráfico de buena fe y en favor del tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH.

En definitiva, aplicar a un supuesto de adquisición *a non domino* el artículo 33 LH, argumentando que tal adquisición es nula, viene a ser tanto como sumar confusiones para terminar suprimiendo o desactivando el artículo 34 LH, precisamente el que concentra la principal y más característica función aseguradora y protectora de la publicidad registral (23).

Como puede imaginarse, a estas conclusiones llegan todos y cada uno de los autores que se suman a la afirmación de la validez de la venta judicial de cosa ajena, con la excepción de un solo autor (lo veremos a continuación), que no habiéndose sumado claramente a la afirmación anterior, sí coincide en destacar como acertada la aplicación del artículo 34 LH a las adquisiciones *a non domino*.

Justamente, son ocho los autores que coinciden en destacar lo acertado de la solución dada por la STS de 5 marzo de 2007, a esta cuestión sustantiva, sumándose a ella; siguiendo un orden cronológico, vienen a ser los que siguen: ESPEJO LERDO DE TEJADA, GORDILLO CAÑAS, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, CUENA CASAS, VELA SÁNCHEZ, LÓPEZ FRÍAS, PÉREZ RAMOS y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO. Veamos qué nos dicen cada uno de ellos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, después de afirmar la validez de la venta judicial de cosa ajena, añade que el artículo 33 LH no puede constituir una excepción al sistema diseñado por el artículo 34 LH, cuando el vicio de nulidad que se achaca es la falta de titularidad del embargado, que precisamente es el defecto que el artículo 34 LH permite subsanar. Si admitiéramos este argumento, indica el autor, cualquier acto en el que el disponente careciera de poder dispositivo podría ser tachado de nulo, a pesar de contar con la libertad dispositiva según el Registro, impidiéndose así la aplicación del sistema de protección de los adquirentes diseñado por el legislador (24).

GORDILLO CAÑAS se suma igualmente a este planteamiento, señalando al respecto que en el caso de pleito, aunque tras la primera transmisión el todavía titular registral deja de ser dueño, el segundo adquirente debe ser protegido, siempre que reúna las condiciones exigidas por el artículo 34 LH, pues este último

(23) GORDILLO CAÑAS (2008, págs. 1112 a 1114).

(24) ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, pág. 409).

viene a sanar la falta de poder de disposición del transmitente; encontrándonos, pues, en el corazón mismo del principio de fe pública registral (25). Esto es, el autor no solo confirma que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, sino que eleva este extremo a la razón de ser misma de tal precepto.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA (26) es un autor que no incluimos entre los claramente partidarios de la afirmación de la validez de la venta judicial de cosa ajena, pues su postura al respecto, como tendremos ocasión de ver a continuación, no es del todo clara. No obstante, sí afirma su postura favorable a la cuestión sustantiva que ahora nos ocupa, si bien puntualizándola en el sentido siguiente: el artículo 34 LH no supone una excepción al artículo 609 del Código Civil, sino que se subsume en el mismo y lo confirma, pues constituye el caso prototípico de adquisición «por Ley», que es el primer modo de adquisición contemplado por el referido artículo 609 del Código Civil.

Expuesta la puntualización anterior, resulta destacable indicar que el autor efectúa a lo largo de su trabajo de recepción doctrinal de la sentencia un enfoque con el que parece contradecirse, habida cuenta de que se muestra, como ya hemos indicado, partidario de la afirmación de la aplicación del artículo 34 LH a las adquisiciones *a non domino*. El enfoque que consideramos erróneo por parte de este autor es puesto de manifiesto por el mismo en el último epígrafe de su trabajo, en el que insiste en exponer las razones jurídicas que legitiman las adquisiciones *a non domino* al amparo del artículo 34 LH. Afirma el autor en dicho razonamiento que en el supuesto de hecho que se enjuicia en la sentencia de 5 de marzo de 2007, «el segundo contrato de transmisión por adjudicación en la subasta de un procedimiento ejecutivo es nulo, porque el vendedor no está legitimado para transmitir el dominio del inmueble, porque ya no es dueño y no tiene poder de disposición». Con esta afirmación, a nuestro juicio, el autor lleva a cabo una incorrecta comprensión de nuestro complejo sistema traslativo, ya que faltando poder de disposición en el transmitente lo inválido es el modo del *iter* transmisivo y no el título, tal y como hemos reiterado a lo largo del presente trabajo y como sostienen los principales autores favorables a la sentencia de 5 de marzo de 2007.

De este erróneo planteamiento pudieran desprenderse dos conclusiones rechazadas por la sentencia de 5 de marzo de 2007: de una parte, que la venta de cosa ajena es nula por falta de objeto, porque el poder de disposición es

(25) GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1432).

(26) GARCÍA BERNARDO LANDETA acoge la STS de 5 de marzo de 2007 mediante un trabajo monográfico dedicado al análisis y comentario específico de la misma [GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2007)]. En él, tras efectuar un exhaustivo análisis histórico de la relación existente entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria, y abordar un enjuiciamiento crítico del párrafo 2.º del artículo 1473 del Código Civil, en el que no se adentra la sentencia de 5 de marzo de 2007 por «no citarse como infringido en el recurso» que da lugar a la misma, acomete un detallado análisis de cada uno de los Fundamentos de Derecho que integran la sentencia.

requisito de validez integrante del referido elemento esencial del contrato de compraventa; y de otro lado, que el artículo 34 LH no puede sino constituir una excepción del artículo 33 LH (pues el autor sí mantiene su postura favorable a la afirmación de la subsunción de las adquisiciones *a non domino* en el ámbito del art. 34 LH). Pues bien, lejos de ser así, si se analiza pormenorizadamente el trabajo de recepción de la sentencia de 5 de marzo de 2007 del autor, puede comprobarse que rechaza las anteriores conclusiones y señala que el artículo 34 LH no constituye una excepción del artículo 33 del mismo texto legal, sino que lo modifica «legitimándolo *ex lege*, por ministerio de la Ley, para que sea válida *a non domino* la enajenación que otorga el titular registral».

¿A qué se debe esta incoherencia en los planteamientos del autor que nos ocupa? La respuesta no es otra que la incorrecta comprensión de nuestro complejo sistema de transmisión de los derechos reales, tal y como adelantamos anteriormente. Incorrecta comprensión que queda reflejada singularmente al abordar el autor el estudio y crítica del párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil, en el que se distingue la doble venta del supuesto de la doble enajenación. Esto es, distingue la venta como negocio puramente obligacional de la venta como negocio de disposición. Esta confusión ha sido puesta de manifiesto de manera magistral por CUENA CASAS, quien partiendo del origen romano y meramente obligacional de nuestro contrato de compraventa, afirma que la particularidad de nuestro sistema, y de ahí las confusiones por parte de ciertos autores como el presente, es que la compraventa se configura en nuestro Código Civil como una categoría intermedia entre los negocios meramente obligacionales y los dispositivos, que participan de la naturaleza de las obligaciones (en el sentido de generar obligaciones y no derechos reales), pero interviene en el proceso transmisivo; pero el hecho de intervenir en el *iter* transmisivo no convierte a la compraventa en un negocio de disposición pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil no es suficiente para producir el efecto transmisivo, y, por ende, no requiere el poder de disposición del transmitente (27).

(27) CUENA CASAS (2008, b, págs. 357-365), entiende en este sentido que la STS de 5 de marzo de 2007 confirma lo anunciado por ella misma en estudios precedentes, a saber, que nuestro sistema traslativo está construido sobre la base de la separación entre la esfera jurídico-real y la meramente obligacional, que los contratos forman parte del proceso transmisivo, pero no lo agotan y la transmisión del dominio no constituye un requisito de validez ni de eficacia del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir. Es decir, a juicio de la autora, lo que ha provocado el incorrecto entendimiento del artículo 34 LH es la previa incorrecta interpretación de nuestro complejo sistema traslativo. Un sistema de transmisión de los derechos reales que procede del Derecho romano, en el que se establece la distinción entre los negocios de obligación y de disposición, distinción que se mantiene en nuestro ordenamiento pero desde un planteamiento causal, lo que nos diferencia del sistema alemán en el que dicha delimitación también está presente si bien los negocios obligacionales se hallan desligados del proceso transmisivo. Consecuencia de este planteamiento fue la expresa admisión en Derecho romano de la validez de la venta de cosa ajena.

En definitiva, mediante el razonamiento final dado por el autor, atribuye erróneamente al contrato de compraventa un valor dispositivo que no tiene, de ahí que lo califique como «nulo». Lo llamativo es que la inteligencia de su planteamiento no le lleve a afirmar la aplicación del artículo 33 LH y sí el artículo 34 del mismo texto legal; y que aplicando este último no entienda que constituya la excepción del primero.

CUENA CASAS, por su parte, considera que al afirmar la STS de 5 de marzo de 2007 acertadamente la validez de la venta judicial de cosa ajena, se zanján por parte del Tribunal Supremo dos cuestiones fundamentales:

- De una parte, que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente. En efecto, siendo nuestro sistema de transmisión derivativa de los derechos reales de naturaleza causal, el adquirente de un bien puede no llegar a adquirir por dos razones: la primera por una irregularidad en su título, en su contrato; la segunda, por una irregularidad que afecta al modo de adquirir (art. 433 CC), es decir, a la falta de poder de disposición del transmitente. Pues bien, esta última irregularidad es la que trata de subsanar el principio de fe pública registral. A este respecto, la autora añade un argumento basado en la analogía, a saber, en la propiedad inmobiliaria inscrita el principio de fe pública registral juega el mismo papel que tiene la usucapión ordinaria: subsanar la falta de poder de disposición del transmitente, aunque con la particularidad de que no se requiere en este caso ni transcurso del tiempo ni posesión del adquirente. En definitiva, el artículo 34 LH salva el poder de disposición que es una irregularidad exclusiva del modo del sistema traslativo no atinente al título o contrato (28).
- Y, de otra parte, se fija el alcance del artículo 33 LH, que no debe considerarse excepcionado por el artículo 34 LH, pues de ser así, entenderíamos que la falta de poder de disposición es requisito de validez del título, cuya nulidad excepcionalmente salva el artículo 34 LH. Antes bien, el artículo 34 LH no es una excepción del artículo 33 del mismo texto legal, pues lo que se quiere evitar con este último precepto es que por el hecho de la inscripción lo nulo civilmente se trasmute en válido registralmente. El artículo 33 LH no salva la venta nula de cosa propia y sí la venta formalmente válida de cosa ajena. Desde esta perspectiva, el artículo 33 LH reafirma la validez de la venta de cosa ajena y la presupone, significando el precepto que el Registro purga los defectos del modo pero en ningún caso los del título.

(28) CUENA CASAS (2008, a, págs. 365-368).

En definitiva, la falta de poder de disposición de la que adolece la venta judicial de cosa ajena se ve salvada por el principio de fe pública registral, al constituir una irregularidad atinente al modo y no al título, razón por la que no resulta de aplicación el artículo 33 LH y sí el artículo 34 LH (29).

VELA SÁNCHEZ, en sentido análogo, sostiene que la teoría del título y el modo, aun siendo esencial en nuestro Derecho, tiene una excepción fundamental: la que procede del artículo 34 LH en favor del tercero que de buena fe confía en el Registro. Efectivamente, si el primer comprador llegó a adquirir la propiedad por el concurso del título y el modo es cierto que el segundo adjudicatario adquiere *a non domino*, pero esta es la consecuencia típica de la protección de la apariencia jurídica. Lo que en ellos falta es únicamente el poder de disposición del deudor ejecutado respecto a la cosa adjudicada que es justamente el defecto que la Ley se propone suplir a través del principio de fe pública registral. De no prosperar esta inteligencia, nunca tendría lugar la adquisición *a non domino* permitida por el artículo 34 LH. La ajenidad de la cosa no impide la intervención protectora y sanadora del principio de fe pública registral porque dicha ajenidad no hace nulo el título adquisitivo del tercero, sino que únicamente invalida el modo, cuyo vicio justamente es el que el artículo 34 LH se propone sanar.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 33 LH no impedirá la aplicación del artículo 34 a la venta judicial de cosa ajena, al ser el título de adquisición plenamente válido con independencia de la ausencia de poder de disposición del transmitente. Sí resultará aplicable el artículo 33 LH a aquellos casos en los que el procedimiento de embargo sea en sí mismo nulo (por ejemplo, por defecto o incorrección de las notificaciones en él necesarias), pero nunca cuando falte el poder de disposición, ya que ese elemento afecta al modo y no a la validez del título (30).

LÓPEZ FRÍAS, por su parte, se suma igualmente a estas dos cuestiones sustantivas resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007, que se derivan de la previa afirmación de la validez de la venta judicial de cosa ajena. En efecto, como ya hemos visto en la cuestión sustantiva anterior, la presente autora considera el Tribunal Supremo «consolida con buen criterio la doctrina que debe aplicarse al conflicto planteado», por la que se asume definitivamente que el rematante en subasta puede adquirir válidamente del embargado no dueño, siempre que reúna los requisitos del artículo 34 LH, pues el referido precepto viene precisamente a subsanar tal defecto de titularidad. Como consecuencia de lo anterior, y siendo válida la venta aunque el bien enajenado no pertenezca al deudor, puede decirse que no resultará aplicable el artículo 33 LH. Respecto a esto último,

(29) CUENA CASAS (2008, a, págs. 370-380).

(30) VELA SÁNCHEZ (2009, a, págs. 7-9).

afirma LÓPEZ FRÍAS que con tan importante y acertada solución se logra una adecuada coordinación de los artículos 33 y 34 LH (31).

PÉREZ RAMOS, en este mismo sentido, considera que el rematante de cosa ajena debe resultar protegido por el artículo 34 LH, pues este palía la falta de titularidad del transmitente, por lo que el artículo 33 LH no resulta aplicable. Sostener la nulidad de la venta o embargo de cosa ajena, según el autor, haría nulo el artículo 34 LH, porque salvo que se tratara de bienes muebles, nunca en un inmueble embargado que no pertenezca al ejecutado podría ser aplicable la expresión del artículo 594 LEC: *los hubiere adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*. Asimismo, hace suyas en este punto las importantes palabras de ESPEJO LERDO DE TEJADA, de que «la norma del artículo 33 LH no puede constituir una excepción al sistema diseñado por el artículo 34 LH, cuando el vicio de nulidad que se achaca al embargo es la falta de titularidad del embargado, que precisamente es el defecto que el artículo 34 LH permite subsanar» (32).

Finalmente, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO afirma al respecto que partiendo de la previa validez de la venta administrativa de cosa ajena, la inscripción de la misma puede llevarse a cabo, y lo que hace el artículo 34 LH no es convalidar un previo título nulo convirtiéndolo en válido (como erróneamente se sostenía por algún sector doctrinal y jurisprudencial anterior), sino únicamente suplir la falta de poder de disposición del vendedor. Esto es, el artículo 34 LH ya no se considera desde la doctrina uniforme de la STS de 5 de marzo de 2007 que sea una excepción del artículo 33 LH, sino que únicamente salva la falta de poder de disposición que es un defecto atinente al modo y no al título del proceso transmisivo, que desde esta perspectiva es perfectamente válido; lo contrario supondría negar eficacia alguna al propio artículo 34 LH (33).

1.3. *No es necesario que el tercero hipotecario sea subadquirente para ser protegido*

Esta tercera cuestión es una de las que afirma con mayor claridad y precisión el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de marzo de 2007, concretamente en su Fundamento Jurídico séptimo, en el que señala lo siguiente: *«que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su*

(31) LÓPEZ FRÍAS (2010, págs. 2087 y 2088).

(32) PÉREZ RAMOS (2010, págs. 519 a 521).

(33) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011, pág. 37).

derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente. Esto último se comprende mejor si la conjunción “aunque” se interpreta como equivalente a “incluso cuando”, o imaginando antes de aquella un punto y coma en vez de una coma (...).

Con esta aclaración, el Tribunal Supremo pone fin a una exigencia que venía aplicando erróneamente nuestra jurisprudencia, la de entender que para ser tercero hipotecario, debía mediar una transmisión intermedia entre el *non dominus* inicial y el posterior transmitente. Esto es, se venía exigiendo que para ser considerado tercero, no se adquiriese directamente del *non dominus*, pues ese negocio sería inválido, invalidez que solo quedaría sanada por el artículo 34 LH en una posterior transmisión por parte del primer adquirente a un tercero. Se trataba de un contrasentido, pues esa invalidez por la falta de poder de disposición seguiría acompañando al primer adquirente que volviese a transmitir, y así sucesivamente, pues la falta de poder de disposición seguiría arrastrándose. Un correcto entendimiento de la figura del tercero nos hace ver que se reúne tal condición aunque se adquiera directamente del *non dominus*, pues la misma se tiene respecto del negocio del que deriva el defecto que viene a sanar el artículo 34 LH; defecto que proviene no del propio negocio de adquisición inscrito, sino de un previo negocio no inscrito que es el que provoca la falta de poder de disposición del *tradens* (34).

Pues bien, cinco son los autores que se han detenido en resaltar como acertada esta cuestión sustantiva resuelta por la sentencia que nos ocupa, sumándose a ella; siguiendo un orden cronológico los siguientes: GORDILLO CAÑAS, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, CUENA CASAS, VELA SÁNCHEZ y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO. Y lo interesante, es que no solo han destacado y se han sumado a este planteamiento, sino que lo han precisado en dos sentidos altamente clarificadores:

- 1.º De una parte, que la condición de tercero se tiene de manera indudable, no respecto del propio título adquisitivo, sino respecto de la transmisión anterior de la que se deriva la falta de poder de disposición que el artículo 34 LH se propone sanar. En esta precisión coinciden GORDILLO CAÑAS, GARCÍA-BERNARDO LANDETA y VELA SÁNCHEZ. Veamos lo que nos dicen cada uno de ellos al respecto.

GORDILLO CAÑAS señala que la condición de tercero es indudable, pues lo es respecto de la transmisión previa de la que deriva el defecto que contagia

(34) GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1433) aclara este extremo afirmando: «un tal adquirente es estricta y rigurosamente “tercero”: no, obviamente, respecto de su propio título adquisitivo, pero sí, ciertamente, respecto al título del que arranca la pérdida de su derecho por el transmitente y el consiguiente defecto de titularidad por parte del mismo contra el que le inmuniza el principio de fe pública registral».

la suya propia. Es decir, la condición de tercero se tiene, pues el defecto que invalida el modo de su adquisición procede de una transmisión previa no inscrita, respecto de la que el llamado a proteger no es primero ni segundo (35).

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, por su parte, afirma al respecto que si aceptásemos que el adquirente tenía que serlo, no del titular registral, sino del adquirente del titular registral, tal y como venía sosteniéndose erróneamente en una jurisprudencia anterior, «nada adelantáramos y nos enfrentaríamos con que el contrato de cesión adolecería del mismo vicio de nulidad que el del adquirente del titular registral, pues si el artículo 34 LH no podría actuar en beneficio de este, su contrato sería nulo, con la misma nulidad que la del celebrado entre el titular registral y el adjudicatario en la subasta judicial o administrativa» (36). Se trata de un argumento *a fortiori* dado por el autor (si la primera adquisición adolece de nulidad por la falta de disposición del transmitente, cuanto más la segunda que procederá igualmente de un *tradens* sin poder de disposición porque adquirió de un previo *non dominus*), que aclara ciertamente el no ser necesaria una adquisición intermedia para la existencia del tercero hipotecario.

VELA SÁNCHEZ, finalmente, indica en sentido análogo que se puede ser tercero hipotecario sin que entre la adquisición y la transmisión que hizo perder su derecho al titular registral medie otra transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro de la Propiedad, pues el adjudicatario es tercero respecto de la causa que originó la irregularidad del *iter* transmisivo, la cual procede de una previa transmisión no inscrita. El adquirente inmediato del titular inscrito es ahora tercero respecto al contrato no inscrito de donde arranca la pérdida del derecho de quien aparece en el Registro como dueño (37).

- 2.º) De otra parte, a juicio de CUENA CASAS, lo que aclara el Tribunal Supremo con este extremo sentado en el Fundamento Jurídico séptimo es que el ámbito del principio de fe pública registral no cabe ceñirlo exclusivamente a la hipótesis en la que el *tradens* no es titular del derecho que el Registro publica por haberse resuelto su derecho (por ejemplo, el caso en que el transmitente titular registral deja de ser dueño porque se anula su título adquisitivo —se anula el testamento que le hacía dueño, se resuelve su derecho por falta de pago del precio—), sino que también se extiende a aquellos casos en los que el transmitente no es dueño por haber enajenado antes a otro que no inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad. Efectivamente cuando el artículo 34 LH afirma en el primer inciso del párrafo primero

(35) GORDILLO CAÑAS (2007, a, págs. 1432 y 1433).

(36) GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2007, pág. 102).

(37) VELA SÁNCHEZ (2009, a, págs. 7-12).

que el tercero «será mantenido en su adquisición (...) aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro», el término «aunque» no significa que el tercero solo será mantenido en ese caso, sino «incluso» cuando el derecho de su transmitente no se resuelva ni anule.

En definitiva, lo que hace el Tribunal Supremo en este punto es aclarar el concepto de tercero protegido por la fe pública registral, que no solo es aquel que adquiere de quien deviene *non dominus* por haberse resuelto su derecho por causas que no constan en el Registro, sino también aquel que adquiere de un *ex dominus* (38).

En sentido análogo, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO indica que con este extremo el Tribunal Supremo está aclarando que «en definitiva, es indiferente la causa por la que el titular ya no es propietario, sino que lo importante es que esta (resolución, anulación, venta) no conste en el Registro de la Propiedad» (39).

Pues bien, una vez que hemos desarrollado los diferentes argumentos favorables vertidos sobre la sentencia que nos ocupa al hilo de las cuestiones que los autores han destacado como resueltas, merece la pena detenerse finalmente en un argumento favorable que se sale del esquema referido, ofrecido por un importante autor: LASARTE ÁLVAREZ.

LASARTE ÁLVAREZ estudia la STS de 5 de marzo de 2007 en el seno del análisis de otra serie de sentencias recientes, que han tenido por objeto la interpretación y aplicación del artículo 34 LH —señaladamente la sentencia del Tribunal Constitucional 6/2008, de 21 de enero (40)—. Todo ello, bajo el prisma del estudio de la crisis financiera estadounidense y su íntima conexión con el sistema registral y la técnica aseguradora que les caracteriza.

Se trata de un enfoque ciertamente singular por el que se pone de manifiesto la trascendencia y actualidad del correcto tratamiento del principio de fe pública registral, piedra angular de nuestro sistema de protección registral.

Como es sabido, la preocupante situación económica que atravesamos singularmente en España se debe, principalmente, a la irrupción de la crisis hipotecaria surgida en Estados Unidos durante el año 2007, fruto del carácter global de nuestra economía. No es momento de entrar en cuestiones de corte sociológico y económico, pero sí trasciende al ámbito que nos ocupa el análisis de la causa con-

(38) CUENA CASAS (2008, a, págs. 368 y 369).

(39) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011, pág. 39).

(40) Mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional se ha enfrentado por primera vez a la demanda de amparo de un segundo acreedor hipotecario que, por razones temporales, no es objeto de contemplación en la certificación de cargas expedida en el procedimiento ejecutivo instado por el primer acreedor hipotecario, a consecuencia del cual se adjudica la finca, en subasta, a un tercer adjudicatario, a quien el Tribunal Constitucional considera protegido por la fe pública registral establecida en el famoso artículo 34 LH.

creta de la citada crisis financiera: el extraordinario y desproporcionado aumento de «hipotecas de alto riesgo o basura», con las que se ha venido concediendo crédito a deudores con escasas garantías, todo ello en el seno de un sistema de protección registral que dista de ser ejemplar. Efectivamente, a grandes rasgos puede decirse que el sistema registral estadounidense (puede incluso afirmarse que no existe tal sistema, pues está fragmentado estatalmente) es un sistema de transcripción, en el que los títulos relativos a la propiedad y a los derechos reales se van compilando sin que su consulta resulte ni fácil, ni cómoda, ni particularmente garantista para terceros. Esta falta de calificación técnica de los títulos y la inexistencia de normas protectoras del tráfico inmobiliario conllevan de manera reiterada a que toda operación de préstamo o transmisión inmobiliaria haya de verse acompañada de la correlativa póliza de seguro, con lo que el cataclismo financiero ha venido a arrastrar no solo a bancos y entidades financieras sino también a las entidades aseguradoras (41).

Pues bien, a juicio del autor, parece que la inteligencia que se venía sosteniendo por la doctrina rechazada por la STS de 5 de marzo de 2007 es fruto del contagio de la falta de creencia estadounidense en el sistema de publicidad registral, que por sí mismo y correctamente interpretado con su máxima fortaleza haría innecesarias las garantías adicionales (señaladamente pólizas de seguro) propias de tal sistema. Por el contrario, con la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 2007, junto a muchas otras sentencias que han venido a confirmarla, por la que se afirma que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones procedentes de un no dueño, pues salva la falta de poder de disposición afirmando la validez de la adquisición por parte de quien confía en el Registro y reúne los requisitos establecidos por tal precepto, se logra apuntalar la fortaleza de nuestro sistema de publicidad registral, evitando así la clandestinidad inmobiliaria que la doctrina rechazada originaría; doctrina rechazada que provocaría en palabras de LASARTE ÁLVAREZ, «una situación caótica y perjudicial, tanto en términos objetivos como atendiendo a puras consideraciones de carácter macroeconómico» (42).

En definitiva, gozamos, a juicio del autor, de un sistema de publicidad registral ejemplar, basado en la fortaleza de la inscripción, fortaleza que se logra con la conjunción de dos principios registrales básicos cuales son la legitimación registral y la fe pública registral. Principios, que deben interpretarse y aplicarse con toda su fortaleza y operatividad, lo cual se logra en el caso de la fe pública registral mediante la certera doctrina sentada por la sentenciade 5 de marzo de 2007.

Original planteamiento el de este autor, que aunque no se detiene en precisar las cuestiones sustantivas fundamentales sentadas por la STS de 5 de marzo

(41) LASARTE ÁLVAREZ (2008, págs. 1 a 3).

(42) LASARTE ÁLVAREZ (2008, págs. 12 y 13).

de 2007, sí dota de una gran dosis de actualidad a una materia a la vez clásica como es la del correcto tratamiento del principio de fe pública registral, cuya importancia trasciende a un ámbito de tal repercusión como lo constituye la causa principal de la crisis financiera estadounidense que ha propiciado el grave clima económico en el que vivimos.

2. CUESTIONES OMITIDAS POR LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007

Una vez que hemos estudiado las distintas cuestiones sustantivas que se entienden mayoritariamente resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007, pasaremos ahora a analizar aquellas otras que se consideran, por el contrario, que debieran haberse abordado por la misma, pues aunque una sentencia no constituya un trabajo doctrinal, sí existen aspectos relacionados con el supuesto de hecho enjuiciado concernientes a la aplicación del artículo 34 LH que no deberían haberse obviado según los autores. No son argumentos abiertamente contrarios a la doctrina jurisprudencial, extremo que abordaremos más adelante, sino carencias en materias en cuyo desarrollo, a nuestro juicio y al de determinados autores, debía haberse adentrado la sentencia de unificación jurisprudencial.

De los distintos trabajos de recepción de la sentencia por parte de los autores, son cuatro las cuestiones que han sido subrayadas como desacertadamente omitidas, a la que añadiremos una quinta cuestión cuya omisión no ha sido destacada por los mismos, pero que consideramos particularmente que debiera haber sido objeto de pronunciamiento expreso por parte de la STS de 5 de marzo de 2007. Concretamente, tales cuestiones consideradas como omitidas son las siguientes:

- a) La inclusión de la adquisición en procedimiento de apremio dentro del ámbito de actuación del principio de fe pública registral.
- b) ¿Estamos en el caso del pleito ante una doble venta o ante una venta de cosa ajena? Alcance del artículo 1473 del Código Civil.
- c) ¿La solución a la que llega la sentencia se efectúa en virtud de la aplicación combinada de los principios de inoponibilidad y fe pública registral, o se trata de dos principios independientes?
- d) La configuración del requisito de la buena fe.
- e) El momento en que ha de concurrir la buena fe como requisito para la aplicación del artículo 34 LH.

Veamos lo que nos dicen los autores al respecto de cada una de las cuestiones enunciadas.

2.1. *La inclusión de la adquisición en procedimiento de apremio dentro del ámbito de actuación del principio de fe pública registral*

La presente, constituye una cuestión implícitamente afirmada por la STS de 5 de marzo de 2007, pues sin pronunciarse expresamente al respecto, aplica el artículo 34 LH al supuesto de hecho que enjuicia, que se refiere precisamente a la protección de un adquirente en procedimiento de embargo. No obstante, comprobaremos que existen autores de gran peso que echan en falta, debido a su importancia, una referencia expresa en la sentencia al respecto, de ahí que la hayamos incluido en este apartado.

Nos encontramos ante una cuestión respecto de la que se han venido suscitando dudas tanto en doctrina como en jurisprudencia, principalmente porque no existe referencia expresa alguna a la misma en nuestra legislación positiva. En efecto, el artículo 34 LH determina los requisitos para su aplicación, pero no hace referencia a la posibilidad de amparar igualmente a los adquirentes en ventas judiciales. La pregunta que se plantea, pues, es la siguiente: ¿el rematante en procedimiento de embargo, al inscribir su adquisición puede gozar de la misma protección que, una vez haya inscrito su derecho, obtiene el tercero que de buena fe y a título oneroso adquiere de quien en el Registro aparece inscrito como dueño y con facultades para transmitirlo? Las dudas sobre esta controversia se agravan al recibir una solución diversa en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno más cercano. En efecto, en Alemania queda fuera de la acción sanante del Registro la adquisición en subasta judicial o venta forzosa, pues en virtud del párrafo 90 del ZVG (Ley sobre Ejecución Forzosa Alemana), la transmisión de la propiedad en el ámbito de las ventas judiciales se produce única y exclusivamente con la publicación del auto de adjudicación y, por tanto, al margen del Registro. Según el Derecho alemán, la adquisición de la propiedad derivada de subasta judicial no puede entenderse como la conclusión de un contrato entre el adquirente y el Tribunal o acreedor ejecutante, de ahí que quede excluida del ámbito de aplicación de la fe pública registral, y así se recoge en los párrafos 892 y 893 del BGB (43). En definitiva, la razón de ser de la exclusión del Derecho alemán de la acción sanante del Registro en el ámbito de las ventas forzosas es la consideración de tales como formas de adquisición no negocial, extrañas al campo de las adquisiciones por negocio jurídico que, en cuanto instrumento de la seguridad del tráfico, el Registro de la Propiedad, por tanto, no se propone asegurar. En el Derecho suizo se mantiene, en cambio, el criterio contrario (44).

(43) WESTERMANN, WESTERMANN GURSKY y EICKMANN (2008, págs. 1078, 1103 y 1104).

(44) GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1439).

Nuestro sistema registral, como decimos, no se pronuncia al respecto, si bien la mayoría de los autores (45) han coincidido en afirmar la aplicación del artículo 34 LH a las ventas judiciales —salvo excepcionalmente aquellos de inspiración más germánica (46)—, pues el adquirente de tales ventas puede llegar a reunir todos y cada uno de los requisitos establecidos para su aplicación, incluido el requisito de la necesaria onerosidad.

No es necesario adentrarse en la naturaleza jurídica de la venta judicial para resolver este extremo, como equivocadamente hace algún autor (47), pues el artículo 34 LH no exige que el adquirente adquiera mediante contrato de compraventa, sino únicamente que adquiera «a título oneroso». Esa onerosidad es indudable que se da en las ventas judiciales: partiendo de que por acto oneroso se entiende, según DÍEZ PICAZO, «*aquel que haya exigido una contraprestación o un sacrificio patrimonial al adquirente*», no existe duda alguna en afirmar que dicho sacrificio o contraprestación se da claramente en el precio que debe abonar el adjudicatario para adquirir el dominio del bien objeto de embargo y correlativa subasta.

Esta postura favorable de la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia ha encontrado su refrendo legal en el artículo 594 LEC, que en su apartado primero afirma: «*El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercera de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*».

(45) En nuestra doctrina más reciente, vid. DÍEZ PICAZO (2008, pág. 530): «En la hipótesis del artículo 34 LH el tercero protegido lleva a cabo una adquisición del dominio o de otro derecho real, en virtud de un acto o negocio jurídico que lo relaciona con el titular registral. Puede tratarse de un negocio jurídico *inter partes*, pero podrá tratarse también de un acto jurídico no negocial (...), por ejemplo: la finca que aparece inscrita a nombre de Ticio, como titular registral, es adquirida en subasta pública judicial por Cayo». Igualmente, GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1440): «El conflicto que se produce en la que venimos denominando adquisición *a debitore non domino* en procedimiento de apremio es el mismo que genéricamente la Ley Hipotecaria resuelve a favor del derecho inscrito frente al que dejó de inscribirse, y más específicamente, el que se plantea entre el titular del derecho no inscrito y quien onerosamente y de buena fe lo adquiere de su titular registral». También, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1999, pág. 557): «La transmisión puede ser voluntaria (...) o forzosa (por ejemplo, en subasta pública por ejecución judicial»; refiriéndose al requisito de la onerosidad necesario para la aplicación del artículo 34 LH).

(46) GONZÁLEZ MARTÍNEZ (1931, pág. 163). Recientemente, también ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, pág. 2055), quien afirma sorprendentemente lo siguiente: «el remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, pues el remate no es una adquisición a título oneroso (es un acto aleatorio) (...). El remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre precio y valor, es lo que justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación». Nos ocupamos de rebatir esta apreciación en el apartado correspondiente a los argumentos contrarios a la doctrina jurisprudencial.

(47) Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, págs. 2055 y 2056).

Con este último pasaje resaltado en negrita, la Ley de Enjuiciamiento Civil se está refiriendo, sin duda alguna, a la adquisición mediante la protección del artículo 34 LH, único modo de adquirir irreivindicablemente bienes inmuebles habiéndolo hecho de un *non dominus*, pues es el único mecanismo que valida la adquisición que adolece de tal defecto de manera irrefutable (48).

Llegados a este punto, y partiendo de que se trata, tal y como afirmamos al comienzo, de una cuestión «implícitamente afirmada por la STS de 5 de marzo de 2007», ¿a qué se debe su inclusión en este epígrafe concerniente a las cuestiones «omitidas» erróneamente por la sentencia? Siguiendo a GORDILLO CAÑAS, de quien discrepamos en este punto, pese a tratarse de una cuestión afirmada implícitamente por la sentencia, ya que al aplicar el artículo 34 LH al supuesto de hecho enjuiciado (protección de adquirente en procedimiento de apremio) parece darse una respuesta afirmativa al respecto, dada la importancia y lo controvertido de la materia en cuestión, la afirmación en cuestión debió haber sido expresa (49).

(48) Esta es la interpretación sostenida por una gran mayoría de autores, señaladamente los siguientes: GORDILLO CAÑAS (2007, b, pág. 600): «es cierto que la irreivindicabilidad sancionada en este precepto no es una irreivindicabilidad absolutamente necesaria; pero el hecho de que sea así no resta un ápice de valor al mandato que la enuncia: es la simple y necesaria manifestación de que en la protección de la adquisición *a non domino* no es suficiente haber adquirido de quien no es dueño, sino que tal adquisición debe producirse siempre encuadrada en un conjunto de circunstancias sin las cuales no se justifica su protección (...) (el art. 594 LEC) es una norma que viene a declarar y sanciona (...) que la adquisición en pública subasta entra en el campo al que alcanza el efecto sanante del principio de fe pública registral». Asimismo DOMÍNGUEZ LUELMO (2009, pág. 412): «la verdadera importancia del actual artículo 594 LEC es que parece fuera de toda duda que quien adquiere en una ejecución puede quedar protegido por la fe pública registral si se cumplen los requisitos del artículo 34 LH». De la misma forma, DÍAZ MARTÍNEZ (2001, pág. 82): «del artículo 594.1.º LEC se deduce que si se embargó por error un bien perteneciente a un tercero y no al ejecutado y aquel no interpuso temporáneamente la tercería de dominio o esta fue desestimada todavía podrá ejercitar una acción reivindicatoria frente al que adquirió el mismo en el procedimiento de apremio, la cual deberá, en principio, prosperar, salvo que se dé alguno de los supuestos de irreivindicabilidad previstos por la legislación sustantiva, que no son otros que los derivados del artículo 464 del Código Civil para los muebles y del artículo 34 LH para los inmuebles». En este mismo sentido, VELA SÁNCHEZ (2009, b, pág. 178): «la adquisición de modo irreivindicable del artículo 594.1 LEC requiere, necesariamente, el juego del principio de fe pública registral y, por ende, el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH». En el seno de la doctrina procesalista, de modo análogo, CACHÓN CÁRDENAS (2000, pág. 2956): «cuando se trate de bienes inmuebles, los criterios generales de los que se ha de partir, para determinar si la transmisión es o no irreivindicable, son los previstos en el artículo 34 LH (...)». También FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001, pág. 2867): «los bienes pueden haber sido adquiridos de forma irreivindicable si se adquirieron en las condiciones del artículo 34 LH (...)». Igualmente, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES (2004, pág. 26): «si el bien perteneciente a un tercero, que ha sido embargado y enajenado, es un inmueble, el adquirente del mismo, en el procedimiento de apremio, solo gozará de la plena protección que otorga la irreivindicabilidad si lo ha adquirido en las condiciones establecidas en el artículo 34 LH para el llamado tercero hipotecario».

(49) GORDILLO CAÑAS (2007, a, págs. 1439 y 1440).

A nuestro entender, por el contrario, esta omisión criticada por el autor no puede llegarse a calificarse como tal, pues tal y como él mismo reconoce, la propia sentencia afirma implícitamente la subsunción de las ventas judiciales en el ámbito del artículo 34 LH al aplicarlo al adjudicatario de nuestro caso; extremo cuya importancia no debe desecharse, por mucho que resulte de una manera no tan explícita como hubiera resultado deseable (50).

2.2. ¿Estamos en el caso del pleito ante una doble venta o ante una venta de cosa ajena? Alcance del artículo 1473 del Código Civil

Se trata de una cuestión muy controvertida en el seno de nuestra mejor doctrina y jurisprudencia, que sin embargo sí ha sido resuelta por una sentencia de unificación de doctrina posterior, de 7 de septiembre de 2007 (51), sobre cuya resolución debió haberse detenido la STS de 5 de marzo de 2007, a juicio de GORDILLO CAÑAS y BUSTOS PUECHE.

En efecto, ambos autores destacan que la solución de esta cuestión sustantiva como omisión de la sentencia que nos ocupa, aunque con enfoques ciertamente contrarios. Y digo contrarios porque comprobaremos que GORDILLO CAÑAS destaca y se detiene en esta omisión, pero la entiende finalmente justificada; mientras que BUSTOS PUECHE considera que tal omisión no encuentra justificación. Desarrollemos cada una de las posturas referidas.

GORDILLO CAÑAS señala que poco dice sobre esta cuestión la STS de 5 marzo de 2007 (52), cuando se trata de un problema fundamental puesto de manifiesto por el Fundamento de Derecho quinto de la referida resolución al enunciar la contradictoria jurisprudencia anterior. El motivo de esta omisión, entiende el autor, se debe a que no es necesario para la solución del caso entrar en el problema, tan enturbiado doctrinalmente. Además, no es un precepto alegado como infringido por las partes, por lo que por razones de congruencia procesal no procede entrar en él (así lo dice expresamente el Fundamento de

(50) En consonancia con nuestra postura, GUILARTE GUTIÉRREZ (2011, pág. 47) afirma que «una de las importantes consecuencias que se derivan de la STS de 5 de marzo de 2007 es, precisamente, la de considerar que el rematante de una adjudicación en subasta se integra en el ámbito del artículo 34 LH, toda vez que en la transmisión forzosa operada a favor del rematante hay onerosidad».

(51) Nos ocuparemos de su análisis posteriormente, pues constituye una sentencia que guarda la misma importancia que nuestra STS de 5 de marzo de 2007, en la medida en que unifica doctrina en torno a una serie de cuestiones que, como tendremos ocasión de comprobar, no han sido resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007.

(52) En efecto, afirma GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1440): que en este punto lo único dicho por la STS de 5 de marzo de 2007 es lo siguiente: «se trató de una segunda enajenación hecha por el mismo transmitente, puesto que la escritura pública se otorgó por la autoridad administrativa competente en sustitución del mismo».

Derecho octavo de la sentencia). No obstante, dada su importancia, GORDILLO CAÑAS se adentra en esta cuestión, dando su parecer al respecto, que puede resumirse como sigue:

- No es cierto que la doble venta exija la proximidad temporal entre una y otra, y que, de no darse esta, estemos fuera de él y dentro del caso de la venta de cosa ajena. Las fuentes hablan en sentido contrario: en *tiempos departidos*, decían las Partidas.
- Es desafortunado que al sacar el caso del molde de la doble venta para llevarlo al de la venta de cosa ajena, se niegue al adquirente posterior que inscribe la protección del artículo 34 LH, entendiendo que lo impide el artículo 33 por ser nula la venta de cosa ajena. Antes bien, el tópico de la venta de cosa ajena viene a decir justamente lo contrario: *cosa ajena vendiendo un hombre a otro, valdrá la venta* (P. 5-5-19). La ajenidad de la cosa no impide la validez del título (art. 1953 CC).
- Habiendo previa inscripción a favor del *debitor non dominus*, pierde interés la subsunción del caso en una u otra figura. Entra literalmente y sin más en la hipótesis del artículo 34 LH: el rematante y adjudicatario adquiere de buena fe y por título oneroso de quien en el Registro aparece como dueño. Ello explica el que la sentencia no se haya detenido en la justificación de la subsunción del caso en la doble venta o la venta de cosa ajena (53).

En definitiva, lo que inicialmente se enuncia por parte del autor como una omisión, finalmente viene a justificarse, confirmando su acertada ausencia en la STS de 5 de marzo de 2007.

Consideramos acertada esta apreciación efectuada por GORDILLO CAÑAS, pues aunque se trata de una cuestión fundamental en la controvertida jurisprudencia precedente, no es menos cierto que para la solución del supuesto de hecho objeto de la sentencia que nos ocupa, basta con acudir al correcto entendimiento y aplicación del artículo 34 LH, con independencia de que a tal solución también pueda llegarse complementariamente con el artículo 1473.2 del Código Civil, que también resultaría de aplicación.

BUSTOS PUECHE (54), por el contrario, como ya hemos anticipado, considera que en ningún caso puede fijarse como definitiva una doctrina sobre el artículo 34 LH que no haga referencia a esta cuestión sustantiva.

(53) GORDILLO CAÑAS (2007, a, págs. 1440 y 1441).

(54) BUSTOS PUECHE analiza la STS de 5 de marzo de 2007 mediante un trabajo monográfico que tiene por objeto exclusivo su comentario y crítica [BUSTOS PUECHE (2008, págs. 1071 a 1087)]. Ya el propio título del trabajo en cuestión nos da muestras sobre la opinión, ciertamente desfavorable, del autor hacia la referida sentencia: «Un intento del Tribunal Supremo por fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH»; lo intenta y

Afirma el presente autor que al obrar de esa forma, la formulación de la interpretación del artículo 34 LH peca de casuística, de modo que no sería fácil saber cuál sería el criterio del Tribunal para otros casos que no sean los contemplados expresamente en la STS de 5 de marzo de 2007 (55).

¿Cómo podría superarse esta deficiencia? Según BUSTOS PUECHE, acudiendo a la doctrina de la apariencia jurídica encontraremos solución a todos los casos posibles, pues todos ellos tienen cabida en la figura del sujeto protegido por tal doctrina.

En efecto, BUSTOS PUECHE, conocido partidario de la doctrina de la apariencia jurídica (56), considera que el principal error en el que incurre la STS de 5 marzo de 2007, es el no percatarse de que el caso del tercero hipotecario no es sino una especie del género «sujeto protegido por la apariencia jurídica»; de modo que no hay que encerrarse, a su parecer, en el artículo 34 LH, sino ascender a la doctrina de la apariencia jurídica, recordar sus requisitos y comprobar luego en cuál de los sujetos en conflicto concurren. Al no haber obrado así la STS de 5 de marzo de 2007, su esfuerzo por fijar la doctrina acerca del artículo 34 LH no será definitivo (57). Esto es, lo importante no es ser tercero hipotecario, sino sujeto protegido por la apariencia jurídica, supuesto general en el que tienen cabida no solo el tercero hipotecario, sino también muchos más casos. En definitiva, los preceptos hipotecarios, tales como el artículo 34 LH, no deben interpretarse desde sí mismos de forma aislada, sino en conformidad con la doctrina general de la apariencia jurídica (58).

Como ya venimos reiterando, nos parece que el artículo 1473 del Código Civil es un precepto que también resulta aplicable al supuesto de nuestra sentencia, al igual que su corolario artículo 32 LH, ya que ambos nos llevarían a proteger al adjudicatario inscrito, si bien el grado de protección que se conseguiría con estos preceptos es inferior al que obtiene en virtud de la aplicación del artículo 34 LH. Ciertamente es que hubiese resultado verdaderamente ilustrativa una interpretación uniforme acerca de la doble venta y venta de cosa ajena, pues es una de las cuestiones más controvertidas de la jurisprudencia precedente, pero no es menos cierto que se trató de un precepto no alegado como infringido por

dicho intento es plausible, pero a juicio del autor, no lo consigue, de ahí que se quede en un mero intento.

(55) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1076).

(56) BUSTOS PUECHE define la doctrina de la apariencia jurídica como «aquella institución por cuya virtud el ordenamiento jurídico reconoce eficacia a una situación que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles». BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1081). Para un estudio extenso de esta doctrina sustentada por el autor, vid. BUSTOS PUECHE (1999).

(57) BUSTOS PUECHE (2008, págs. 1071 y 1072).

(58) Como apoyo a su postura, cita BUSTOS PUECHE dos sentencias que parecen sustentarla: SSTs del 21 de junio de 2002 y 29 de mayo de 2006. BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1080).

ninguna de las partes, de manera que la congruencia procesal imponía en cierto modo silenciar dicha cuestión. Además, existe una sentencia posterior que ya sí unifica doctrina en torno a la interpretación del artículo 1473 del Código Civil (la STS de 7 septiembre de 2007); pero se trata de una doctrina menos consolidada que la de la STS de 5 de marzo de 2007, pues posteriores sentencias resuelven casos análogos acudiendo en exclusiva al artículo 34 LH, omitiendo toda referencia al artículo 1473 del Código Civil (59). Ello es demostrativo de que dándose los requisitos del artículo 34 LH, más poderoso instrumento en el ámbito de la protección de nuestro sistema hipotecario, carece de sentido acudir a instrumentos de menor protección como son el artículo 1473.2 del Código Civil y su corolario artículo 32 LH.

¿Peca por ello el Tribunal Supremo de excesivo casuismo, tal y como alega BUSTOS PUECHE? Pues no puede negarse la mayor, pero no debe olvidarse que la función jurisdiccional de nuestros Tribunales es la resolución de problemas y cuestiones concretos, por lo que, aunque se unifique doctrina, su casuismo no es criticable, sino elogiable: se trata de doctrina jurisprudencial y casuística, no de doctrina dogmática y genérica (60).

(59) Ya hemos anticipado que nos ocuparemos posteriormente del estudio de la importante STS de 7 de septiembre de 2007, cuya trascendencia reside fundamentalmente en la unificación de doctrina por parte de la misma en torno a una serie de cuestiones no resueltas por nuestra STS de 5 de marzo de 2007. Entre otras, la concerniente a la interpretación del artículo 1473 del Código Civil y su concreto engarce en relación con la controvertida cuestión de la doble venta y venta de cosa ajena: se viene a afirmar que el artículo 1473 del Código Civil resulta aplicable a ambos supuestos, no siendo excluyentes, sino complementarios. Pues bien, partiendo de esta doctrina jurisprudencial, daría muestras de su consolidación que las sentencias posteriores en las que se enjuiciasen supuestos de venta ordinaria o judicial de cosa ajena se acudiese, no solo al artículo 34 LH, cuya aplicación queda fuera de toda duda tras la doctrina uniforme sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, sino además al artículo 1473 del Código Civil. Lejos de ser así, existen tres sentencias de nuestro Alto Tribunal donde se enjuician supuestos de venta de cosa ajena en los que solo se acude al artículo 34 LH en aplicación de la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, pero no al artículo 1473 del Código Civil, concretamente las siguientes: STS de 5 de mayo de 2008, sobre un supuesto de venta judicial de cosa ajena (en ella, no solo no se aplica el art. 1473 CC, sino que se contradice abiertamente la doctrina de la STS de 7 de septiembre de 2007, al afirmar que el art. 1473 CC solo resulta aplicable a los supuestos de doble venta, entendiendo por estos a aquellos en los que ninguna de las ventas ha llegado a consumarse); la STS de 18 de noviembre de 2008, sobre un supuesto de venta judicial de cosa ajena; así como la STS de 20 de julio de 2010, sobre un supuesto de doble venta del que se deriva un caso de venta ordinaria de cosa ajena. Nótese que hemos abordado todas estas cuestiones con mayor detalle en nuestro estudio doctrinal: MURGA FERNÁNDEZ (2012, a).

(60) Tal y como afirma VIEHWEG (1963, págs. 129 y 130), «la estructura de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y solo pueden ser comprendidas desde él; y, los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia solo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema».

En cuanto a la continua alusión a la necesidad de acudir a la doctrina de la apariencia jurídica, a nuestro juicio, se trata de una doctrina que parece tener reflejo en diferentes preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, pero entendemos que una construcción alejada de la letra de nuestra legislación positiva, con requisitos no establecidos de manera expresa sino en base a lógicas construcciones científicas, no puede elevarse a la categoría de doctrina general aplicable a supuestos de hecho variopintos y con importantes intereses en juego como es el caso del tercero hipotecario, pues ello va en detrimento de la seguridad jurídica.

2.3. *¿La solución a la que llega la sentencia se efectúa en virtud de la aplicación combinada de los principios de inoponibilidad y fe pública registral, o se trata de dos principios independientes?*

GORDILLO CAÑAS afirma que se trata de una cuestión que la sentencia deja caer con la expresión siguiente: «*se trata de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral*». Lo que a juicio de GORDILLO CAÑAS está en juego mediante esta respuesta es el problema del dominado y polémico *monismo o dualismo de nuestro sistema hipotecario*, o lo que es lo mismo, el de la relación entre los artículos 32 LH, con sus paralelos civiles: 606 y 1473 del Código Civil y 34 LH. ¿Suponen cada uno de estos preceptos supuestos distintos con tratamientos necesariamente diferenciados? A juicio de GORDILLO CAÑAS, sí suponen los preceptos supuestos distintos:

- 1.º Cuando, como en el caso del pleito, el embargo ha sido registralmente anotado, de modo que en el Registro aparecía inscrita la finca trabada como propia del deudor: procede la subsunción de la adquisición del adjudicatario en el artículo 34 LH, gozando exclusivamente de la protección del principio de fe pública registral. La inoponibilidad de la anterior transmisión no inscrita no es consecuencia de un principio distinto, sino que es simplemente la manifestación negativa del principio de fe pública: lo no inscrito, aunque existente en la realidad extrarregistral, no cuenta para el tercero que confía en la exactitud del Registro.
- 2.º Cuando, por el contrario, el adjudicatario no adquiere de deudor que sea titular inscrito pero es él quien lleva su adquisición al Registro: este es el caso en el cual el artículo 1473.2 del Código Civil y 32 LH se erigen en criterio y norma autónoma de solución, porque no habiendo previa inscripción, el supuesto no puede deslizarse a terrenos del principio de fe pública registral. En efecto, sin engarce posible en una previa inscripción merecedora de la discreta confianza del tercero

adquirente, la que este hace de su adquisición se erige en fundamento de la preferencia del derecho inscrito frente al anterior no publicado o clandestino e incompatible con él.

En esta protección se cifra y consiste, a juicio del autor, el moderado y desigual dualismo de nuestro sistema registral, el efecto autónomo del principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito cuando la hipótesis de la doble venta, por defecto de previa inscripción no puede ser subsumida en el supuesto legalmente exigido y previsto para la entrada en acción del principio de fe pública registral (61).

En efecto, la cuestión de si en nuestro sistema registral existe un único tercero (contemplado tanto en el art. 32 LH, como en el art. 34 LH, aunque con distinto grado de protección), o dos terceros registrales distintos (el latino del art. 32 LH, expresión de la inoponibilidad de lo no inscrito, y el germánico del art. 34 LH, con total protección frente a lo inscrito), es una cuestión altamente debatida por nuestra doctrina. Ahora bien, ¿es necesario que la STS de 5 de marzo de 2007, se hubiese pronunciado extensamente sobre esta cuestión? De lo que no cabe duda es que para adquirir válidamente, el adjudicatario debió reunir los requisitos del artículo 34 LH, pues necesita de su acción sanante al no ostentar el deudor embargado poder de disposición sobre la cosa. Evidentemente, la anterior transmisión no inscrita le será igualmente inoponible en virtud del artículo 32 LH, pero para adquirir válidamente y de forma irrefutable, necesita del artículo 34 del mismo cuerpo legal. Ciertamente, hubiese sido aconsejable que la sentencia hubiese hecho alguna precisión al respecto, pero ello no altera el resultado satisfactorio finalmente alcanzado por la misma en su correcta aplicación del artículo 34 LH a un supuesto de venta judicial de cosa ajena que es lo fundamental de la doctrina que sienta.

Resuelto lo fundamental, cuestiones tan sumamente controvertidas como la del monismo o dualismo de nuestro sistema registral resultan un lujo, aconsejable, pero accesorio.

Como podemos comprobar, autores que se han mostrado favorables a la doctrina jurisprudencial sentada por la STS de 5 marzo de 2007, no dejan por ello de abordar un enjuiciamiento crítico de la misma, destacando sus lagunas e insuficiencias; enjuiciamiento crítico elogiado, pues debe ir aparejado a toda aproximación realmente científica.

(61) GORDILLO CAÑAS (2007, a, págs. 1443 y 1444).

2.4. La configuración del requisito de la buena fe

Poco se dice en la STS de 5 de marzo de 2007, sobre el requisito de la buena fe, dándose por hecho su concurrencia sin existir otra referencia acerca de tal requisito más que la siguiente cita incluida en el Fundamento Jurídico octavo de la misma: «(...) *tal situación (refiriéndose a la pérdida del derecho de propiedad por parte del primer adquirente que no inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad) es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral y que su remedio habrá de buscarse, en la etapa inicial, en las garantías normativas y contractuales de las cantidades entregadas a cuenta del precio; en su etapa intermedia, en la tercera de dominio; y en su etapa final, en la demostración de la ausencia de buena fe del tercero (...)».*

Ciertamente, al ser el primer adquirente una entidad bancaria, lo más lógico es pensar que no poseyó físicamente la finca, ni creó signos aparentes de su propiedad, de ahí que el requisito de la buena fe en este caso no parece que plantee mayores problemas, pero ello no es óbice para que la sentencia se hubiese pronunciado al respecto. ¿Qué ocurrirá en aquellos casos análogos en los que el sujeto que pierda la propiedad sea un particular que poseía el bien litigioso? ¿Se entenderá que concurre el requisito de la buena fe a pesar de tal posesión, por el mero hecho de acudir al Registro de la Propiedad y constatar que el sujeto embargado es titular del bien? Nos estamos refiriendo, a la controvertida cuestión de la configuración del requisito de la buena fe, sobre la que hubiese sido deseable que la sentencia se pronunciara, de ahí que la hayamos incluido entre las «omisiones» cuya resolución se echa en falta por parte de la misma.

Existen, en torno a tal requisito, dos configuraciones posibles sostenidas fundamentalmente por los autores:

- 1.º Una primera configuración meramente «psicológica», consistente en una mera ignorancia de la realidad (es la denominada «concepción psicológica de la buena fe»). Los principales partidarios de esta postura son: ROCA SASTRE (62), MIQUEL GONZÁLEZ (63), CANO TELLO (64), GARCÍA GARCÍA (65), PAU PEDRÓN (66), LÓPEZ FRÍAS (67) y GUILARTE GUTIÉRREZ (68) entre otros.
- 2.º Y una segunda configuración «ética» de la buena fe, conforme a la cual la buena fe no solo es una mera ignorancia de la realidad sino que exige,

(62) ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, BERNÁ I XIRGO (2008, págs. 371 y sigs.).

(63) MIQUEL GONZÁLEZ (1990, págs. 19 a 22).

(64) CANO TELLO (1992, págs. 302 y 303).

(65) GARCÍA GARCÍA (1999, págs. 487 y sigs.).

(66) PAU PEDRÓN (2001, págs. 189 y 190).

(67) LÓPEZ FRÍAS (2010, págs. 2088 a 2091).

(68) GUILARTE GUTIÉRREZ (2011, págs. 49 y 50).

además, un cierto elemento de excusabilidad que la haga justificable y, al menos, éticamente disculpable. Desde esta última postura, para ostentar buena fe, por tanto, no solo es preciso ignorar la realidad, sino que además es preciso actuar diligentemente y de acuerdo con unos cánones o criterios de conducta que sean socialmente aceptables (69). Los principales partidarios de esta segunda postura son: Díez PICAZO (70), DE PABLO CONTRERAS (71), ESPEJO LERDO DE TEJADA (72), GORDILLO CAÑAS (73), LACRUZ BERDEJO (74), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (75), VALLET DE GOYTISOLO (76) y VELA SÁNCHEZ (77).

Desarrollemos, en mayor medida, estas dos posturas, adentrándonos en sus orígenes.

Siguiendo a MIQUEL GONZÁLEZ, parece ser que el origen de la polémica entre ambas configuraciones se debe a C. G. WACHTER y C. G. BRUNS, quienes en torno a 1870 desarrollan esta discusión a propósito de la buena fe exigida en el Derecho Común para la prescripción adquisitiva extraordinaria.

WACHTER puede reputarse como el estandarte de la configuración «psicológica de la buena fe», mientras que BRUNS lidera la concepción «ética» de la misma; denominación, psicológica y ética, acuñada precisamente por BRUNS. Veamos qué nos dicen cada uno de estos autores al respecto, lo que nos permitirá obtener un mejor plano de situación para nuestra posterior toma de postura.

WACHTER considera que la buena fe es la creencia de no cometer ningún injusto respecto de nadie. Añade que la creencia es solamente un hecho cuya existencia no puede depender de cuál sea la causa sobre la que descansa, por tanto tampoco depende de la excusabilidad del error. De este modo, la Ley no puede excluir la buena fe por razón de la inexcusabilidad del error, porque no puede hacerse depender la existencia fáctica de una circunstancia por el modo de originarse la creencia de hecho. Todo ello quedaría confirmado, según WACHTER, por pasajes del *Digesto* que admiten la buena fe también en caso de error de Derecho, por tanto, también en caso de error inexcusable según los romanos.

Frente a estas afirmaciones, BRUNS argumenta que la inteligencia seguida por WACHTER descansa en el concepto y palabra alemana *Glauben*, que sig-

(69) Díez PICAZO (2008, pág. 527).

(70) Díez PICAZO (2008, págs. 527 y 528).

(71) DE PABLO CONTRERAS, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, PÉREZ ÁLVAREZ (2008, págs. 376 y 377).

(72) ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, págs. 412 y 413).

(73) GORDILLO CAÑAS (2008, pág. 509 y sigs.).

(74) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA (2001, págs. 185 y 186).

(75) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1999, págs. 555 y 556).

(76) VALLET DE GOYTISOLO (1962, pág. 220 y sigs.).

(77) VELA SÁNCHEZ (2009, b, pág. 107).

nifica creencia. Pero la palabra romana *Fides* no es idéntica a esta, ya que no significa creencia, sino fidelidad, confianza u honradez. Así, siguiendo a BRUNS, no podrá ser considerado como poseedor de buena fe, según un sentimiento ético natural, quien cree algo en su beneficio con ceguera egoísta y ligera, sino solamente el que lo haga según una honrada y concienzuda reflexión y también objetivamente fundada. No importa, dice BRUNS, que uno haya creído realmente, de hecho, sino lo que podría creer como hombre honrado, lo que él habría podido o debido creer o saber. El principio de la buena fe, pues, no es psicológico, sino un principio ético-jurídico-comercial (78).

Hasta aquí el planteamiento originario de ambas posturas, sobre las que mucho más podría decirse y sobre las que mucho se ha escrito en uno y otro sentido.

Llegados a este punto, ¿con qué configuración del requisito de la buena fe nos alineamos? Nosotros consideramos más acertada la configuración ética de la buena fe, aportando para sustentar nuestra postura los argumentos que siguen:

1.º Siguiendo a GORDILLO CAÑAS, puede afirmarse que la misma denominación «buena fe» está ya haciendo referencia por sí misma a la dimensión moral que permite diferenciarla del craso error o la simple ignorancia» (79).

En efecto, no tendría sentido que el artículo 34 LH hiciese referencia a la buena fe, si la misma fuere meramente equivalente a la simple ignorancia. La buena fe como sinónimo de ignorancia de la realidad extrarregistral, probada con el mero hecho de conocer la realidad registral, solo tiene sentido en ordenamientos de inscripción registral constitutiva tales como el alemán (*ex* parágrafo 892 del BGB), en los que toda averiguación que vaya más allá del contenido estrictamente registral se hace superflua, pues en el ámbito inmobiliario no pueden darse supuestos de divergencia entre la realidad registral y extrarregistral. Pero ello no es así en ordenamientos como el nuestro, de inscripción declarativa, en los que la constitución de la propiedad y demás derechos reales (salvo contadas excepciones como el derecho de hipoteca y el censo), tiene lugar al margen del Registro. En un sistema como el nuestro sí tiene sentido que una adquisición *ex lege*, como es la proclamada al amparo del principio de fe pública registral, necesite de un elemento adicional que vaya más allá de la realidad registral con el que se justifica tal excepcional adquisición.

Prueba de lo anterior, acudiendo de nuevo al Derecho alemán, es que en el ámbito de los bienes muebles, los cuales se adquieren al margen del registro público, pues no lo hay para los mismos, sí se excluye de protección al que haya incurrido en negligencia grave (*ex* parágrafo 932. 2 BGB).

(78) MIQUEL GONZÁLEZ (1989, págs. 500 a 502).

(79) GORDILLO CAÑAS (2008, pág. 587).

Podría rebatirse lo anterior, tal y como hace MIQUEL GONZÁLEZ, argumentando que la existencia de medios de publicidad al frente de los cuales se encuentran profesionales altamente cualificados y para cuyo acceso debe pasarse por el riguroso filtro de la calificación registral, debe liberar a los terceros de una carga de investigar que vaya más allá del propio Registro (80).

A nuestro parecer, la existencia de un medio fehaciente de publicidad accesible a todo tercero es un elemento básico en el que apoyar la buena fe del sujeto a proteger, pero no integra el requisito de la buena fe por sí solo: precisamente porque al ser nuestro sistema registral de inscripción declarativa, la discrepancia entre la realidad registral y extrarregistral es inevitable, lo que justifica que un recurso extraordinario de validación de la adquisición a *non domino* de la propiedad y demás derechos reales necesite de un elemento adicional que exige que el error en cuestión sea inexcusable.

Tal y como afirma VALLET DE GOYTISOLO, para obrar milagros, tales como el que se lleva a cabo mediante el instrumento de la fe pública registral, el Derecho no suele conformarse con una buena fe corriente, sino que exige además que aquella creencia equivocada se funde en un signo sensible merecedor de especial credibilidad (81).

2.º Existe un claro testigo, siguiendo igualmente a GORDILLO CAÑAS, de la necesidad de que la buena fe consista en un comportamiento diligente por parte del tercero que vaya más allá de la simple consulta al Registro, cual es el artículo 36 LH, que parece enteramente aplicable analógicamente a nuestro problema, puesto que no hay ninguna razón que permita reducir su *ratio* al caso de la usucapción *contra tabulas* (82).

MIQUEL GONZÁLEZ se opone a este argumento, considerando que la exclusiva *ratio* de aplicación del artículo 36 LH es la prescripción adquisitiva, no extensible, pues al ámbito del artículo 34 LH el legislador en el párrafo segundo de dicho precepto parece dejar claro el contenido y configuración del requisito de la buena fe, identificándolo con la «ignorancia de la inexactitud registral». Afirma MIQUEL GONZÁLEZ, en este sentido, que solamente respecto de la posesión en concepto de dueño se formula por la Ley un criterio más riguroso, pero explicable por no ser controlable por los datos registrales (83).

Pues bien, ¿es cierto que el artículo 34.2 LH sienta con total claridad la configuración del requisito de la buena fe? Reproduzcamos para dar respuesta a esta pregunta, el párrafo segundo del artículo 34 LH, a cuyo tenor: «*La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*».

(80) MIQUEL GONZÁLEZ (1989, pág. 507).

(81) VALLET DE GOYTISOLO (2005, pág. 265).

(82) GORDILLO CAÑAS (2006, págs. 587 y 588).

(83) MIQUEL GONZÁLEZ (1989, págs. 504 a 506).

Como puede comprobarse, en este párrafo únicamente se contiene la presunción de la buena fe con la que cuenta a su favor el tercero a proteger, así como el carácter *iuris tantum* de tal presunción, pero poco se dice sobre su concreto contenido y configuración. De ahí que sea útil y necesario acudir al artículo 36 LH, que si bien se refiere a la usucapión *contra tabulas*, no es menos cierto que no deja de constituir un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley, lo cual justifica su aplicación por analogía al ámbito del artículo 34 LH.

3.º Finalmente, desde un punto de vista ético o moral que debe justificar, si no la propia existencia de la buena fe, sí al menos los efectos protectores que se deriven de la misma en virtud de la Ley —así lo reconocen los mismos partidarios del requisito de la buena fe psicológica (84)—, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO, puede decirse que merece mil veces mayor protección el labrador que cultive sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que, en contacto con la cosa, realiza el fin social de esta, aunque no la inscriba en el Registro, que no aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque haya cumplido a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado de echar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir (85).

En definitiva, el tercero hipotecario no puede limitarse a consultar el Registro para reunir el requisito de la buena fe, sino que debe hacer algo más, no desconociendo aquellas situaciones posesorias que se opongan frontalmente a lo publicado en el Registro. Esto es, sostenemos una postura ecléctica, en virtud de la cual no negamos valor a la realidad registral, pero entendemos que esta no puede bastar cuando se oponga claramente a la realidad posesoria. Ello no supone que todo adquirente deba efectuar investigaciones exhaustivas sobre el estado real del bien, pero al menos no deben ignorarse aquellas realidades claramente contrarias a lo que en el Registro se dice. No es el Registro el único elemento de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, sino que también lo son las realidades posesorias (86), las cuales, en la medida en que se oponen

(84) GORDILLO CAÑAS (2006, pág. 588).

(85) VALLET DE GOYTISOLO (2005, págs. 255 y 256).

(86) GUILARTE GUTIÉRREZ (2011, pág. 49) discrepa de este particular, pues en virtud de la configuración psicológica de la que se muestra partidario, considera que la equiparación plena entre la situación posesoria y la realidad registral propia de la configuración ética debe abandonarse, dada la absoluta inseguridad que produce, toda vez que resulta evidente para el autor «la ambigüedad que deriva de una situación posesoria susceptible de reflejar, bajo una misma apariencia, tanto una situación de precario como dominical, así como múltiples posibilidades intermedias». Ante ello puede objetarse que, acudiendo exclusivamente al Registro también podemos encontrarnos desde su inteligencia con situaciones ambiguas, o al menos contradictorias, que no reflejen la estricta realidad; es ello lo que precisamente puede evitarse con una postura más ética en virtud de la cual no se pueda concebir la existencia de buena fe cuando existan realidades posesorias que se opongan abiertamente a lo dispuesto en el Registro. No debemos olvidar que nuestro sistema de transmisión derivativo de los derechos reales opera al margen del Registro y mientras ello sea así, necesariamente debemos otorgar

a lo dispuesto en el Registro no pueden ni deben ser desconocidas más que en base a una actitud negligente que hace que el sujeto no sea merecedor de la importante y definitiva protección que le ofrece el instrumento de la fe pública registral contenido en el artículo 34 LH.

Pues bien, resulta destacable apuntar que existen tres autores de importancia que también coinciden en echar en falta la solución de esta cuestión por parte de la STS de 5 de marzo de 2007, siguiendo un orden cronológico los siguientes: ESPEJO LERDO DE TEJADA, PÉREZ RAMOS y LÓPEZ FRÍAS.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, autor abiertamente favorable a la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia que nos ocupa, considera sin embargo, que el verdadero punto controvertido del supuesto de hecho litigioso enjuiciado por la sentencia, sobre el que poco o nada dice, no es otro que el requisito de la buena fe, particularmente la configuración del mismo.

Efectivamente, a este respecto, afirma el autor que con independencia de la valoración positiva que la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007 merezca, ello no es óbice para resaltar problemas ulteriores no resueltos por la misma derivados de la correcta aplicación del artículo 34 LH, tal y como el presente (el requisito de la buena fe). Por ello, es por lo que las sentencias anteriores que recogen una doctrina contraria a la contenida en la STS de 5 de marzo de 2007 no deben ser descartadas en su integridad, pues resultan muy acertadas en relación con otras cuestiones que el artículo 34 LH suscita. En efecto, resulta ciertamente interesante comprobar cómo muchas de las sentencias que declaran la inaplicación del artículo 34 LH por considerar nulo al embargo sobre cosa ajena, realmente acertaron en no aplicar tal precepto, pero no por el fácil artilugio de considerar nulo al embargo sobre cosa no perteneciente al deudor, sino por no concurrir en tales casos el requisito de la buena fe. Igualmente llamativas resultan sentencias tales como la de 25 de mayo de 2006, en las que erróneamente se niega la aplicación del artículo 34 LH, por considerar nulo al embargo de cosa ajena, si bien efectúan un adecuado tratamiento del requisito

valor a las realidades posesorias. ¿Pueden estas manifestar situaciones que no sean solo la de la propiedad del bien? Es evidente que sí, pero siempre que se opongan a lo dispuesto en el Registro, no pueden desconocerse desde una postura necesariamente diligente integrante de la buena fe necesaria del tercero a proteger. A modo de ejemplo, puede tratarse de un usufructuario que en virtud de la facultad de uso y disfrute con la que cuenta, posea el bien inmueble en cuestión; pero si tal realidad no consta en el Registro (en él imaginemos que consta una titularidad dominical libre de cargas), es evidente que solo acudiendo al mismo estaremos observando una situación que no es la puramente real. He aquí, de nuevo, la inseguridad jurídica a la que alude GUILARTE GUTIÉRREZ para rebatir la configuración ética de la buena fe. Esto es, su inteligencia resulta igualmente aplicable a su postura en aras de rebatirla, de ahí que sostengamos una postura «ecléctica», de corte ético, en la que no se lleguen a exigir investigaciones exhaustivas de la realidad extrarregistral, sino únicamente la necesidad de no desconocer aquella que hiriendo lo sentidos por ser sumamente manifiesta se oponga a la realidad puramente registral.

de la buena fe (entiende que existe mala fe en el adquirente del remate cuando existan indicios exteriores de una posesión a título de dueño que corresponda al titular registral). Es decir, el hecho de que la STS de 5 marzo 2007 deba juzgarse como la constitutiva de una respuesta adecuada y definitiva, no quiere decir que por ello deban descartarse por entero las restantes sentencias en las que se dé una solución opuesta, en la medida en que pueden seguir aportando puntos de referencia esclarecedores en algunas de las cuestiones controvertidas que sigue encerrando la aplicación del artículo 34 LH (son muchas) y que la STS de 5 de marzo de 2007 no ha terminado por resolver.

He aquí la que, a nuestro juicio, constituye la aportación fundamental del presente autor: el poner el dedo en una llaga incómoda en su tratamiento, pero no abordada suficientemente por la positivamente enjuiciada STS de 5 de marzo de 2007: el requisito de la buena fe; y todo ello, haciéndonos ver que no existen doctrinas jurisprudenciales absolutamente válidas o absolutamente descartables. Toda valoración científica de las posturas doctrinales debe estar presidida por una moderada prudencia, pues únicamente así podremos alcanzar los mejores y más claros resultados en la interpretación y aplicación del acervo normativo que conforma nuestro ordenamiento jurídico.

Hechas estas consideraciones, adentrémonos en el análisis que ESPEJO LERDO DE TEJADA hace sobre el importante requisito de la buena fe. Después de exponer los principales autores partidarios de una u otra configuración (87), se adhiere a la configuración ética de la buena fe: esto es, entiende que existe mala fe en el adquirente del remate cuando existan indicios exteriores de una posesión a título de dueño que corresponda al titular registral.

Ahora bien, no se detiene únicamente el autor en compartir la referida configuración ética de la buena fe, sino que va más allá, cuestionándose la validez de dicha configuración en el concreto supuesto de las enajenaciones forzosas como las del supuesto litigioso de la sentencia comentada, cuyas peculiares características dificultan en muchos casos el examen directo de la cosa por parte del adjudicatario. Podría decirse desde esta perspectiva, que faltaría entonces uno de los argumentos principales para justificar la solución general de que los derechos reales patentes y las situaciones posesorias contrarias a lo publicado por el Registro afectan a los terceros. No obstante, ESPEJO LERDO DE TEJADA considera que debe tenerse cuidado con esta última idea puesto que nos podría terminar llevando a una sobreprotección de las adquisiciones en remate que no parece estar en la mente del legislador. Quizá cabe pensar, afirma, que por las características peculiares de este tipo de ventas, el comprador asume un riesgo específico; riesgo que viene a estar compensado con la habitual posibilidad de

(87) Nosotros ya nos hemos detenido en el desarrollo de los principales autores partidarios de una y otra postura, los cuales son expuestos en su comentario por ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007).

obtener la propiedad de la cosa a un precio notoriamente inferior al de mercado, junto con el hecho de que la práctica «profesionalización» de estos compradores permite que puedan asumir las pérdidas en algunas operaciones al obtener con ellas sustanciosas plusvalías (88).

Acertada conclusión la del presente autor, con la que justifica la configuración ética de la buena fe, incluso en los peculiares casos de adquisiciones efectuadas en el seno de un proceso de enajenación forzosa.

PÉREZ RAMOS, por su parte, se detiene igualmente en desarrollar esta cuestión sustantiva, cuya resolución echa en falta por parte de la sentencia que nos ocupa, haciendo suyo de modo literal en este punto el planteamiento anterior de ESPEJO LERDO DE TEJADA, mostrándose así partidario de la configuración ética del requisito de la buena fe necesario para la aplicación del artículo 34 LH (89).

Finalmente, LÓPEZ FRÍAS, en esta misma línea, una vez que valora positivamente la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, destaca que echa en falta la resolución de una cuestión básica en el supuesto de hecho conflictivo que le ocupa, cual es el contenido exacto de la buena fe como requisito esencial para la aplicación del artículo 34 LH. Ahora bien, se declara, a diferencia de los autores anteriores, partidaria de la configuración psicológica de la buena fe, en base a los siguientes argumentos:

- 1.º La finalidad propia del principio de fe pública registral es dar confianza a quien para adquirir un derecho real o dominio sobre inmueble consulta en el Registro de la Propiedad la titularidad y circunstancias jurídicas del mismo, de modo que si se exige a ese adquirente que investigue si la situación posesoria es acorde o no con lo que publica el Registro de la Propiedad, se estaría dejando vacío de contenido a tal principio.
- 2.º La diligencia adicional exigida por la configuración ética de la buena fe es fuente de incertidumbre e inseguridad jurídica, pues nunca se sabría cuándo entender cumplida la diligencia «extra» necesaria para proteger al adjudicatario; nunca se sabría hasta dónde hay concretamente que investigar.

En definitiva, en palabras de LÓPEZ FRÍAS, el «criterio de la diligencia adicional del adjudicatario se le antoja difícil de aplicar y propenso a cierto subjetivismo» (90).

Nosotros ya nos hemos declarado partidarios de la configuración ética de la buena fe exigida para la aplicación del principio de fe pública registral, por lo que no podemos sino rechazar la postura sostenida por LÓPEZ FRÍAS en este punto.

(88) ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, págs. 413 y 414).

(89) Vid. PÉREZ RAMOS (2010, págs. 520 y 521).

(90) LÓPEZ FRÍAS (2010, págs. 2088 a 2091).

Debe asimismo advertirse, en apoyo de nuestra postura, que si bien nos encontramos ante una cuestión no resuelta por la STS de 5 de marzo de 2007, sí existe una posterior sentencia de unificación jurisprudencial, que tendremos ocasión de analizar posteriormente, de 7 de septiembre de 2007, que sí resuelve esta cuestión, decantándose por la configuración ética del requisito de la buena fe necesario para la aplicación del artículo 34 LH.

2.5. El momento en que ha de concurrir la buena fe como requisito para la aplicación del artículo 34 LH

Otra cuestión de suma importancia no pronunciada a nuestro juicio por la sentencia, cuya reprochable ausencia no ha sido, no obstante, destacada por los autores encargados de acoger la sentencia mediante su estudio (como advertimos inicialmente en el presente epígrafe), es la concerniente al momento en que debe concurrir la buena fe del adquirente a proteger, pues en función de la postura que adoptemos los resultados pueden ser muy dispares. Tratándose del caso enjuiciado por la sentencia, el adjudicatario podría haber tenido conocimiento de que la finca litigiosa pertenecía realmente a persona distinta de la embargada después de adjudicarse el bien, pero antes de inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad: ¿podemos considerar, en ese caso, que ha habido mala fe por parte del rematante? O, por el contrario, ¿sí existe buena fe, pues esta solo debe existir hasta el momento de la adjudicación y no hasta la inscripción? Puede apreciarse, por ende, la trascendencia de la presente cuestión sobre la que nada dice la STS de 5 de marzo de 2007.

Esta problemática es planteada de manera muy precisa por CLEMENTE MEORO, en los siguientes términos: «Conforme al artículo 34 LH, el principio de fe pública registral solo protege al tercero de buena fe... Mas dado que en nuestro sistema la propiedad se transmite conforme a la teoría del título y el modo (cfr. arts. 609 y 1095 CC), solo son inscribibles títulos públicos, y se exige que el tercero hipotecario haya inscrito su título para que resulte protegido (cfr. art. 34.1.º LH), resulta controvertido si la buena fe de este solo ha de darse en el momento en el que nace el título, esto es, cuando se contrata; si también en el momento en que se otorgue el título público inscribible; o cuando concurren título y modo, es decir, en el momento de la adquisición; e incluso en el momento de la inscripción» (91). Es decir, existen cuatro posturas posibles:

- 1.º Sostener que la buena fe debe existir en el momento en que nace el título.

(91) CLEMENTE MEORO (2002, pág. 139).

- 2.º Sostener que la buena fe debe existir en el momento en que el título se eleva a público.
- 3.º Sostener que la buena fe debe existir en el momento en el que se produzca la adquisición, por la concurrencia de título y modo.
- 4.º O bien, afirmar que la buena fe debe existir en el momento en el que se lleve a cabo la inscripción del título, pues sabemos que es uno de los requisitos necesarios para que opere el artículo 34 LH.

Existen autores y jurisprudencia partidaria de cada uno de los planteamientos anteriores, si bien puede decirse que la postura mayoritaria, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, es la que sostiene que la buena fe debe existir en el momento de consumación de la adquisición (cuando concurren el título y el modo). Veamos cuáles son los principales autores que acogen cada una de las posturas enunciadas, así como los principales argumentos que aportan al respecto (92):

- 1.º *La buena fe debe ostentarse en el momento de la celebración del contrato.* En esta posición encontramos fundamentalmente a LACRUZ BERDEJO, pues para el autor la finalidad del requisito de la buena fe queda cumplida en el momento de cerrar el contrato, momento en que la voluntad pone en movimiento el mecanismo de creación del título inscribible y en el que el conocimiento de la inexactitud registral de la misma puede influir en la formación de esa voluntad (93).
- 2.º *La buena fe debe ostentarse en el momento del otorgamiento del título público inscribible.* Esta posición la sostiene GARCÍA GARCÍA, pues el artículo 34 LH se refiere al tercero que «de buena fe adquiera», y como se trata de un precepto de la legislación hipotecaria, el «adquiera» hay que ponerlo en relación con el título de adquisición y no con el modo de adquisición, pues este último es un concepto extraño a la legislación hipotecaria, que solo se refiere a los títulos adquisitivos. Además, dado que lo que la Ley Hipotecaria tiene en cuenta son los títulos públicos inscribibles, y no los contratos privados, es el momento del otorgamiento de ese título público y no otro el que debe tenerse presente para apreciar el requisito de la buena fe necesario para la aplicación del artículo 34 LH (94).
- 3.º *La buena fe debe ostentarse en el momento de la adquisición, esto es, cuando concurren el título y el modo del proceso traslativo.* Esta pos-

(92) Hemos seguido en este análisis el exhaustivo estudio efectuado al respecto por JIMÉNEZ PARÍS (2006, págs. 13 a 98).

(93) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA (2001, págs. 190 y 191).

(94) GARCÍA GARCÍA (1999, pág. 511 y sigs.).

tura la encabezan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, quienes señalan que el momento en que se requiere la buena fe en el tercer adquirente es aquel en que queda concluso el negocio jurídico de adquisición por el tercero, de acuerdo con las normas del Código Civil, sin que interese el tiempo posterior. Así parece indicarlo, a juicio de los autores, la literalidad del artículo 34 LH que habla de «tercero que de buena fe *adquiera*». Como dijimos, esta parece ser también la posición mayoritaria en la jurisprudencia, citando el autor al respecto más de veinte sentencias del Tribunal Supremo en las que se recoge esta postura.

También mencionamos que se trata de la postura con mayor acogimiento doctrinal y, en efecto, además de los anteriores autores, la sostienen: DÍEZ-PICAZO, quien añade que esta se deduce de la razón de fondo de la protección del artículo 34 LH, que es la protección de la fe pública y del tráfico jurídico, que ha de cristalizar por consiguiente en el momento en que el acto de tráfico o de comercio se lleva a cabo (95). Asimismo, siguen igualmente esta posición DE COSSÍO y CORRAL (96), DE CASSO ROMERO (97), MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ (98) y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (99).

4.º *La buena fe debe ostentarse hasta el momento de la inscripción.* Esta postura la encabeza SANZ FERNÁNDEZ, quien en su defensa aporta los siguientes argumentos:

- El artículo 34 LH no protege una adquisición cualquiera derivada del titular inscrito, sino solamente las adquisiciones según el Registro que son las que requieren, además de la buena fe, del carácter derivativo y de la inscripción previa del transferente, la inscripción del título del adquirente.
- Cuando opera el artículo 34 LH, por ser inexacta la inscripción a favor del transferente, subsanando la inexactitud y operando una adquisición *a non domino*, tal efecto se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente. En tal caso, el momento de la adquisición no es el del título sino el de la inscripción. Durante el tiempo que media entre la fecha del título y la de la inscripción, el adquirente no tiene todos los requisitos de protección del artículo 34 LH, puesto que aún no ha inscrito su derecho y, por ende,

(95) DÍEZ PICAZO (2008, pág. 530).

(96) DE COSSÍO Y CORRAL (1956, pág. 378).

(97) DE CASSO ROMERO (1951, pág. 378).

(98) MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ (1991, pág. 591).

(99) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1949, pág. 1243).

podrán ejercitarse contra él todas las acciones que cuando inscriba paralizará la fe pública registral (100).

A estos dos argumentos, añade GÓMEZ GÓMEZ, partidario de esta postura, uno *a fortiori*: si la adquisición *a non domino* es una especie de usucapión inmediata, y si en la usucapión la buena fe necesita ser llevada desde el momento pretendidamente adquisitivo hasta la consumación del plazo temporal necesario de permanencia en la posesión, ¿por qué razón en la adquisición registral *a non domino* va a bastar que la buena fe se dé solo en el primer momento y que no sea necesaria su prolongación en tanto no se complete y culmine el presupuesto legal de su protección (101)?

Cabe destacar, que a esta postura también se suman CLEMENTE MEORO (102), RUBIO GARRIDO (103), GORDILLO CAÑAS (104) y VELA SÁNCHEZ (105).

Expuestas las principales posturas y sus argumentos, consideramos que la más acertada es aquella que exige que la buena fe exista hasta el momento de la inscripción. En efecto, aunque el tenor literal del artículo 34 LH habla de «adquisición», y esta en virtud de nuestro sistema traslativo se da con el título y la tradición, no debemos olvidar que lo que el precepto recoge no es una adquisición ordinaria, sino *ex lege* y *a non domino*, en la que la consumación adquisitiva no se produce hasta el momento de la inscripción, pues es entonces el momento en que el principio de fe pública opera salvando el defecto en el modo de la adquisición; de ahí que la buena fe deba exigirse hasta ese preciso momento.

En apoyo de nuestra postura podemos aportar, asimismo, un argumento adicional basado en la eficacia del embargo frente a terceros y el valor de su constancia registral mediante la anotación preventiva de embargo. Se trata de un tema de suma importancia y a la vez controvertido; controversia que gira concretamente en torno al momento en que adquiere eficacia real el embargo: ¿desde el mismo momento en que se decreta judicialmente por el secretario judicial (106), o solo a partir de su constancia registral a través de la anotación preventiva? Existen posturas en ambos sentidos, si bien la mayoritaria es la primera, tanto a nivel doctrinal cuanto a nivel jurisprudencial, sosteniéndose que el embargo se entiende hecho y surte efectos frente a terceros desde el mismo momento en que se decreta por parte del secretario judicial. Postura mayoritaria

(100) SANZ FERNÁNDEZ (1947, pág. 466).

(101) GÓMEZ GÓMEZ (1952, págs. 571 y 572).

(102) CLEMENTE MEORO (2002, pág. 153).

(103) RUBIO GARRIDO (1994, pág. 82).

(104) GORDILLO CAÑAS (2006, pág. 630 y sigs.).

(105) VELA SÁNCHEZ (2009, b, pág. 120).

(106) El hecho de que sea el secretario judicial y no el Juez el que decrete judicialmente el embargo, constituye una importante novedad introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

que encuentra su refrendo legal en la LEC, concretamente en su artículo 587.1.º, en el que se afirma que el embargo se entiende hecho «*desde que se decreta por el secretario judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba*». Ahora bien, existen determinadas situaciones conflictivas derivadas de esta postura, cuales son las adquisiciones que basadas en la confianza del Registro se produzcan después de ser decretado el embargo por el secretario judicial, pero antes de anotarse preventivamente en el Registro. En tal caso, el tercero puede adquirir desconociendo que el bien está embargado.

Pues bien, en base a la eventualidad descrita, el artículo 587 LEC contiene un segundo apartado en el que se dispone: «*Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas*». Es decir, aunque el embargo existe y es eficaz desde que se decreta por el secretario judicial, tal eficacia no es plena, pues quedan a salvo los terceros de buena fe amparados por los instrumentos que el Registro de la Propiedad dispone a tales efectos: inoponibilidad de lo inscribible no inscrito y fe pública registral. Concretamente, acudiendo a la fe pública registral que es lo que en este trabajo nos ocupa, el embargo decaerá ante el tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH antes de que sea anotado preventivamente en el Registro. ¿Qué ocurrirá, pues, cuando el sujeto haya consumado su adquisición (título y modo) no estando anotado el embargo, pero inscribe su adquisición con posterioridad a la anotación preventiva? Según la jurisprudencia (107) y doctrina reciente (108), en ese caso el sujeto no quedará protegido por la fe pública registral. Con ello, implícitamente se está afirmando que el sujeto debe ostentar buena fe hasta que inscriba su adquisición; debe desconocer que la propiedad está libre de cargas hasta ese preciso momento, no bastando que se ignore la existencia de la traba hasta un momento anterior. He aquí un argumento definitivo en apoyo de nuestra postura de exigencia de la buena fe hasta el momento de la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad.

3. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Una vez que ya hemos analizado las cuestiones consideradas como acertadamente resueltas y erróneamente omitidas por la STS de 5 de marzo de 2007, según los autores, nos queda por adentrarnos en aquellos argumentos del seno de nuestra doctrina que abiertamente se oponen a la doctrina jurisprudencial.

(107) Vid., entre otras, la STS de 21 de junio de 2007.

(108) DOMÍNGUEZ LUELMO (2008, págs. 222 a 236).

Cuando estudiamos las cuestiones consideradas como erróneamente omitidas por los autores, nos referimos a insuficiencias de la doctrina jurisprudencial, que están al margen, y por ello no se oponen, a aquellas cuestiones sustantivas que sí resuelve la sentencia. Por el contrario, en este punto vamos a abordar aquellos argumentos que sí se oponen abiertamente a dichas cuestiones resueltas por la doctrina jurisprudencial: niegan la aplicación del artículo 34 LH a un supuesto de adquisición en subasta judicial de bien no perteneciente al deudor.

Antes de ver qué nos dicen los autores en este punto, debemos advertir que, dado que nos mostramos partidarios de la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, iremos rebatiendo los distintos argumentos contrarios que vayamos destacando, empleando en muchos casos para tal contraréplica un trabajo monográfico destinado precisamente a rebatir un estudio abiertamente contrario a la STS de 5 de marzo de 2007 (de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ) acuñado por GÓMEZ GÁLLIGO (109).

Pues bien, de los distintos y pocos autores que se oponen a la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, son nueve los argumentos contrarios que pueden extraerse, que vienen a ser los que siguen:

1. La adquisición en subasta judicial no puede garantizar la identidad de la finca subastada por los frecuentes errores al identificar el objeto o sujetos de la acción ejecutiva.
2. La adquisición en subastas judiciales no garantiza frente a las cargas reales manifiestas o limitaciones legales del dominio (art. 670 LEC), y en aplicación del mismo principio, menos garantizará respecto del derecho manifiesto por antonomasia, a saber, el derecho de propiedad.
3. El remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, ya que es un acto de naturaleza aleatoria y que no proviene del titular inscrito.
4. La naturaleza procesal del remate está en contradicción con la protección del tercero hipotecario.
5. La falta de inscripción no puede ser sancionada con la pérdida de la propiedad, porque el propietario está tutelado por la Constitución y no puede ser obligado a inscribir ni a participar en el proceso ejecutivo.
6. El artículo 34 LH no resulta aplicable a los supuestos de doble venta como el del caso, pues el remate no es una venta, y, de serlo, en todo caso se trataría de una venta de cosa ajena, a juicio de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, venta nula.
7. El artículo 594 LEC no proclama la adquisición *a non domino* del rematante.

(109) GÓMEZ GÁLLIGO (2011). Trabajo que rebate un previo de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010).

8. No cabe fijar como definitiva una interpretación del artículo 34 LH sin determinar las relaciones de este con el artículo 33 del mismo cuerpo legal y sus respectivos ámbitos de aplicación.
 9. El supuesto de hecho enjuiciado por la STS de 5 marzo de 2007 es un caso de conflicto de adquisiciones que debe solucionarse mediante la aplicación del artículo 32 LH y 1473 CC y no del artículo 34 LH.
- 3.1. *La adquisición en subasta judicial no puede garantizar la identidad de la finca subastada por los frecuentes errores al identificar el objeto o sujetos de la acción ejecutiva*

Afirma ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (110) que los referidos errores son relativamente frecuentes en las anotaciones preventivas de embargo y en los anuncios de subasta, por lo tanto también en los remates. Se plantea entonces el problema de si puede garantizarse la publicidad del remate cuando no hay un hecho cierto que lo sustente. Se plantea también qué debe hacer el juez si descubre, a lo largo de la ejecución, que la finca embargada está deficientemente identificada en los títulos ejecutivos, en la anotación o si descubre que el inmueble ejecutado está doblemente inmatriculado. Pues bien, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ considera que el juez debe continuar la ejecución, haciendo la advertencia pertinente, y ello solo tiene sentido porque el Registro no garantiza la propiedad *a non domino*, sino que es el rematante el que debe investigar primero y defender después la realidad y exactitud de la titularidad inscrita y rematada; es decir, el remate debe hacerse a riesgo y ventura del rematante, sin que este pueda ampararse en la publicidad del Registro (111).

Siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO, podemos rebatir el presente argumento del siguiente modo: aunque es verdad que los mandamientos de embargo presentados en los Registros puedan adolecer en ocasiones de defectos en la designación de los inmuebles objeto de ejecución, no son mayores los defectos que se producen en otros ámbitos de titulación inscribible. Asimismo, la existencia de problemas en la identificación de los inmuebles, posibles dobles inmatriculaciones, dificultades de identificación en su descripción, etc., no son problemas distintos de los que se producen en el ámbito de las escrituras públicas. Estos problemas se dan también en las transmisiones voluntarias *inter vivos* y no se discute la aplicación del principio de fe pública registral en dichos ámbitos.

(110) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ puede reputarse como el principal detractor de la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, y expone su desfavorable opinión en un exhaustivo estudio en el que refleja los diversos argumentos que sustentan su posición contraria a la referida doctrina jurisprudencial. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, págs. 2045 a 2077).

(111) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, págs. 2048 a 2052).

Lo realmente grave para GÓMEZ GÁLLIGO es que ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ niega la aplicación del principio de fe pública a todas las ejecuciones, incluidas las hipotecarias. Esta postura es fruto de una posición puramente procesalista de la adjudicación derivada del embargo, incluida la ejecución hipotecaria, que ni siquiera es original: es una tesis que nace de una concepción puramente procesalista de la hipoteca (112), fundamentalmente debido a los trabajos de CARNELUTTI. Tesis, completamente superada, que fue abiertamente combatida por ROCA SASTRE, por considerar la hipoteca exclusivamente en los dominios del Derecho procesal y negar su consideración de derecho real (113).

3.2. *La adquisición en subastas judiciales no garantiza frente a las cargas reales manifiestas o limitaciones legales del dominio (art. 670 LEC), por lo que en aplicación del mismo principio, menos garantizará respecto del derecho manifiesto por antonomasia, a saber, el derecho de propiedad*

Efectivamente, indica asimismo ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, que el artículo 670 LEC dispone que el adjudicatario de un remate debe aceptar la subsistencia de todos los gravámenes anteriores, lo que comprende todos aquellos gravámenes registrales y manifiestos que hayan de subsistir y también las limitaciones legales del dominio. Pues bien, siendo la razón de la subsistencia de estas limitaciones su carácter manifiesto, ¿qué derecho hay más manifiesto que el de propiedad? Por ello, es por lo que debe ser el derecho que más se proteja, no teniendo sentido que tenga menos protección que otros derechos manifiestos tales como un retracto legal o una servidumbre manifiesta.

En consonancia con lo precedente, añade también ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ que si se concibe al rematante que inscribe como tercero hipotecario adquirente *a non domino*, resultaría que el poseedor tendría más protección que el propietario, pues en el juicio ejecutivo el rematante debe respetar las relaciones posesorias constituidas sobre el bien embargado antes de la anotación de embargo (así se deriva de los arts. 589 y 661 LEC), lo que también se funda en la subsistencia de las cargas anteriores manifiestas. De nuevo podemos hacernos la misma pregunta, ¿qué derecho hay más manifiesto que el de propiedad? Lo anterior, resulta a juicio de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ ciertamente contradictorio (114).

¿Qué opinión nos merece este segundo argumento formal contrario a la doctrina jurisprudencial? Siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO podemos decir que se trata

(112) La tesis procesalista considera que la hipoteca confiere al acreedor, sobre determinada finca, una facultad o poder puramente procesal, una acción tendente a la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca. GÓMEZ GÁLLIGO (2011, pág. 17).

(113) GÓMEZ GÁLLIGO (2011, págs. 14 y 15).

(114) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, págs. 2052 y 2053).

de otro argumento equivocado, pues esto ocurre así también en las transmisiones voluntarias onerosas, donde existen excepcionales supuestos donde no rige el principio de inoponibilidad (tanteos y retractos legales, servidumbres continuas y aparentes, hipotecas legales tácitas) y no por ello se niega la aplicación de la fe pública registral con carácter general. En realidad no son supuestos de excepción al artículo 34 LH, sino más bien al artículo 32 LH; pero es que además no son más que eso: excepciones, que no suponen argumento alguno para defender la inaplicación del principio de fe pública registral al rematante de la ejecución ordinaria (y más aún en la hipotecaria) (115).

3.3. *El remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, ya que es un acto de naturaleza aleatoria y que no proviene del titular inscrito*

Este tercer argumento contrario, al igual que los anteriores, es acuñado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, quien señala al respecto que el remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre el precio y el valor, razón por la cual se justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación; no es asimilable, por tanto, a una venta onerosa. Y tampoco se cumple el requisito de provenir de titular inscrito, pues realmente proviene del juez (116). A nuestro juicio, ambas apreciaciones son objetables. Vayamos por partes.

Afirma el autor, inicialmente, que el remate es un acto aleatorio porque no existe correspondencia entre el precio y el valor de la cosa objeto de tal. Con ello, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ está acuñando un concepto de aleatoriedad que se aleja, no solo de su formulación dogmática clásica, sino del propio texto de la Ley, en su definición dada por el artículo 1790 del Código Civil. En efecto, el referido precepto define al contrato aleatorio como aquel «*en el que una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*» (117). Y en consonancia con esta definición legal, doctrinalmente se conceptúa al contrato aleatorio, siguiendo, entre otros, a GUILARTE ZAPATERO, como «*aquel en el que las partes asumen, cada una la imposibilidad de determinar en el momento de su celebración las ventajas o desventajas que pueda producir para*

(115) GÓMEZ GÁLLIGO (2011, pág. 20).

(116) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, pág. 2055).

(117) Ciertamente el sector doctrinal objeto a la definición de contrato aleatorio dada por nuestro Código Civil que confunde o, al menos, facilita la confusión, del contrato aleatorio con el condicional (señaladamente ALBALADEJO GARCÍA [1975, pág. 351]); que prescinde para perfilarlo de la noción del riesgo, elemento esencial de la misma; y que más que una definición legal es una descripción de los distintos tipos de contratos aleatorios, con lo que no logra la debida homogeneidad de contenido propia de toda definición (ÁLVAREZ VIGARAY [1972, pág. 615]).

los mismos (hasta que el contrato no haya consumado la totalidad de sus efectos se desconoce el resultado económico)». Contrato que, siguiendo igualmente a GUILARTE ZAPATERO, puede decirse que viene conformado por tres elementos fundamentales: la indeterminación inicial del resultado, la dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto, y la voluntariedad de los interesados al asumir ese riesgo (118). Como puede apreciarse, pues, en ninguno de estos elementos definitorios del negocio aleatorio se incluye la falta de correspondencia entre el precio y el valor, a la cual acude ÁLVAREZ CAPE-ROCHIPI para calificar de tal al remate procedente de subasta judicial.

Asimismo, continúa afirmando ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que al ser el remate un acto aleatorio, no es asimilable a un acto oneroso; con lo que parece contraponer la categoría de negocio aleatorio con la de negocio oneroso. Con este planteamiento, el autor discrepa de la mayoría de la doctrina, pues siguiendo a la práctica unanimidad de la misma, los contratos aleatorios no se oponen a los onerosos, sino que son una subcategoría de los mismos. Lo opuesto a la categoría de contrato aleatorio es la de contrato conmutativo, ambos de los cuales se subsumen en la categoría general de contrato oneroso. Así, entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, al clasificar los tipos de contratos, distinguen un primer grupo de contratos, onerosos y gratuitos, entendiendo por los primeros aquellos en los que los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalencia en el beneficio que obtienen; mientras que define a los segundos como aquellos en los que, por el contrario, el beneficio de una de las partes no está acompañado de ningún sacrificio que sea su contrapartida. Y dentro de la categoría de los contratos onerosos distingue, a su vez, dos subcategorías, cuales son los contratos aleatorios y lucrativos: los primeros son aquellos en los que la relación de equivalencia entre las prestaciones no se encuentra de antemano fijada por ellas, mientras que los segundos son aquellos en los que dicha equivalencia sí se encuentra fijada de antemano de manera inmodificable (119).

En definitiva, el remate, en primer lugar, no es un acto aleatorio, sino conmutativo, pues en el momento de su perfección las partes determinan de manera inmodificable cada una de las prestaciones, no estando sujetas a ninguna circunstancia incierta. Y, en segundo lugar, aunque se reputase aleatorio desde la perspectiva del autor, no dejaría de ser un acto oneroso, pues es una subcategoría del mismo, por lo que entraría bajo la *ratio* del artículo 34 LH. Queda así justificado el cuestionable fundamento del presente argumento dado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, el cual se rebate desde el punto de vista puramente dogmático que hemos desarrollado.

A este respecto, GÓMEZ GÁLLIGO estima que la consideración de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI de que el remate no cumple con el requisito de la onerosidad de

(118) GUILARTE ZAPATERO (1967, pág. 320).

(119) DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS (2005, págs. 35 y 36).

la adquisición, se descarta por sí misma: basta con comprobar que como toda transmisión onerosa, está sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (cfr. art. 39 del Reglamento del ITP y AJD aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo).

Dijimos inicialmente, que las dos apreciaciones del autor nos parecían criticables, pasemos a la segunda de ellas, esto es, la afirmación de que el remate no entra bajo el ámbito de aplicación del artículo 34 LH por no provenir de titular inscrito, sino del juez. Podemos rebatir esta postura acudiendo a GÓMEZ GÁLLIGO, cuyo planteamiento hacemos nuestro. Efectivamente, afirma este autor que se trata de una imprecisión absoluta: en todo apremio judicial o administrativo se sustituye por la autoridad judicial o administrativa la decisión del titular del derecho ejecutado, pero esto no significa convertir al juez en vendedor (sería llamativo entender que el juez está sometido al pago de los impuestos que genera la transmisión). En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO destaca unas líneas de la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de mayo de 2010, que resultan significativas a tales efectos: *«En una transmisión de derechos reales, como la propiedad, la condición de transmitente y adquirente no resulta afectada por el modo en que se efectúe la transmisión, ya que, sea la misma voluntaria o forzosa (caso de la subasta judicial), el transmitente es el titular del derecho real que se cede. En realidad el Juez se limita a encauzar la venta, impuesta forzosamente al propietario deudor, pero no lo suplanta, ya que en el plano de los derechos reales, la propiedad se transmite directamente del propietario-deudor al adquirente-adjudicatario»* (120).

3.4. *La naturaleza procesal del remate está en contradicción con la protección del tercero hipotecario*

Considera ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que el remate tiene naturaleza pura y exclusivamente procesal, presentando para ello las siguientes pruebas:

- El juicio ejecutivo del que deriva el remate solo realiza bienes y no declara derechos, por lo que puede decirse que el rematante no adquiere la propiedad que le transmite el titular registral, sino que se subroga en su posición por orden del Juez.
- El remate depende del proceso ejecutivo plenamente, concretamente de la anotación preventiva de embargo, pues si esta caduca a lo largo del proceso ejecutivo, el remate no resultará inscribible.

(120) GÓMEZ GÁLLIGO (2011, pág. 24).

Por todo ello, concluye ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, que el remate no puede sustantivarse (*a non domino*) respecto de la propiedad manifiesta o del orden de las preferencias que publica el propio Registro (121).

A nuestro juicio, con este argumento, el autor se está adentrando en la complicada naturaleza de la venta judicial, en lo cual no es necesario entrar, pues el artículo 34 LH únicamente exige que la adquisición a proteger sea onerosa, sin entrar en más consideraciones, tales como el carácter procesal o sustantivo del remate. La onerosidad se da en el remate, por los argumentos anteriormente expuestos, por lo que esta referencia a la naturaleza «supuestamente procesal del remate» carece de valor para negar la aplicación del artículo 34 LH.

GÓMEZ GÁLLIGO, por su parte, combate este argumento afirmando que resulta llamativo que ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ considere que el remate no es inscribible si ha caducado la anotación preventiva, cuando eso en absoluto es así, pues la no anotación del embargo no impide su ejecución; lo que ocurre (y es una cosa totalmente distinta) es que si existen derechos anotados con posterioridad, la cancelación de la anotación de embargo determinará su avance en rango y si existen terceros titulares de derechos inscritos con posterioridad, no podrá inscribirse la adjudicación por impedirlo el principio de prioridad registral (*ex art. 17 LH*) (122).

3.5. *La falta de inscripción no puede ser sancionada con la pérdida de la propiedad, porque el propietario está tutelado por la Constitución y no puede ser obligado a inscribir ni a participar en el proceso ejecutivo*

De nuevo, nos encontramos ante otro argumento material contrario a la doctrina jurisprudencial de la STS de 5 de marzo de 2007, acuñado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, quien entiende infundado culpar al propietario por falta de diligencia al no inscribir, o por no participar con la oportuna tercería en el proceso ejecutivo. La propiedad, afirma, es anterior al Registro y superior a una ejecución sumaria: existe en sí misma y por sí misma, se inscriba o no se inscriba, se participe o no se participe en tercerías. Esta supuesta «culpa» del propietario es aún más insostenible en la ejecución hipotecaria donde las causas de oposición están drásticamente limitadas. La Constitución promete la protección a los propietarios, no específicamente a los que inscriben el Registro (123).

Consideramos que este argumento no se circunscribe a un caso de adjudicación judicial como el que ocupa a la sentencia objeto de análisis, sino

(121) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, págs. 2055 y 2056).

(122) GÓMEZ GÁLLIGO (2011, pág. 13).

(123) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, págs. 2057 y 2058).

que va más allá pues cuestiona al propio sistema de publicidad y protección registral en su conjunto, tanto en su vertiente de eficacia defensiva (inoponibilidad de lo inscribible no inscrito), como en el ámbito de su eficacia ofensiva (fe pública registral). En efecto, criticar la pérdida del derecho de propiedad que sufre el propietario no titular registral supone cuestionar a todos los preceptos que se inclinasen por la preferencia del titular inscrito en los supuestos de colisión entre dos propietarios sobre una misma cosa: véase el artículo 32 LH y el artículo 1473.2 del Código Civil. Puede resultar más o menos comprensible la situación «injusta» que el sistema vigente puede llegar a dar lugar, pero el juicio que merezca el sistema no puede erigirse en argumento de negación de la aplicación de la legalidad vigente a un supuesto subsumible al mismo como es el que se da en la sentencia objeto de análisis (124).

Es más, consideramos que tampoco puede llegar a tildarse de injusto a un sistema de protección registral en el que el verdadero propietario cuenta para sí con una pluralidad de medios de defensa, concretamente, en el ámbito de las ventas judiciales que nos ocupa, los siguientes:

- 1.º El ejercicio de la tercería de dominio en tanto que ello todavía proceda (art. 596 LEC).
- 2.º El ejercicio de una acción que la Ley denomina de *nulidad de la enajenación* (art. 594. 2 *in fine* LEC), para los casos en que ya no sea posible el ejercicio de la tercería, por haberse llegado a la ejecución y consiguiente transmisión del bien (125).

(124) GUILARTE GUTIÉRREZ (2011, pág. 47) rebate igualmente la postura de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, aunque con menor exhaustividad, afirmando al respecto: «Los argumentos vertidos furibunda y algo tardíamente criticadas por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ resultan coherentes con anteriores planteamientos del mismo autor, pues desde siempre ha considerado la minusvaloración de la eficiencia de nuestro sistema tabular cuya naturaleza es, a su juicio, en la práctica un mero registro de títulos, pues el sentido propio de la publicidad es la inoponibilidad de títulos inscritos y la limpieza de cargas pretéritas, pero no la garantía de la propiedad, porque la propiedad define el arraigo del hombre a la tierra y no se define por principios registrales y en consecuencia no puede ser garantizada, en sí misma, de modo absoluto por el Registro» [ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2006, pág. 262)].

(125) Afirma, en este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, pág. 408), refiriéndose a la eventualidad de que el verdadero propietario no registral se vea despojado de su propiedad por la aplicación del artículo 34 LH, conforme a la interpretación que del mismo hace la STS de 5 de marzo de 2007, que «esto no significa que el ordenamiento se desentienda del verdadero titular de la cosa indebidamente embargada por deudas de otra persona; por el contrario, el *versus dominus* tendrá diversas alternativas para reaccionar contra el embargo» (las vías de defensa que hemos enunciado).

3.6. *El artículo 34 LH no resulta aplicable a los supuestos de doble venta como el del caso, pues el remate no es una venta, y, de serlo, en todo caso se trataría de una venta de cosa ajena, a juicio de Álvarez Caperochipi, venta nula*

El razonamiento que efectúa ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ en este punto es el que sigue: como ya sabemos, la inscripción, en virtud del artículo 33 LH, no puede convalidar los actos nulos, y la venta de una cosa vendida anteriormente, cuando es evidente que hay propietario manifiesto o un adquirente que ha consolidado de forma pública y durante largo tiempo su titularidad ha de asimilarse a los actos radicalmente nulos, que no se convalidan por la inscripción registral. A su entender, si la cosa se había vendido antes, y la situación estaba socialmente consolidada, y el precio pagado era justo, está claro que el vendedor no tenía poder de disposición, ni era titular, ni tenía intención de transmitir, pues el consentimiento se presta sobre la cosa y sobre la causa.

Además, al no ser equiparables la venta y el remate, en el caso de la sentencia en ningún caso puede hablarse de doble venta: el régimen de la doble venta, por ende, no es aplicable al remate (126).

Dejando de lado la reiterada afirmación del autor de no ser el remate equiparable a la venta, lo cual ha sido ya rebatido previamente (lo importante es que el remate sea un acto oneroso, que lo es, no importando que se trate o no de un supuesto de venta), con este argumento el autor incurre, a nuestro juicio, en el reiterado error de algunos de los contrarios a la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007 de no entender: que nuestro sistema traslativo consta de dos elementos, título y modo, que la falta de poder de disposición únicamente afecta al modo, que el artículo 33 LH solo se refiere a la invalidez del título y que, consecuentemente, el artículo 34 LH resulta aplicable, pues se propone sanar dicho defecto en el modo del proceso traslativo. Error en el que venía incurriendo, como ya hemos comprobado, cierta jurisprudencia precedente que la STS de 5 de marzo de 2007 ha venido a superar.

3.7. *El artículo 594 LEC no proclama la adquisición a non domino del rematante*

Dos son los autores que coinciden en apuntar, aunque con distinto enfoque, este argumento contrario a la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007: el reiterado ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ y BUSTOS PUECHE. Y sostienen este argumento como consecuencia de la referencia en nuestra sentencia al

(126) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, págs. 2060 a 2063).

artículo 594 LEC, en cuyo Fundamento Jurídico sexto se afirma lo siguiente: «Conviene señalar que el artículo 594.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 parece haber eliminado cualquier duda al declarar eficaz el embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al ejecutado y proteger al rematante o adjudicatario que hubiera adquirido los bienes de modo irreivindicable, conforme a la legislación sustantiva, frente al verdadero titular que no hubiera hecho valer sus derechos por medio de la tercería de dominio. Pero la salvedad del apartado 2 del mismo artículo sobre la “nulidad de la enajenación” y la casi segura probabilidad de que haya que seguir pronunciándose sobre adquisiciones anteriores a la entrada en vigor de dicha Ley procesal (7 de enero de 2001, Disposición Final 21.ª, ahora 23.ª) son factores de entidad más que suficientes para seguir considerando imprescindible la fijación de un criterio uniforme al respecto».

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ considera que el artículo 594 LEC es el corolario y consecuencia del artículo 593 del mismo cuerpo legal, y lo que verdaderamente proclama no es la adquisición *a non domino* del rematante, sino únicamente impone al juez que antes de ordenar la traba investigue diligentemente si los bienes son titularidad del embargado y le notifique el embargo trabado a todo aquel que pudiera ser propietario de la cosa embargada. Entiende que el artículo 594 LEC autoriza al juez a seguir la ejecución aunque tenga dudas fundadas de la titularidad de los bienes embargados, pero siempre a expensas, riesgo y ventura del acreedor embargante y del rematante, porque el embargo de bienes ajenos es naturalmente ineficaz, salvo la eficacia singular de la inoponibilidad de los títulos no inscritos, que es a lo que entiende que se refiere el inciso final del citado precepto (127). En definitiva, considera que el artículo 594 LEC no reafirma la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, sino que más bien la contradice.

BUSTOS PUECHE, por su parte, considera que el Tribunal Supremo no debió invocar el artículo 594 LEC en el sentido que lo hace (128), ya que este no se inclina por la validez de la enajenación, sino por la validez inicial del embargo. La Ley procesal no resuelve un problema como el que ocupa la STS de 5 de marzo de 2007 que es de Derecho sustantivo (129); la referida Ley no dice quién será finalmente propietario del inmueble transmitido, sino que únicamente establece que la vía de defensa con la que cuenta el *verus dominus* que no inscribió es el ejercicio de la tercería de dominio. Si por el contrario acudimos al artículo 34 LH, solo el *verus dominus* (primer comprador) será el que pueda ser amparado en su adquisición; de modo que acudiendo al artículo 594 LEC, el artículo 34 LH no puede aplicarse, pues no concuerda con el supuesto de

(127) ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010, pág. 2068).

(128) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1076).

(129) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1077).

hecho contemplado en él. En otros términos, bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento 1/2000, de 7 de enero, el hecho de la inscripción por quien se considere propietario no es relevante; lo que importa es que haya promovido la oportuna tercería de dominio (130). Ello significa, según BUSTOS PUECHE, que la doctrina fijada por la STS, de 5 de marzo de 2007, solo resulta aplicable a los supuestos de hecho anteriores a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (131).

Ahora bien, si el Tribunal Supremo se hubiese inclinado por acudir a la doctrina de la apariencia jurídica (132), tal grave inconveniente se hubiese evitado, pues sería sencillamente amparado el que reuniese los requisitos exigidos por dicha doctrina.

¿Qué opinión nos merece este argumento en el que coinciden los autores citados? Debemos partir con tal objeto del correcto entendimiento del artículo 594.1 LEC, cuyo tenor literal es el que sigue: *«El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva»*. En base a este tenor, ¿podemos afirmar que la Ley de Enjuiciamiento Civil a quien protege es únicamente al que ejerza la oportuna tercería de dominio? ¿Quiere ello decir que este precepto sería incompatible con el artículo 34 LH, pues protegen sujetos distintos? No parece que esa sea la solución dada por el precepto.

Nos dice el artículo 594.1 LEC, en primer lugar, que el embargo sobre cosa ajena es eficaz. Con esta afirmación resolvemos, pues, por analogía, un problema sustantivo fundamental, cual es la declaración de la validez de la venta judicial sobre cosa ajena: la ejecución forzosa generalmente comienza con una anotación preventiva de embargo, a la que sucede la subasta o venta judicial; pues bien, sin consideramos válida a la traba sobre cosa no perteneciente al deudor, ¿por qué no podremos considerar válida la posterior adjudicación sobre cosa no perteneciente al deudor? Con ello, resulta evidente que el artículo 33 LH no es aplicable, pues como hemos sostenido a lo largo de nuestro trabajo, la nulidad a la que se refiere este precepto concierne únicamente al título y no al modo de nuestro sistema transmisivo. En definitiva, con el primer pronunciamiento hecho por el artículo 594.1 LEC ya logramos el correcto entendimiento del

(130) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1087).

(131) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1085).

(132) Recordemos que BUSTOS PUECHE es un ferviente partidario de la doctrina de la apariencia jurídica, y ya hemos visto que considera que el principal error en el que incurre la STS de 5 de marzo de 2007, es el de ceñirse únicamente en su solución en el caso del tercero hipotecario, que es solo un concreto supuesto de la doctrina de la apariencia jurídica a la que sí debería haberse referido en su labor de unificación jurisprudencial.

artículo 33 LH y su conjunción con el artículo 34 del mismo cuerpo legal en los supuestos de transmisiones efectuadas por un *non dominus*.

Seguidamente, el artículo 594.1 LEC nos recuerda que el *verus dominus* no está totalmente desamparado, pues cuenta con un mecanismo de defensa: la tercería de dominio, que deberá ejercer en el tiempo y forma correspondiente. Y, añade el precepto, de no ejercer tal mecanismo, no podrá impugnar la aparentemente inválida transmisión (por defecto en el modo del proceso transmissivo), si el segundo adquirente y adjudicatario adquiere de modo irreivindicable conforme a la legislación sustantiva: esto es, nos remite al artículo 34 LH (o al art. 464 CC para el caso de los bienes muebles), único modo de adquirir irreivindicablemente bienes inmuebles habiéndolo hecho de un *non dominus*, pues es el único mecanismo que valida la adquisición que adolece de tal defecto de manera irrefutable.

La expresada es, a nuestro juicio, la interpretación más coherente con el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, interpretación que otorga al artículo 594.1 LEC el valor que indudablemente tiene: el de aclarar un supuesto de hecho tan controvertido como el que ocupa a la STS de 5 de marzo de 2007, refrendando la doctrina por ella sentada (133).

3.8. *No cabe fijar como definitiva una interpretación del artículo 34 LH sin determinar las relaciones de este con el artículo 33 del mismo cuerpo legal y sus respectivos ámbitos de aplicación*

BUSTOS PUECHE, autor de este argumento, efectúa en defensa del mismo el razonamiento siguiente: afirma la STS de 5 de marzo de 2007, que solo hubiese resultado aplicable el artículo 33 LH si se «hubiera omitido algún trámite esencial del procedimiento de apremio». El autor, por el contrario, considera que tanto en ese caso como en el supuesto de hecho que enjuicia la sentencia, en el que hay una falta de poder de disposición del transmitente, la adquisición es nula (134). Partiendo de lo anterior, entiende que en principio sería aplicable el artículo 33 LH, pues este incluye en su opinión los supuestos de invalidez del proceso adquisitivo en su conjunto, ya sea el título o el modo el afectado por la irregularidad que invalida la definitiva adquisición. No obstante, afirma BUSTOS PUECHE, que se aplicará sin embargo el artículo 34 LH, pues se dan los requisitos de la apariencia jurídica, del que el citado precepto es un concreto supuesto, resultando aplicable este último como excepción del artículo 33 LH.

(133) En este mismo sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, pág. 407), indica que el artículo 594 LEC confirma la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, «aclarando legalmente lo que antes se deducía de la interpretación sistemática de los principios normativos aplicables».

(134) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1075).

Además, a juicio del autor, el artículo 33 LH solo extiende su eficacia a las partes del negocio adquisitivo nulo y sus herederos, y no respecto de un tercero (tal y como el del caso enjuiciado en nuestra sentencia objeto de estudio), que se verá afectado por el artículo 34 LH (135).

Nosotros discrepamos con esta argumentación dada por el autor. En primer lugar, porque consideramos que el artículo 33 LH únicamente incluye los supuestos de nulidad del título del proceso transmisivo y no del modo. Siendo así, la adquisición se da aunque el modo sea inválido, pues el artículo 34 LH sana la falta de poder de disposición de la que adolece dicho modo, y con ello se dan los dos requisitos necesarios para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales en virtud del artículo 609 del Código Civil. En segundo lugar, no llegamos a entender el planteamiento del autor conforme al cual el artículo 33 LH extiende solo su eficacia a las partes del proceso adquisitivo y sus herederos; ¿quiere ello decir que aunque el título de la adquisición sea nulo, dicha nulidad no puede ser alegada para la aplicación del artículo 33 LH? En definitiva, llega a los mismos resultados que alcanza la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, pero con un planteamiento distinto, por lo cual carece de trascendencia real.

3.9. *El supuesto de hecho enjuiciado por la STS de 5 marzo de 2007 es un caso de conflicto de adquisiciones que debe solucionarse mediante la aplicación del artículo 32 LH y 1473 CC y no del artículo 34 LH*

Este último argumento opuesto a la STS de 5 de marzo de 2007 es aportado por CASTILLO MARTÍNEZ (136). Veamos la inteligencia empleada por la autora en defensa de su postura.

A juicio de CASTILLO MARTÍNEZ, la sentencia «*alcanza una atinada solución en cuanto a la defensa de la protección registral del tercer adquirente con título inscrito frente a quien habiendo adquirido de un mismo transmitente carece de inscripción. Pero llega a esta solución mediante la aplicación forzada, y, por tanto, incorrecta del artículo 34 LH*».

La autora considera que debe partirse del correcto entendimiento y de los límites del sistema de transmisión derivativo de la propiedad y demás derechos reales. Efectivamente, este correcto entendimiento de la teoría del título y el modo nos lleva a apreciar que existen dos límites en su aplicación: los conflictos

(135) BUSTOS PUECHE (2008, págs. 1078 y 1079).

(136) CASTILLO MARTÍNEZ analiza la STS de 5 de marzo de 2007 mediante un estudio en el que lleva a cabo una revisión crítica de la referida resolución y de otras posteriores confirmatorias de la misma: SSTs de 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008. CASTILLO MARTÍNEZ (2008).

de adquisiciones y las adquisiciones *a non domino*, constitutivas de situaciones distintas, gobernadas cada una de ellas por un régimen propio y específico (137).

Los conflictos de adquisiciones, siguiendo a CASTILLO MARTÍNEZ, son aquellos en los que un solo titular, el *verus dominus*, transmite una misma cosa a dos o más personas. Por el contrario, las adquisiciones *a non domino*, son aquellas en las que el titular o *verus dominus* transmite a un primer adquirente y este transmite, a su vez, a un segundo adquirente (llamado tercero o subadquirente) (138). ¿Qué régimen resulta aplicable a cada una de estas situaciones? Al conflicto de adquisiciones resulta aplicable el artículo 1473 del Código Civil, en el que el artículo 32 LH tiene perfecta cabida y también resulta de aplicación para el caso de adquisición de bienes inmuebles. Mientras que a las adquisiciones *a non domino*, resulta aplicable el artículo 464 del Código Civil para los bienes muebles y el artículo 34 LH para los bienes inmuebles. A ninguno de estos supuestos particulares resulta aplicable el artículo 609 del Código Civil, porque ambos constituyen límites a la teoría del título y el modo plasmado en el mismo.

Partiendo de la inteligencia anterior, ¿en qué molde resulta subsumible el supuesto de hecho objeto de la STS de 5 de marzo de 2007 a juicio de la autora? Entiende a este respecto que el supuesto de hecho en cuestión es un claro ejemplo de un conflicto de adquisiciones que, por ende, debe solucionarse mediante la aplicación del artículo 1473 del Código Civil y 32 LH, y no del artículo 34 del mismo texto legal (tampoco resulta aplicable el art. 609 CC, por los motivos anteriormente expuestos) (139).

Pues bien, ¿qué opinión nos merece el singular planteamiento de CASTILLO MARTÍNEZ? Entendemos, tal y como venimos reiterando a lo largo del presente trabajo, que el artículo 1473.2 del Código Civil, junto con el artículo 609 del mismo texto legal, así como los artículos 32 y 34 LH resultan todos aplicables al supuesto de hecho que enjuicia la STS de 5 de marzo de 2007. Nuestra doctrina del título y el modo es la generalmente aplicable a las adquisiciones y transmisiones derivativas de derechos reales en nuestro ordenamiento, pero no olvidemos que esta teoría no se abandona por el artículo 34 LH, pues se parte de la misma, pero se viene a sanar el defecto en uno de los elementos necesarios para el proceso traslativo: la falta de poder de disposición de la que adolece el modo de la transmisión, que una vez sanado, junto a título válido, consolidan la adquisición, sin romper el molde de la teoría del título y el modo. La referida teoría sigue siendo aplicable, pues sigue necesitándose un título válido para la transmisión y también un modo válido, cuyo particular defecto anteriormente mencionado sana el artículo 34 LH. En definitiva, desde nuestro planteamiento, el artículo 609 del

(137) CASTILLO MARTÍNEZ (2008, pág. 9).

(138) CASTILLO MARTÍNEZ (2008, pág. 10).

(139) CASTILLO MARTÍNEZ (2008, pág. 14).

Código Civil resulta plenamente aplicable al supuesto de hecho objeto de la STS de 5 de marzo de 2007.

En lo concerniente al artículo 1473 del Código Civil, también resulta aplicable al supuesto de hecho enjuiciado, pues con la protección otorgada por el artículo 34 LH, aplicamos el criterio de preferencia contenido en dicha norma: el de preferir al sujeto que primero inscriba su adquisición en el Registro.

Finalmente, por lo que hace al artículo 32 LH, resulta igualmente aplicable, ya que no puede oponerse al titular finalmente inscrito una realidad inscribible pero no inscrita. En efecto, cierto es que el segundo adquirente procedente del procedimiento de apremio resulta protegido por el propio artículo 32 LH, desde el momento en que inscribe, no habiéndose inscrito la primera adquisición en la medida en que le es inoponible lo inscribible no inscrito. Ahora bien, dicha protección no lo protegerá irrefutablemente frente a las reclamaciones del primer adquirente, protección irrefutable que solo alcanzará mediante la eficacia protectora de la fe pública registral contenida en el artículo 34 LH. Esto es, la aplicabilidad de un principio como el de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito no excluye la aplicación del principio de fe pública registral; ello es consecuencia del moderado dualismo que rige en nuestro sistema de protección registral.

Discrepamos, en definitiva, del planteamiento sostenido por CASTILLO MARTÍNEZ, pues como ya venimos manifestando a lo largo de estas páginas, nos adherimos, con los matices introducidos, a la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007.

V. LA STS DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007

El presente trabajo persigue como propósito fundamental la sistematización y comentario de la recepción doctrinal de la que ha sido objeto la STS de 5 de marzo de 2007, si bien llegados a este punto, merece la pena detenerse, por los motivos que ahora veremos, en una sentencia posterior, de 7 de septiembre de 2007, a la que ya hemos venido aludiendo previamente.

En efecto, no solo han sido numerosos los autores que se han ocupado del estudio de la doctrina uniforme sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, sino que también han sido numerosas las sentencias —tanto del TS (140), como de las Audiencias Provinciales (141)— que ha tenido por objeto supuestos de

(140) SSTs de 16 de marzo de 2007, de 20 de marzo de 2007, de 7 de septiembre de 2007, de 10 de octubre de 2007, de 5 de mayo de 2008, de 14 de mayo de 2008, de 8 de octubre de 2008, de 20 de noviembre de 2008, de 18 de diciembre de 2008, de 6 de marzo de 2009, de 23 de abril de 2010, de 30 de abril de 2010, de 20 de julio de 2010, y de 31 de marzo de 2011.

(141) Sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia, de 31 de mayo de 2007; de la AP de Alicante, de 29 de abril de 2008; de la AP de Murcia, de 30 de septiembre de

hecho análogos, las cuales han aplicado unánimemente la doctrina de nuestra sentencia confirmándola. Excede de los contornos de nuestro estudio, como puede imaginarse, el detenerse en el análisis de todas y cada una de las sentencias posteriores dictadas sobre la materia (142), pero sí debe desarrollarse, aunque sea manera concisa, una concreta sentencia posterior, la aludida STS de 7 de septiembre de 2007; y ello por dos motivos fundamentales:

1. Porque reitera la doctrina uniforme sentada por nuestra STS de 5 de marzo de 2007, confirmándola (143).
2. Además y sobre todo, porque unifica doctrina sobre ciertos aspectos novedosos, resolviendo cuestiones problemáticas, algunas de las cuales hemos destacado en el presente estudio como erróneamente omitida por la STS de 5 de marzo de 2007. Desde esta segunda perspectiva, puede decirse que la STS, de 7 de septiembre de 2007, guarda así la misma importancia que la anterior.

Entremos, pues, en su análisis, comenzando por los hechos, prosiguiendo con los aspectos principales de su fundamentación jurídica y finalizando con la exposición de las cuestiones novedosamente unificadas.

1. HECHOS CONSTITUTIVOS

Los hechos que sirven de base a la misma los conforman una doble venta de un mismo inmueble por su titular registral a dos compradores diferentes. El objeto del contrato solo coincide, en parte, en ambos contratos, ya que el objeto del primero es la porción segregada de la finca matriz y, por el contrario, el objeto de la segunda venta fue la totalidad de la finca (incluida la segregada). Por lo tanto, lo que se vendió dos veces fue la porción segregada.

La primera escritura pública de venta no se inscribió en el Registro de la Propiedad, no obstante, la compradora tomó posesión del inmueble vendido. La segunda escritura pública de compraventa, por el contrario, sí fue inscrita en el Registro.

2008; de la AP de Málaga, de 11 de mayo de 2009; de la AP de Barcelona, de 26 de mayo de 2009; de la AP de Barcelona, de 12 de junio de 2009; de la AP de Murcia, de 16 de marzo de 2010; de la AP de Granada, de 9 de abril de 2010; y de la AP de León, de 29 de julio de 2010.

(142) Nos ocupamos del estudio y sistematización de la recepción jurisprudencial de la que ha sido objeto la STS de 5 de marzo de 2007, en nuestro estudio: MURGA FERNÁNDEZ (2012, a).

(143) Hemos abordado y constatado la consolidación de la doctrina uniforme sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, en un comentario de la STS de 20 de julio de 2010: MURGA FERNÁNDEZ (2011).

La demanda, curiosamente, se interpuso por la segunda parte compradora, y lo pedido fue la declaración de que la demandada carecía de título alguno que legitimara su posesión sobre la finca, siendo nulos e ineficaces cuantos actos y contratos hubiera realizado sobre la misma, y la declaración de venir obligada a la demandada a cesar en los actos perturbadores y de despojo realizados sobre la finca litigiosa, condenándola a hacer dejación de la misma y a entregársela a la demandante. La compradora demandada se opuso a la demanda alegando que la segunda venta era ya de cosa ajena, ya que ella había adquirido el inmueble con anterioridad a la sociedad demandante y que esta, además, había actuado de mala fe, ya que conocía la existencia de una primera venta.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por dos razones: la primera, porque la primera venta celebrada no se consumó por haber incumplido la compradora sus obligaciones. La segunda, porque la compradora que contrató en segundo lugar carecía de la buena fe requerida por el artículo 34 LH, dado que la finca litigiosa estaba siendo poseída por la primera compradora y «debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca *in situ*».

La parte actora (la segunda compradora) interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia de instancia y la Audiencia lo estimó por entender: en primer lugar, que se trataba de un caso de doble venta y no de venta de cosa ajena, porque la primera venta no había llegado a consumarse por falta de pago de la mayor parte del precio; en segundo lugar, por aplicación del artículo 1473 del Código Civil y 34 LH, viéndose la segunda compradora amparada por estos preceptos, ya que la primera no inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad; y en tercer lugar, se considera que la posesión de la finca por la primera compradora no constituye dato suficiente para considerar la actuación de la segunda compradora como contraria a la buena fe, ya que la posesión puede obedecer a un contrato distinto de la compraventa. Esta sentencia fue recurrida en casación, recurso de cuya resolución se ocupa la presente STS de 7 de septiembre de 2007.

2. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

De la extensa y enteramente aprovechable fundamentación jurídica dada por el Tribunal Supremo en la presente sentencia de unificación jurisprudencial cuyo ponente es el mismo que el de la STS de 5 de marzo de 2007 (el Excmo. Señor don Francisco MARÍN CASTÁN), merece la pena reproducir el tenor literal de alguno de sus pasajes.

En efecto, comienza la presente sentencia reiterando la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, en sus dos extremos fundamentales, a saber: que la venta de cosa ajena es válida, concretamente la judicial y análogamente la ordinaria,

pues el poder de disposición no es requisito esencial de validez del título, sino del modo; y que el artículo 33 LH, en consecuencia, no resulta aplicable, y sí el artículo 34 LH que ampara las adquisiciones *a non domino* salvando el defecto en el poder de disposición.

Posteriormente, de los extremos anteriores afirma que se desprende que: *«no hay ya una verdadera razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil las dos o más ventas de un mismo inmueble separadas por un considerable periodo de tiempo; dicho de otra forma, procede fijar la doctrina de esta Sala en el sentido de que la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de “una cierta coetaneidad cronológica” entre las dos o más ventas en conflicto. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumándose por tanto la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, mediante la tradición material (art. 1462 CC, párrafo primero), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública (tradición instrumental, art. 1462 CC, párrafo segundo), e inscribió su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del artículo 1473 del Código Civil tanto con los artículos 606 y 608 del propio Código como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH (...)».*

Continúa el Tribunal Supremo afirmando que: *«la falta de pago de parte del precio de la primera compraventa (...) habría podido justificar la resolución del contrato a instancia del vendedor; pero no impedir la adquisición de la propiedad de la finca por la compradora demandada. Ello no significa, sin embargo, que la segunda venta quedara excluida del ámbito del artículo 1473 del Código Civil (...), sino simplemente, que al tratarse de una finca previamente inscrita en el Registro de la Propiedad, el problema deba resolverse conjugando dicho precepto con el artículo 34 LH».*

Finalmente, en lo que hace a la configuración del requisito de la buena fe, el Alto Tribunal, en la presente sentencia, no comparte el juicio del Tribunal sentenciador, pues aunque existe cierta jurisprudencia que: *«suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa; sin embargo, sentencias como las de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006, también consideran desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia de la negligencia del ignorante.*

(...) Si fuera cierto que la demandante, segunda compradora, desconocía que la mayor parte de la finca había sido comprada varios años antes por otra persona al mismo vendedor y esa otra persona venía poseyendo lo que había comprado, solo a su notoria negligencia podría deberse tal desconocimiento, y por eso la inscripción registral no debe decidir a su favor el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa, al faltar la buena fe exigida tanto por la letra del artículo 34 LH, como por la jurisprudencia que interpreta el párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil».

3. PRINCIPALES CUESTIONES SUSTANTIVAS UNIFICADAS

Como ya hemos anticipado, la presente sentencia guarda la misma importancia (144) que la STS de 5 marzo de 2007, pues además de confirmar la doctrina sentada por la anterior resolución, viene a sentar doctrina, como ya hemos anticipado en el subapartado previo, sobre dos cuestiones no resueltas por la misma:

- a) De una parte, la concerniente a la interpretación del artículo 1473 del Código Civil, relativo a la doble venta (145);
- b) y de otra, la relativa a la configuración de la buena fe exigida por el artículo 34 LH.

Efectivamente, la importancia de esta sentencia reside precisamente en unificar doctrina sobre estas dos cuestiones cuya solución, como ya hemos visto, ha sido echada en falta por los autores. De una parte, se resuelve la controvertida cuestión de la doble venta y venta de cosa ajena, afirmando que el artículo 1473 del Código Civil resulta aplicable a ambos supuestos, por lo que no se trata de casos excluyentes sino complementarios; debiendo concordarse dicho precepto con los artículos 32 y 34 LH. Y de otro lado, se resuelve la cuestión de la polémica configuración del requisito de la buena fe, declarándose partidario el Alto Tribunal de la concepción ética de la misma, descartando la contrapuesta concepción psicológica, de manera que se exige para su concurrencia, no un mero conocimiento de la realidad registral, sino además una necesaria diligencia adicional que no le haga desconocer la realidad extrarregistral manifiesta, cuyo desconocimiento solo puede deberse a una necesaria negligencia por parte del sujeto a proteger.

(144) Prueba de la importancia de la presente sentencia son los numerosos estudios doctrinales que sobre la misma se han pronunciado, entre otros, los siguientes: CUENA CASAS (2008, b, págs. 481-515); y (2010, págs. 2909-2947). También, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2010, págs. 59-112); INIESTA DELGADO (2008, págs. 707-732); PÉREZ RAMOS (2008, págs. 487-522); VELA SÁNCHEZ (2009, a) y (2009, b).

(145) Nos ocupamos extensamente de esta polémica cuestión en nuestro trabajo: MURGA FERNÁNDEZ (2012, b).

VI. CONCLUSIONES

La labor de recepción doctrinal de la STS, de 5 de marzo de 2007, que ha tenido por objeto el presente trabajo, persigue como principal propósito, como ya adelantamos en su comienzo, la determinación del grado de consolidación de la doctrina por ella sentada sobre el artículo 34 LH, transcurridos cinco años desde su publicación.

Pues bien, las conclusiones que podemos extraer de la enunciada labor de recepción son las siguientes:

- I. Existe una gran mayoría de autores que se muestran favorables a la doctrina que sobre la interpretación del artículo 34 LH ha sentado la STS de 5 de marzo de 2007. Concretamente, de los quince autores que se han ocupado de acoger la sentencia mediante su análisis crítico (146), doce de ellos se muestran a favor de la sentencia, mientras que tres de ellos se oponen a la doctrina jurisprudencial; si bien de esos tres, solo uno de ellos puede reputarse como abiertamente contrario a la referida doctrina (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI).
- II. Los diferentes autores favorables a la sentencia coinciden fundamentalmente en destacar, como acertadamente resueltas, tres cuestiones sustantivas de suma importancia:
 - La venta judicial de cosa ajena es válida, pues el poder de disposición no es un requisito de validez de la compraventa como título de la adquisición, y sí del modo necesario junto al anterior título para la definitiva consumación del proceso adquisitivo.
 - Partiendo de lo anterior, el artículo 33 LH no resultará aplicable a tales casos y sí el artículo 34 LH, que ampara, sin duda alguna, las adquisiciones *a non domino*, salvando el defecto de poder de disposición del transmitente.
 - La condición de tercero hipotecario se ostenta sin necesidad de que se dé una transmisión intermedia entre el *non dominus* y el sujeto a proteger, pues es tercero respecto del negocio no inscrito del que deriva el defecto en el poder de disposición del que adolece el modo o tradición.
- III. Estando de acuerdo en estos tres extremos la mayoría de la doctrina, un gran número de autores favorables a la STS de 5 de marzo de 2007

(146) A lo largo de estas páginas hemos intentado hacer referencia a la totalidad de autores que han abordado el estudio de la STS de 5 marzo de 2007, ya sea directamente a través de trabajos monográficos destinados al efecto, o bien tangencialmente en el curso de trabajos no encaminados específicamente a tal objeto, pero en los que se hace referencia expresa a la misma.

sí echan en falta, no obstante, la resolución de determinadas cuestiones concernientes al artículo 34 LH de suma importancia por parte de la sentencia. La cuestión en la que mayoritariamente coinciden en considerar como erróneamente omitida es la concerniente al requisito de la buena fe necesario para quedar protegido por la fe pública registral; concretamente en lo que hace a la configuración, ética o psicológica, de tal requisito.

- IV. Al hilo de lo anterior, debe destacarse que, con posterioridad a nuestra sentencia, se ha dictado otra de 7 de septiembre de 2007, que hemos tenido ocasión de analizar, que guarda la misma relevancia, en la medida en que unifica doctrina en torno a la doble venta y venta de cosa ajena, esta vez ordinaria. Sentencia que sí ha resuelto la cuestión mayoritariamente echada en falta en la STS de 5 de marzo de 2007 por los autores (la configuración del requisito de la buena fe), junto a otra añadida sobre la que un autor (BUSTOS PUECHE) entiende que necesariamente debiera haberse pronunciado nuestra sentencia: la relativa a la polémica cuestión de la doble venta y venta de cosa ajena.

En efecto, en lo que hace a la configuración del requisito de la buena fe necesario para la aplicación del artículo 34 LH, se decanta la sentencia de 7 de septiembre por la concepción ética, en virtud de la cual la buena fe no se tiene con el mero conocimiento de la realidad registral, sino además con un grado de diligencia adicional que no haga desconocer las realidades extrarregistrales manifiestas cuyo desconocimiento solo se puede deber a una conducta negligente. Esto es, la buena fe se configura como una ignorancia de la realidad que exige, además, un cierto elemento de excusabilidad que la haga justificable y, al menos, éticamente disculpable.

Y por lo que hace a la cuestión de la doble venta y venta de cosa ajena, se unifica doctrina afirmando que el artículo 1473 del Código Civil es aplicable a ambos supuestos, no siendo excluyentes sino complementarios; debiendo conjugarse dicho precepto con los artículos 32 y 34 LH: con el artículo 34 LH, si la finca está inscrita; y con el artículo 32 si la finca no está inscrita.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1975): *Derecho Civil*, II, 1.º, Librería Bosch, Barcelona, pág. 351.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2006): *Derecho Inmobiliario Registral*, Comares, Granada, pág. 262.
- (2010): «Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007», en *RCDI*, núm. 721, págs. 2045-2077.

- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1972): *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, pág. 615.
- ARANGIO-RUIZ, V. (1956): *La compravendita in Diritto romano*, I, Napoli, págs. 85 y 86.
- BUSTOS PUECHE, F. J. (1999): *La doctrina de la apariencia jurídica (una explicación unitaria de los arts. 34 y 464 del CC, y otros supuestos de apariencia)*, Dykinson, Madrid.
- (2008): «Un intento del Tribunal Supremo de fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (comentario a la STS de 5 de marzo de 2007)», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), Thomson Civitas, Madrid, págs. 1071-1087.
- CACHÓN CÁRDENAS, M. J. (2000): «Comentario al artículo 594», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE (dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ (coord.), T. III, Valladolid, pág. 2956.
- CANO TELLO, C. (1992): *Manual de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, págs. 302 y 303.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (2008): «El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7080, págs. 9-14.
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2002): «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, CLEMENTE MEORO (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 139 y 153.
- CUENA CASAS, M. (1996): «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», en *RCDI*, núm. 2, págs. 1446 y 1447.
- (2008, a): «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 LH en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral», en *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 1.º (2005-2007), YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), Dykinson, Madrid, págs. 351-380.
- (2008, b): «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código Civil», en *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 1.º (2005-2007), YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), Dykinson, Madrid, 2008, págs. 481-492.
- (2008, c): «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», en *Revista Electrónica NUL, Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 2008, <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/document.php?id=572>
- DE CASSO ROMERO, I. (1951): *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Instituto de Derecho Civil, Madrid, pág. 378.
- DE COSSÍO y CORRAL, A. (1956): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, pág. 378.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.); MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008): *Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales*, Colex, Madrid, págs. 373 y sigs.

- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2001): *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aspectos civiles y registrales*, Aranzadi, Navarra, pág. 82.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, Thomson Civitas, Madrid, págs. 486, 487; 526 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005): *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, págs. 35 y 36.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2008): «Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2007: Tercero hipotecario. Anotación preventiva de embargo. Tercería de dominio. Tercero que adquiere por compra el bien objeto de ejecución tras haber sido embargado. Anotación preventiva de embargo anterior a la adquisición, que se inscribe tras la anotación: inexistencia de la condición de tercero hipotecario», en *CCJC*, núm. 76, págs. 222 a 236.
- (2009): «Transmisión y adquisición de la propiedad en los procesos de ejecución», en *La adquisición y la transmisión de los derechos reales. Estudio del Derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Barcelona, pág. 412.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007): «La buena fe requerida por el adquirente en remate a *debitore non domino*: comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 19, págs. 404-414.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (2001): «Comentarios del artículo 594», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFA SOLER y VALLS GOMBÁU (coords.), T. III, Barcelona, pág. 2867.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C. (1994): *Compraventa de cosa ajena*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 214.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1999): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., T. VII, vol. 4, Edersa, Madrid, págs. 457 y sigs.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (2007): «La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 64, pág. 102 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2011): «Crítica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007)», en *RCDI*, núm. 723, págs. 13-29.
- GÓMEZ GÓMEZ, M. (1952): «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *RCDI*, núm. 290-291, págs. 571 y 572.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M. (1949): «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas», en *ADC*, 1949, pág. 1243.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1931): *Principios Hipotecarios*, Madrid, pág. 163.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2006): «El principio de fe pública registral (I) », en *ADC*, vol. 59, núm. 2, págs. 509 y sigs.
- (2007, a): «Sentencia de 5 de marzo de 2007: Fe pública registral: protección de la adquisición a *debitore non domino* en procedimiento de apremio. Fijación de la doctrina jurisprudencial al respecto», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 75, pág. 1429 y sigs.
- (2007, b): «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en *Actualidad Civil*, núm. 6, pág. 600.

- (2008): «El principio de fe pública registral (II)», en *ADC*, vol. 61, núm. 3, págs. 1057-1216.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2011): *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, Lex Nova, Valladolid, págs. 47, 49 y 50.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1967): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, V., T. XXII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, pág. 320.
- INIESTA DELGADO, J. J. (2008): «Sentencia de 7 de septiembre de 2007: Doble venta de bienes inmuebles y venta de cosa ajena. Aplicabilidad de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria. Ausencia de buena fe del segundo comprador», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, págs. 707-732.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2006): *El momento de la buena fe*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, págs. 13-98.
- LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA (2001): *Elementos de Derecho Civil*, III bis., *Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson, Madrid, pág. 183 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008): «Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: la STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS», en *Diario La Ley*, núm. 6899, págs. 1-13.
- LÓPEZ FRÍAS, A. M. (2010): «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», en *RCDI*, núm. 721, págs. 2087-2091.
- MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, L. (1991): «La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias *a non domino*», en *RCDI*, núm. 603, pág. 591.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2009): *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria*, ORDUÑA MORENO, F. J. y DE LA PUENTE, A. (codirs.), Navarra, págs. 76 y 77.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1989): «Observaciones en torno a la buena fe», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, págs. 500-507.
- (1990): «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», en *AAMN*, XXIX, Madrid, 1990, págs. 19-22.
- MONTERO AROCA, J., y FLORES MATÍES, J. (2004): *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 26.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2011): «Venta de cosa ajena y publicidad registral: comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), número 511/2010, de 20 de junio», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27.
- (2012, a): «Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de uso ajeno: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia en 2007», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, págs. 365-385.
- (2012, b): «La doble venta inmobiliaria y la buena fe necesaria para ser preferido en la adquisición. La mala fe como elemento constitutivo de una posible simulación absoluta: comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 73/2011, de 11 de febrero», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, págs. 419-434.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (dir.) (1995): *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, págs. 30 y 31.
- PAU PEDRÓN, A. (2001): *La publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, págs. 189 y 190.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999): *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, págs. 555-557.
- PÉREZ RAMOS, C. (2010): «La doble venta: ¿una vuelta de tuerca?», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 75, págs. 515-521.
- ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J. (2008): *Derecho Hipotecario*, Tomo II, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, págs. 7, 144, 294 y sigs.
- RUBIO GARRIDO, T. (1994): *La doble venta y doble disposición*, José María Bosch editor, S. A., Barcelona, pág. 82.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Reus, Madrid, págs. 430, 431 y 466.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1962): «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, págs. 220 y sigs.
- (2005): «La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a non domino», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 56, pág. 255 y sigs.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009, a): «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *Diario la Ley*, págs. 1-12 y 22.
- (2009, b): *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 98 y sigs.
- VIEHWEG, T. (1964): *Tópica y jurisprudencia*, traducido por Luis Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, Taurus, Madrid, págs. 129 y 130.
- WESTERMANN, H.; WESTERMANN, H. P.; GURSKY, K. H., y EICKMANN, D. (2008): *Derechos Reales*, vol. II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid. Traducido por CAÑIZARES LASO, A. Z.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., y RODRÍGUEZ-ROSADO, B., págs. 1078, 1103 y 1104.

RESUMEN

DOBLE VENTA JUDICIAL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

El principio de fe pública registral, puntal básico del sistema de protección registral de nuestro ordenamiento patrio, pese a su conocida importancia, no ha sido aplicado con criterio uniforme por parte del Tribunal Supremo en los años anteriores a 2007, sobre todo en el ámbito de una materia tan importante y habitual como es la de los procedimientos de apremio por juicio ejecutivo que dan lugar a una subasta judicial de los bienes inmuebles embargados. Concreta-

ABSTRACT

DOUBLE JUDICIAL SALE PRINCIPLE OF CONCLUSIVE TITLE

The principle of conclusive title is the cornerstone of the system of protection through registration under our country's legislation. Despite its well-known importance, the principles was not applied uniformly by the Supreme Court in the years prior to 2007, especially in the very important and oft-seen realm of procedures for forced collection through executory process leading to the judicial auction of the attached property. The trouble is double judicial sale, i.e., when a property auctioned off by the court has already been

mente, los problemas han venido dándose en sede de doble venta judicial, a saber, cuando realizada la subasta judicial de una finca, esta ha sido ya objeto de una previa venta por parte del titular registral, o de una previa subasta procedente de un procedimiento de apremio distinto. Y digo que no ha venido sosteniendo un criterio uniforme hasta 2007, porque precisamente en ese año, nuestro Alto Tribunal ha sentado doctrina en la materia, mediante la esencial sentencia de 5 de marzo de 2007.

La referida sentencia unifica doctrina resolviendo tres cuestiones fundamentales: la ventas judiciales de bienes no pertenecientes al deudor son válidas, pues el poder de disposición no es un requisito de validez del contrato de compraventa; en consecuencia, el artículo 34 LH ampara las adquisiciones a non domino, pues siendo la falta de poder de disposición un defecto atinente al modo y no al título del proceso transmisivo, este resulta de aplicación y no el artículo 33 LH; y, finalmente, el artículo 34 LH no necesita para su aplicación de una transmisión intermedia entre el non dominus inicial y el adquirente a proteger, pues se ostenta la condición de tercero respecto del negocio transmisivo no inscrito del que deriva el defecto en el poder de disposición.

Cinco años después de la publicación de esta célebre sentencia, han sido numerosos los autores que la han estudiado y acogido, y han sido numerosas las sentencias que han tenido por objeto supuestos de hecho análogos. Pues bien, el presente trabajo se ocupa de recopilar y sistematizar tales pronunciamientos doctrinales, con el objeto de determinar la consolidación de la doctrina jurisprudencial y así sus visos de permanencia futura.

sold off by its registered holder of title or has already been auctioned off under a different forced collection procedure. And I say application has not been uniform until 2007 because it was in that year when the Supreme Court established its doctrine on the matter, in its key ruling of 5 March 2007.

The ruling unifies doctrine by settling three fundamental issues. First, judicial sales of property not belonging to the debtor are valid, because the power of disposal is not a requirement valid contracts of sale must meet. Consequently, second, section 34 of the Mortgage Act upholds a non domino acquisitions, and section 34 is applicable instead of section 33 because the lack of power of disposal is a defect pertaining not to title but to delivery or possession. Third and last, the application of section 34 of the Mortgage Act does not require an intermediate transfer between the initial non dominus and the acquirer who is to be protected, because the acquirer is a third party in the unregistered transfer from which the defect in the power of disposal stems.

Five years after publication, a great many authors have studied and embraced this famous ruling, and a great many other rulings have been delivered on similar cases. This paper provides a systematized compilation of all these statements of legal thought in order to determine how well the case law has become consolidated and what its outlooks of lasting into the future are.

(Trabajo recibido el 29-3-2012 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)

DICTÁMENES Y NOTAS

El turista como usuario del servicio de transporte aéreo: normas comunitarias y convenios internacionales aplicables

por

BELÉN FERRER TAPIA

Profesora Ayudante de Derecho Civil de la Universitat de les Illes Balears

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL REGLAMENTO (CE) NÚMERO 261/2004:
 - 1. CUESTIONES PREVIAS.
 - 2. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO Y DERECHOS DE LOS PASAJEROS.
- III. EL CONVENIO DE MONTREAL (CM):
 - 1. CUESTIONES PREVIAS.
 - 2. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO Y DERECHOS DE LOS PASAJEROS.
- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el servicio de transporte más utilizado por el turista, para desplazarse en sus viajes, es el aéreo. De acuerdo con las estadísticas de AENA, el tráfico de pasajeros en los aeropuertos españoles, acumulados a diciembre de 2010, fue de 192.792.606 pasajeros. Se trata de uno de los medios de transporte más seguros, es el más rápido, y su precio se adapta fácilmente a las necesidades individuales. Por este motivo, este trabajo se va a centrar en el transporte aéreo.

Para ello se van a utilizar dos normas jurídicas: el Reglamento (CE) número 261/2004 del Parlamento y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) número 295/91; y el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Estas son las normas básicas para la protección de los derechos del turista afectado por algún supuesto de incumplimiento del transportista aéreo.

En base a estas normas jurídicas se va a tratar de dar respuesta a los problemas más comunes con los que se puede encontrar el turista, que es un usuario de un servicio de transporte aéreo.

II. EL REGLAMENTO (CE) NÚMERO 261/2004

1. CUESTIONES PREVIAS

Con carácter previo al estudio de los supuestos de incumplimiento que contempla esta norma y de los derechos de los pasajeros afectados por los mismos, se va a tratar de dar respuesta a una serie de interrogantes relacionados con la aplicación de este Reglamento comunitario.

A) **Ámbito de aplicación.** El ámbito de aplicación de esta norma se determina a través de dos factores: los sujetos que intervienen en la relación jurídica del transporte aéreo (pasajeros y compañía aérea) y el objeto de la norma (denegación de embarque, cancelación y retraso del vuelo).

En función de los sujetos que intervienen en el transporte aéreo son los pasajeros quienes delimitan la aplicabilidad de la norma. De este modo, en el artículo 3 se establece una doble vertiente, una positiva y otra negativa, según a quienes resulta o no aplicable el contenido de la norma.

Así, el artículo 3.3 señala a quienes no son de aplicación las reglas contenidas en esta norma, que son: las personas que viajan de forma gratuita y las personas que viajan con un billete de precio reducido que no se encuentra a disposición del público de forma directa o indirecta. Estas, al no hallarse incluidas en su ámbito de aplicación, no están legitimadas para poder reclamar el contenido de los derechos que el Reglamento (CE) prevé. Por su parte, el artículo 3, párrafos 1, 2 y 6, establece qué personas entran en el ámbito de aplicación de esta norma comunitaria, y son:

- Pasajeros cuyos vuelos tienen su salida desde el aeropuerto de un Estado miembro, sujeto a las disposiciones del Tratado, con independencia de cuál sea el lugar de destino.

- Pasajeros cuyos vuelos tienen su salida desde un aeropuerto situado en un tercer país, con destino a otro país situado en territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a no ser que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo, encargado de efectuar el vuelo, sea un transportista comunitario. Tal vez sea este el momento adecuado para aclarar cuándo el transportista aéreo es comunitario; para ello debe poseer una licencia de explotación válida expedida por un Estado miembro de conformidad con las disposiciones del Reglamento (CEE) número 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1993, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas.
- Pasajeros de vuelos que forman parte de un viaje combinado, cuando los billetes se han expedido tanto por un transportista aéreo como por un operador turístico. En este supuesto, el Reglamento (CE) se aplica sin perjuicio de los derechos que asisten a los pasajeros en virtud de las normas que regulan los viajes combinados (en España, el libro cuarto del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

En relación con el último supuesto mencionado, conviene señalar que el Reglamento (CE) se aplica, de conformidad con el artículo 3.6, en los casos en que se cancela el vuelo que integra el viaje combinado, es decir, cuando la no realización del viaje combinado se debe a la cancelación del vuelo. Además, de acuerdo con el artículo 8.2, en los casos en que el pasajero de un viaje combinado se ve afectado por alguno de los siguientes incumplimientos: denegación de embarque, cancelación del vuelo y retraso superior a cinco horas en la llegada de pasajeros a destino, podrá solicitar el reembolso del precio del billete, siempre que la normativa relativa a los viajes combinados no ofrezca esta posibilidad. Por tanto, el pasajero podrá reclamar la devolución del precio del billete en los casos de denegación de embarque o de retraso en la llegada a destino (art. 8.2); y la devolución del precio del billete, los derechos de atención y la compensación prevista en caso de cancelación del vuelo (arts. 8.2 y 3.6).

Además, para concretar la delimitación de la aplicabilidad de la norma, es necesario añadir que esta se refiere tanto a vuelos regulares como a vuelos no regulares o *chárter* y siempre que el viaje se realice en aeronaves motorizadas de ala fija (art. 3.4).

Como se ha mencionado, el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) viene también determinado en función del objeto de la norma. De este modo, los supuestos de incumplimiento del transportista que contempla son tres: denegación de embarque (art. 4), cancelación (art. 5) y retraso de los vuelos (art. 6). Supuestos a los que se hará una referencia más adelante.

B) Obligaciones del pasajero. Para que la protección de la norma pueda hacerse efectiva, los pasajeros deben cumplir con una serie de requisitos que son:

- Estar en posesión de una reserva confirmada en el vuelo afectado por el incumplimiento (art. 3.2).
- Presentarse a facturación en las condiciones exigidas y con el tiempo señalado previamente y por escrito. Si no se ha fijado ninguna hora, la norma dispone que el pasajero cumple con este requisito presentándose a facturación con una antelación mínima de cuarenta y cinco minutos respecto de la hora de salida anunciada de su vuelo (art. 3.2).
- Estar en posesión de toda la documentación exigida y exhibirla cuando sea requerida.
- Cumplir con las normas de seguridad.

C) Modo de reclamar. La eficacia de esta norma es muy grande. Así lo demuestra el hecho de que su contenido se puede reclamar en el mismo momento en que se produce alguno de los supuestos de incumplimiento que prevé. Esto es así porque para la reclamación de los derechos que en ella se establecen, el pasajero afectado no necesita tener que iniciar un procedimiento judicial contra la compañía aérea, sino que esta viene obligada, por la propia norma, a conceder al pasajero todos y cada uno de los derechos en ella previstos en el momento en que el pasajero presenta su reclamación en el mismo aeropuerto o, a más tardar, en un plazo de siete días (art. 8.1.a).

Este hecho hace que el pasajero afectado pueda verse parcialmente compensado sin necesidad de tener que acudir a un juicio, teniendo en cuenta los inconvenientes que un proceso judicial implica: tiempo de espera hasta que la sentencia se dicta y es firme, gastos de honorarios, pérdida de tiempo en reuniones, etc. Debido a la escasa cuantía de las reclamaciones en este tipo de pleitos, la norma es altamente beneficiosa para los pasajeros a quienes, en la mayoría de ocasiones, no compensa en absoluto iniciar un procedimiento judicial contra la compañía aérea.

D) Legitimación pasiva. Tiene especial relevancia en determinados casos, como en aquellos en que el vuelo se contrata a través de una agencia de viajes, ¿reclamamos a la agencia de viajes o a la compañía aérea? O cuando contratamos con una compañía aérea, pero terminamos realizando el viaje con otra compañía distinta de aquella con la que hemos contratado, ¿reclamamos a la compañía con la que hemos contratado o aquella que efectivamente termina ejecutando el contrato? En estos casos el artículo 3.5 del Reglamento (CE) es claro y despeja cualquier tipo de dudas al respecto: la reclamación se debe dirigir contra la compañía aérea encargada de efectuar el vuelo, con independencia de que hayamos contratado con ella, con un operador turístico o con otra compañía aérea.

E) Supuestos de incumplimiento regulados en esta norma. Los supuestos de incumplimiento del transportista aéreo están recogidos en el artículo 1 del Reglamento (CE) y desarrollados en los artículos 4, 5 y 6 y son: denegación de embarque, cancelación y retraso del vuelo.

2. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO Y DERECHOS DE LOS PASAJEROS

El Reglamento (CE) regula, junto con los derechos que los pasajeros pueden reclamar en caso de denegación de embarque, de cancelación y de retraso en los vuelos, una serie de derechos más genéricos que se aplican en todos los supuestos de incumplimiento que contempla. En concreto, se está haciendo referencia al derecho de información, al derecho de compensación suplementaria, al derecho de cambio de clase y a la limitación o derogación de derechos.

A) *Derechos genéricos*

El artículo 14 del Reglamento (CE) recoge el derecho de información de los pasajeros. En él se hace especial hincapié en la necesidad de que los pasajeros tengan una mejor y más detallada información acerca de sus derechos. Este hecho, que no es más que una exigencia que se deriva del principio de la buena fe, debe efectuarse tanto en la fase precontractual, como en la contractual. Además, la obligación de informar es uno de los pilares sobre el que se construye la protección del consumidor, para España, en el artículo 8.d) del Real Decreto Legislativo 1/2007.

Por todo ello, se impone al transportista una doble obligación:

- La de asegurarse que, en los mostradores de facturación, figura un anuncio, claramente visible, en el que se comunica a los pasajeros la posibilidad que tienen de solicitar el texto en el que aparecen recogidos sus derechos.
- La de facilitar, a todos los pasajeros afectados por una denegación, cancelación o gran retraso del vuelo, el texto en el que figura el contenido de la norma.

El artículo 11 pone de relieve la preocupación del legislador comunitario por el hecho de que la información sea veraz y asequible a todos, obligando a las compañías aéreas a que utilicen medios adecuados para las personas invidentes.

El artículo 12 regula el derecho de compensación suplementaria. En él se permite expresamente al pasajero afectado por alguno de los incumplimientos previstos en el Reglamento (CE) que, además de solicitar las compensaciones y demás derechos en él descritos, pueda a su vez reclamar, a través de los tribu-

nales de justicia, otras indemnizaciones en base a lo dispuesto en la normativa propia de cada Estado y de otras normas de Derecho comunitario e internacional relativas al transporte aéreo. Ahora bien, de las posibles indemnizaciones que se concedan en vía judicial, se podrán deducir las compensaciones recibidas con base a esta norma, siempre que el tribunal que conoce así lo considere.

Por otro lado, el hecho de que el transportista encargado de efectuar el vuelo haya abonado las compensaciones que el Reglamento (CE) establece, no supone que este haya admitido su responsabilidad en los hechos y que no pueda ejercitar su derecho de reclamar el reembolso de estas cantidades a los responsables del incumplimiento: otra compañía aérea, un operador turístico, la compañía de seguros, etc., de acuerdo con lo establecido en el artículo 13. La reclamación directa frente al transportista beneficia al pasajero, pero el derecho de repetición que se concede a la compañía aérea pretende localizar la responsabilidad en su auténtica sede.

El artículo 10 regula el derecho al cambio de clase. Este artículo se aplica cuando como consecuencia de una denegación de embarque, cancelación o retraso en el vuelo, el pasajero afectado debe realizar el vuelo acomodado en una plaza de distinta categoría a aquella que ha contratado. Cuando esto sucede, el artículo 10 establece que, si el pasajero es acomodado en una plaza de categoría superior a la contratada, no estará obligado a pagar ninguna cantidad adicional. Por el contrario, si el pasajero es acomodado en una plaza de categoría inferior a la que tiene contratada, este tiene derecho a que el transportista le reembolse, a más tardar en un plazo de siete días, una cantidad económica correspondiente a un tanto por ciento del precio del billete, en función de los kilómetros a recorrer.

El artículo 15 prohíbe, de forma expresa, la introducción de cláusulas que limiten o deroguen cualquiera de los derechos que la norma comunitaria reconoce al pasajero. No se debe olvidar que si la inclusión de tales cláusulas en el contrato se hace a través de condiciones generales de la contratación, estas son consideradas abusivas y, por lo tanto, nulas de pleno derecho de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007.

B) *En concreto: denegación de embarque, cancelación y retraso en el vuelo*

El núcleo de la regulación de esta norma comunitaria radica en recoger, definir y fijar las consecuencias de determinados supuestos de incumplimiento del transportista y a ello se va a dedicar las líneas que siguen.

a) Denegación de embarque

El artículo 2.j) del Reglamento (CE) 261/2004, ofrece un concepto de denegación de embarque, entendiendo por tal: «*la negativa a transportar pasajeros*

en un vuelo, pese a haberse presentado al embarque en las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 3, salvo que haya motivos razonables para denegar su embarque, tales como razones de salud o de seguridad o la presentación de documentos de viaje inadecuados».

Esta norma prevé la posibilidad de denegar el embarque a un pasajero por razones justificadas. De este modo alude a razones de salud, seguridad o presentación de documentos; pero también hace referencia a razones comerciales que carecen de justificación, como es el caso del *overbooking* aéreo.

Se pueden sintetizar las causas de denegación justificada en las siguientes: las que guardan relación con el cumplimiento por el pasajero de determinadas obligaciones, legítimamente impuestas por la compañía aérea, como el cumplimiento de medidas de seguridad, estar en posesión de la documentación exigida, o mostrarla cuando sea requerida, etc.; las relacionadas con la entrada de extranjeros en el país de destino; las relacionadas con pasajeros que no se presentan a facturación o al embarque a la hora señalada, o las que guardan relación con el comportamiento mostrado por el pasajero.

Por su parte, el Reglamento (CE) regula los derechos de los pasajeros aéreos en caso de *overbooking*. La denegación de embarque u *overbooking* supone trasladar al ámbito de lo jurídico una práctica comercial consistente en contratar más servicio del disponible. Este hecho permite a las compañías aéreas ahorrarse importantes sumas como consecuencia de las cancelaciones de reserva de última hora.

El artículo 4 impone a las compañías aéreas el cumplimiento de una serie de obligaciones previas a la denegación del embarque. Estas consisten en: solicitar voluntarios, esto es, pasajeros que acceden a renunciar voluntariamente a su reserva a cambio de recibir de la compañía aérea determinados beneficios pactados, además de lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento (CE); la obligación de llenar toda la capacidad del avión aunque suponga cambios de clase que, a pesar de que no lo menciona expresamente el artículo 4, se deriva de la aplicación del principio de buena fe y del artículo 10 del Reglamento (CE) sobre los cambios de clase. Después de esto, si sigue habiendo un mayor número de pasajeros con reserva de plazas que asientos disponibles, el transportista tendrá que denegar el embarque a determinados pasajeros.

El último párrafo del artículo 4 es una norma de remisión al régimen de compensaciones, que consiste en lo siguiente:

- Derecho al reembolso o a un transporte alternativo (art. 8). Este derecho permite al pasajero que pueda optar por: el reembolso del coste del billete y, cuando proceda, un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible; la conducción hasta el destino final del viaje en condiciones de transporte similares de la forma más rápida posible; o la conducción hasta el destino final en condiciones comparables y en una fecha posterior que convenga a ambas partes.

- Derechos de atención (art. 9). Estos derechos consisten en ofrecer a los pasajeros lo siguiente: comida y bebida suficiente en función del tiempo de espera; alojamiento en un hotel, en los casos en que sea necesario pernoctar una o varias noches o sea necesaria una estancia adicional a la prevista por el pasajero; el transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento, ya sea este un hotel u otro; dos llamadas telefónicas, télex, mensajes de fax o correos electrónicos gratuitos.
- Derecho de compensación (art. 7). Consiste en que la compañía aérea está obligada a compensar al pasajero con unas cantidades que oscilan entre los 250 y los 600 euros, en función de los kilómetros de distancia a recorrer.

b) Cancelación del vuelo

La cancelación del vuelo es, junto con la denegación de embarque, un supuesto de incumplimiento total por parte del transportista de su obligación principal que consiste en trasladar al pasajero a su destino. Aunque parezca excesivamente obvio, hay que subrayar que la cancelación o anulación de un vuelo supone su no realización. La cancelación y el retraso pueden confundirse cuando una persona, que se ha visto privada de volar, porque se ha cancelado el vuelo en el que debía viajar, puede llegar a su destino en otro vuelo posterior. ¿Nos encontramos aquí ante una cancelación o ante un retraso? Para diferenciarlos, hay que tener en cuenta que todos los vuelos están identificados con un número. Pues bien, se está ante una cancelación y no ante un retraso, cuando la salida se realiza en un vuelo que tiene un número distinto a aquel que, en un principio, se tenía contratado. También es necesario atender a la programación inicialmente prevista en el sentido de que si se produce algún cambio como el avión asignado, la franja horaria, la hora o la fecha de salida, el origen y el destino, etc., aunque se conserve el mismo número de vuelo, se trata de una cancelación.

El artículo 5 del Reglamento (CE) reconoce el derecho que tienen los pasajeros, afectados por una cancelación, a reclamar al transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo el contenido íntegro de los siguientes artículos: artículo 8, derecho al reembolso o a un transporte alternativo, y artículo 9, derechos de atención. Asimismo también prevé la posibilidad de que dicho pasajero pueda reclamar las compensaciones que se fijan en el artículo 7 con algunas excepciones. Estas excepciones son las que hacen que el régimen de responsabilidad del *overbooking* y el de la cancelación difiera, ya que en caso de denegación de embarque el pasajero puede siempre reclamar dichas compensaciones.

Estas excepciones consisten en que los pasajeros afectados por una cancelación no tendrán derecho a la compensación que el artículo 7 prevé, si concurren las siguientes circunstancias: de acuerdo con el artículo 5.1.c), si se les informa de la cancelación con determinada antelación y se les ofrece la posibilidad de

llegar a destino en un transporte alternativo; y, de acuerdo con el artículo 5.3, el transportista acredita que: «*la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables*». Aquí la norma se aparta del régimen general de responsabilidad objetiva, para fijar una responsabilidad subjetiva del transportista en caso de que el pasajero solicite la compensación que prevé el artículo 7 como consecuencia de una cancelación del vuelo. La carga de la prueba —tanto del hecho de haber informado al pasajero de la cancelación del vuelo, como del momento en que dicha información se ha efectuado— corresponde al transportista aéreo.

c) Retraso

El retraso de pasajeros supone: «la llegada impuntual al lugar de destino». Por este motivo, resulta decisiva la determinación del momento de comienzo y de fin del traslado, esto es, el horario del transporte. Este debe incluirse en el contrato. De este modo, la determinación del plazo de cumplimiento de la obligación de traslado es una cláusula imprescindible para que se pueda delimitar el objeto del contrato y, por lo tanto, pueda recaer el consentimiento del pasajero en relación a la cosa y a la causa. Por este motivo, su inclusión en el contrato resulta obligada si no se quiere romper el equilibrio que debe existir entre las partes contratantes, y dejar al arbitrio de una de ellas, la compañía aérea, la validez y el cumplimiento del contrato.

De acuerdo con el artículo 6, cuando el transportista encargado de efectuar un vuelo prevea retrasos en sus vuelos con respecto a la hora de salida, deberá ofrecer a los pasajeros la asistencia que prevén los artículos 9.1.a) y 9.2 que consiste en: comida y bebida suficientes, en función del tiempo que sea necesario esperar, y dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax o correos electrónicos gratuitos. Estos derechos se deben ofrecer en los siguientes casos: en toda clase de vuelos con una distancia de 1.500 kilómetros o menos, cuando el retraso respecto de la hora de salida prevista sea de dos horas o más; en vuelos intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y en todos los demás vuelos de entre 1.500 y 3.500 kilómetros, cuando el retraso respecto de la hora prevista de salida sea de tres horas o más; y en todos los vuelos no comprendidos en los casos anteriores, cuando el retraso respecto de la hora de salida prevista sea de cuatro horas o más.

Además de lo anterior, en los casos en los que la hora de salida sea al menos al día siguiente de la inicialmente prevista, el transportista deberá ofrecer a los pasajeros afectados la asistencia que prevé el artículo 9.1.b) y c). Esta asistencia consiste en: alojamiento en un hotel y el transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento, sea un hotel u otro lugar distinto.

En aquellos supuestos en los que el retraso en relación a la hora inicial de salida sea de cinco horas como mínimo, deberá ofrecer, además de lo anterior,

la asistencia señalada en el artículo 8.1.a) del Reglamento (CE), es decir, el reembolso en siete días del coste íntegro del billete en el precio al que se compró, correspondiente a la parte o partes del viaje no efectuadas y a la parte o partes del viaje efectuadas si el vuelo ya no tiene razón de ser en relación con el plan de viaje inicial del pasajero junto con, cuando proceda, un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible.

III. EL CONVENIO DE MONTREAL (CM)

1. CUESTIONES PREVIAS

Al igual que se ha hecho al hacer referencia al Reglamento (CE), se va a tratar de dar respuesta a una serie de cuestiones relacionadas con la aplicación del CM para, después, analizar los supuestos de incumplimiento que contempla y los derechos de los pasajeros afectados.

A) **Ámbito de aplicación.** El CM regula el transporte aéreo internacional de personas, equipaje y mercancías. Según el propio convenio, transporte aéreo internacional es aquel que se realiza: o bien entre los territorios de dos Estados Parte, haya o no interrupción en el transporte o transbordo; o bien entre el territorio de un único Estado Parte, siempre que se haya previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, sin necesidad de que este otro sea Parte del Convenio.

Por su parte, el Reglamento (CE), número 889/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE), número 2027/1997 del Consejo, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, se ocupa de desarrollar las disposiciones del convenio. En relación a su ámbito de aplicación extiende la aplicación de las normas establecidas en el CM al transporte aéreo que se realiza en el interior de un único Estado miembro, sin necesidad de escalas ni trasbordos efectuados en otro Estado; y extiende la aplicación de las normas establecidas en el CM a los transportes que, a pesar de no ser nacionales, no tengan la consideración de internacionales según el artículo 1 del CM, siempre que sean llevados a cabo por una compañía aérea comunitaria.

Por lo tanto, el CM se aplicará a:

- El transporte aéreo efectuado entre Estados Parte, haya o no interrupción o transbordo.
- El transporte efectuado en el interior de un Estado parte, siempre que se haya previsto una escala en otro Estado, sin necesidad de que este último sea parte.
- El transporte aéreo efectuado en el interior de un Estado miembro.

- El transporte aéreo que, según el CM no se puede considerar internacional, pero es llevado a cabo por una compañía aérea comunitaria.

B) Modo de reclamar. Se ha visto cómo el Reglamento (CE) es una norma muy útil y eficaz para los usuarios del transporte aéreo y, por tanto, muy beneficiosa. Sin embargo, la eficacia del CM disminuye básicamente por dos motivos: su reclamación debe realizarse a través de los tribunales y el régimen de responsabilidad en él previsto es, en la mayoría de los supuestos de incumplimiento que regula, subjetivo y de cuantía limitada.

Así es; si el pasajero se ve afectado por alguno de los supuestos de incumplimiento del transportista contemplados en el CM, su reclamación a la compañía aérea deberá realizarse mediante la interposición de la correspondiente demanda. Este hecho supone una serie de gastos de carácter económico y de tiempo, que, en muchos casos, ocasiona que los pasajeros perjudicados decidan no reclamar, sobre todo, teniendo en cuenta que las cuantías en este tipo de pleitos suelen ser de escasa consideración.

C) Legitimación pasiva. Las normas del CM se refieren al transportista como sujeto responsable en los casos de incumplimiento del contrato. Esto es así cuando la compañía aérea con la que el pasajero ha efectuado el contrato es la que se encarga de realizar el transporte. En estos casos, la legitimación pasiva no plantea problemas, es responsable el transportista contractual que resulta ser el mismo que efectúa el vuelo. El problema se plantea cuando el pasajero contrata con una compañía aérea, pero quien efectúa el vuelo es otra compañía distinta de la que ha contratado con el pasajero. Ante esta cuestión, los artículos 40 y 41 del CM, establecen que tanto el transportista contractual como el transportista de hecho quedan sujetos a las disposiciones del Convenio. El transportista contractual, respecto a todo el transporte previsto en el contrato y el transportista de hecho respecto al transporte que realiza, que puede coincidir con todo el trayecto fijado en el contrato o con parte de él.

Otro problema que suele ser habitual en estos casos es determinar la persona responsable en los casos de transporte sucesivo (el que efectúan varios transportistas uno después de otro). El artículo 36 del CM establece que el pasajero solo puede reclamar al transportista que efectúa el transporte durante el que se produce el accidente o retraso, salvo que por estipulación expresa el primer transportista haya asumido la responsabilidad por todo el viaje. Hubiera sido más conveniente para el consumidor que la norma permitiese reclamar también al primer transportista quien, además, es aquel que el pasajero ha elegido, con quien ha contratado inicialmente su viaje, y por consiguiente en quien ha depositado su confianza. Si este transportista inicial se vale de otros para efectuar el viaje, no resulta extraño que sea responsable de todo cuanto ocurre en el mismo.

D) Supuestos de incumplimiento regulados en esta norma. El CM contempla los siguientes supuestos de incumplimiento por parte del transportista: daños

físicos causados a los pasajeros como consecuencia de un accidente, retrasos en la llegada de pasajeros a destino, e incidencias en el equipaje y en la carga.

E) El plazo para reclamar ante los tribunales el contenido de esta norma. El artículo 35 del CM establece que: *«El derecho a indemnización se extinguirá si no se inicia una acción dentro del plazo de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino o la del día en que la aeronave debería haber llegado o la de la detención del transporte»*.

2. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO Y DERECHOS DE LOS PASAJEROS

A) Incidencias en el equipaje

Para determinar la responsabilidad del transportista en relación con las incidencias que pueden surgir en el traslado del equipaje, se debe distinguir entre equipaje de mano y equipaje facturado y, dentro de este último, a su vez, entre incidencias relacionadas con la destrucción, pérdida o avería, y las relacionadas con el retraso en la entrega del equipaje facturado, porque su régimen de responsabilidad es distinto.

a) Equipaje facturado

Antes de centrar la atención en el régimen de responsabilidad del transportista por los problemas con el equipaje facturado, conviene detenerse en dos cuestiones: ¿Qué se entiende por equipaje facturado? Y ¿Qué significado tiene el artículo 31 del CM?

En relación con la primera cuestión, concepto de equipaje facturado, la doctrina ha elaborado una definición según la cual este consiste en el equipaje cuya custodia encomienda el pasajero al transportista y que queda representado en el talón de equipaje. Es decir, es el equipaje que el pasajero entrega, en el momento de la facturación, al transportista y que, tras su aceptación por este, queda bajo su custodia. Se transporta en la bodega del avión que conduce al pasajero. El precio de su traslado va incluido en el precio del transporte del pasajero hasta determinado peso. Lo anterior no quiere decir que su traslado sea gratuito, sino que el pasajero lo ha abonado dentro del precio del billete de pasaje. Es decir, el precio del billete incluye el traslado del pasajero, su equipaje de mano y su equipaje facturado, con la excepción de que este último supere un determinado peso, o que en relación al mismo se haga una declaración de valor. En este sentido, el artículo 97 de la LNA establece que: *«El transportista aéreo está obligado a transportar, juntamente con los viajeros y dentro del precio del billete, su equipaje con los límites de peso y volumen»*.

Las compañías aéreas suelen establecer, en las condiciones generales del contrato, los límites de peso, volumen y número de bultos por pasajero que constituyen su equipaje facturado. Estos límites dependen de la categoría del billete contratado. Cuando el equipaje facturado sobrepasa los límites fijados por la compañía aérea, se considera exceso de equipaje y se suele admitir su traslado pagando una cantidad adicional por el exceso.

En relación con la segunda cuestión anunciada, el artículo 31 del CM obliga al pasajero, afectado por el retraso, la pérdida o la avería de su equipaje facturado, a presentar por escrito un aviso de protesta al transportista. La importancia de esta denuncia es tal que su falta supone, por un lado, una presunción a favor del transportista, salvo prueba en contrario, de que el equipaje se ha entregado en buen estado y de conformidad con el documento de transporte (art. 31.1 CM); por otro lado supone, además, la no admisión de las acciones contra el transportista (art. 31.4 CM). Con ello se pretende que el transportista tenga la seguridad de que el pasajero, que no ha realizado la correspondiente protesta, no le va a reclamar en un momento posterior; también se pretende facilitar un acuerdo transaccional y evitar la correspondiente reclamación judicial.

De conformidad con el artículo 31.2 del CM, el momento en que debe formalizarse la correspondiente protesta, varía según se trate de un supuesto de avería o de un supuesto de retraso:

- En caso de avería del equipaje facturado, la protesta deberá presentarse en el mismo momento en que el pasajero advierte dicha avería y, en todo caso, en un plazo de siete días a contar desde el día en que se recibió el equipaje.
- En caso de retraso del equipaje facturado, el plazo para presentar la denuncia es de veintiún días a partir del día en que el equipaje fue puesto a disposición del pasajero.

Se considera pérdida del equipaje facturado si, transcurridos los 21 días, este no ha aparecido o la compañía aérea reconoce su pérdida.

Como se ha advertido con anterioridad, el régimen de responsabilidad del transportista por las incidencias con el equipaje facturado, difiere según se trate de destrucción, pérdida o avería y de retraso. Por este motivo, se ha realizado la exégesis diferenciando entre los supuestos mencionados.

b) Destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado

Los artículos que regulan estas incidencias son: 17.2 y 3 (sobre el régimen de responsabilidad en los supuestos de destrucción, pérdida o avería del equipaje); 22.2 y 5 (sobre los límites en la cuantía de la indemnización revisados

por la OACI y aplicables desde el 30 de diciembre de 2009); y 20 y 17.2 *in fine* (sobre la exoneración de responsabilidad del transportista).

Del contenido de artículo 17.2 y 3, se pueden extraer las siguientes ideas:

- El supuesto que regula es la destrucción, la pérdida y la avería del equipaje facturado.
- Para que se despliegue el régimen de responsabilidad previsto para estos supuestos, es necesario que el daño se produzca o bien a bordo de la aeronave, o bien mientras el equipaje se encuentra bajo la custodia del transportista. Conviene advertir aquí la reiteración de la norma.
- Es a partir del momento en que el pasajero hace entrega de su equipaje al transportista cuando este pasa a ser el responsable de los daños que se producen en el mismo.
- La responsabilidad finalizará en el momento en que el transportista vuelva a poner el equipaje a disposición del pasajero.
- Si se dan las circunstancias anteriores, el transportista responderá de los daños causados.

De acuerdo con la redacción de la norma —«...*el transportista responde por la sola razón de que los daños se hayan producido a bordo de la aeronave o durante el tiempo en que el equipaje se encuentra bajo la custodia del transportista*»—, el régimen de responsabilidad previsto es un régimen de responsabilidad objetivo. Ello significa, como es sabido, que el transportista es responsable siempre de los daños producidos en el equipaje, con independencia de que, en su actuación, haya o no haya habido dolo o culpa.

Como suele ser normal en los supuestos de responsabilidad objetiva, la indemnización está tasada u objetivada al menos en sus límites máximos. De esta manera la cuantía de la indemnización viene limitada en el artículo 22.2 a la suma de 1.131 DEG por pasajero. Conviene advertir que se trata de una cantidad máxima, por tanto no se devenga automáticamente por parte del pasajero, sino que su pretensión queda subordinada a la prueba de la existencia y de la cuantía del daño.

Existen dos excepciones a la limitación de la cuantía de la indemnización, que son:

- Que el pasajero haya realizado una declaración de valor en el momento de facturar su equipaje. En este caso el límite cuantitativo no opera, y la cuantía de la indemnización se extiende al valor declarado (art. 22.2 *in fine*). Se entiende por equipaje con declaración especial de valor aquel sobre el cual su dueño ha efectuado, en el momento de la facturación, una declaración en la que ha dejado constancia del valor real de este equipaje. En tal caso podrá convenir con el transportista la aceptación de unos límites de responsabilidad más elevados. Ahora bien, el transportista es libre de

aceptar o no la especial declaración, y en caso de que no lo hiciera, los límites serían los normales por muy elevado que fuere el valor del equipaje.

- Que se pruebe que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista, sus dependientes o agentes, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones, «...*con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño...*» (art. 22.5). Con esta premiosa frase parece que el legislador comunitario hace referencia a la necesidad de que haya dolo por parte del transportista, esto es, intención deliberada del transportista de no cumplir con el contrato o, sabiendo el transportista que no está cumpliendo con el contrato y que su comportamiento es ilícito, no adopta ninguna medida para rectificar su actitud. En este caso, el transportista pierde el derecho a aplicar los límites a la cuantía indemnizatoria, la cual abarcará todos aquellos daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento. Además, siguiendo la trayectoria que sobre la carga de la prueba fijan las normas sobre responsabilidad del transportista, parece que quien tiene que probar la ausencia de intencionalidad en la producción de los daños es la propia compañía.

Dos observaciones de interés en materia del alcance de la responsabilidad:

- La primera hace referencia al aumento del alcance de la misma. Efectivamente, el artículo 24 permite que el transportista pueda pactar en el contrato que el límite de responsabilidad sea superior a 1.131 DEG; incluso de acuerdo con el artículo 25, podrá pactar que el contrato no esté sujeto a ningún límite —cuestiones de dudosa incidencia práctica—.
- La segunda supone, con buen criterio, que la reducción del ámbito fijado se considera nulo. Así, según el artículo 26, la inclusión en el contrato de alguna cláusula que tienda a reducir el límite fijado en el convenio o a exonerar de responsabilidad al transportista, será nula, no producirá ningún efecto.

Hasta ahora se ha visto que la responsabilidad del transportista en relación a la destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado es objetiva y limitada, salvo en esta última cuestión las excepciones señaladas. Se trata ahora de ver las causas de exoneración de la responsabilidad del transportista.

Para ello se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 20 CM, que contempla el supuesto general de exoneración, aplicable a todos los casos de responsabilidad del transportista contemplados en el convenio, y que se refiere a la actuación del pasajero en la producción de los daños. De este modo, si el daño se debe a una negligencia o a cualquier otra acción u omisión indebida del pasajero que pide la indemnización, el transportista quedará total o parcialmente exonerado de su responsabilidad.

Además de la causa de exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 20, se establecen, en el artículo 17.2 *in fine*, unos supuestos especiales de exoneración de responsabilidad vinculados con las características intrínsecas del equipaje. Así, el transportista no será responsable si el daño se debe a la naturaleza del equipaje, a un defecto del equipaje, o a un vicio propio del equipaje.

c) Retraso en la entrega del equipaje facturado

El artículo 19 del CM se ocupa de regular el retraso en la entrega del equipaje facturado. De él se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Regula de forma conjunta la responsabilidad del transportista por los retrasos de pasajeros, de equipaje y de carga. En este sentido señala que el transportista es responsable de los daños ocasionados por el retraso.
- No obstante lo anterior, establece un régimen de responsabilidad subjetiva del transportista en los casos de retraso. Esto es, el transportista responderá por los retrasos cuando en su actuación haya intervenido culpa o negligencia o, lo que es lo mismo, cuando el transportista no haya sido diligente.
- Además, invierte la carga de la prueba de tal manera que tendrá que ser el propio transportista el encargado de probar que su actuación ha sido diligente, y solo en este caso no será responsable por los retrasos.

La responsabilidad del transportista, en este caso, es subjetiva y con inversión de la carga de la prueba. Además, la cuantía de la indemnización que debe satisfacer el transportista en caso de retraso en la entrega del equipaje facturado, si se dan los requisitos anteriores, sigue limitada a la suma de 1.131 DEG por pasajero, tal y como prevé el artículo 22.2 CM.

Los límites fijados en la norma son comprensibles en los supuestos en que la responsabilidad del transportista es objetiva, sobre todo para evitar abusos en las reclamaciones de los pasajeros. Sin embargo, se justifican menos en los casos de responsabilidad subjetiva. Es más, probada la culpa del transportista en la producción de los daños, es difícilmente aceptable que, si estos daños son superiores al límite de la indemnización, no se condene a pagar todos aquellos alegados y acreditados. En numerosas sentencias, los jueces condenan por la totalidad de los daños, aunque estos sean superiores a los límites. Para ello alegan: que la compañía aérea no ha conseguido acreditar la ausencia de dolo en la producción de los daños y, por tanto, dejan de operar los límites; o acuden a la aplicación subsidiaria de las normas protectoras de los consumidores y a las normas generales del Derecho Privado; o que la compañía aérea no desarrolla ningún tipo de prueba tendente a acreditar que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño, en los casos de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba.

El artículo 20, que regula los supuestos de exoneración de responsabilidad del transportista, también es aplicable a los casos de retraso en la entrega del equipaje y supone que el transportista podrá ser eximido total o parcialmente de su responsabilidad si, en la producción de los daños, ha intervenido el pasajero que pide la indemnización.

d) Equipaje no facturado o de mano

El equipaje no facturado o de mano es aquel cuya custodia conserva el pasajero a lo largo de todo el viaje. Este equipaje está sometido también a unos límites de peso y de volumen fijados en las condiciones generales de transporte de las distintas compañías.

Los preceptos que regulan el equipaje de mano son: artículo 17.2 (sobre el régimen de responsabilidad del transportista); artículo 22.2 y 5 (sobre los límites en la cuantía de la indemnización, revisados por la OACI y aplicables desde el 30 de diciembre de 2009); y artículo 20 (sobre la exoneración de responsabilidad del transportista).

El artículo 17.2 del CM fija para el transportista una responsabilidad subjetiva, ya que responde de los daños que se deben a su culpa o a la de sus dependientes o agentes: *«En el caso de equipaje no facturado, incluyendo los objetos personales, el transportista es responsable si el daño se debe a su culpa o a la de sus dependientes o agentes»*.

De acuerdo con la literalidad de la norma, la responsabilidad es subjetiva y sin inversión de la carga de la prueba porque nada más se prevé sobre esta cuestión. En este caso consideramos que es posible extender, a través de la técnica de la analogía, la aplicación del resto de preceptos del CM en los que se fija una responsabilidad subjetiva del transportista con inversión de la carga de la prueba. Es más, de conformidad con las normas generales sobre la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada una de las partes de un proceso tiene la carga de probar los hechos en que fundan sus pretensiones de conformidad con su disponibilidad y facilidad probatoria. Por lo tanto, y con el apoyo del principio *pro consummatore*, es posible considerar que también aquí se invierte la carga de la prueba aunque la norma no lo mencione de manera expresa.

De nuevo el artículo 22.2 CM es aplicable en materia de límites porque, como ya se ha visto, este artículo no realiza distinción alguna entre el equipaje facturado y el no facturado, por lo que entendemos que se aplica a ambos. Además no se puede olvidar que el propio convenio, en el artículo 17.4, señala que el término equipaje se refiere tanto al facturado como al no facturado. Si esto es así, los daños sufridos por el pasajero en su equipaje de mano tendrán el mismo límite máximo que el fijado para el equipaje facturado, esto es, 1.131 DEG.

Del mismo modo que sucede con el equipaje facturado, el límite anterior no operará en caso de que el pasajero realice una declaración de valor. En este caso la cuantía de la indemnización consistirá en el valor declarado. Tampoco opera el límite en el supuesto del artículo 22.5 CM, es decir, si se demuestra que el daño es consecuencia de una acción u omisión del transportista, sus dependientes o agentes, en el ejercicio de sus funciones, «*con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño*».

Por último, conviene recordar que, al igual que en todos los supuestos de responsabilidad regulados en el CM, el artículo 20 se aplica también a los daños en el equipaje no facturado. Por eso, tal y como ya se ha visto, el transportista podrá ser eximido total o parcialmente de responsabilidad si se prueba que el pasajero contribuyó de alguna forma a la producción de los daños.

B) *Retraso en la llegada de los pasajeros a destino*

La regulación de los retrasos de pasajeros coincide con la del retraso en la entrega del equipaje facturado. Por tanto aquí tan solo se va a señalar las diferencias que existen en la regulación de ambos supuestos de incumplimiento, no sin antes hacer mención a los preceptos en que se encuentra su régimen de responsabilidad.

De este modo, como ya se ha visto, el artículo 19 se ocupa de establecer que la responsabilidad del transportista por los retrasos en la llegada de pasajeros y de su equipaje es subjetiva, con inversión de la carga de la prueba. Del mismo modo, el artículo 20 CM, establece las causas de exoneración total o parcial del transportista en ambos supuestos de retraso, de tal modo que quedará exonerado total o parcialmente de responsabilidad si se produce una acción u omisión indebida del pasajero sea la causante del daño o haya contribuido a él. La carga de la prueba de tales extremos corresponde al transportista.

En lo que difiere la regulación de ambos supuestos de incumplimiento es en los límites de responsabilidad. En el caso de retraso de la llegada de los pasajeros a destino, el límite se fija en la cuantía de 4.694 DEG, cuantía que, como ya se ha advertido, queda supeditada a la prueba de la existencia de daños causados por el retraso y de su cuantía.

C) *Daños físicos causados a los pasajeros como consecuencia de un accidente aéreo*

Se trata del último supuesto de incumplimiento del transportista frente al pasajero regulado por el CM.

En este caso, al igual que ya ocurría en el Reglamento (CE), número 2027/1997 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, los artículos 17 y 21 del convenio establecen un doble sistema de responsabilidad: objetiva y limitada cuando la cuantía de los daños no supera los 113.100 DEG; y subjetiva, con inversión de la carga de la prueba; e ilimitada, cuando la cuantía de los daños a indemnizar supera la cantidad de 113.100 DEG. Es decir, a partir de 113.100 DEG, la responsabilidad del transportista se vuelve subjetiva e ilimitada. En este sentido, el artículo 17 CM señala que: *«El transportista es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque»*. Por su parte, el artículo 21 del CM establece que: *«Respecto al daño previsto en el párrafo 1 del artículo 17, que no exceda de 100.000 derechos especiales de giro (en la actualidad 113.100 DEG) por pasajero, el transportista no podrá excluir ni limitar su responsabilidad. El transportista no será responsable del daño previsto en el párrafo 1 del artículo 17, en la medida en que exceda de 100.000 derechos especiales de giro (hoy 113.100) por pasajero, si prueba que: a) el daño no se debió a la negligencia o a otra acción y omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes; o b) el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción y omisión indebida de un tercero»*. Es necesario, al establecer el régimen de responsabilidad del transportista en este supuesto de incumplimiento una aplicación conjunta de los artículos 17 y 21.1.

Además, los artículos 20 y 21 establecen que, en la responsabilidad del transportista por daños de hasta 113.100 DEG solo cabe, como causa de exoneración, que el transportista pruebe que el pasajero perjudicado ha sido el causante de los daños o contribuyó a su producción. En la responsabilidad que se genera cuando los daños superan 113.100 DEG operan, como supuestos de exención de responsabilidad, que el transportista pruebe que el pasajero perjudicado o un tercero han sido los causantes de los mismos o han contribuido a ellos.

Para terminar es necesario hacer una referencia a la posibilidad que contempla el CM, que se refiere al hecho de que la compañía aérea abone a los pasajeros afectados unas cantidades en concepto de anticipo de la indemnización que en su caso le corresponda. Para ello es preciso tener en cuenta, además de lo dispuesto en el CM, lo que sobre esto contiene el Reglamento (CE) número 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) número 2027/1997 del Consejo, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

La finalidad de estos pagos adelantados consiste en cubrir las necesidades económicas inmediatas del pasajero. Por este motivo, si el pasajero ya las tiene cubiertas, o porque dispone de recursos económicos o porque ha cobrado de algún seguro, etc., entendemos que no tendrá derecho a solicitarlos.

Los anticipos deberán abonarse sin demora y, en todo caso, en un plazo máximo de quince días desde que se ha determinado la identidad de la persona con derecho a los mismos.

Este pago no supone el reconocimiento de responsabilidad alguna por parte de la compañía aérea y su cantidad podrá ser compensada con los importes que la empresa transportista deba abonar como indemnización con arreglo a su responsabilidad en los daños causados.

La norma solo establece la cuantía mínima que se debe pagar como anticipo en caso de muerte, 16.000 DEG. Al no contener ninguna regla relativa a la cuantía de los pagos adelantados en caso de lesiones es necesario, al respecto, tener en cuenta que la cuantía debe ser proporcional a los daños sufridos, pero siempre atendiendo a la finalidad de la misma, que no es otra que el pasajero perjudicado pueda hacer frente a las necesidades económicas inmediatas a la producción del accidente.

Por último, señalar que el anticipo no es reembolsable, salvo en los supuestos de exoneración previstos en el artículo 20 del CM, y cuando la persona que lo reciba no sea la titular del derecho a la indemnización.

IV. CONCLUSIONES

La entrada en vigor del Reglamento (CE) número 261/2004 ha supuesto que la situación legal de los pasajeros aéreos mejore, al menos en relación con el régimen anterior, ya que sus derechos han aumentado de forma considerable.

Sin embargo, su eficacia depende de su divulgación por parte de las compañías aéreas. Es decir, se pretende que el mayor número de pasajeros posible pueda conocer su contenido y, de este modo, pueda reclamar siempre que se vea afectado por alguno de los incumplimientos del transportista previstos en el Reglamento (CE).

Los derechos a favor de los pasajeros reconocidos en el Reglamento (CE) número 261/2004 tratan de paliar las consecuencias negativas que el incumplimiento del transportista ocasiona a los pasajeros. En concreto, van dirigidos a reparar unos perjuicios que suelen afectar por igual a todos los pasajeros. Por este motivo, estos derechos se conceden de forma inmediata a la producción de estos daños, por lo que requieren de una reclamación extrajudicial, en el propio aeropuerto, para que sean efectivos.

A pesar de las ventajas que el Reglamento (CE) establece para los pasajeros, algunos aspectos del mismo son cuestionables. Llama la atención que en un sistema de compensaciones por incumplimiento, como el que se establece en este Reglamento (CE), en el caso de cancelación del vuelo por parte del transportista, el artículo 5.3 permita que la compañía aérea no abone las compensaciones del artículo 7 (de 250 a 600 €, según los kilómetros a recorrer) cuando pueda probar: *«...que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían*

haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables». Esto y decir que no caben estas compensaciones, en caso de cancelación del vuelo, es decir lo mismo. Porque, ¿cuándo y cómo probará la compañía al pasajero tales circunstancias? Si el contenido de esta norma se reclama extrajudicialmente, la prueba de tales extremos deberá realizarse de la misma forma. En este caso, ¿qué garantías ofrecen las alegaciones de la compañía?

Ya se ha advertido que el CM es menos eficaz que el Reglamento (CE) 261/2004, básicamente por dos motivos: su reclamación debe realizarse a través de los tribunales y el régimen de responsabilidad en él previsto es, en la mayoría de los supuestos de incumplimiento que regula, subjetivo y de cuantía limitada.

Así es, a pesar de la tendencia a objetivar el régimen de responsabilidad, no se lleva hasta sus últimas consecuencias pues, como se ha visto, en algunos supuestos este sigue siendo subjetivo. De este modo, el régimen de responsabilidad es objetivo en los supuestos de daños por accidente aéreo y de daños por destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado. Pero existen supuestos de incumplimiento en los que la responsabilidad del transportista es subjetiva, como sucede en relación a los daños causados por el retraso en la entrega del equipaje facturado y en la llegada de pasajeros a destino, y en las incidencias con el equipaje no facturado o de mano.

El Reglamento (CE) habla de compensaciones a favor del pasajero, mientras que el CM se refiere a indemnizaciones. ¿Acaso no son lo mismo? Parece que la respuesta tiene que ser negativa, sobre todo si se tiene en cuenta que el modo de reclamarlas es muy diferente, extrajudicial en el primer caso, judicial en el segundo. Además, las compensaciones del Reglamento (CE) se conceden al pasajero sin necesidad de que este tenga que alegar la existencia de unos daños que son consecuencia del incumplimiento. Por el contrario, para que la compañía aérea deba indemnizar de acuerdo con la aplicación del CM, el pasajero debe alegar y probar la existencia de unos daños derivados del incumplimiento.

RESUMEN

**DENEGACIÓN DE EMBARQUE,
CANCELACIÓN DEL VUELO Y
GRAN RETRASO**

Este trabajo se ha centrado en la figura del turista como usuario de un servicio de transporte aéreo por dos motivos fundamentales: porque se trata del medio de transporte más utilizado hoy en día para los desplazamientos turísticos, y porque también es en el transporte aéreo donde

ABSTRACT

**DENIED BOARDING AND
CANCELLATION AND LONG
DELAY OF FLIGHTS**

This paper focuses on tourists as the users of air transport services for two fundamental reasons: because air is the means of transport most tourists use today and because air transport has the highest number of carrier breaches of contract affecting passengers.

se suele producir un mayor número de supuestos de incumplimiento del transportista que afectan al pasajero.

Por este motivo, se ha tratado de analizar la responsabilidad del transportista aéreo frente al pasajero derivada de los distintos supuestos de incumplimiento. Para ello se ha estudiado el contenido de dos normas que regulan la responsabilidad del transportista aéreo: el Reglamento (CE) número 261/2004, del Parlamento y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (CM).

El motivo por el cual el trabajo gira en torno a estas dos normas se debe a que, si el supuesto de incumplimiento del transportista se produce en la actualidad, estas constituyen el régimen legal básico que resulta de aplicación para resolver el conflicto, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria del resto de normas, de carácter más genérico, como el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, y otras leyes complementarias y el Código Civil.

Centrado el objeto del trabajo en la responsabilidad del transportista aéreo frente al pasajero y su contenido en el Reglamento (CE) y en el CM, se ha tratado de dar respuesta a una serie de cuestiones relativas a su aplicabilidad y funcionamiento para, posteriormente, determinar los derechos de los pasajeros aéreos previstos en cada una de ellas.

An analysis is given of air carrier liability vis-à-vis passengers in different cases of breach of contract. The terms of two rules on air carrier liability are studied: Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and the Montreal Convention of 28 May 1999 for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (MC).

The reason why the paper revolves about these two rules is that, if a carrier commits breach of contract nowadays, these two rules form the applicable basic legal procedure for resolving the conflict. This is notwithstanding the subsidiary application of other, more generic rules, such as Royal Legislative Decree 1/2006 of 16 November approving the revised National Consumer Defence Act, other supplementary laws and the Civil Code.

The point of addressing air carrier liability vis-à-vis passengers and the terms thereof under the EC Regulation and the MC is to respond to a series of issues concerning these rules' applicability and operation. The rights of air passengers according to each are found.

(Trabajo recibido el 15-3-2012 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)

Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas

por

AURA ESTHER VILALTA NICUESA (*)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. MARCO TEÓRICO:

1. MECANISMOS «EXTRAJUDICIALES».
2. EL ENTORNO ELECTRÓNICO.

II. ESTADO DEL ARTE:

1. MARCO NORMATIVO:

- 1.1. *Normativa internacional.*
- 1.2. *Normativa regional.*

III. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA:

1. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LOS RLL.
2. CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL:

(*) Profesora Agregada de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC); Investigadora del Internet Interdisciplinary Institute (IN3); Miembro del National Center of Technology and Dispute Resolution, Umass, Amherst (NCTDR); Miembro de la Delegación española, en calidad de Representante nacional, junto con el Profesor Agustín Madrid Parra, en Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por vía Informática) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. avilalta@uoc.edu.

- 2.1. *El falso dilema de la naturaleza de las partes. La asimetría contractual como problema de fondo.*
- 2.2. *Iter procedimental.*
- 2.3. *Las normas jurídicas aplicables y el carácter imperativo de ciertas previsiones normativas.*
- 2.4. *La neutralidad en los procesos multifase.*
- 2.5. *Cláusulas ex ante obligatorias de sumisión a mecanismos RLL de tipo adjudicativo.*
- 2.6. *Disposiciones ex ante que imponen un intento obligatorio RLL de tipo facilitativo y evaluativo.*
- 2.7. *Acerca de la fijación del lugar de los procesos RLL.*
- 2.8. *El valor jurídico de los acuerdos y decisiones, cuestión vinculada íntimamente con la formación de los expertos.*
- 2.9. *Elección de proveedores RLL y expertos.*
- 2.10. *Idioma del proceso.*
- 2.11. *Responsabilidad.*
- 2.12. *Carga probatoria.*
- 2.13. *Exclusiones.*

3. CUESTIONES TÉCNICAS:

- 3.1. *Identificación y autenticación.*
- 3.2. *Integridad de las comunicaciones y documentos.*
- 3.3. *Determinación del momento y lugar de envío de las comunicaciones electrónicas.*
- 3.4. *Condiciones generales y contratos de adhesión.*
- 3.5. *Costes del proceso extrajudicial y su imputación.*

IV. ALGUNAS INDICACIONES CONCLUSIVAS.

INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, TIC), aplicadas a las relaciones económicas, están revolucionando el comercio tradicional (1) a un ritmo sin precedentes desde hace dos décadas (2). Como ha sido tratado en anteriores trabajos, el desarrollo del comercio electrónico y la

(1) Amplía las oportunidades para establecer relaciones sociales y económicas. Elimina las barreras tradicionales entre oferentes de bienes o servicios y usuarios. El tiempo, la distancia geográfica o las diferentes lenguas ya no constituyen obstáculos para el comercio.

(2) Desde el año 2002, tras el *boom* del dot.com y el gran desarrollo de la *www*, el número de comerciantes con sitio web aumenta diariamente y a gran escala. Según *Domain Counts & Internet Statistics*, en mayo de 2009 operaban más de 109.500.000 sitios web y de estos, el 74 por 100 eran comerciales o bien operaban con dominio.com. Véase, al respecto, Aura Esther VILALTA, «ODR and eCommerce», en Ethan KATSH, Daniel RAINEY, Mohamed A. WAHAL *et al.* (2011), *Online Disputes Resolution: theory and practice*. Eleven eds., en prensa.

tendente globalización de los mercados, favorecida por el uso de las TIC (3), provocan nuevos desafíos y la necesidad de buscar soluciones (4).

Internet y las nuevas tecnologías están modificando los hábitos de las personas y su estudio ha contribuido a comprender el desarrollo de la sociedad de la información y el conocimiento o sociedad red, entendida como «estructura social resultante de la interacción entre organización social, cambio social y el paradigma tecnológico» (CASTELLS, 2006) (5). Pocos dudan hoy del profundo impacto de estos dos factores en la reestructuración de las empresas y en el desarrollo del comercio transnacional y de la economía (6), en los movimientos sociales, en la producción y conocimiento, en la apertura de los sistemas jurídicos a fuentes de derecho de origen transnacional y en la permeabilidad y flujo de la información a nivel global (comunicación) entre los ámbitos económico-social, político y por ende también, jurídico.

(3) El término globalización se identifica a menudo con la idea de primacía de la economía y aparición de nuevas formas de desarrollo económico y social. Esta perspectiva no es nueva: la expansión romana o la época renacentista, acompañadas de la apertura de los mercados a otros continentes tras de un largo periodo de estancamiento pueden ser considerados también productos de una proto-globalización. Según algunos estudiosos de Derecho Común, esta segunda experiencia legal podría ser considerada precedente, dado que también entonces las exigencias de la economía y del comercio fueron un vector decisivo en la armonización de las prácticas comerciales por medio de continuos intercambios comerciales.

(4) Como ya ha sido apuntado, desde una perspectiva sociológica el pluralismo jurídico pretende ofrecer explicación a este fenómeno. La proliferación de instrumentos de regulación no vinculante está mutando la concepción tradicional del positivismo jurídico y abre camino a un diseño más horizontal, abierto, flexible, donde los sistemas legales con pluralidad de fuentes tienen un espacio donde emergen fuentes autónomas y heterónomas. El derecho inductivo se convierte en parte del derecho consuetudinario y de la *lex mercatoria*, entendida en sentido amplio como la ley de los estados en el comercio internacional, el conjunto de normas consuetudinarias que surgen espontáneamente en el comercio internacional para los agentes que operan con el fin de regular las relaciones contractuales y extracontractuales y de evitar conflictos o solucionarlos. Históricamente podemos situar el momento de su mayor florecimiento en la edad media, con la expansión del comercio transoceánico y de los negocios, los cuales requieren de soluciones más flexibles que las propuestas por el *ius civile*. Desde entonces ha sufrido varias fluctuaciones debido, en parte, a las políticas adoptadas por los estados para proteger sus mercados. El siglo XX atribuye carta de naturaleza al Derecho Internacional Privado y el uso del arbitraje internacional se extiende en el comercio transnacional. La *lex mercatoria* en este contexto no será, efectivamente, fuente de derecho, pero adquiere relevancia entre las partes contratantes cuando la contemplan a través de cláusulas explícitas. La repetición de su uso (*diuturnitas*) y la opinión o creencia del efecto vinculante entre las partes (*opinio juris necessitatis*) son dos aspectos que la identifican.

(5) Véase Manuel CASTELLS (2006), *La sociedad red: una visión global*, Alianza Editorial, pág. 21.

(6) El denominado eBusiness —entendido como red electrónica entre productores, consumidores y proveedores de servicios— y el eCommerce —tráfico económico de internet—. Como indicara Manuel CASTELLS en *La galaxia Internet*, Areté, Plaza Janés, 2001, pág. 93, aunque la empresa-red precedió a la difusión de internet, son contribuciones únicas de este medio tecnológico la interactividad, la flexibilidad, la gestión de la marca y la producción personalizada a la medida de las necesidades del consumidor.

Globalización y diversificación son dos tendencias aparentemente opuestas que discurren hoy, paradójicamente, de manera paralela y permean: el mercado y la producción es hoy global y, sin embargo, su penetración es local, depende de la adaptación de su contenido al gusto y necesidades locales. La *globalización* es la expresión acuñada en el actual mundo de los negocios para explicar un enfoque que considera la importancia de tener en cuenta la diversidad de condiciones, culturas, idiomas y, por tanto, pone el énfasis en las condiciones y necesidades locales antes de desarrollar o comercializar productos, servicios y estrategias de venta (pensar globalmente, actuar localmente). Del mismo modo, la producción de soluciones aportadas por el derecho a los conflictos tiende a una armonización internacional a través del *softlaw* respetuoso con las peculiaridades locales derivadas de las distintas tradiciones y culturas jurídicas.

En este novedoso contexto emergen y se consolidan términos de nuevo cuño para describir actividades innovadoras, actores y también mecanismos de resolución de disputas (7). Las relaciones económicas y de colaboración entre individuos y grupos en el entorno virtual son una manifestación, con impacto significativo en la economía y el derecho. La nueva realidad *www* estimula y fomenta el contacto directo y las relaciones jurídicas entre sujetos de diversa condición: entre personas privadas (en adelante, C2C), entre productores o distribuidores de bienes o servicios y personas privadas (en adelante, B2C) o entre empresas (en adelante, B2B) (8). Asimismo afecta a las estrategias de

(7) Las organizaciones y redes sociales son hoy también importante motor económico. Wikinomics es un concepto de cuño reciente [Don TAPSCOTT (1996), *Growing up digital: the rise of the net generation* y *Who knows: safeguarding you capital in a networked world*. McGraw-Hill, eds.] que ayuda a comprender el fenómeno de creación colectiva en el entorno virtual. El término *prosumer* identifica a aquellos individuos que, en su condición inicial de clientes, participan sin embargo en la creación de un producto de manera activa y continuada (consumidor/productor). Los usuarios tienden a organizarse y a crear sus propios productos, a compartir información, intercambiar, desarrollar herramientas y métodos. Producciones colectivas como los blogs, Google, Amazon o los wiki están en continua evolución. También la web ha dejado de ser un espacio pasivo donde se lee y oye, para devenir un ambiente donde la gente comparte, socializa y colabora en iniciativas colectivas. El conocimiento «propietario» convive con las redes y comunidades de colaboración y desarrollo que abren nuevas vías en el campo de la innovación y generan valor añadido. La economía tiende a incorporar alianzas más allá de las fronteras físicas o geopolíticas. Las empresas diversifican sus actividades de innovación y creación de páginas web globales, con el fin de ser más competitivas y sus equipos trabajan en colaboración a través del uso de herramientas web. El desarrollo de la telefonía móvil y del *Cloud Computing* (o *eCloud*) dan lugar hoy a nuevos modelos de negocio, permitiendo a usuarios con escasos conocimientos técnicos y sin infraestructura robusta acceder a los servicios de Internet.

(8) Una gran parte de las transacciones en red se realizan de empresa a empresa, los emprendedores individuales prosperan en este tipo de economía y las conexiones entre consultores, subcontratistas y empresas a través de la red adquieren la misma importancia que las operaciones de la propia empresa (Manuel CASTELLS en «La Galaxia Internet», *op. cit.*, pág. 82).

producción gracias a la reducción de los costes de transacción, al aumento de la subcontratación por parte de las empresas (*outsourcing, supply chain integration*) y a la disminución de intermediarios. Estos factores suponen una ventaja añadida para el comercio electrónico (B. ROBERTS & M. MACKAY, 1998) (9), aunque no han sido todavía suficientemente evaluados (M. GRAHAM, 2008) (10).

Como es natural, también en este nuevo espacio se manifiestan conflictos, con el agravante de que en muchos casos aparecen elementos transnacionales que encarecen, alargan y complican los procesos judiciales de un modo desproporcionado respecto del valor económico discutido. Los mecanismos de resolución de disputas emergen en este entorno económico y social como una respuesta espontánea con el fin de proporcionar una vía adecuada para superar un vacío estructural, mediante la gestión y resolución de conflictos en un entorno electrónico, porque el nivel de protección de los sujetos no depende solamente de la existencia de normas de derecho sustantivo que tutelen derechos y pretensiones, sino que requiere, asimismo, que tales derechos puedan ser efectivamente ejercitados. Esta categoría abarca todo tipo de mecanismos electrónicos que permitan a las partes evitar y resolver sus disputas. Son modalidades esencialmente de tipo resarcitorio, que procuran la satisfacción de los intereses de las partes de un modo rápido, sencillo y económico, una cuestión clave a los fines de garantizar la efectividad de los derechos y de generar la confianza de los sujetos en el comercio electrónico.

El presente estudio se propone, en consecuencia, contribuir al conocimiento de estos mecanismos extrajudiciales que operan en el ambiente electrónico y esbozar algunas primeras ideas respecto de interesantes cuestiones legales y técnicas que plantea el diseño de un adecuado marco legal.

I. MARCO TEÓRICO

Los mecanismos de resolución en línea de litigios (en adelante, RLL), más conocidos en el ámbito anglosajón como *Online Dispute Resolution* (ODR), son términos «paraguas» utilizados comúnmente para designar sistemas de gestión y de resolución de conflictos que operan en un entorno electrónico. Esta categoría, que en un inicio parte de los ADR (acrónimo de *Alternative Dispute Resolution*), abarca hoy todo tipo de procesos electrónicos que permiten a las partes evitar y resolver sus disputas.

(9) Véase Bob ROBERTS & Mike MACKAY (1998), «It supporting supplier relationships: The role of electronic commerce», en *European Journal of Purchasing & Supply Management*, 4 175 D 184.

(10) Véase Mark GRAHAM (2008), *Warped Geographies of Development: The Internet and Theories of Economic Development*. *Geography Compass*. 2/3, 771-789. <http://geospace.co.uk/files/compass.pdf>

Haciendo un breve excursus histórico, resulta significativo que fuera en los años 1923-1926, con la fundación de la Cámara Internacional de Comercio y de la Asociación Americana de Arbitraje, cuando los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos —de la mano del arbitraje en sus momentos más tempranos— iniciaran su real andadura. En el año 1958, las Naciones Unidas procuró a la comunidad internacional un instrumento clave para su consolidación, la Convención de Nueva York *sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* (11). Y pocos años después, ya en 1965, bajo los auspicios del Banco Mundial, muchos países adoptaron el Convenio *sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (CIADI o Convenio de Washington; en inglés, ICSID: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*) con el anhelo de facilitar la conciliación y el arbitraje en los conflictos que pudieran derivarse de la inversión internacional.

En el año 1969, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América —Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (ARPA)— desarrolló una red experimental llamada ARPAnet, para la coordinación de la actividad de cuatro centros de supercomputación en la investigación militar. Esta red, auxiliada de protocolos de Internet —TCP/IP—, es considerada uno de los antecedentes de la extensa red de millones de ordenadores que hoy conocemos como Internet. En el año 1973, ARPAnet entró en las redes móviles que utilizan satélites síncronos (SATNET) y paquetes móviles de radio (PRNET) —*internetting*—. Desde un punto de vista jurídico, el ambiente estaba ya, por aquel entonces, abonado también para los cambios: en el año 1976 un magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Warren Burger, convocó una conferencia nacional —*Roscoe Pound Conference*— en cuyo seno pronunció un memorable discurso sobre la reforma judicial y la necesidad de planificar cambios en el sistema de justicia civil para la resolución de conflictos sin recurrir al litigio. Los estudios y recomendaciones que se derivaron dieron un notable impulso a las técnicas de ADR a lo largo de las décadas siguientes.

En 1981 se publican las teorías de la negociación desarrolladas por FISHER & URY (12), investigadores del *Harvard Negotiation Project* y, más adelante, surgen los primeros proyectos vinculados a la gestión electrónica de las disputas a través de la mediación y del arbitraje: el *Virtual Magistrate project*, el *CyberTribunal* o el *Online Ombuds Office*. Los LISTSERVS constituyeron el primer fórum donde tuvieron lugar los conflictos más comunes en la red (KATSH

(11) Convención de Nueva York *sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e_ocr.pdf

(12) Véase Roger FISHER & William URY (1981), *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. Penguin Group eds.

& RIFKIN, 2001) (13). A principios de los noventa, el *National Science Foundation* elimina las restricciones al uso comercial de Internet y, seguidamente, se autoriza el uso de Internet con fines comerciales y se inicia la gestión de los nombres de dominio. En el año 1995, Jeff BEZOS lanza Amazon y Pierre OMIDYAR funda *eBay*.

El uso de la red por parte de los consumidores a partir de entonces ha dado lugar a nuevas realidades, como la aparición de controversias derivadas de las propias transacciones electrónicas. Entran en funcionamiento los primeros prototipos ODR: *Mediate.com*, el proyecto *Virtual Magistrate* de la Universidad de Massachussets (14), el proyecto *Cybertribunal* de la Universidad de Montreal, *iCourthouse* y *Square-Trade*, por citar algunos. En ese mismo año 1996, se producen acontecimientos significativos: (i) se celebra una competición internacional de métodos de resolución de conflictos *online* (ICODR) (15); (ii) *Lex Electronica* proporciona uniformidad al comercio electrónico creando un código internacional legal, al cual las partes se someterán en lo que respecta a la regulación de sus derechos y obligaciones (16); (iii) académicos como Ethan KATSH o Colm BRANNIGAN van acuñando el acrónimo de Online Dispute Resolution, ODR (17); (iv) entra en funcionamiento la Oficina Ombuds de la Universidad de Massachussets (*Online Ombuds Office*, OOO) para la asistencia en línea de los conflictos y reclamaciones relacionados con la comunidad universitaria. Un año más tarde, nuevos actores aparecen en escena: *ResolutionForum.org*, proveedor de ADR sin fines de lucro, que ofrece su propio sistema de conferencia *online* diseñada específicamente para la negociación y mediación *online*; *Resolveitnow.com* (18), proporcionando negociación automática B2C en conflictos transfronterizos con consumidores; *InternetNeutral.com* (19) con mediación *online* para los litigios de consumo; y *Hewlett Foundation* proporciona financiación para la creación de un Centro de Tecnología de la Información y Resolución de Disputas en la Universidad de Massachussets (NCTDR). En 1998 el Gobierno de los Estados Unidos autoriza que *Internet Corporation for*

(13) Véase Ethan KATSH & Janet RIFKIN (2001), *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. Jossey-Bass, eds.

(14) Proyecto de arbitraje *online* no vinculante orientado primordialmente a los litigios de consumo derivados de las transacciones *online*. <http://vmag.org>

(15) Véase Ethan KATSH & Leah WING (2006), «Ten Years of Online Dispute Resolution (ODR): Looking at the Past and Constructing the Future. Symposium On Enhancing Worldwide Understanding Through Online Dispute Resolution», en *The University of Toledo Law Review*, vol. 38, núm. 1, Fall 2006.

(16) Véase Ethan KATSH (2006), «Online Dispute Resolution: some implications for the emergence of law in cyberspace», en *Lex Electronica*, vol. 10, n. 3, invierno de 2006.

(17) Aparece publicado el artículo «Resolución de disputas en el cyberspace», de Ethan KATSH, en 28 *Conn. L. Rev.* 953. <http://chss.montclair.edu/leclair/LS/papers/cyberadr.html>.

(18) <http://Resolveitnow.com>

(19) <http://InternetNeutral.com>

Assigned Names and Numbers (ICANN) gestione el sistema de nombres de dominio y sus conflictos. Y ese mismo año, *Cybersettle* lanza un sistema de negociación automatizada al servicio de las reclamaciones de seguros, tasas y reclamaciones transfronterizas (20).

El sitio de subastas *online*, *eBay*, crece rápidamente y, en el año 1999, solicita al Centro de Tecnología de la Información y Resolución de Conflictos de la Universidad de Massachussets (NCTDR) llevar a cabo un proyecto piloto para determinar si la mediación *online* puede contribuir a la resolución de las disputas entre compradores y vendedores. De este modo, *SquareTrade* deviene proveedor de *eBay* para cubrir tales servicios (21).

En el año 2001 se fusionan las tres mayores organizaciones de ADR —SPIDR, *Academy of Family Mediators* y *Conflict Resolution in Education Network*— en una sola organización: la *Asociación para la Resolución de Conflictos* (ACR). Contemporáneamente, acaecen algunos importantes hechos: (i) se sella una alianza de *Better Business Bureau* (BBB) con *Eurochambres* —red de Cámaras Europeas de Comercio— y *FEDMA* —*European Direct Marketing Association*— para la gestación de un método RLL transatlántico de gestión de controversias B2C; (ii) la *American Arbitration Association* (AAA), organización de EEUU con mayor implantación en el ámbito de la resolución de disputas B2B, proporciona soluciones electrónicas a nivel mundial; (iii) y la *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) anuncia una iniciativa centrada en la solución de controversias en demandas colectivas. Algo más adelante, en el 2002, el Comité ADR de la *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) decide conducir un programa piloto aplicando mecanismos electrónicos para resolver litigios transfronterizos entre empresas de México, EEUU y Canadá (22).

A partir de entonces son numerosas las iniciativas privadas y públicas emprendidas: *U.S.Settle* (23), *WebAssured.com* (24), *SettleOnline.com* (25), *InternetOmbudsmann.at* (26), *Mediation Arbitration Resolution Services* (MARS) (27), *ClickNsettle.com* (28), *1-2-3Settle.com* (29), *AllSettle.com* (30),

(20) <http://www.cybersettle.com>

(21) Véase Ethan KATSH (2006), *supra*, pie de pág. 15.

(22) Véase Colin RULE (2002), *Online Dispute Resolution for Business: B2B, Ecommerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*. San Francisco, CA: Jossey-Bass, eds.

(23) <http://ussettle.com>

(24) <http://WebAssured.com>

(25) <http://SettleOnline.com>

(26) <http://InternetOmbudsmann.at>

(27) <http://www.resolvemydispute.com>

(28) <http://www.clickNsettle.com>

(29) <http://www.123settle.com>

(30) <http://www.allsettle.com>

BBBOnline (31), ClaimChoice.com (32), ClaimResolver.com (33), Wecansettle.com (34), WebMediate.com (35), MediationAmerica.com (36), NovaForum.com (37), OnlineResolution.com (38), eResolution.ca (39), ECODIR (40), Settle Today (41), Juripax (42) margen de interesantes iniciativas institucionales tales como Mediateur du net (43), e-Mediator.co.uk (44), y más recientemente también Concilia Cam (45), Concilia Online (46), o RisolviOnline (47) de la mano de las cámaras de comercio. Desde una perspectiva regional, se observa también un interés creciente de los estados y regiones por dotar a los mercados de mecanismos transnacionales eficaces que permitan su apertura y expansión. Es botón de muestra de esta tendencia la intensa actividad legislativa de la Unión Europea volcada hoy en la creación de un adecuado marco normativo para la implantación y desarrollo de ADR/ODR: la Directiva 2008/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* (48); las Recomendaciones informando acerca de los principios que deben inspirar a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de conflictos (49); o la edición del Libro verde

(31) <http://www.bbbonline.org>

(32) <http://www.claimchoice.com>

(33) <http://www.claimresolver.com>

(34) <http://Wecansettle.com>

(35) <http://WebMediate.com>

(36) <http://www.mediationamerica.com>

(37) <http://NovalForum.com>

(38) <http://onlineResolution.com>

(39) <http://www.eResolution.ca>

(40) <http://www.ecodir.org>

(41) <http://www.settletoday.com>

(42) <http://www.juripax.com>

(43) <http://www.foruminternet.org.particuliers/mediation/>

(44) <http://www.e-Mediator.co.uk>

(45) <http://www.conciliaonline.net/conciliaonline/acceso.asp?cciaa=14&lang=2>

(46) <http://www.conciliaonline.net/>

(47) <http://www.risolvionline.com/>

(48) Véase Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, 2008. O.J. (L. 136/3). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF>

(49) En el seno de la UE, véase Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*, 1998. O.J. (L. 115/31). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:ES:PDF>

Y Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*, 2001. O.J. (L. 109/56). http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_es.pdf.

En el Consejo de Europa, Recomendación (2002)10 del Comité de Ministros *sobre mediación en asuntos civiles*, de 18 de septiembre de 2002. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=306401&Site=CM>.

sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil (50).

Es por ello que las Naciones Unidas, consciente de la necesidad de armonizar algunos aspectos relativos al comercio electrónico y del riesgo de fragmentación a nivel regional de la normativa reguladora de los ADR/ODR, a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI), procedió a la confección de algunos instrumentos legales internacionales —sobre arbitraje comercial internacional (1985) (51), sobre firma electrónica (2001) (52), sobre conciliación comercial internacional (2002) (53), o sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005) (54)— y se halla en la actualidad volcada en la preparación de estándares legales RLL a nivel internacional.

1. MECANISMOS «EXTRAJUDICIALES»

Los RLL aglutinan en su seno mecanismos de resolución que se desarrollan por vía electrónica y sin la intervención directa de los tribunales. Aún cuando denominados «alternativos» son, en realidad, expresión de la autonomía de la voluntad privada y constituyen recursos complementarios a la jurisdicción, porque ofrecen nuevos caminos de solución, no sustitutivos ni excluyentes de esta (55).

Hay un discurso a nivel internacional en virtud del cual los mecanismos ADR/ODR no integrarían métodos heterocompositivos porque, desde un punto de vista funcional, estos últimos no se articulan a través del consenso, sino a través de un proceso contradictorio cuyo resultado se obtiene a partir de una investigación de la realidad, un juicio (56). Ahora bien, que el proceso en algunas modalidades —como el arbitraje— sea de contradictorio no impide constatar

(50) Véase Libro verde *sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil*. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf

(51) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Arbitraje Comercial Internacional*, de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

(52) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Firma Electrónica*, de 2001. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

(53) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional*, de 2002. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf

(54) Véase Convención de las Naciones Unidas *sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, de 2005. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf

(55) Salvo los casos en que así lo desean las partes en conflicto y verse en materia de libre disposición.

(56) El arbitraje, en todas sus formas, contiene siempre un juicio, lo que permite considerarlo una actividad equivalente a la judicial (PERLINGIERI). Desde un plano formal, una

que su fundamento pivota sobre el consenso de las partes en trasladar el poder decisional a un tercero.

A este respecto, resulta clarificadora la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea *sobre solución extrajudicial de los litigios de consumo* de 1998, la cual, tras distinguir entre tres posibles modos de mejorar el acceso a la justicia (57) destaca que, lejos de ser alternativos, son totalmente complementarios. Y añade que una diferencia fundamental que distingue el primer modo —consistente en la mejora de los procedimientos legales— del resto reside en el hecho que, frente al marco tradicional de la solución judicial de conflictos que tiene por objeto mejorar los sistemas existentes, las otras dos perspectivas procuran evitar en lo posible el ámbito judicial.

Sean facilitativos, evaluativos o de contradictorio (58), estos mecanismos extrajudiciales son manifestación explícita de un cambio en la forma de entender las controversias en una sociedad que demanda formas innovadoras de gestionar y resolverlas recuperando las bases del diálogo y aprovechando las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías. Un enfoque integral más adecuado al dinamismo y a la complejidad de la realidad actual, en un contexto de múltiples interacciones sociales, económicas y culturales de carácter transnacional (VILALTA, 2009) (59).

Tradicionalmente, estos métodos de resolución extrajudicial, a diferencia de los procesos judiciales, basan su estrategia en la idea de maximizar los intereses de las partes y de llegar a resultados que resulten satisfactorios para ambas. Fundamentados en la *Teoría de Juegos* (*Game Theory*, NEUMANN y MORGENTHAU, 1944) (60), aplicada a la negociación (61), hallan su antecedente más remoto en el principio de utilidad de Bentham (1789). Los académicos FISHER y URY (62), sobre la base de dicho principio, desarrollaron luego una estrategia para llevar a cabo una negociación satisfactoria y establecieron criterios para

parte gana y otra sucumbe, mientras que el resto de mecanismos tienen su fundamento en el acuerdo, la transacción y las concesiones nuevas (RUGGERI).

(57) Esto es, mediante: (i) la simplificación y mejora de los procedimientos legales; (ii) la mejora de la comunicación entre los profesionales y los consumidores; (iii) y los procedimientos extrajudiciales para la resolución de las controversias entre consumidores.

(58) Una perspectiva restrictiva consideraría tan solo RLL los métodos consensuales de solución de controversias en el entorno electrónico. Sin embargo, también, los métodos heterocompositivos o de contradictorio tienen como antecedente un acuerdo.

(59) Véase más completo desarrollo en Aura Esther VILALTA (2009). «La cultura del diálogo y la justicia relacional como tercera vía» (artículo *online*). IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 8. UOC. ISSN: 1699-8154. http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n8_Vilalta/n8_Vilalta_esp

(60) Véase John VON NEUMANN & Oskar MORGENTHAU (1944), *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton University Press.

(61) Consistente en algoritmos matemáticos para obtener los mejores resultados para cada litigante.

(62) Véase Roger FISHER & William URY, *supra*, pie de página 11.

que los expertos pudieran resolver problemas (63). Describieron las tres vías más utilizadas en la toma de decisiones en toda negociación y llegaron a la conclusión que la estrategia basada en los intereses de las partes es la mejor opción para obtener resultados a largo plazo y para la mejora de las relaciones, a diferencia de las estrategias que adoptaban como fundamento los derechos o el poder de las partes, que tienden a reproducir las técnicas del contradictorio (64).

En el comercio electrónico sucede que las disputas resultan susceptibles de ser resueltas en términos económicos. De este modo los sistemas RLL tienden a integrar tecnología desarrollada a partir de la señalada teoría de juegos, del análisis de la negociación, y tiene en cuenta estudios estadísticos y encuestas actualizados sobre el comportamiento humano. Procuran la optimización de los intereses de las partes y participan en la construcción de soluciones dentro de la denominada zona ZOPA (*Zone of Possible Agreements*, LEWICKI *et al.*, 1999) (65).

A mayor abundamiento, el diseño de los RLL dirigidos a disputas B2C contempla frecuentemente la necesidad de garantizar la equidad de los acuerdos y decisiones, una cuestión clave en relaciones que adolecen de cierto desequilibrio contractual. El llamado «equilibrio de Nash» de las partes involucradas en un conflicto, basado en el comportamiento competitivo natural y que conduce a un desequilibrio no óptimo (NASH, 1950) (66), es particularmente severo en consumidores —*one shot player*— porque el empresario es un agente que interviene en numerosas operaciones económicas de similares características —*repeat player o serial player*—, y deviene por tanto más sofisticado. Al tratarse de un sujeto que lleva a cabo contratación en masa y se encuentra en una posición de mayor fortaleza, goza de cierta supremacía en el mercado. De ahí que los ODR, dirigidos al consumo, propicien técnicas que mejoren la transparencia de los procesos y negociaciones que tengan en cuenta el cuadro normativo tuitivo de los consumidores, contribuyendo así a la equidad de procesos y resultados.

(63) Esto es: (i) separar a la gente del problema; (ii) centrarse en los intereses en lugar de las posiciones y sus clasificaciones; (iii) inventar opciones de ganancia mutua; (iv) utilizar criterios objetivos para evaluar los intereses; (v) y que las partes reflexionen sobre su BATNA.

(64) Las tres estrategias descritas son, en breve síntesis: (i) de «intereses», elaborada con la técnica de los intereses subyacentes; (ii) de «derechos», fundamentada en principios, normas, disposiciones o prácticas comúnmente reconocidas y aceptadas; (iii) y de «poder» de las partes.

(65) Véase Roy J. LEWICKI, David M. SAUDERS, John W. MINTON (1999), *Negotiation*. Irwin McGraw-Hill, eds.

(66) Véase John F. NASH Jr. (1950), «The Bargaining Problem», en *Econometrica*, v. 18, pág. 155.

2. EL ENTORNO ELECTRÓNICO

RAL y RLL (en inglés, ADR y ODR) no son acrónimos intercambiables. El uso anecdótico de la tecnología en un mecanismo de RAL no implica necesariamente su migración al ámbito de los RLL. Las TIC, a mayor abundamiento, facilitan la generación de nuevas formas de gestión y estrategias de resolución de controversias que no encuentran correspondencia en los mecanismos de RAL.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que los métodos de solución de controversias en línea se nutren de la historia de los ADR y que las lecciones aprendidas a través de estos en los últimos años son fundamentales. Los RLL aprovechan las ventajas de las TIC para mejorar sus funcionalidades. En consecuencia, resulta esencial en todo proceso en línea una buena comprensión de los principios que rigen en general los mecanismos alternativos de resolución de litigios (LODDER & ZELEVNIKOW, 2010) (67).

Comparten todos ellos, en consecuencia, rasgos tales como el menor coste, la mayor velocidad, la flexibilidad de los procesos y la privacidad. Los RLL, a mayor abundamiento, gozan de características únicas (KATHS & RIFKIN, 2001) (68): (i) los litigantes no tienen necesidad de coincidir ni verse cara a cara; (ii) la solución de las controversias puede darse en cualquier momento sin importar la distancia geográfica; (iii) la posibilidad de comunicación asíncrona ayuda a las partes involucradas a reflexionar sobre sus mejores alternativas para un acuerdo negociado (*Best alternatives to a Negotiated Agreement*, BATNA) y evita la natural tendencia a sobredimensionar las expectativas, aumenta las concesiones mutuas y frena la escalada del conflicto.

Otra característica que identifica los RLL es su extraordinaria capacidad para extender sus funcionalidades a nivel de prevención, a través de la información, con el fin de evitar controversias y, por tanto, también conflictos. Si partimos de la premisa que controversia y conflicto tienen un significado diferente, los RLL, en sentido amplio, ofrecen posibilidades a las partes de evaluar, reflexionar acerca de sus pretensiones y, en consecuencia, evitar que una controversia (*contro-versus*) devenga conflicto (*cum-fligere*). La controversia, desde un punto de vista etimológico, implica la posibilidad de convertir algo en discutible, de modo que dos posiciones opuestas se confrontan; mientras que el conflicto refiere a la situación resultante de la colisión de dos cosas o ideas, prevalece el aspecto de la separación y generan disputa, conflicto (RICCARDI, 2010, pág. 28) (69). La

(67) Véase Arno R. LODDER & John ZELEVNIKOW (2010), «Enhanced dispute resolution through the use of information technology», en *Cambridge University Press*.

(68) Véase Ethan KATHS & Janet RIFKIN, *supra*, pie de página 12.

(69) Véase Carlo RICCARDI, «Art. 1: Definizioni», en Nicola SOLDATI & Andrea BANDINI (2010), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs 4 marzo 2010*, n. 28. Milano, Giuffrè.

falta de información o su incorrecta transmisión puede llevar a una controversia. Y si la controversia no es gestionada, al conflicto.

Podemos añadir otro aspecto distintivo de los RLL, la existencia de nuevos agentes que intervienen en el proceso. Desde esta perspectiva, cabe recordar que, al margen de las partes en conflicto y del tercero experto, la tecnología aplicada y los proveedores de RLL juegan un papel tan relevante que los académicos han llegado a atribuirles el tratamiento de «cuarta parte» (KATHS & RIFKIN, 2001) (70) y «quinta parte» (LODDER & ZELEVNIKOW, 2010) (71) respectivamente.

Son numerosos los esfuerzos volcados en realizar mapas y descripciones legales de los RLL con el fin de facilitar su comprensión. La principal dificultad para llevar a cabo esta tarea deriva en esencia de la abundancia de fórmulas mixtas (varios niveles) e híbridas así como de la continua evolución de los RLL, que amplían sus funcionalidades gracias a las TIC. Además, algunos aspectos que caracterizan los conflictos en el comercio electrónico inciden de forma significativa en la arquitectura de estos mecanismos en línea, al exigir el diseño de procesos a medida. Por indicar algunos: (i) el carácter transnacional de muchas de las quejas; (ii) la tendencial escalabilidad del conflicto cuando no existen mecanismos internos de comunicación entre empresa y usuario; (iii) las modalidades de pago en el comercio electrónico; (iv) el coste y la complejidad de los procedimientos cuando requieren la intervención de las instancias judiciales, (v) y la diversidad de lenguas y culturas de las partes involucradas. En consecuencia, los RLL dirigidos a las disputas de comercio electrónico integran por lo general modalidades diversas que operan de manera sucesiva y sin solución de continuidad —negociación automatizada, negociación asistida, mediación, conciliación y arbitraje o adjudicación— y cuyo iter, adaptable, pretende garantizar a las partes el medio más adecuado de solución, atendiendo a sus necesidades e intereses. Asimismo, y con el fin de que las partes puedan operar de manera sencilla y en modo comprensible para ellas, estos sistemas simplifican el lenguaje, hacen uso extenso de la simbología gráfica y del lenguaje visual e incorporan habitualmente mecanismos multilinguaje o de traducción simultánea.

Desde un punto de vista teórico, la taxonomía de los RLL puede ser construida a partir de muy variados criterios: la función asumida por sus órganos (72), el

(70) La denominada «cuarta parte». En la medida en que estos métodos evolucionan con la tecnología, devienen una parte de los procesos, que asume las funciones de facilitación, consulta y ayuda en la creación de consensos (KATSH, 2001).

(71) Véase Arno R. LODDER & John ZELEVNIKOW, *supra*, pie de página 67.

(72) Métodos de resolución de tipo decisonal, en los que el tercero adopta una solución de carácter vinculante (v.gr., arbitraje), métodos de aproximación y de apoyo de tipo de facilitativo (v.gr., mediación), y métodos de tipo evaluativo (v.gr., conciliación).

tipo de fundamento de las decisiones adoptadas (73), o el modo de resolver de los órganos responsables. Desde esta última perspectiva, y en breve síntesis, se puede distinguir entre: (i) métodos de autocomposición o de resolución amistosa (también llamados métodos consensuales no adjudicativos), por medio de los cuales son las partes quienes gestionan y resuelven el conflicto por sí mismas y el tercero experto denominado neutral asiste; (ii) y métodos heterocompositivos (denominados también de contradictorio o adversariales), a través de los cuales las partes voluntariamente confían a un tercero el poder decisorio. Los métodos mixtos o multistep —v.gr., el *med-ab*— integran en su seno modalidades diversas que operan de manera sucesiva, sin alteración de su naturaleza, mientras que los métodos híbridos, dando un paso más adelante y acaso más arriesgado, facilitan a las partes mecanismos donde el tercero experto asume cometidos que corresponderían a muy distintas modalidades —puede asistir, sugerir, proponer y decidir o emitir una solución— sin solución de continuidad y sin atención particular a los principios rectores de cada una de las modalidades consideradas individualmente (74).

Alcanzado este punto, parece necesario reflexionar, aun someramente, acerca de la característica distintiva entre las modalidades de tipo facilitativo —como la mediación— y de tipo evaluativo —como la conciliación—. Tradicionalmente la actividad que lleva a cabo el mediador ha sido considerada, esencialmente, de naturaleza procesal, de asistencia, de ayuda a las partes; se ocupa de buscar la reactivación de la comunicación a través de la construcción de un espacio de diálogo y de la gestión de los elementos humanos, emocionales y racionales del conflicto. Desde este punto de vista, la mediación se concreta en una actividad original y diferente en cada conflicto, basada en la experiencia, una actividad cognitiva, de proceso, no normativa. Proceso por el cual el neutral asiste a las partes en la tarea de desarrollar opciones y considerar alternativas (FOLBERG y TAYLOR, 1984) (75) que no gozan de un rol de asesoramiento, evaluación o adjudicación respecto del contenido de la disputa o su solución (CHARLTON, 2000) (76).

(73) Por la naturaleza de los motivos de la decisión, los RLL en el comercio electrónico también pueden ser clasificados entre: (i) métodos de decisión basados en la equidad, en razón que el experto o organismo extrajudicial decide sobre la base de códigos de conducta y otros valores, más allá de las disposiciones legales; (ii) y métodos de resolución basados en el derecho, es decir, sobre la base de las normas jurídicas.

(74) Estas modalidades se articulan por lo general con el fin de ofrecer vías de solución rápidas y económicas a conflictos de escasa cuantía.

(75) Véase Jay FOLBERG & Alison TAYLOR (1984), *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey-Bass, eds.

(76) Véase Ruth CHARLTON (2000), *Dispute Resolution Guidebook*. Star Printery Pty Ltd, Erskineville NSW (2nd edition) Ligare Pty Ltd, Riverwood NSW, eds. No faltan, sin embargo, voces autorizadas que entienden la tarea del mediador en sentido más amplio, abarcando funciones evaluativas. Véase al respecto, por ejemplo, Henry J. BROWN & Arthur L. MARRIOTT (1999), *ADR Principles and Practice*. Sweet and Maxwell. Bush, Robert A. B., eds.

La actividad del conciliador, por el contrario, resulta de alcance mayor, porque a las tareas descritas se le añaden facultades de propuesta formal de soluciones, confeccionadas a la medida de las necesidades de las partes. El conciliador evalúa los elementos jurídicos y de hecho y emite propuestas concretas de solución, que luego las partes serán libres de aceptar. De ahí que se discuta en el plano doctrinal su «neutralidad» en sentido estricto. El límite de sus facultades reside, en cualquier caso, en la imposibilidad de imponer soluciones. En los métodos de resolución de conflictos heterocompositivos, por el contrario, las partes ceden el poder decisorio al tercero experto. De modo que, cuando este emite una resolución con la misma fuerza juzgada de una sentencia se dice que desempeña una función cuasi-jurisdiccional.

Se discute en el ámbito internacional acerca de la oportunidad de mantener la distinción, para algunos artificial, entre mediación y conciliación. La Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional* (77), del año 2002, expresa que el conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, presentar propuestas para un arreglo de la controversia y manifiesta que el término «conciliación» engloba todos los procedimientos extrajudiciales designados por términos como conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente en el que las partes soliciten a un tercero que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de controversias que deriven de una relación contractual u de otro tipo. Ambos procesos, ciertamente, comparan el hecho de que el tercero no adjudica ni impone una solución, pero podrá objetarse también que, en determinados casos, la necesaria neutralidad del tercero podría verse comprometida de manifestar una opción (LUNA SERRANO & VILALTA, 2009) (78). De ahí que, en sentido estricto, la actividad mediadora es entendida como actividad facilitativa, que no permite evaluar y, en consecuencia, tampoco efectuar propuestas formales de solución. El mediador está habilitado para «facilitar» la resolución de litigios acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo. No obra entre sus cometidos evaluar ni asesorar a las partes, por ello se predica de estos su neutralidad. Sin embargo en la práctica se admite que puedan formular incluso propuestas «informales» sobre las opciones de solución. Esta cuestión está íntimamente relacionada con el principio de neutralidad, tratado más adelante. El conciliador, por el contrario y según lo expresado, se halla facultado para intervenir activamente en el conflicto de modo que puede proponer formalmente soluciones, su actividad va más allá de procurar aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo.

(77) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 51.

(78) Véase Agustín LUNA SERRANO & Aura Esther VILALTA (2009), *Dispute resolution in consumer matters; consumer arbitration in Spain* (manuscrito).

Es por ello que las distintas Recomendaciones de la Unión Europea subrayan la neta distinción entre los principios aplicables a los órganos responsables de métodos que conducen a la solución de la disputa a través de la intervención activa de un experto (R. 98/257/CE) (79) y los principios aplicables a órganos responsables de la composición amistosa a través de la intervención pasiva de un tercero (R. 2001/310/CE).

II. ESTADO DEL ARTE

1. MARCO NORMATIVO

1.1. *Normativa internacional*

El primer instrumento legal internacional que contribuyó a dar un paso significativo en el reconocimiento de los métodos extrajudiciales fue sin duda la Convención internacional *sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* (80), aprobada en una conferencia diplomática convocada por las Naciones Unidas en Nueva York en el año 1958. Se trata de una herramienta fundamental que ha contribuido a la justicia ofreciendo un instrumento eficaz de resolución en el tráfico internacional para las transacciones comerciales transfronterizas y ha permitido generar confianza en las decisiones vinculantes, a través de los acuerdos arbitrales. Su Reglamento (1976) (81) y la Ley Modelo CNUDMI *sobre Arbitraje Comercial Internacional* (1985) (82), así como las enmiendas adoptadas en el año 2006 para la actualización de contenido acorde con las nuevas necesidades del entorno virtual, han servido de modelo para los estados y han sido claves en el proceso de armonización y modernización de las legislaciones nacionales en materia de procedimiento de arbitraje comercial internacional.

También, en el año 2002, la CNUDMI aprueba una Ley Modelo *sobre Conciliación Comercial Internacional* (83) con el fin de dotar de normas uniformes al procedimiento de conciliación, facilitar su uso y promover la previsibilidad y

(79) Véase Rec. 98/257/CE, considerando número 9, *supra*, pie de página 48.

(80) Véase Convención de Nueva York, *supra*, pie de página 10.

(81) Véase Reglamento CNUDMI de Arbitraje de 1976. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>.

Revisado en 2010: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

(82) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Arbitraje Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 53.

(83) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 51.

la seguridad de procesos y resultados. Para eliminar la incertidumbre inherente a la falta de un marco normativo a nivel internacional, dicha Ley Modelo regula los aspectos procesales que deben regir en la designación de los conciliadores, en el inicio y la conclusión del procedimiento, en la conducta de los conciliadores, en la comunicación, así como cuestiones tales como la confidencialidad y la admisibilidad de las pruebas en otros procedimientos.

En un plano más general, pocos años antes el mismo organismo había promovido una Ley Modelo *sobre Comercio Electrónico* (1996) (84) que, junto con su guía de aplicación, facilita el uso de medios modernos de comunicación e información en la negociación y genera equivalentes funcionales de conceptos básicos acuñados en la contratación tradicional, para la documentación electrónica. Las nociones de «escrito», «firma» y «original» son algunos ejemplos. La actual Convención de las Naciones Unidas *sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (2005) (85) establece asimismo criterios para la utilización del correo y comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Esta convención refuerza la idea que resulta indiferente que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes —salvo que lo contrario resulte del contrato o de la información revelada en cualquier momento, antes o durante la celebración del contrato. Y agrega que ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial del contrato debe ser tomado en consideración para determinar la aplicación de la presente Convención. A su vez, la Ley Modelo CNUDMI *sobre las Firmas Electrónicas* (2001) (86) vino a reforzar la seguridad jurídica de las comunicaciones, transacciones y acuerdos a través del uso de firmas electrónicas, proporcionando la presunción de que una firma electrónica que cumpla determinados criterios de fiabilidad técnica es comparable con una firma manuscrita.

Hoy en día las Naciones Unidas, habiendo observado desde hace una década (87) el problema recurrente derivado de la falta de mecanismos adecuados

(84) Ley Modelo CNUDMI *sobre Comercio Electrónico*, de 1996 (con el nuevo art. 5 bis aprobado en 1998). http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

(85) Véase Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, *supra*, pie de página 52.

(86) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Firma Electrónica*, *supra*, pie de página 50.

(87) En el año 2000, las Naciones Unidas, consciente de la importancia de los RLL en el comercio electrónico, a través de su Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI o Comisión), mantuvo un intercambio de puntos de vista sobre propuestas diversas al efecto de incluir los RLL en su programa de trabajo (33.^a sesión, NY, 12 de junio al 7 de julio de 2000). Y en los dos años sucesivos, la Comisión decidió que los trabajos futuros sobre comercio electrónico deberían incluir una investigación más profundizada sobre estas cuestiones y que el Grupo de Trabajo II (WG II) de arbitraje y conciliación podría cooperar con el Grupo de Trabajo IV sobre comercio electrónico para un posible trabajo conjunto en esta área (véase sesión 34, Viena, 25 de junio al 13 de julio de 2001 y sesión 35, NY 17 al 18 de junio de 2002).

para la resolución de las controversias en transacciones de escasa cuantía de carácter transnacional, y considerando que la adopción de un sistema internacional de normas favorecería la creación de mecanismos electrónicos rápidos y económicos para la resolución eficaz de tales controversias, ha encargado al grupo de trabajo III de CNUDMI (WG III) la tarea de sugerir normas específicas dirigidas a su concreción (88). En junio de 2010, su Comisión, tomando en consideración una nota de la Secretaría, acordó la constitución de un Grupo de Trabajo específico para el estudio de los RLL en el ámbito del comercio electrónico transnacional que incluyera las transacciones B2B y B2C (89). Y en las sesiones de 13 a 17 de diciembre del 2010, el GW III inicia los trabajos de discusión sobre la preparación de estándares legales de RED (90).

En el seno de las citadas sesiones han sido adoptadas algunas importantes decisiones:

- El mandato debe centrarse en regular los RLL responsables de la resolución de conflictos en operaciones transfronterizas de comercio electrónico B2B y B2C y el resultado debe resultar conforme con las normas de arbitraje, conciliación y comercio electrónico de la CNUDMI ya existentes, teniendo en consideración, asimismo, las importantes políticas públicas de protección de los consumidores y la legislación en ese campo.
- Se sugiere la producción de cuatro instrumentos legales distintos: uno, relativo a las normas del procedimiento, que debe ser rápido, económico y respetuoso con los requisitos del proceso debido; otro, dedicado a los estándares de acreditación para los proveedores de RED; un tercero recopilatorio de los principios sustantivos para la resolución de litigios transfronterizos; y, finalmente, un mecanismo de aplicación transfronteriza.
- En el contexto de la aplicación y de la validez de los convenios arbitrales, se considera oportuno tener en consideración la *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*

(88) Véase CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Grupo de trabajo III (Online Dispute Resolution). 22.^a sesión. Viena, 13 al 17 de diciembre de 2010. A/CN.9/WG.III/WP.105 (13-10-2010). Fue en su 43 período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010) que la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría sobre la solución de controversias por vía informática, en la que se resumían las deliberaciones de un coloquio organizado conjuntamente por la Secretaría, el Pace Institute of commercial Law y la Penn Sate Dickinson School of Law (A/CN.9/710).

(89) Véase CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). 43.^a sesión. NY, 21 de junio al 9 de julio de 2010. A/CN.9/710 (26 de mayo de 2010). Véase, asimismo, Documentos Oficiales de la Asamblea General. 65.^a sesión, suplemento número 17 (A/65/17), y sobre precedentes CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Grupo de trabajo III (Online Dispute Resolution). 22.^a sesión. Viena, 13 al 17 de diciembre de 2010. A/CN.9/WG.III/WP.104. paras. 5 a 11.

(90) Véase A/CN.9/WG.III/WP.105, *supra*, pie de página 91.

(Convención de Nueva York) (91) a los supuestos de RLL que conduzcan a un laudo arbitral.

- Se señala la conveniencia de que el proceso contemple varias fases sucesivas —de negociación, conciliación y arbitraje— y que se haga especial hincapié en las dos primeras, habida cuenta los excelentes resultados en estas dos primeras etapas (92).

El Grupo de Trabajo identificó asimismo algunas cuestiones que debían ser tratadas con particular atención. Entre ellas destacaron:

- La definición de los mecanismos RED (93).
- Cuestiones de identificación y autenticación de las partes (94).
- Cuestiones procedimentales relativas al inicio de los procedimientos (95) y a la tramitación de las reclamaciones, contenido, pruebas (96) y audiencias (97).
- Formación y número de expertos o miembros de un posible tribunal arbitral (98), así como problemas relativos a su imparcialidad e independencia (99).
- Cuestiones relativas a la confidencialidad, a la seguridad de las comunicaciones (100) y las modalidades de comunicación entre los neutrales o miembros de un tribunal arbitral y las partes (101).
- Los aspectos vinculados a la posible representación de las partes y su asistencia en los procesos (102).
- La problemática que encierra la fijación del lugar del arbitraje (103) y la determinación de la ley aplicable (104).

(91) Véase Convención de Nueva York, *supra*, pie de página 10.

(92) Las delegaciones subrayaron la importancia de enfatizar las etapas de negociación y conciliación de los RED, antes de acceder a un arbitraje o los propios tribunales. Se mencionó la experiencia de Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR), del que se dijo facilita la negociación entre el comprador y el vendedor y obtiene un 70 por 100 de éxito en la primera etapa de negociación y se eleva a 95 por 100, una vez el mediador se incorpora al proceso, representando solo un pequeño porcentaje los casos que requieren del arbitraje.

(93) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 19-23, *supra*, pie de página 91.

(94) Véase A/CN.9/WG.III/WP.105, paras. 28-31, *supra*, pie de página 91.

(95) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 32-36, *supra*, pie de página 91.

(96) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 37-42, *supra*, pie de página 91.

(97) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 59-62, *supra*, pie de página 91.

(98) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 43-45, *supra*, pie de página 91.

(99) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 46-47, *supra*, pie de página 91.

(100) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 48-50, *supra*, pie de página 91.

(101) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 51-58, *supra*, pie de página 91.

(102) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, para. 36, *supra*, pie de página 91.

(103) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 64-65, *supra*, pie de página 91.

(104) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 76-81, *supra*, pie de página 91.

- Los efectos de la consecución de un acuerdo, de la terminación de los procedimientos (105) y cuestiones relativas a su fuerza ejecutiva (106).
- Y las dificultades derivadas de los idiomas en la tramitación de los procedimientos (107), así como coste y velocidad de los procesos (108).

1.2. NORMATIVA REGIONAL

1.1.1. *América Latina*

Los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos han heredado en cierto modo los patrones de los sistemas jurídicos español y portugués y, en consecuencia, sus tradiciones jurídicas responden al Derecho Continental —Civil law—. Muchos de estos países han desarrollado normativa específica de ADR y se muestran receptivos a estas nuevas manifestaciones. Un tema de particular interés y preocupación para estas naciones resulta la idea de independencia de los organismos que ofrecen procesos extrajudiciales de resolución.

En estos países, mediación y conciliación son términos que se usan a menudo indistintamente para referirse tanto a las prácticas como a los procedimientos y se observa un fenómeno generalizado de yuxtaposición terminológica (109). En materia civil, la consolidación en ocasiones de uno de los dos términos como expresión o fórmula es una realidad que provoca la desaparición progresiva o la «absorción» del otro término (110).

En muchos países de América Latina los acuerdos de mediación gozan de ejecutividad y las Cámaras de Comercio han tomado iniciativas para la implantación de mecanismos extrajudiciales con el fin de promover los negocios y la confianza de los inversionistas.

Cabe mencionar los esfuerzos volcados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), destinado a la resolución de controversias comerciales, y por el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico (ILCE), para el impulso de una iniciativa regional de sistemas en línea dirigida al comercio transnacional.

(105) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 66-67, *supra*, pie de página 91.

(106) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 68-75, *supra*, pie de página 91.

(107) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 82-87, *supra*, pie de página 91.

(108) Véase A/CN.9/WG.III/WG.105, paras. 88-90, *supra*, pie de página 91.

(109) Por ejemplo, en Colombia, Bolivia, Chile o Argentina.

(110) En ocasiones, sin embargo, se opta por la voz conciliación como término aglutinador de ambos métodos, tanto de tipo facilitativo como evaluativo.

1.1.2. *Asia*

La mayoría de los países asiáticos se hallan adscritos a la tradición jurídica del *Common Law*, aunque algunos como Japón también gozan de notables influencias del Derecho continental. La modalidad más extendida de resolución en el continente asiático es la negociación, porque la idea de preservación de las relaciones interpersonales y profesionales está profundamente arraigada en todas las culturas de este extenso continente. Recientes estudios comparativos muestran, sin embargo, que la influencia de los países europeos y de los Estados Unidos es muy significativa. La mediación en China y en Japón contempla un perfil de profesional muy similar al concepto occidental de conciliador, habida cuenta que este desempeña un papel más activo. Por otra parte, estos mediadores pueden, por lo general, desempeñar el papel de árbitros si las partes no llegan a un acuerdo, y ello sin que genere particulares problemas éticos. En China y Japón la negociación, la mediación y el arbitraje son requisitos previos antes de someter los litigios civiles y comerciales a los tribunales. Y en la India se ha impulsado un Consejo de Coordinación de Consumidores (CCC) cuyo Centro CORE suministra un mecanismo de resolución en línea al servicio de los consumidores.

Aunque no existen iniciativas legales regionales, algunos de estos países asiáticos han promulgado leyes y disposiciones para proporcionar un adecuado marco jurídico al comercio electrónico y a la gestión de los conflictos. Cabe destacar una importante iniciativa regional, el ICA-net, impulsada por participantes de la ASEAN y de otros países del este asiático, como Malasia, Singapur, Vietnam, República de Corea, Filipinas y Japón, cuyo objeto es generar un marco común que favorezca el comercio transnacional y la resolución de las controversias a través de mecanismos electrónicos.

1.1.3. *Los países africanos*

La mayoría de las iniciativas ADR/RED en este continente han surgido en países de la cuenca del Mediterráneo. En Egipto, el Centro Regional de Arbitraje Comercial de El Cairo ha aprobado un conjunto de normas de autorregulación de los procesos de mediación, con referencias detalladas sobre la confidencialidad y sin límites, como la obligación de revelar cualquier información que pueda comprometer la independencia o la imparcialidad del mediador. En Marruecos, la Cámara de Comercio Internacional de Arbitraje y Mediación de la OMPI (CI-MAR), con sede en Rabat y la Cámara de Comercio de Casablanca (CCISCO) y Marrakech ofrecen servicios de mediación, conciliación y arbitraje. También Túnez cuenta con experiencias y su Centro de Conciliación y Arbitraje dispone de reglas específicas que impiden que el experto que ha intervenido en calidad

de mediador conciliador pueda luego llevar a cabo funciones de árbitro en el mismo caso.

Muchos países africanos han promulgado leyes con el fin de establecer un marco jurídico adecuado para la práctica del arbitraje, sin duda el mecanismo ADR más reconocido en este continente. La Unión para el Mediterráneo (UpM) promueve asimismo la integración económica entre los estados miembros de la UE y los países del norte de África y Oriente Medio y el Espacio Europeo de Arbitraje para el Mediterráneo y Oriente Medio tiene como objetivo cooperar en los litigios transnacionales de esta región.

1.1.4. Europa

La distinción formal entre las distintas modalidades de resolución extrajudicial de conflictos es más acentuada en Europa que en otros contextos geográficos. La mediación es considerada actividad de facilitación, mientras que en el proceso de conciliación el papel del tercero resulta mucho más activo, evalúa y puede también sugerir formalmente posibles soluciones a las partes. Es interesante, desde el punto de vista de la originalidad, una variante practicada y regulada en algunos países europeos en virtud de la cual un tercero auxilia a las partes en la búsqueda de una solución. Si estas aceptan la solución que propone el tercero experto, el resultado pasa a adquirir fuerza vinculante y ejecutiva como si de un laudo se tratara. Resulta significativo también que en algunos países europeos el acuerdo alcanzado a través de una mediación puede llegar a ser título ejecutivo.

La Unión Europea y su Tratado parte de la premisa según la cual un mercado común europeo beneficia al ciudadano europeo. En consecuencia, el Tratado de la Unión Europea legitima ampliamente a sus órganos para promulgar disposiciones en materia de derecho de la competencia y derecho de los consumidores. De este modo, la legislación de la Unión Europea regula también, en el ámbito del derecho privado, el derecho de los consumidores y las leyes contractuales, dado que los contratos devienen asimismo mecanismo de control del mercado. El sistema desarrollado se fundamenta en una serie de reglas básicas: (i) información (consentimiento informado del consumidor); (ii) transparencia de términos y cláusulas; (iii) veracidad de la publicidad y de los mensajes; (iv) y equidad en las relaciones comerciales (evitación de técnicas de venta agresivas, equilibrio contractual).

Tras el Tratado de Lisboa, a mayor abundamiento, la UE articula su producción en torno al principio de economía social de mercado, lo que significa que este no es un fin en sí sino que queda funcionalizado porque debe cuidar por la satisfacción de las necesidades de los consumidores. Esta perspectiva tiene un impacto significativo en el modelo de competencia, que no pretende

ser perfecta sino eficiente en el sentido de evitar monopolios y garantizar la diversidad, el equilibrio y la pluralidad de profesionales y empresas. De modo que, a pesar de que el Tratado de la Unión Europea no proporciona un canal específico que permita la unificación o la armonización de las leyes contractuales, este objetivo se está obteniendo de forma indirecta en los últimos tiempos a través de la legislación emanada en materia de competencia y de protección de los consumidores, así como a través de la técnica de «máxima armonización» en la actividad de la Comisión, dirigida a la unificación de la normativa de protección de los consumidores.

La Unión Europea se halla comprometida asimismo, y desde los años ochenta en la introducción de mecanismos extrajudiciales en el ámbito de los consumidores (111). Las encuestas europeas muestran que el consumidor tiende a resignarse y a no reclamar por sus derechos ante las instancias judiciales tras un análisis de los costes, porque los procedimientos y la ejecución de las decisiones resultan caros, complicados y excesivamente largos. Esta tendencia conduce a un peligroso problema estructural consistente en la carencia de eficacia real de las previsiones normativas dirigidas a la protección de los consumidores, un dominio que afecta a todos los ciudadanos europeos. Para la Comunidad Europea (112) el «acceso a la justicia» no es más que una brecha entre la ley y la realidad, un derecho humano y un requisito previo para un sistema jurídico eficaz. La tutela judicial efectiva en este campo exige por tanto, necesariamente, un fácil acceso a procedimientos extrajudiciales, dado que los judiciales no son una vía adecuada para los conflictos transnacionales.

Es de este modo que en el año 1993, la Comisión de la Unión Europea presenta su *Libro Verde sobre el acceso del consumidor a la justicia y resolución de controversias en materia de consumo en el mercado único* (COM 93-576 def. 16-11-1993) (113) el cual subraya que los Estados miembros deben eliminar todo obstáculo a los consumidores y ofrecerles instrumentos eficaces de justicia. La propia Comisión definió más tarde (1996) un *Plan de acción sobre el acceso del consumidor a la justicia y la solución de controversias en el*

(111) Véanse mayores desarrollos sobre la materia, antecedentes y actuales políticas europeas, en Pablo CORTÉS (2011), *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. Routledge Research in IT and E-Commerce Law. También, del mismo autor (2011), «Online Dispute resolution Methods for Settling Business to Consumer Conflicts», en *Online Dispute Resolution: theory and practice*. Ed. Eleven.

(112) Véase Libro Verde, de 16 de noviembre de 1993, *de acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1993:0576:FIN:E S:PDF>. http://europa.eu/legislation_summaries/other/132023_es.htm

(113) Véase Libro Verde, *supra*, pie de página 117.

Mercado Interior (114) y posteriormente (115), el Consejo de Ministros invitó a la Comisión de las Comunidades Europeas a la preparación del *Libro Verde sobre la resolución alternativa de conflictos en materia civil y mercantil* (116), que se publica en el 2002 y que señala el importante papel de los procedimientos ADR sencillos y de bajo coste para garantizar tanto a los ciudadanos como a las pequeñas y medianas empresas el acceso a la justicia. Paralelamente, durante esos años se aprueban dos importantes Recomendaciones sobre los principios que deben regir los órganos responsables de resolución extrajudicial de conflictos (117).

En el año 2005, la Unión Europea promueve la creación de una red de Centros Europeos del Consumidor (*ECC-Net*) (118) con el fin de proporcionar estructura de comunicación y apoyo a todos los ADR/RED al servicio de los consumidores. Y en la actualidad, a través del Programa de Estocolmo (119) atribuye prioridad estratégica a los mecanismos que facilitan el acceso a la justicia y propone eliminar todos los obstáculos a la solución de las controversias en materia civil —particularmente en el ámbito de los consumidores— partiendo de la premisa que es necesario intervenir para eliminar la barrera idiomática y

(114) Véase http://aei.pitt.edu/1180/01/consumer_jsutice_gp_follow_COM_96_13.pdf

(115) Tras el Plan de Acción de Viena (1998) y de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (1999). Asimismo, en la Cumbre Europea de Lisboa de marzo de 2000, sobre el tema: *Empleo y Sociedad de la Información*, el Consejo Europeo invitó a la Comisión y al Consejo para analizar cómo podemos aumentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, en particular, mediante la resolución alternativa de conflictos. Este objetivo se reafirmó en el Consejo Europeo de Santa Maria da Feira en junio de 2000, con la aprobación del «plan de acción mundial eEurope 2002». En el ámbito de las relaciones industriales, el Consejo Europeo de Bruselas-Laeken, en diciembre de 2001, subrayó «la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales; y más concretamente los conflictos sociales transnacionales, mediante mecanismos voluntarios de mediación». El Parlamento Europeo (Informe de 21 de octubre de 2000) subraya «la importancia de ampliar los métodos de resolución extrajudicial de litigios de los consumidores, en particular en los conflictos transfronterizos». Y un año más tarde la Comisión, en una «Comunicación sobre el acceso de los consumidores a la resolución alternativa de conflictos» (Comunicación «Widening consumer access to alternative dispute resolution» COM (2001) 161 final, de 4 de abril de 2001. Disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm#init) declara el papel clave de los métodos extrajudiciales con el fin de mejorar el acceso a la justicia para los consumidores y el importante papel de las TIC en la provisión de medios para resolver disputas. También en 2001, la Comisión Europea crea un formulario de quejas del consumidor para los litigios de consumo. La tecnología es vista, desde entonces, como un tema central para facilitar la resolución de controversias, ya que amplía el acceso, la velocidad y aumenta el control de los procesos.

(116) Véase Libro Verde *sobre la resolución alternativa de conflictos en materia civil y mercantil*, *supra*, pie de página 49.

(117) Véase Rec. 98/357/CE y Rec. 2001/310/CE, *supra*, pie de página 48.

(118) Red creada en 2005, después de la EEJ-Net y también la Euroguichet Net: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_information/132048_en.htm

(119) http://www.se2009.eu/en/the_presidency/about_the_eu/justice_and_home_affairs/1.1965

potenciar las herramientas electrónicas y los medios modernos de comunicación electrónica (120).

Desde el punto de vista normativo, tras la Recomendación (98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación familiar (121) la Unión Europea aprueba una significativa Recomendación 98/257/CE (122), dirigida a los órganos responsables de la solución de las controversias de consumo a través de la intervención activa de un tercero (conciliación, arbitraje), efectuando indicaciones acerca de los principios rectores que deberían regir la actividad de estos. Algo más tarde, la misma Comisión Europea, interesada también en facilitar un adecuado cuadro normativo a la mediación, emite la Recomendación 2001/310/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos de resolución consensual de los litigios de consumo (mediación) (123) y aprueba la importante Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil* (124), con objeto de ampliar el uso de la mediación transnacional.

A mayor abundamiento, y para reforzar la seguridad jurídica del tráfico en la red, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (125) exige que los Estados miembros animen a los órganos de resolución de controversias —en particular en litigios de consumo— para actuar a fin de proporcionar suficientes garantías procesales para las partes interesadas (126). Añade que los Estados miembros deben fomentar que las leyes no obstaculicen ni impidan los mecanismos de resolución extrajudicial de controversias; incluyendo los que usan canales electrónicos. Esta directiva hace hincapié en algunos aspectos muy relevantes del comercio electrónico, tales como el lugar en que esté establecido un prestador de servicios. Según la misma, este lugar debe determinarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, para quien el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica a través de un establecimiento

(120) Véase parágrafo 3.4.1.

(121) Véase Recomendación (98)1 en mediación familiar. <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2>

(122) Véase Rec. 98/357/CE, *supra*, pie de página 48.

(123) Véase Rec. 2001/310/CE, *supra*, pie de página 48.

(124) Véase Directiva 2008/52/CE, *supra*, pie de página 47.

(125) Véase Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (en adelante, Directiva sobre comercio electrónico). 2000. O.J. (L. 178/1). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:ES:PDF>

(126) Véase parágrafo 3.2.5.

fijo durante un periodo indefinido de tiempo. En los casos de empresas que prestan servicios a través de sitios de Internet, la ubicación real no es considerada como el lugar donde se encuentra la tecnología ni el lugar en el sitio web de la empresa es accesible, si no el lugar donde la empresa ejerce su actividad económica. También establece que los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica y que, en los casos de pedidos en línea, los proveedores de servicios deberán acusar recibo sin demora y por el mismo canal. La directiva finalmente establece que los Estados miembros deberán velar porque su legislación no obstaculice la utilización de medios electrónicos adecuados.

Finalmente, no podemos concluir sin mencionar que se hallan en ciernes tres importantes textos normativos: una propuesta de Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Directiva sobre RAL en materia de consumo), una propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa y una propuesta de Reglamento sobre resolución de litigios en línea (Reglamento de RLL en materia de consumo) que permitirá a consumidores y a comerciantes el acceso gratuito a centros de resolución en línea en todas las lenguas oficiales de la UE.

1.2.5. *España*

El denominado Pacto de Estado por la Justicia proyectó pivotar la reforma de la Administración de Justicia en España sobre la idea de incentivación de mecanismos alternativos de resolución de las controversias y su fortalecimiento mediante fórmulas que, con las suficientes garantías, eviten la actual tendencia a acudir en primera instancia a los Tribunales de Justicia. Desde un plano normativo (127), este objetivo ha sido alcanzado a través de la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012, *de Mediación para asuntos civiles y mercantiles* (128). Este importante texto fija como principios de la mediación el carácter dispositivo, la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad, la buena fe, el respeto mutuo entre las partes y el deber de colaboración y apoyo.

(127) La Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de transigir y en materia familiar, asimismo, la mediación en el seno de los procedimientos de separación y divorcio. La Disposición Final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación, dispuso que la mediación respetará «en todo caso» los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

(128) Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *BOE*, núm. 56, de fecha martes 6 de marzo de 2012. Véase, asimismo, anterior Proyecto de Ley *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. B.O. de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados, núm. 122-1, de 29 de abril de 2011. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF

Con el fin de obtener su integración en el sistema de la Administración de Justicia, el citado Real Decreto-ley propone algunas importantes reformas procesales: si bien el intento de la mediación no deviene finalmente en determinados casos requisito o condición de procedibilidad antes de acudir los litigantes a los tribunales como preveía un anterior proyecto de Ley, este intento provoca la suspensión de la prescripción y caducidad de derechos y acciones y se reconoce al acuerdo de mediación que se alcance valor de título ejecutivo cuando cumpla determinados requisitos legales —su elevación a público—. Dispone asimismo que las instituciones de mediación que, entre sus fines, figure también el arbitraje adoptarán medidas para asegurar la incompatibilidad entre ambas actividades, lo que garantiza el respeto del principio de neutralidad exigible a los mediadores (129). Y a los efectos que aquí interesan, obligará a las instituciones de mediación a implementar mecanismos electrónicos.

En efecto, el citado Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles da carta de naturaleza a la mediación en línea al adoptar, entre otras medidas, la obligada implantación de sistemas de mediación por medios electrónicos en todas las instituciones de mediación y añade que cuando la mediación tenga por objeto una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros, esta deberá desarrollarse necesariamente por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos mecanismos no sea posible para alguna de las partes. La voluntad del gobierno es, además, como declara la Disposición final cuarta, promover su generalización en reclamaciones económicas a través de la mediación electrónica simplificada y breve.

Esta iniciativa se halla en clara sintonía con la voluntad europea de reforzar estos mecanismos en el mercado único y ganar la confianza de los usuarios en la compraventa de bienes y servicios en línea y transfronteriza, de modo que la distancia, fronteras o diversidad de idiomas no constituyan un obstáculo al comercio ni a la resolución de sus conflictos. En la medida que la resolución en línea deviene la vía más apropiada —si no la única vía hoy efectiva— para la satisfacción real de las partes en reclamaciones de escasa cuantía, esta debiera ser accesible a todos los ciudadanos, y en particular a los consumidores. El uso de medios extrajudiciales de resolución y sus aplicaciones electrónicas, lejos de implicar una reducción de la protección jurídica o una limitación en el acceso a la justicia, proporcionan un canal que permite la efectividad de los derechos, inexistente hoy en sede judicial para reclamaciones de baja cuantía y para aquellas de carácter transfronterizo.

(129) Introduce la neutralidad como aspecto sobre el que pivota el instituto (art. 9), de modo que en el contexto de la mediación son las partes las que deben alcanzar por sí mismas el acuerdo, actuando el mediador limitadamente, para facilitar la comunicación entre las partes y su acercamiento.

La norma resulta ambiciosa y para reforzar que efectivamente la mediación en línea sea una realidad, exige que todas las instituciones de mediación implanten sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias. Su artículo 24 añade que las partes puedan acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación.

También, en Cataluña, la Ley 15/2009, de 22 de julio, *de Mediación en el ámbito privado* (130), prevé un procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial dirigido a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas la solución a sus conflictos con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral (131). Dicha ley fija el desarrollo de una mediación que pivota sobre el principio de autonomía de la voluntad privada y de libertad de las partes, pero introduce algunos elementos que podrían poner en entredicho, al menos teóricamente, esta libertad, al establecer periodos de duración, obligación de las partes a concretar el número máximo de sesiones e impedir de manera general que las partes inicien una nueva mediación hasta no haber transcurrido un año de la mediación anterior sobre un mismo objeto o desde que haya sido intentada la mediación sin acuerdo.

III. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

1. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LOS RED

En el ámbito del comercio electrónico, los ADR/RED han venido siendo sometidos a autorregulación. Los distintos organismos administradores se han dotado de reglamentos, códigos de conducta, directrices, guías y otros instrumentos para ofrecer a sus usuarios certeza, confianza y garantía de calidad de los servicios que prestan. A título meramente enunciativo, recordaremos que, en el ámbito internacional, una de las primeras iniciativas vino de la mano de *Global Business Dialogue on eSociety* (GBDe) que, en colaboración con *Consumers International*, generó hace unos años una guía sobre las disputas en el comercio electrónico —más conocida como *Acuerdo GBD*— la cual describe los principios rectores de los ADR y refiere a la necesidad de adaptar estos requisitos al contexto electrónico. También la *Organización para la Cooperación y el*

(130) En Cataluña, la Ley 15/2009, de 22 de julio de 2009, *de mediación en el ámbito del Derecho Privado*. <http://www.gencat.cat/diari/5432/09202029.htm>

(131) El mediador deberá gozar de titulación universitaria, formación especializada y estar colegiado o pertenecer a una asociación profesional en el ámbito de la mediación que se encuentre acreditada por el Departamento competente en materia de Derecho Civil, o bien prestar servicios para la Administración.

Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), el *Transatlantic Business Dialogue* (TABD) (132) y el *Transatlantic Consumer Dialogue* (TACD) (133) publicaron sendas directrices para los litigios de consumo en el comercio electrónico. Y es bien conocido como la *Asociación Americana de Colegios de Abogados* (en adelante, ABA) publicó por su parte un informe sobre el comportamiento de las partes en el comercio electrónico y sus controversias.

Más recientemente, el *European Committee of Standardization* (CEN) ha procedido a emitir algunas indicaciones y una clasificación de los RLL existentes. Asimismo, la *Cámara de Comercio Internacional* (en adelante, ICC) proporciona a sus usuarios directrices para los procesos ADR/RED, describiendo estándares de uso de la web, correos electrónicos y otras herramientas para la comunicación, la presentación de documentos, pruebas y su archivo.

Desde un plano institucional, son también significativas ciertas iniciativas internacionales, supranacionales y de los estados dirigidas a dotar a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de conflictos de un cuadro normativo de referencia. A través de una operación de abstracción y síntesis de todo este acervo o *acquis*, ha sido posible identificar algunos principios generales comúnmente aceptados y reconocidos internacionalmente como piedras angulares de todo mecanismo extrajudicial, que procedemos a referir siquiera sucintamente, a continuación (134).

a) *El principio de autonomía negocial*

La voluntad de las partes de iniciar y participar en un proceso RLL es un aspecto clave y premisa fundamental para su desarrollo. Desde esta perspectiva, todo proceso extrajudicial debe su existencia a la exclusiva voluntad de las partes. El principio de libertad y autonomía negocial como valor, está estrechamente vinculado a la necesidad de información y de transparencia en dos aspectos: (i) las partes estarán en condiciones de poder decidir, incluso *ex ante*, su sumisión a un proceso RED; (ii) y las decisiones que recaigan pueden resultar incluso vinculantes para las partes si se les informó de su naturaleza de antemano y estas hubiesen aceptado expresamente, siempre que dicho compromiso no tenga el efecto de privar al consumidor de su derecho a interponer un recurso ante los órganos jurisdiccionales para la resolución de su conflicto (135).

(132) Véase <http://www.tabd.com>

(133) Véase <http://www.tacd.org>

(134) Véase mayor desarrollo de esta temática en trabajo de la autora «El marco jurídico: Derecho Comparado», en *Libro Blanco de la mediación en Cataluña*, Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, capítulo II, págs. 83 a 130.

(135) Véase Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo, sobre los principios aplicables a los órganos responsables de resolver los litigios de consumo. Véase, asimismo,

b) *El principio de confidencialidad*

Ampliamente reconocido en el ámbito internacional, la confidencialidad es, sin duda, *ratio* del éxito de estos sistemas extrajudiciales. Constituye un valor absolutamente central que debe ser preservado a toda costa porque la mera idea de que el proceso pueda generar rastro de las posiciones adoptadas por las partes durante la negociación no contribuiría a la confianza necesaria que favorece la disposición de las partes a concesiones mutuas (VIGORITI, 2009) (136).

En virtud de este principio las partes, los neutrales, los conciliadores, los árbitros, los expertos y los proveedores de sistemas electrónicos que participan tienen la obligación de no desvelar datos, secretos ni comunicaciones relativos al proceso. A menos que las partes convengan otra cosa, o bien que por ley sea necesario, toda esta información debe ser considerada confidencial. Comporta, entre otros: (i) la no revelación de las declaraciones formuladas y de la información obtenida durante el procedimiento; (ii) la destrucción de toda información presentada o producida durante el proceso, así como de todos los documentos intercambiados, con excepción de la correspondencia formal; (iii) y la prohibición de utilización durante un proceso judicial de las declaraciones o información intercambiadas. Estas obligaciones recaen en primer lugar, sobre las partes, que pueden, sin embargo, derogarla de común acuerdo; pero también sobre los expertos, quienes no pueden ser obligados a testificar o a informar sobre el proceso, posiciones sostenidas por las partes, o concesiones que estas estaban dispuestas a aceptar, en su caso. Ello significa que se extiende objetivamente a cualquier información sobre o acerca del proceso, del contenido y de las comunicaciones anteriores, contemporáneas y posteriores.

En razón de este principio los argumentos, información o pruebas pueden circular entre las partes interesadas solo con carácter confidencial, a menos que

la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Caso C-317/08, *Telecom Italia SpA*. 18 de marzo de 2010, 2010 O.J. (C 134) 3. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:134:0003:0004:EN:PDF>), según la cual, la efectiva protección judicial puede lograrse a través de un intento obligatorio de RED, siempre que dicho procedimiento no implique: (i) una decisión obligatoria impuesta a las partes; (ii) un retraso considerable de acceso a la jurisdicción; (iii) costes desproporcionados para las partes; (iv) constituya la única forma de acceso a los medios de conciliación y alternativas de solución, y (v) evite el acceso a los tribunales. Esto se debe a que, en virtud del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf), el acceso a los tribunales es un derecho fundamental sin excepciones. En consecuencia, los procedimientos extrajudiciales no están diseñados para sustituir a los procedimientos judiciales y no se puede privar al consumidor del derecho a recurrir a los tribunales a menos que acepte expresamente, con pleno conocimiento de los hechos y solo después de que haya planteado el litigio.

(136) Véase Vincenzo VIGORITI (2009), *Mediazione e Avvocatura*, Concilia Online, Laboratorio «Unaltromodo» dell'Università degli Studi di Firenze. <http://www.conciliaonline.net/concilia/?idtema=4&page=informazioni&index=1&idcategoria=299741>

haya un acuerdo para presentar dicha información a otras personas. La mayoría de las legislaciones han regulado jurídicamente este aspecto, estableciendo disposiciones obligatorias y límites por razón de orden público e interés general.

Otra preocupación que afecta a la confidencialidad es, sin duda, la necesidad de transparencia respecto de las personas y organismos que llevan a cabo actividades RED, porque la transparencia y la revelación de cierta información pueden entrar en conflicto, una cuestión que requiere ser tratada casuísticamente llevando a cabo un ejercicio de ponderación.

La terminología no es siempre uniforme y, en ocasiones, confidencialidad viene identificada con privacidad, con secreto y con cuestiones de seguridad dado que la confidencialidad implica privacidad de las actuaciones y está estrechamente relacionada con la exigencia de seguridad de los sistemas electrónicos en los RED.

c) *El principio de imparcialidad e independencia*

Imparcialidad e independencia son términos que se asocian a menudo también. Dicho esto, no resultan totalmente intercambiables. La independencia es un término vinculado estrechamente a los posibles conflictos de interés entre los profesionales u órganos de resolución extrajudicial y alguna de las partes en conflicto —plano objetivo—, mientras que la imparcialidad se halla vinculada a la actividad concreta del profesional y previene actitudes de prejuicio o escoramiento ideológico y personal —plano subjetivo—. Mientras que la imparcialidad se predica de la mediación y, en general, de los métodos de amigable composición (137), la independencia suele exigirse a los órganos responsables de métodos heterocompositivos.

Respecto de la independencia, las *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (138), publicadas por la *International Bar Association* (en adelante, IBA) resultan muy ilustrativas por las descripciones que contiene acerca de las situaciones que pueden generar conflictos de interés o poner en duda la independencia o imparcialidad de un árbitro. En tales casos, debe proceder a declarar la existencia de dichas circunstancias a las partes, para que estas puedan decidir acerca de su continuidad (MULLERAT, 2009) (139).

(137) La mayoría de las legislaciones de los Estados se refieren explícitamente a la garantía de imparcialidad como principio de todo proceso de mediación. Se afirma que la credibilidad y la integridad del proceso depende de la neutralidad y la imparcialidad de los profesionales. Se considera esencial para el logro y el mantenimiento de la confianza.

(138) Véase *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest

(139) Véase Ramon MULLERAT (2009), *La independencia a la luz de las «IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration 2004»*. Ponencia en el Workshop

Estos dos importantes principios pueden entrar en crisis cuando una de las partes contrata los servicios de un ADR/RED para luego imponer a la otra una cláusula *ex ante* de sumisión expresa para el caso de conflicto. Con objeto de salvaguardar la independencia e imparcialidad de los expertos, pareciera prudente en tales casos el establecimiento de ciertas limitaciones como la prohibición de nombrar expertos o árbitros que tengan o hayan mantenido alguna vinculación o relación económica anterior o hayan intervenido ya en algún conflicto que afectara a alguna de las partes. Estas limitaciones podrán venir acompañadas de un compromiso formal de los expertos de no aceptar nuevo encargo ni concertar relaciones económicas posteriores con las partes durante un periodo de tiempo prudencial. Naturalmente, para que estas cautelas puedan garantizar el principio de independencia e imparcialidad, los expertos no deben quedar vinculados a un número limitado de proveedores de servicios RED, situación que podría propiciar dependencias económicas que perjudiquen la necesaria ecuanimidad en el ánimo del tercero y favorecer desviaciones en el modo de actuar.

d) *El principio de equidad*

Principio que persigue garantizar que las partes tengan las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y persigue que ambos se hallen en igualdad de condiciones en sede de negociación y a la hora de construir soluciones consensuadas. Los neutrales asumen la importante tarea de gestionar el poder de las partes, con el fin de reequilibrar las situaciones de asimetría. De ahí que pueda afirmarse que el contenido del principio de equidad es diferente al principio de debate contradictorio, predicable de los métodos heterocompositivos. En el seno de la Unión Europea, este importante principio tiene un contenido muy preciso y debe garantizar que: (i) las partes sean informadas de su derecho a negarse a participar o retirarse del procedimiento en cualquier momento y acceder al sistema legal o de otro tipo fuera de los mecanismos de reparación extrajudiciales en cualquier momento si no están satisfechos con el desempeño o funcionamiento del procedimiento; (ii) ambas partes puedan presentar libremente y de manera sencilla argumentos, información o pruebas pertinentes a su favor y de forma confidencial, salvo que pacten cosa distinta; (iii) en cualquier momento las partes puedan presentar propuesta de solución y la contraparte tenga la oportunidad de hacer valer sus puntos de vista; (iv) y las partes dispongan de un tiempo razonable para considerar las propuestas de solución y decidir.

Internacional en ADR/ODR: Construyendo puentes: marco jurídico y principios. Barcelona, 15 de septiembre de 2009. Universitat Oberta de Catalunya. http://www.uoc.edu/symposia/adr/doc/Prof_Ramon_Mullerat.doc

En este contexto, nuevamente, la transparencia es un elemento clave. El usuario o consumidor debe ser informado en un lenguaje claro y comprensible, antes de aceptar una propuesta de solución sobre: (i) si la solución propuesta puede ser menos favorable que un resultado determinado por un tribunal, aplicando las normas jurídicas; (ii) el derecho de buscar asesoramiento independiente; (iii) la posibilidad de referir a su disputa a otro método de resolución extrajudicial o bien al propio sistema judicial; (iv) y por último, conocer el estado y los efectos de una solución acordada.

e) *El principio de eficiencia (efectividad, rapidez, economía)*

Este importante principio integra, en esencia, los caracteres que mejor identifican y distinguen las modalidades extrajudiciales respecto de los mecanismos judiciales. En virtud del mismo, los procesos extrajudiciales deben ser necesariamente sencillos, comprensibles, rápidos, económicos y deben gozar de efectividad en términos de satisfacción del interés y necesidades de las partes (140). De este modo, el órgano responsable del procedimiento, no solo debe tratar el asunto en el menor tiempo posible que permita la naturaleza de la controversia y revisar periódicamente sus avances para garantizar que la misma sea tratada con prontitud y diligencia si no, además, procurar que este sea resuelto de manera económica y buscando la plena satisfacción de los intereses de las partes en términos también de eficacia normativa.

A la luz de una relevante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (N. 18020/91, de 31 de marzo de 1992) (141), la razonabilidad en la duración de un proceso debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para lo que la jurisprudencia de Estrasburgo ha ido estableciendo criterios de valoración tales como: la complejidad del caso, la conducta del solicitante o la realización de las autoridades (142).

Asimismo, la conducta de las partes debe ser revisada por el órgano responsable del procedimiento, para garantizar que estos se han comprometido en la búsqueda de una solución adecuada y justa para la controversia. Si la conducta

(140) Término con contenido distinto al de eficacia jurídica, aunque relacionado, porque el reconocimiento y la eficacia jurídica de los resultados contribuye a la efectividad de los derechos por vía de la posible ejecución forzosa de los acuerdos o decisiones.

(141) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (N. 18020/91), de 31 de marzo de 1992, caso X. v. France. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=18020/91&sessionid=72562243&skin=hudoc-fr>

(142) Como menciona Cecilia CARRARA (2010, en Nicola SOLDATI y Andrea BANDINI (2010), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs 4 marzo 2010*, n. 28. Milano, Giuffrè, pág. 133), en un caso que requiere una especial urgencia, incluso un retraso de solo cuatro meses puede conducir a una duración excesiva del proceso.

de una parte es obstructiva, ambas partes deben ser informadas, con el fin de que puedan considerar la posibilidad de continuar con el procedimiento, o bien zanjarlo.

f) *El principio de transparencia*

La transparencia implica un actuar sin velos, sin ocultar información que puede resultar de interés particular de las partes o incluso de un colectivo. Constituye, por ende, una extensión del principio de publicidad e información, esencial para la plena realización de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Este principio mejora asimismo la confianza. La Recomendación de la Comisión 2001/301/CE (143) enumera y relaciona algunos requisitos para garantizar la transparencia de los procedimientos.

El principio de confidencialidad y el derecho a la intimidad y protección de los datos personales se establecen como límites en la aplicación de este importante principio, cuando entran en conflicto, debiendo ponderarse, nuevamente, caso por caso, el alcance de todos ellos.

g) *El principio de legalidad*

Conforme al principio de legalidad en sentido tradicional, todo ejercicio del poder debe quedar sometido a la constitución y al imperio de la ley. Garantiza la seguridad jurídica, evita la arbitrariedad y procura el respeto de los derechos fundamentales, el orden público y el interés general. La Unión Europea ha apelado a este importante principio para abogar porque, en materia de consumidores, la decisión de un tercero no pueda conducir a privarles de la protección prevista por las disposiciones imperativas de la ley de los Estados miembros y para el caso de litigios transfronterizos, la decisión adoptada por el organismo responsable no debe privar al consumidor de la protección conferida por las disposiciones obligatorias aplicables conforme a la legislación del Estado miembro en que resida habitualmente el consumidor (144).

Por el mismo principio de legalidad, todas las decisiones deben ser comunicadas a las partes interesadas lo antes posible, por escrito o por cualquier otra forma apropiada, exponiendo los motivos que las fundamentan.

(143) Véase Rec. 2001/301/CE, *supra*, pie de página 48.

(144) Véase Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*. [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):ES:HTML)

h) *El principio de neutralidad*

Se entiende que es neutral quien no lleva a cabo valoraciones previas sobre unos hechos, no participa, no toma parte, no se alinea con una determinada posición. Bajo este importante principio el mediador no puede proponer formalmente ni imponer soluciones. Como recordaremos, en sentido estricto, la actividad mediadora es entendida como actividad facilitativa, que no permite evaluar y en consecuencia, efectuar propuestas formales de solución, mientras que en el seno de la conciliación, actividad de tipo evaluativo, ello sí es posible dado que el experto ocupa una posición más activa. Debemos señalar que esta neta distinción entre ambas actividades no obtiene sin embargo un reconocimiento generalizado a nivel mundial, existiendo países, como China o Japón que contemplan un perfil de mediador más amplio, que fagocita la figura del conciliador. En la Unión Europea, por el contrario, las distintas Recomendaciones (R. 98/257/CE y R. 2001/310/CE) (145) subrayan la necesidad de diferenciar netamente entre terceros con intervención pasiva (mediadores) y activa (conciliadores, árbitros) y en este contexto geográfico, solo el conciliador está facultado para evaluar y proponer formalmente soluciones, y su actividad queda sometida a las reglas del contradictorio o debido proceso.

Es un fundamento predicable solo de los mecanismos autocompositivos, en los que interviene una tercera persona, y es condición o exigencia que se integra, por lo general, de forma implícita en los códigos de conducta y normativa legal, al identificar a los mediadores con el término de «terceros neutrales».

Partiendo de estas consideraciones, sucede que algunos proveedores de servicios RLL ofrecen procesos que, estableciendo como base el arbitraje, integran fases de mediación y/o conciliación. En ocasiones, además, el mismo experto que interviene en fases de mediación y conciliación procede luego a decidir sobre el caso concreto. Esta estructura ha generado honda preocupación por poner en entredicho el principio de neutralidad del experto y por condicionar negativamente a las partes, quienes recelosas de desvelar excesivos detalles, no se implican entonces de manera plena en los procesos de amigable composición. En consecuencia, algunos sistemas jurídicos impiden que el mismo mediador o facilitador que interviene en un determinado proceso extrajudicial pueda luego, con posterioridad, actuar en calidad de árbitro en esa misma controversia u otra que eventualmente surja a raíz de los mismos hechos o relación jurídica. Cuestión que ha sido recogida expresamente en las directrices CEN/ISSS de estandarización de los RED (146). En el ámbito internacional, la Ley Modelo CNUDMI *sobre conciliación comercial internacional* (147), de 2002, establece

(145) Véase Rec. 98/357/CE y Rec. 2001/310/CE, *supra*, pie de página 48.

(146) Véase <http://peacetechnology.org/standards/1.doc>.

(147) Véase Ley Modelo CNUDMI *de Conciliación Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 51.

en su artículo 12 que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no puede actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos. Y, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles (148), obliga al juez responsable de un procedimiento judicial o que se halle vinculado a un litigio apartarse de la mediación.

Habida cuenta la razonable preocupación que genera esta sensible cuestión, las fases de mediación deberían gozar, como regla de principio, de la suficiente autonomía para que partes y expertos puedan entablar un diálogo abierto y no condicionado. Lo que no obsta a que, en ejercicio de esa misma libertad contractual, las partes puedan decidir voluntariamente aceptar *ex post* (149) remitir su caso a un proceso RLL donde dicho experto esté habilitado para mediar, conciliar y decidir la controversia si las partes no llegan a un acuerdo. Como es natural, siempre a condición de que se trate de un consentimiento informado (150). Más controvertida resultaría sin embargo la aceptación *ex ante* inserida como cláusula de adhesión en un contrato de consumo, como se verá más adelante.

Los proveedores de servicios RLL están también obligados a garantizar una comunicación efectiva entre mediadores/conciliadores y partes, ya sea conjuntamente o por separado (*caucus*). Y a la inversa, durante la fase de arbitraje, debe asegurarse que la arquitectura del software no permita comunicaciones por separado, dado que el arbitraje es un método heterocompositivo de solución de controversias sujeto a principios y requisitos —como el principio de contradictorio— dirigidos a garantizar que las partes implicadas en un conflicto tengan derecho a presentar su punto de vista y puedan escuchar y conocer los argumentos y hechos expuestos por la contraparte.

(148) Véase Directiva 2008/52/CE, vid. *supra*, pie de página 47.

(149) Más controvertidas son las exenciones *ex ante*. Thomas SCHULTZ y Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. Kluwer Law International and Schulthess, The Hague (2004), pág. 204. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo acepta.

(150) Véase, en Europa, el *Caso Suovaniemi y otros v. Finlandia*, de 23 de febrero de 1999 (núm. 31.737/96: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?sessionId=30548297&skin=hudoc-en&action=html&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=61462&highlight>). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió la renuncia del demandante a un tribunal independiente, quien aceptó expresamente como árbitro a un experto que previamente había asesorado al oponente (consentimiento informado).

i) *El principio de debido proceso* (151)

Denominado en ocasiones también como de «contradictorio», este principio procesal va dirigido principalmente a las modalidades de resolución extrajudicial heterocompositivas y a aquellas en las que el tercero adopta una posición activa, valora y propone formalmente soluciones a las partes. Persigue la interdicción de la indefensión y procura que toda persona goce de ciertos derechos que garanticen un resultado justo, como permitir que ambas partes tengan las mismas oportunidades de presentar sus puntos de vista ante el órgano competente y de escuchar los argumentos y hechos expuestos por la contraparte, así como las declaraciones de los expertos.

El hecho de que los procesos RLL no establezcan audiencias presenciales no implica una violación de dicho principio (152). El principio de contradictorio se halla implícito en el primero, e implica el respeto de la dualidad de partes y el derecho a sostener posiciones jurídicas distintas.

2. ALGUNAS CUESTIONES SENSIBLES DE DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL

En el entorno virtual y de contratación en masa, un número significativo de transacciones genera algún tipo de disputa o controversia y, a este nivel, que podríamos definir de «patológico» en las relaciones contractuales, son diversas las dificultades arrostradas por los juristas.

2.1. *El falso dilema sobre la naturaleza de las partes. La asimetría contractual como problema de fondo*

Desde el punto de vista de los sujetos implicados, la normativa existente en materia de tutela y protección de la posición jurídica del consumidor en muchos países exige la necesidad apriorística de identificar, en cada relación jurídica entablada, si alguno de los sujetos, parte en una transacción, ostenta la condición de consumidor. En este primer cometido, la principal dificultad radica en la propia noción de consumidor a tomar en cuenta. Ilustrativa de tal complejidad es la observación de las muy diversas definiciones o descripciones legales existentes en la propia Unión Europea no cuenta con una definición única del término «consumidor». A pesar de ello, las diferentes descripciones adoptadas por las normas comunitarias permiten constatar que goza de la condición de consumidor, por lo general, la persona que actúa al margen de

(151) También denominado en ocasiones como de contradictorio o «adversarial».

(152) Véase, en este sentido, Recomendación 98/257/EC, *supra*, pie de página 48.

su actividad profesional. Así, por ejemplo, para el Convenio de Bruselas *sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (1968; Bruselas II, ahora el Reglamento CE N. 44/2001) (153), un consumidor es una persona que actúa para un propósito que puede ser considerado como no profesional. La Convención de Roma *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (1980; ahora Reglamento Roma I. N. 593/2008) (154) sigue la misma línea de pensamiento y en el ámbito del Derecho comunitario derivado, diversas directivas han contribuido a reforzar esta descripción (155).

(153) Véase Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. 2001. O.J. (L. 12/1). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:ES:PDF>

(154) Véase Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (en adelante, Roma I). 2008. O.J. (L. 177/6). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:ES:PDF>

(155) A modo ilustrativo: (i) la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, donde se definen los consumidores como cualquier persona física que actúa [...] con fines que no están relacionados con sus actividades profesionales; (ii) en el ámbito de aplicación de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, el consumidor es una persona física que actúa [...] con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión; (iii) la Directiva 90/314/CEE sobre los viajes combinados, lo define como una persona que compra o se compromete a comprar los paquetes turísticos (el contratista principal), la persona en cuyo nombre el contratante principal se compromete a comprar el paquete (otros destinatarios) o persona a la cual el contratante principal o otros beneficiarios transfiere el paquete (el cesionario); (iv) la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos de los consumidores en línea define el consumidor como la persona física que actúe con un propósito no relacionado con sus funciones; (v) la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, de política de protección de los consumidores en contratos a distancia, se consideran consumidores toda persona física que actúa con fines ajenos a su [...] profesión comercial; y (vi) la Directiva 98/6/CE sobre la fijación de precios de los productos ofrecidos al consumidor concibe como cualquier persona que compra un producto para fines distintos de su ocupación; (vii) la Directiva 99/44/CE, relativa a determinados aspectos de la venta de garantías de bienes de consumo que el consumidor es cualquier persona física [...] que actúe con un propósito relacionado con su actividad profesional; (viii) la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, establece su propia definición de consumidor en términos de cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad, negocio o profesión; (ix) el Reglamento 178/2002 sobre los principios y los requisitos de la legislación alimentaria ofrece una descripción legal en los siguientes términos el consumidor final el de un consumidor de un producto alimenticio que no utiliza los alimentos como parte de una operación o actividad en el sector de la alimentación; (x) la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización de instrumentos financieros y contratos de servicios a los consumidores, cualquier persona física que, en la distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad, negocio o profesión; (xi) y la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales en línea define como toda persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, industrial, comer-

La legislación de la Unión Europea tiende a limitar el alcance del concepto a las personas físicas, con exclusión por tanto de las empresas (156). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (157) ha reforzado el criterio restrictivo, en contraste con algunas leyes nacionales y decisiones judiciales de los Estados miembros (158) y atribuye la cualidad de consumidor tan solo a las personas físicas que contratan servicios fuera de su profesión o empleo para satisfacer sus necesidades personales o familiares subrayando el hecho de que las empresas no pueden ser tratadas como consumidores.

El concepto de consumidor está estrechamente entrelazado con la evolución experimentada por el movimiento de protección de los consumidores en las últimas décadas. En términos generales, los consumidores han sido definidos como una categoría general útil para identificar a los individuos que adquieren productos y servicios, frente a productores o distribuidores.

Históricamente, y hasta bien entrado el siglo XX, las negociaciones establecidas para la compra de bienes y servicios de uso personal, familiar o doméstico se consideraban tenían lugar entre iguales. Tras la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, y con la expansión de los mercados a gran escala, esta noción muta a causa de la asimetría estructural —y no meramente contingente— que se constata en el poder decisional de las partes que entran en contacto. Los países comenzaron entonces a adoptar disposiciones diversas para tutelar la posición jurídica del consumidor. Esta preocupación por el desequilibrio en la toma de decisiones entre las partes en el comercio tradicional ha dado lugar a la conformación de un cuerpo vasto de normas destinadas a proteger sus derechos. En

cial o profesional. Téngase en cuenta que las Directivas 85/577/CEE, 97/7/CE, 2002/65/CE y 2005/29/CE resultarán derogadas en los términos que dispone la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008)0614 - C6-0349/2008 - 2008/0196 (COD)], en texto aprobado en sesión de 23 de junio de 2011 [P7-TA-PROV (2011)06-23], la cual, en sede de definiciones, dispone que se entenderá por consumidor «toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

(156) Sin embargo, se dan algunas excepciones recientes, ya que ni la Directiva 90/314, ni la última Directiva sobre publicidad engañosa hacen referencia las personas físicas.

(157) Véase, a título de ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-464/01, Gruber v. BayWA AG. 20 de gener de 2005. 2005 O.J. (C 57) 1. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:057:0001:0001:EN:PDF>

(158) Algunos estados han elegido extender el ámbito de este concepto. Es el caso de Francia o España. También los tribunales nacionales han sido, en ocasiones, mucho más flexibles: en Italia, por ejemplo, se ha considerado consumidor al escultor que contrata con un transportista para llevar una estatua a un concurso al que deseaba concurrir [Tribunal de Roma de 22-10-1999 (<http://www.legalionline.com/html/consuma.html#3>)]; o bien a la persona natural que adquiere bienes para su futuro negocio [Tribunal de Ivrea, de 5 de octubre de 1999, Corte Costituzionale n. 282, 30.6.1999 (<http://www.legalionline.com/html/consuma.html#3>)]. Véase respecto de estos supuestos: Vincenzo Roppo (2009), «From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?», en *European Review of Contract Law*, 3/2009.

consecuencia, hoy el estado de bienestar trata de combinar el imperio de la ley con la justicia social en el contexto de la negociación y, como resultado, legisla introduciendo distinciones legales según la naturaleza de las partes implicadas (B2B, B2C). El desafío resulta ahora, en ese contexto, discernir que debe entenderse por «consumidor». Y es aquí donde el objetivo de uniformidad en este campo deviene un reto de difícil solución, tanto más cuanto la casuística revela que la distinción es, en ocasiones, bastante artificiosa (159).

Si la ratio de la normativa dirigida a la tutela del consumidor no es otra que reequilibrar una asimetría contractual de tipo estructural, esta misma razón es la que ha conducido a algunos legisladores —y a ciertos tribunales— a adoptar medidas de protección en favor de las pequeñas empresas. Porque la parte más vulnerable en una contratación no siempre goza de la condición de consumidor, y la literatura jurídica de los últimos tiempos viene a confirmar. Así, por ejemplo, como pone de relieve el Informe de la Comisión COM (2000) 248 final de la Unión Europea, de 27 de abril, *sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (160), algunos Estados miembros —Dinamarca, Estonia, Holanda y Polonia— poseen leyes sobre condiciones generales de los contratos que son asimismo aplicables a las relaciones entre empresas, comportando este planteamiento muy buenos resultados en la práctica porque sea cual fuere la relación entre empresas, esta puede enmascarar una posición de debilidad contractual similar a la que experimentan los consumidores cuando deben hacer frente a condiciones generales impuestas en el contrato. Asimismo el Reglamento Roma I (161) prevé —en su art. 4.1, apartados e) y f)— que los contratos de franquicia y de distribución (B2B) se rijan por la ley del país donde el franquiciado o el distribuidor tengan su residencia habitual. En otras palabras, rompe con el criterio general y aplica a estos el criterio específico del artículo 6, reservado a los consumidores. La razón, una vez más, no es otra que favorecer a la parte más vulnerable de la relación comercial.

El clima intelectual en Europa es proclive a la unificación del derecho contractual, como acreditan algunos esfuerzos, en particular los *Principios de Derecho Contractual Europeo* (*Principles of European Contract Law*, en adelante, PECL) de la Comisión Lando, claramente volcados en la superación de la categoría «consumidor», con objeto de extender el radio de tutela normativa

(159) Un ejemplo clásico que se expone es el caso del pasajero aéreo y de las cláusulas del contrato de viaje, cuya valoración dependería entonces según se desplace este por motivos de vacaciones o profesionales, algo que parece a todas luces injustificado.

(160) Véase Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5-4-1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [COM (2000) 248]. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0248:FIN:ES:PDF>

(161) Véase Reglamento Roma I, N. 593/2008, *supra*, pie de página 158.

a las relaciones contractuales asimétricas en general, considerándose como tal, entre otras, aquellas que carecen de un proceso de negociación en la fase de formación del contrato. Y a pesar de que el *Draft Common Frame Reference* (DCFR) contempla las relaciones B2C de manera específica, el concepto de consumidor resulta más flexible al introducir una matización (persona natural que actúa principalmente por motivos no relacionados con su negocio o profesión) que viene a contrarrestar el efecto de la *Decisión Gruber* de la Corte de Justicia Europea (162), de modo que la regulación pivota sobre el concepto equidad aplicable a las relaciones B2B y B2C (ROPPO, 2009, pág. 335) (163).

La necesidad de proteger a los sujetos frente a las cláusulas abusivas es cada vez mayor, dado que aumentan los contratos que contienen aspectos transfronterizos, en lenguas extranjeras y con empresas internacionales que conciertan acuerdos en determinados sectores. En el mercado electrónico, por otra parte, actores nuevos como pequeñas y medianas empresas padecen una desigualdad de poder similar en la negociación con grandes empresas, o cuando contratan esporádicamente (*one shot players*) con otras que operan en masa (*repeat players*). Este desequilibrio en el poder de negociación entre las partes deviene en este nuevo entorno estructural, no sobrevenido, dado el uso sistemático de condiciones generales de la contratación y de cláusulas de adhesión. Las reglas tradicionales positivizadas en los sistemas nacionales en materia contractual, fundamentadas en la premisa de igualdad del poder negocial de los sujetos, resultan a todas luces inadecuadas en un mercado electrónico globalizado de grandes operadores económicos. Es un hecho indiscutido a mayor abundamiento que la inmensa mayoría de las transacciones efectuadas electrónicamente contienen algún elemento extranjero, de modo que dichos negocios jurídicos serían internacionales y quedarían sometidos a las reglas del Derecho internacional privado (CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008, pág. 20) (164). Y no parece la solución más razonable dejar al albur de los distintos tribunales nacionales su apreciación, como si se tratara de una mera cuestión de hecho que deba ser considerada caso por caso, lo que contribuiría a generar más inseguridad jurídica entre los operadores.

La debilidad de la posición de los clientes en las transacciones electrónicas ha devenido, en consecuencia, un lugar común, no una situación adventicia. En los acuerdos suscritos electrónicamente sucede a menudo que la empresa oferente de un producto o servicio, habitualmente con mayor capacidad económica, tecnológica y de conocimiento (*know how*), establece los términos del contrato

(162) Véase Corte de Justicia Europea, Caso C-464/01, *Gruber v. BayWA*, AG. 20-1-2005, 2005 O.J. (C 57) I, *supra*, pie de página 161.

(163) Véase Vincenzo ROPPO, *supra*, pie de página 162.

(164) Véase Alfonso Luis CALVO CARAVACA & Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (2008), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Ed. Comares.

de modo unilateral —v. gr., a través de contrato tipo, con condiciones generales diseñadas por un equipo jurídico— que el cliente se ve obligado a aceptar si desea acceder al producto o servicio (165). Se reproducen, en definitiva, en el contexto electrónico las mismas deficiencias en la formación contractual que en el comercio tradicional: (i) la oferta es diseñada unilateralmente por la empresa predisponente, a los fines de agilizar la contratación, mediante contratos de adhesión y/o condiciones generales de la contratación (déficit negocial); (ii) con el agravante de que en el comercio electrónico el predisponente suele gozar de conocimientos especializados sobre los productos y servicios ofertados. Para que un consentimiento sea suficiente a los efectos de considerar la validez de un negocio jurídico, este debe ser cabal, informado. La información debe ser cierta, completa y suficiente. Y sucede que en el entorno electrónico la fuente de dicha información está en manos exclusivas del oferente del producto o servicio (déficit informativo). La mayor capacidad tecnológica del oferente incide también en el desequilibrio contractual descrito (166) y el problema se repite frente a sujetos que actualmente no gozan todavía del reconocimiento de consumidor. Son situaciones de abuso, como botón de muestra, las prácticas conducentes a imponer un criterio, unas condiciones contractuales gravosas o discriminatorias, o a provocar el boicot económico aprovechándose de la situación de dependencia económica de una empresa, profesional o emprendedor respecto de otra más fuerte con la que mantiene una relación de subcontratación o de integración vertical.

Es por ello que en el presente contexto parece ahora llegado el momento de extender la tutela tradicionalmente desplegada para los consumidores al resto de colectivos que padecen los mismos problemas de asimetría. Como señalara PERLINGIERI (2007) (167), es evidente que hoy, el concepto de consumidor no es suficiente ya para definir un área de protección puesto que el empresario puede también considerarse parte vulnerable en las relaciones con otras empresas (168). Y si bien esta situación ha sido paliada en determinados sectores

(165) Véanse primeras reflexiones en conferencia pronunciada por la autora «Global ODR Schemes for B2B, B2C, and C2C Redress», en *ODR International Forum*. Chennai, India. 7-9 de febrero de 2011. Manuscrito. <http://www.odr2011.org>.

(166) Véase, asimismo, reflexiones acerca del desequilibrio contractual en los contratos de adhesión y el coste para el consumidor del consentimiento informado en Melvin A. EISENBERG (1995), «The limits of cognition and the limits of contracts», 47, en *Stanford Law Review*, 122, pág. 243. <http://www.academicjournals.org/JLCR/contents/2010content/Aug.htm>

(167) Véase Pietro PERLINGIERI (2007), *Manuale di Diritto Civile*. Edizione Scientifiche Italiane, Roma, pág. 414.

(168) En este mismo orden de cosas, el incremento del flujo de información gracias a las TIC está favoreciendo la reducción de costes de transacción en las cadenas de producción y suministro, esto es, en las organizaciones interdependientes que trabajan colaborativamente en régimen de integración vertical u horizontal. En estas relaciones jurídicas de naturaleza económica, el comprador, cliente o adquirente, es curiosamente la empresa más fuerte, que logra imponer precios y condiciones a la empresa que suministra, habitualmente subcontratada.

de producción mediante legislación ex proceso emanada de algunos sistemas nacionales (169), lo cierto es que el contexto actual descrito de contratación electrónica transnacional se ve necesitado de una intervención de carácter más general ante esta situación estructural y originaria de asimetría contractual. La posible falta de libertad negocial originada por el escaso poder contractual de los clientes puede verse paliada, al menos en parte, con una regulación que, sin limitar de modo excesivo la voluntad de las partes, establezca límites imperativos infranqueables e incluso configure un contenido dispositivo del contrato que predisponga a las partes a la asunción de negocios jurídicos en los que la recíproca distribución de las cargas se halle más equilibrada.

De modo que las fronteras entre los diversos sujetos y las relaciones jurídicas que estos entablan en el entorno del comercio electrónico —B2B, B2C, C2C, C2B, etc.— se diluyen (170), al tiempo que se extiende el colectivo de sujetos que se hallan de manera estructural en situación de desequilibrio contractual. Desde nuestro punto de vista, parece llegado el momento de extender el radio de tutela a estos nuevos colectivos con el fin de garantizarles también efectiva libertad contractual y la necesaria autonomía, condiciones indispensables para un comercio electrónico sano, competitivo y seguro. Ello implica un paso evolutivo en el entorno electrónico que, superando los rígidos esquemas del régimen tuitivo del consumidor, se avance en la protección general del cliente-adquirente de bienes y servicios.

En sintonía con lo expresado es tendencia actual en la Unión Europea y entre los estados miembros implementar y extender el alcance de las normas de protección también a las personas o empresarios que padecen una posición contractual desequilibrada. El ambiente intelectual en Europa es favorable a la armonización de los sistemas contractuales y el legislador europeo tiende, en

Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-453/99, *Courage Lid v. Bernard Crehan*. 20 de septiembre de 2010. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&alljur=alljur&juredj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurftp=jurftp&numaff=C-453/99&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnored=alldocnored&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&re smax=100&Submit=Rechercher>.

También los negocios de distribución e intermediación se ven afectados por este fenómeno: las empresas nacionales ceden y aceptan las condiciones impuestas por la empresa multinacional.

(169) Un ejemplo temprano de intervención legislativa, dirigida a paliar los problemas de asimetría contractual entre empresas, lo hallamos en la contratación vertical ganadera en países como España (Cataluña) o Italia.

(170) Un hecho constatado por el egregio jurista Louis DEL DUCA (2007), «Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence», en *Texas International Law Journal*, vol. 42, págs. 625-649.

los últimos tiempos, a centrar su atención más en los contratos asimétricos y en las relaciones B2B que en los contratos de consumo (B2C) (171). No en vano, en la actualidad el *acquis* comunitario lo conforman en su mayor parte previsiones normativas reguladoras de las relaciones jurídicas entre empresas y, en particular, entre empresas dominantes y operadores en el mercado que padecen algún tipo de desequilibrio en el poder de negociación (172).

El hecho que favorece esta tendencia es la excesiva diversidad y fragmentación normativa en materia civil y mercantil, circunstancia que socava el crecimiento de los intercambios económicos en el mercado único, debido a los altos costes de asesoramiento legal que las empresas tienen que soportar. La armonización de las leyes contractuales se obtiene hoy indirectamente, a través de normativa de protección de los consumidores y de la «técnica de armonización máxima» que permite su unificación y genera un importante acervo comunitario. Esta estrategia es vista como deseable en la medida que ayuda al sistema contractual europeo a alcanzar unidad y coherencia (173). Por otro lado, el Parlamento Europeo a través de la Comisión de asuntos jurídicos, preocupado por el impacto negativo de estas cuestiones en el mercado interior se halla trabajando además en la superación de los enfoques tradicionales mediante el diseño de un instrumento facultativo que resulte aplicable a todos los participantes en transacciones B2B y B2C en controversias nacionales y transnacionales (174). Destaca en este sentido la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (175), dirigido a la contratación entre empresas y entre estas y los consumidores.

En consecuencia, parece llegado el momento de sugerir la confección de un instrumento opcional internacional al servicio de la contratación electrónica que, integrando los tradicionales estándares de tutela de la posición jurídica del consumidor reconocidos internacionalmente —consentimiento informado, derecho de desistimiento, etc.— permita disponer de un cuerpo único de normas con un nivel elevado de protección de los derechos aplicable a todos los operadores.

(171) Véanse, al respecto, reflexiones de Karl RIESENHUBER (2005), «System and Principles of EC Contract Law», en *European Review of Contract Law*, 2/2005, pág. 305. Asimismo, ROPPO, *supra*, pie de página 162, pág. 308.

(172) La diversidad de tratamiento en función de la naturaleza de las partes, sin más, es apreciada como injusta porque la realidad muestra que las asimetrías también ocurren en el seno de transacciones B2B o C2C.

(173) El ambiente intelectual europeo es, en la actualidad, muy proclive a la armonización del derecho contractual. Véase, a modo ilustrativo, el reciente trabajo de Viviane REGING (2011), «Por qué necesita Europa un Derecho Contractual europeo opcional», en *Indret*, de 2 de abril. Ariadna AGUILERA RULL y Albert AZAGRA MALO, trans. http://www.indret.com/pdf/824_es.pdf

(174) Véase *Draft report on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses* (2011/2013(INI)), Committee on Legal Affairs, ponente: Diana Wallis.

(175) COM (2011) 635 final, Bruselas, 11 de octubre de 2011.

Podría para ello partirse de los instrumentos existentes en materia de contratación internacional tales como la Convención de Viena de 1980 (176), los Principios Unidroit (177), y los importantes esfuerzos legislativos de la Unión Europea y de la comunidad internacional en la fijación de estándares de protección en la contratación a distancia, en la contratación directa o puerta a puerta (178) y en la tutela de los consumidores en general. Ello brindaría la oportunidad de extender el nivel de protección a todas las relaciones, B2B, B2C, C2C, dado que la posición de fuerza entre ofertantes y clientes en dicho entorno es claramente asimétrica y provoca desequilibrios en las posiciones contractuales al punto de impedir un adecuado ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

Este cuerpo normativo debería configurarse a la luz de los principios de proporcionalidad y de justo equilibrio de los intereses en juego en términos de equilibrio entre los fines perseguidos y los medios utilizados y de mínimo sacrificio de los intereses en juego, de modo que su aplicación permita la satisfacción del interés de los clientes sin comprometer la actividad económica de los agentes económicos en el comercio electrónico. En otras palabras, el alcance de los principios, estándares y medidas de protección no deberían extenderse más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo, cual es garantizar la satisfacción de las partes en una transacción de escasa cuantía. Habida cuenta además que un sistema eficiente no puede descansar en la judicialización de la vida social y económica, ni en una incesante labor interpretativa de los distintos tribunales, sería deseable su concreción en reglas que alcancen a todos, que resulten menos gravosas que otras alternativas y que impliquen que los beneficios sean mayores que las pérdidas en derechos e intereses.

2.2. *Iter procedimental*

Como viene señalándose en la literatura existente consagrada en materia RLL y se extrae de la experiencia de los operadores, el arbitraje es el método más difundido en disputas de alto valor en el comercio electrónico (B2B),

(176) Véase Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

(177) Véase Principios UNIDROIT *sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

(178) En la Unión Europea la normativa relativa a las ventas fuera del local comercial ha sido armonizada a través de Directivas dirigidas a mitigar el efecto de las técnicas de venta agresiva por las que el ciudadano adquiere un producto o servicio que no buscaba, sin poder contrastar precios ni calidades, sin ver muchas veces el mismo producto, y sin poder reflexionar acerca de la oportunidad de adquirir el producto o servicio. Esta normativa asegura el derecho de información y de rescisión con el fin de conceder al consumidor un periodo de reflexión. Un derecho que es, a mayor abundamiento, indisponible e irrenunciable.

mientras que la negociación, mediación y conciliación son muy populares para conflictos de escasa cuantía (B2B y B2C).

Un porcentaje significativo de estos conflictos transnacionales (entre el 65 por 100 y el 95 por 100 de los casos, dependiendo del sector) se resuelven en la fase inicial de amigable composición, de modo que los mecanismos de resolución más efectivos son aquellos de tipo multinivel que se inician con fases sucesivas de negociación, mediación y conciliación, para finalizar, si las partes no alcanzan un acuerdo, en arbitraje o adjudicación (COLE & UNDERHILL, 2010, pág. 475) (179). En estos procesos de varios niveles, una preocupación fundamental y un requisito previo es obtener la aceptación de las partes en cada una de las fases. Este consentimiento debe ser informado, esto es, con pleno conocimiento de ciertos datos (180): (i) funcionamiento y disponibilidad del procedimiento; (ii) disposiciones legales que sean de aplicación, buenas prácticas, códigos de conducta; (iii) gestiones previas que las partes deben asumir; (iv) idioma vehicular durante el procedimiento; (v) coste, en su caso; (vi) calendario aplicable al procedimiento; (vii) el valor jurídico de la solución acordada; (viii) si esta puede resultar menos favorable que un resultado determinado por un tribunal en aplicación de normas jurídicas; (ix) y acerca del derecho a solicitar un asesoramiento independiente o a remitir el caso a otro mecanismo de resolución.

Los sistemas RLL aprovechan las innovaciones que aportan las TIC y se dotan de soportes que los sitúan en inmejorables condiciones de ofrecer servicios más rápidos y de bajo coste, dado que el tiempo o la distancia no suponen dificultad en el desarrollo del proceso.

El acuerdo alcanzado a través de una mediación o conciliación es habitualmente elaborado por las partes con la asistencia del tercero neutral, que puede llegar a redactar la propuesta de solución a petición de las partes. La firma del acuerdo se resuelve generalmente mediante el uso de cualquiera de los mecanismos de firma electrónica existentes.

Puede suceder que la fase de amigable composición no resulte suficiente para cerrar la controversia y las partes se vean necesitadas de acudir a la segunda fase de tipo heterocompositivo. En razón del principio de libertad contractual y de autonomía las partes deberán manifestar nuevamente su conformidad, que podrá ser expresada bien mediante aceptación de una cláusula de sumisión a arbitraje inserida en el contrato celebrado, bien mediante un documento separado (181)

(179) Véase Stephen J. COLE & Charles I. UNDERHILL (2010), «Fifteen Years of ODR Experience: The BBB Online Reliability Trust Mark Program», en *UCC Law Journal, Thomson Reuters*, págs. 443-477. <http://www.underhills.us/Docs/PDFS/BBBOnLine-15 por 10020Years por 10020of por 10020ODR por 10020Experience.pdf>

(180) Muchos de estos requisitos de información han sido recopilados en la Unión Europea a través de la Rec. 98/257/CE (vid. *supra*, pie de página 48).

(181) Algunas leyes de protección de los consumidores impiden incluir cláusulas de arbitraje en los mismos contratos de adquisición de bienes o servicios. No debe quedar inte-

previo o posterior al surgimiento del conflicto. Este consentimiento informado puede ser obtenido asimismo por medio de una comunicación electrónica, equivalente funcional a la forma tradicional escrita (182).

Los mecanismos RLL deben procurar aquí soluciones tecnológicas sofisticadas dado que en los procesos heterocompositivos la fase probatoria resulta determinante para el discernimiento de la realidad. De ahí la importancia de que estos cuenten con equivalentes a la inspección ocular y con alternativas plausibles a las tradicionales periciales de expertos, cuyo coste resulta en ocasiones desproporcionado respecto del valor en discusión.

Por lo que hace al flujo del proceso y sus principios rectores, los RLL proporcionan procesos sencillos donde las audiencias están siendo sustituidas, en la práctica, por comunicaciones electrónicas que se suceden en un breve espacio temporal. Estas comunicaciones asumen una función equivalente a las tradicionales audiencias, cuyo objeto es garantizar que las partes sean oídas. Por otro lado, el respeto de los estándares de debido proceso resulta esencial en mecanismos heterocompositivos cuyo resultado desee obtener el reconocimiento o *exequátur* de los tribunales.

Una cuestión poco analizada todavía es la relativa a la oportunidad de que los sistemas electrónicos posibiliten la acumulación de pretensiones homogéneas de varios sujetos reclamantes contra un mismo reclamado, lo que permitiría dirimir en un mismo proceso y ante un mismo proveedor RLL las distintas reclamaciones. Esta posibilidad podría abaratar los costes de los procesos para todos los sujetos afectados; y, a su vez, simplificaría la actividad procesal del requerido, que podría excepcionar la existencia de un proceso RLL iniciado, solicitar la acumulación de las reclamaciones y unificar su defensa. Estrechamente vinculada a esta cuestión se hallaría también la posibilidad de interponer acciones colectivas, de modo que asociaciones y entidades representativas de un determinado sector pudieran presentar reclamaciones en nombre de sus asociados y defender así sus derechos. Ahora bien, como el fundamento de los sistemas de resolución extrajudicial es el consenso y el consentimiento informado de los sujetos, el resultado de estos procesos solo podría vincular a los sujetos miembros de la organización reclamante que, convenientemente informados, se adhirieron a la iniciativa emprendida por dicha organización (183).

grada en los términos y condiciones generales aplicables a las operaciones comerciales y, en general, en cualquier acuerdo celebrado antes de que surja la controversia (v.gr., Dinamarca).

(182) Véase Recomendación de la CNUDMI *sobre la interpretación del artículo II, párrafo 2 y el artículo VII, párrafo 1, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, que promueve una interpretación flexible del requisito de forma escrita de arbitraje*, Nueva York, de 10 de junio de 1958. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>

(183) En este punto cabría distinguir entre: procedimientos individuales que sean acumulados de oficio o a instancia de parte en un solo proceso; reclamaciones colectivas para la

Por último, y por lo que hace a la fase de ejecución en caso de incumplimiento de acuerdos y decisiones debe tenerse presente que una tasa elevada de los acuerdos que se alcanzan en la primera fase del proceso a través de la negociación o de la intervención del experto son respetados y las partes cumplen voluntariamente. Si el conflicto escala, algunos RLL incorporan mecanismos internos de apremio: se emplean, por ejemplo, técnicas de presión como la devolución del pago al cliente por parte de la entidad bancaria intermediaria, o bien mediante la difusión del incumplimiento o de la infracción webs de acceso público, o incluso mediante la suspensión o remoción de los sellos de confianza. En cualquier caso: (i) algunos estados atribuyen a tales acuerdos el valor de título ejecutivo y los efectos equivalentes a una sentencia judicial (184); (ii) y por lo que hace a las decisiones, a fecha 31 de diciembre de 2010, ciento cuarenta y cinco Estados han firmado la Convención de Nueva York, reconociendo la ejecutividad de los laudos arbitrales internacionales.

2.3. Las normas jurídicas aplicables y el carácter imperativo de ciertas provisiones normativas

El factor transnacional obliga al intérprete a considerar las posibles normas jurídicas (185) aplicables en cada transacción comercial, así como en la resolución de los eventuales conflictos que se deriven. Respecto de este último aspecto, debe asimismo hacerse distinción entre mecanismos de tipo facilitativo, evaluativo o decisorio.

protección de los derechos de un grupo de personas representadas por una asociación o entidad que las represente (al modo de una acción colectiva o arbitraje colectivo); y reclamaciones de clase o asociativas para la defensa de intereses difusos donde la identidad y número de los sujetos que padecen el daño son indeterminados (al modo de una *class action*).

(184) En algunos países europeos, el acuerdo alcanzado en un proceso de mediación puede resultar ejecutivo. A saber: (i) en Francia, el artículo 1441 del Código de Procedimiento Civil (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>) establece que cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal que el acuerdo sea aplicable; (ii) en Eslovaquia, el acuerdo de mediación es ejecutivo si se adopta la forma de un público acto; (iii) en Bélgica, el orden de la corte aprueba un acuerdo es ejecutable; (iv) los acuerdos en los Países Bajos gozan de fuerza ejecutiva si son aprobados por un juez; (v) en Italia, el Decreto Legislativo, de 4 de marzo 2010, núm. 28, de mediación en controversias civiles y mercantiles (Gazzetta Ufficiale, n. 53, de 3 de marzo de 2010). (http://www.ordineavvocati-macerata.it/files/file/comunicazioniseg/010/dlgs_28-2010_conciliazione.pdf), establece que el acuerdo verbal, cuyo contenido no sea contrario al orden público o a las leyes de policía, resulta ejecutivo.

(185) Hablamos de «normas jurídicas», prescindiendo del término «derecho», habida cuenta que la primera expresión es más abierta y comprende todo un crisol de normas que pertenecen a ordenamientos jurídicos diversos, e incluso las reglas del comercio internacional. El concepto derecho tiene connotaciones de vinculación a un ordenamiento jurídico que impediría considerar estas distintas fuentes normativas.

Por lo que hace al primer factor, debe tenerse en cuenta la existencia de todo un corpus normativo de disposiciones legales específicas en materia de tutela y protección de los derechos de los consumidores y usuarios en algunas regiones y la Unión Europea es un caso paradigmático. En virtud del Reglamento Roma I (186) de 2008, los consumidores quedan protegidos por las normas tuitivas del país de su residencia habitual, que no pueden ser excluidas mediante acuerdo. Su artículo 6 establece que los contratos con consumidores se regirán por la legislación del país donde el consumidor tenga su residencia habitual. Esta regla resulta imperativa en el caso de que el profesional: *a)* ejerza su actividad comercial o profesional en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual; o *b)* por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho país o varios países, incluido ese país, y el contrato se inscribe en el marco de dichas actividades. Asimismo, la Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (187), establece ciertas limitaciones a la libertad contractual, disponiendo que las cláusulas abusivas se tendrán por no puestas, lo que viene a significar que el consumidor tiene la posibilidad de invocar el carácter abusivo de una cláusula y, desde ese mismo momento y sin necesidad de resolución judicial, podrá negarse a cumplir las obligaciones que se derivan de la misma (188). Además, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección de la Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

Por su lado, la Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 (189), *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, así como la Directiva 99/44/

(186) Véase Reglamento Roma I, N. 593/2008, *supra*, pie de página 158.

(187) Véase Directiva 1993/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, 1993. O.J. (L. 095). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:ES:HTML>

(188) El problema, sin embargo, se soslaya por parte de algunas empresas introduciendo cláusulas que manifiestan que el consumidor declara haber negociado y aceptado expresamente las cláusulas generales. De este modo consiguen evitar la aplicación de la mencionada Directiva 93/13/CEE, dado que la misma excluye implícitamente de su ámbito de aplicación las cláusulas contractuales negociadas individualmente por el consumidor (art. 3). Exclusión que proviene de la supresión del artículo 4 de la propuesta modificada de la Comisión [COM (92) 66 final, DO C 73, de 24 de marzo de 1992], que establecía criterios aplicables a las cláusulas negociadas individualmente. Una exclusión, por otro lado, cuestionada en Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE [COM (2000) 248 final] porque «no aporta nada en términos de claridad y plantea en cambio dificultades de interpretación que podrían hacer confundir los términos “negociado” y “expresamente aceptado”».

(189) Véase Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*. 1997.

CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (190), y la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* (191), ahondan en esta idea al declarar el carácter imperativo e irrenunciable de los derechos que se reconocen en virtud de su transposición al Derecho nacional. Y disponen finalmente que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorgan estas normas por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros.

Respecto del segundo aspecto, que correspondería a la fase patológica de la relación contractual, como habíamos anunciado, resulta necesario distinguir además, desde una perspectiva procesal, entre mecanismos que pivotan sobre la base del consenso (transacción) y mecanismos de contradictorio (juicio). Una de las preocupaciones principales de esos últimos es el modo de determinar la ley aplicable cuando deban resolver en derecho, así como la determinación del tribunal responsable de la adopción de medidas cautelares.

Debe advertirse de manera liminar que estas importantes cuestiones, objeto en su día de un amplio debate jurídico, han sido resueltas por la mayor parte de países mediante la adopción de los criterios CNUDMI (192) e incorporando las siguientes reglas de principio: (i) en primer lugar, debe darse primacía a la voluntad libre de las partes; (ii) en defecto de acuerdo, debe asimismo darse preferencia al arbitraje de derecho, dado que la voluntad de someterse a arbitraje sin más especificaciones no conduce a que pueda presumirse que incluya la voluntad de someterse a equidad, y sí en cambio resulta más factible entender que desean la aplicación de los mismos criterios jurídicos que haría valer un tribunal; (iii) el arbitraje de equidad —denominado asimismo *ex aequo et bono*, *en conciencia*, o bien *de amigable compo-*

O.J. (L. 144). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:es:HTML>.

(190) Véase Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, 1999. O.J. (L. 171). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:ES:PDF>

(191) Véase Directiva 2002/65/CE, *supra*, pie de página 190, que resultará derogada en los términos que dispone la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008)0614 —C6-0349/2008— 2008/0196 (COD)], en texto aprobado en sesión de 23 de junio de 2011 [P7-TA-PROV (2011)06-23].

(192) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Arbitraje Comercial Internacional*, *supra*, pie de página 53; artículo 35: los tribunales arbitrales solo fundamentarán sus decisiones *ex aequo et bono* en los casos que las partes así lo hayan autorizado expresamente.

nedor— solo sería aplicable a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente (193). En todos estos casos —decisiones fundamentadas en equidad o en derecho— el experto debería tener en cuenta asimismo los términos del contrato —excepción hecha, como es natural, de los que padezcan algún vicio que los invalide— así como los usos del comercio aplicables a la transacción (194).

La Unión Europea acepta el hecho de que los organismos encargados de procesos extrajudiciales de resolución de disputas con consumidores puedan adoptar decisiones sobre la base de equidad y de códigos de conducta. Sin embargo, tales decisiones deben garantizar el suficiente nivel de protección de los consumidores establecido por las disposiciones legales vigentes (195). Como ha sido apuntado anteriormente, en virtud del Reglamento Roma I (196), los consumidores están protegidos por las normas del país de su residencia habitual, que no pueden ser excluidas mediante acuerdo. Asimismo, de acuerdo con el principio de legalidad, se impone el criterio de que las decisiones que se emitan, aún siendo de equidad, sean motivadas (197) y no priven al consumidor de la protección prevista por las disposiciones imperativas de la ley del Estado en cuyo territorio el proveedor de servicios se establece.

En la misma línea de pensamiento, la Unión Europea, considerando el hecho de que existe un riesgo de que el empresario prive al consumidor de la protección otorgada por la normativa de los Estados miembros, a través de la designación como ley aplicable al contrato el derecho de un país tercero, introduce disposiciones encaminadas a evitarlo, declarando asimismo su carácter imperativo y

(193) En España, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (*BOE*, núm. 121, de 21 de mayo de 2011), invierte la regla de una ley precedente de 1988 que contenía a favor del arbitraje de equidad. Este cambio, operado en el año 2003, responde a la voluntad de adaptar el ordenamiento jurídico español a la orientación más generalizada en el panorama comparado.

(194) Así lo aconseja el Reglamento sobre Arbitraje de CNUDMI (revisado en 2010). <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arbrules-revised-s.pdf>

(195) Véase Rec. 98/257/CE, *supra*, pie de página 48. De hecho, en España, la Disposición Adicional Única de la Ley 60/2003, de Arbitraje (*supra*, pie de página 198), dispone que dicha ley será de aplicación supletoria al arbitraje de consumo y que las normas de desarrollo del arbitraje de consumo podrán establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho. En consecuencia, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo* (*BOE*, núm. 48, de 15 de febrero de 2008. <http://igc.xunta.es/igc/documentos/Decret231.pdf>) dispone en su artículo 33 que «el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho».

(196) Véase Reglamento Roma I, N. 593/2008, *supra*, pie de página 158.

(197) Algunos países así lo disponen expresamente. Es el caso de España. Véase el artículo 33.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, *por el que se regula el Sistema Arbitral de consumo* (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd231-2008.html#a33).

dictaminando que los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen (198).

Algunos países, como Brasil, a mayor abundamiento, exigen que los laudos arbitrales expresen siempre las razones legales que han conducido al tribunal a fallar en un determinado sentido, con debido análisis de los hechos y de las cuestiones de derecho, y expresando, si es el caso, que la decisión ha sido tomada en equidad.

Otros, como España, invierten el criterio en materia de consumo inter-no estableciendo que los laudos emitidos en el seno del Sistema Arbitral de Consumo serán de equidad, dado que el proceso ha sido institucionalizado, lo que garantiza el respeto a la normativa imperativa y de carácter tuitivo de sus consumidores y usuarios. Ahora bien, cuando el conflicto con consumidores es, sin embargo, transfronterizo, el artículo 33 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se aprueba el Sistema Arbitral de Consumo* (199), dispone que «según lo previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje* (200), la determinación de la legislación aplicable al fondo del asunto se realizará de conformidad con lo previsto en los convenios internacionales en los que España sea parte o en la legislación comunitaria que resulte de aplicación».

(198) A título meramente ilustrativo, recordamos el caso de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, de 4 de junio de 1997), la cual disponía en su artículo 12 que «los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconozcan en virtud de la transposición al Derecho nacional de la presente Directiva», y «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros». Son considerados derechos irrenunciables del consumidor en el marco de esta Directiva, para una transacción a distancia: (i) Recibir información —previa la conclusión del contrato— acerca de la identidad del proveedor, su dirección, características del bien o servicio, precio incluidos los impuestos, gastos de entrega, modalidades de pago y entrega, coste de las comunicaciones, plazo de validez de la oferta o duración mínima del contrato, en su caso; (ii) Ejercitar el derecho de desistimiento durante los siete días laborales siguientes a la recepción de los bienes, y durante tres meses para el caso de que el proveedor no cumpla con sus obligaciones de confirmación escrita de la información suministrada al consumidor sobre condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento, la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde el consumidor puede presentar sus reclamaciones, servicios posventa y garantías existentes, así como condiciones de rescisión del contrato si es de duración superior a un año o indeterminada. Esta obligación no se aplica a los servicios de una sola vez, en cuyo caso se mantiene, no obstante, la obligación de indicar la dirección geográfica del establecimiento del proveedor; (iii) que el pedido sea cumplimentado en un plazo máximo de treinta días si las partes no acuerdan nada en contrario, así como el derecho a recuperar las sumas abonadas si se incumple con esta obligación. Esta Directiva resultará derogada en los términos que dispone la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008)0614 —C6-0349/2008— 2008/0196 (COD)], en texto aprobado en sesión de 23 de junio de 2011 [P7-TA-PROV (2011)06-23].

(199) Véase Decreto 231/2008, *supra*, pie de página 200.

(200) Véase Ley 60/2003, *supra*, pie de página 198.

Se desprende de todo ello que, en caso de controversia derivada de una transacción electrónica transnacional de escasa cuantía, si las partes no alcanzan un acuerdo de amigable composición y el conflicto se resuelve en sede arbitral, sea cual fuere la naturaleza del laudo —de derecho o de equidad— pocas dudas caben respecto de la oportunidad de que este sea razonado y tenga en cuenta la normativa de *ius cogens* existente que resulte aplicable al caso. Se deriva también de ello que la deseable determinación de la normativa aplicable no debiera abandonarse a la mera voluntad de las partes, tanto más cuanto estas se hallan necesitadas de procedimientos expeditivos, sencillos y económicos. Sin embargo, la fijación *ex ante* de la ley aplicable resulta problemática, porque ello significa la mayor parte de las veces la imposición de la voluntad unilateral de quien en definitiva redacta las condiciones contractuales. Si las partes, por el contrario, postergan su determinación, el acuerdo requerirá tiempo y costes de asesoramiento legal del consumidor, por lo general lego en la materia.

Dicho lo anterior, la fijación apriorística de un criterio objetivo de aplicación general a todos los conflictos con consumidores, de naturaleza transnacional y de escasa cuantía tampoco resulta sencilla:

- (i) Si se opta por la aplicación de la ley del Estado donde la empresa proveedora de bienes o servicios tiene su sede, sucederá que esta no siempre es evidente y la empresa tenderá a establecerse en países con legislación laxa en materia de tutela de los derechos de los consumidores.
- (ii) Si, por el contrario, se adoptara el criterio del lugar donde efectivamente la empresa lleva a cabo su actividad, su determinación sería compleja en el caso de proveedor de bienes inmateriales o de servicios por vía electrónica. Y aún en el caso de poder fijarlo, la empresa o proveedor de bienes y servicios no podrá ignorar la normativa de orden público (201) y la legislación de *ius cogens* aplicable y de carácter irrenunciable existente en muchos países, de modo que la incerteza seguirá pesando en tales relaciones jurídicas. A mayor abundamiento tal fijación quedaría a expensas de la correspondiente prueba, lo que implicaría un coste inasumible para el consumidor en controversias de escasa cuantía.
- (iii) Si se optara por la ley del Estado donde el cliente, usuario, consumidor o particular tiene su residencia, la picaresca ya no es posible —se garantizaría el respeto del derecho público y de la normativa impera-

(201) Véase, al respecto, por poner un ejemplo, el conocido *UEJF & Licra v. Yahoo! Inc and Yahoo France*, Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI) (corte ordinaria) de 2 de mayo de 2000, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm>, en un supuesto de venta de objetos nazis. En este caso, sin embargo, se trataría de una responsabilidad penal y civil derivada de daños ocasionados en Francia por violación del Derecho Penal francés, artículo R. 645-2 del Código Penal. Desde el momento que los ciudadanos franceses desde Francia podían acceder al sitio web, el daño era considerado infligido en Francia, y por lo tanto su jurisdicción es considerada competente para entender.

tiva dirigida a la tutela del consumidor—. Este criterio provoca, sin embargo, incerteza para las empresas que operan en transacciones internacionales, al no poder conocer *a priori* cuál es la normativa aplicable a cada transacción efectuada, lo que implica importantes costes de asesoramiento legal y de traducción, en particular para las pequeñas y medianas empresas (PYMES).

En nuestra opinión, la sumisión de las partes a un instrumento optativo (en adelante, OI) en conflictos transnacionales de escasa entidad, que uniformizara ciertos criterios —como por ejemplo, contenido y alcance del concepto «bienes de consumo» (202), la falta de conformidad sobre un producto (203) y sus consecuencias (204), la obligación de notificación de la falta de conformidad (205), de responsabilidad del vendedor con independencia de si el bien es o no de segunda mano (206), de mecanismos de saneamiento (207), etc.— y que aglutinara

(202) En general no se incluyen los bienes de segunda mano vendidos en subasta en la que los consumidores pueden asistir personalmente a la venta. El artículo 1 de la Directiva 1999/44/CE permite que los Estados miembros puedan establecer su exclusión. Alemania, Francia, Reino Unido, Hungría y Finlandia así lo han contemplado.

(203) La falta de conformidad, vinculada a la garantía legal durante un determinado periodo de tiempo, comporta responsabilidad del vendedor. La determinación del momento a partir del cual se inicia no es pacífica: algunos países refieren al momento de la venta (Letonia); otros, al momento de ejecución (Hungría); otros al momento de transferencia de los riesgos, que puede tener lugar incluso antes de la entrega del bien, si el comprador retrasa la recogida (Finlandia). La Directiva comunitaria 1999/44/CE establece que el vendedor debe responder cuando la falta de conformidad se manifieste dentro del plazo de dos años a partir de la entrega del bien (art. 3).

(204) Por lo general, se priman aquellas soluciones que ofrecen reparación o sustitución del producto y, solo subsidiariamente, la posibilidad de reducción del precio o resolución del contrato (véase, v.gr., régimen de saneamiento de la Directiva 1999/44/CE). Sin embargo, en conflictos transnacionales de escasa entidad, la reparación o sustitución del producto no parecen las vías más adecuadas, dado el coste en términos económicos (periciales, servicios técnicos, envíos) y temporales.

(205) En la mayoría de los países el consumidor debe, necesariamente, informar o notificar al vendedor su falta de conformidad para hacer valer sus derechos. Estas obligaciones pueden verse sometidas incluso a requisitos formales y temporales. En otros, como Dinamarca, Italia o Finlandia, el consumidor queda exonerado si el vendedor no actúa de buena fe o incurre en negligencia grave.

(206) La Unión Europea fija el plazo de garantía —para manifestar la disconformidad— en dos años. Sucede, sin embargo, que en algunos países este plazo de responsabilidad del vendedor es más elevado (v.gr., tres años en Finlandia, seis años en Irlanda) o más corto (en la venta de artículos de segunda mano en España, Portugal, Polonia, Alemania, Austria, Luxemburgo, Chipre, Italia, Bélgica, República Checa, Eslovenia o Eslovaquia). Otros permiten la suspensión del plazo mientras se trata de poner remedio al defecto, plazo por tanto de prescripción en lugar de caducidad de la acción correspondiente.

(207) En algunos países los consumidores pueden escoger la forma de saneamiento: reparación, sustitución, reducción de precio o resolución contractual. Es el caso de Portugal, Grecia o Lituania. En otros se prevé además, otras formas de saneamiento, tales como la retención del precio por parte del comprador o la reparación por él mismo del defecto (Finlandia).

las reglas, estándares, principios y conjunto de normas del comercio electrónico que gozan de reconocimiento internacional, podrían dotar a estas transacciones internacionales y a sus eventuales conflictos de un adecuado marco normativo con un alto nivel de protección equiparable a los estándares existentes para la tutela de los consumidores.

2.4. *La neutralidad en los procesos multifase*

La neutralidad afecta profundamente al diseño de las plataformas que ofrecen procesos RLL mixtos. Según lo expresado anteriormente, la actividad de mediadores, conciliadores y árbitros resulta muy distinta, porque estos últimos llevan a cabo una actividad quasijurisdiccional. Así, mientras en las fases de mediación y conciliación los procesos deben garantizar la comunicación efectiva entre mediadores/conciliadores y partes, conjuntamente y por separado (*caucus*), en sede de arbitraje estas plataformas deben estar en condiciones de garantizar que la arquitectura del software no permita las comunicaciones por separado. Como se recordará, el arbitraje es un método de resolución sujeto al principio de contradictorio, que impone el respeto de las reglas de debido proceso lo que supone el derecho de las partes a conocer los argumentos y hechos expuestos por la contraparte.

La práctica atestigua que muchos proveedores de servicios RLL —v.gr., cámaras de comercio— ofrecen servicios que integran procesos de naturaleza diversa, conducidos por un solo profesional —por lo general, árbitro— que, en una primera etapa procede a mediar y, sucesivamente, va adquiriendo un rol más activo en la medida que el caso lo requiere; hasta el punto de poder quedar habilitado para decidir la controversia. Esta estructura ha generado algunas preocupaciones estrechamente vinculadas con los principios de imparcialidad y de neutralidad. En general, se admite que las partes, en ejercicio de su voluntad privada, puedan apoderar a un tercero para mediar, atribuyan a este poderes más amplios, incluso decisionales, y puedan exonerarle de toda carga de respeto de las reglas de debido proceso. Esta aceptación a través del consentimiento informado, puede ser expresada *ex post*, esto es, una vez surgido el conflicto. Más discutida resulta sin embargo la aceptación de una sumisión *ex ante* cuando una de las partes goza de la condición de consumidor y el proceso conduce a una fase que impida luego el acceso a la jurisdicción, como se verá a continuación.

2.5. *Cláusulas ex ante de sumisión a mecanismos RLL de tipo adjudicativo*

La práctica pone de manifiesto que una mayoría significativa de los asuntos que se someten a arbitraje derivan de un acuerdo previo de sumisión a dicho

mecanismo extrajudicial (*ex ante*) y que en muy raras ocasiones ambas partes aceptan someterse a un arbitraje cuando el conflicto ya ha estallado (208).

El caso *Souvaniemi v. Finlandia* (209) ofreció a la Corte de Justicia Europea de Derechos Humanos la oportunidad de pronunciarse acerca de la validez de las cláusulas *ex ante* de sumisión a un arbitraje independiente. El tribunal declaró que no hay duda que una renuncia voluntaria a acudir a las instancias judiciales y en favor del arbitraje es, en principio, aceptable desde el punto de vista jurídico a la luz del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (210), si bien con algunas limitaciones y no respecto de todas las materias. La exoneración del deber de independencia —que debe respetar por regla de principio todo órgano RLL— debe ser asimismo manifestada de forma expresa como resultado de una voluntad informada de la persona afectada, que garantice que esta ha podido valorar suficientemente la trascendencia de su decisión.

En algunos países es una práctica muy extendida la inclusión de cláusulas *ex ante* de sumisión obligatoria a arbitraje en materia de consumo y laboral (211). Impuestas unilateralmente por las empresas (212), generan numerosos conflictos debido al hecho que propician cierto abuso, al traducirse en limitaciones o renunciaciones a derechos consolidados del consumidor, tales como la solicitud de compensación económica por daños o bien el ejercicio de las acciones de clase (213). De ahí que se discuta y sea objeto de debate su admisibilidad en algunos ámbitos geográficos como Europa, cuando estas afecten a consumidores.

Las cláusulas de sumisión a arbitraje en los contratos con consumidores —cláusulas *ex ante*— han constituido una preocupación constante en la Unión Europea. Algunos países consideran que esta práctica es ilegal, ya que podría privar a los consumidores del acceso a la jurisdicción de los tribunales. En el plano doctrinal, voces autorizadas han expresado dudas sobre su legitimidad cuando conducen a arbitrajes vinculantes, toda vez que las partes están excluyendo *a priori* la posibilidad de acudir a un proceso judicial, afectando a su

(208) Como señalara Graf Peter CALLIESS (2006), «Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Market Place», en *German Law Journal*, vol. 7, núm. 8, pág. 654, la *American Arbitration Association* (AAA) ofrece, en junio del año 2000, estadísticas que revelan como un 95 por 100 aproximado de los casos sometidos a arbitraje proceden de la existencia de una cláusula *ex ante* de sumisión al arbitraje.

(209) Véase Caso *Souvaniemi v. Finlandia*, *supra*, pie de página 154.

(210) Véase, asimismo, caso *Bramelid y Malmstrom v. Sweden*, de 12 de diciembre de 1983, núm. 8588/79, y 8589/79, DR 38, pág. 38.

(211) Por poner un ejemplo, de Estados Unidos, cuya Corte Suprema ha manifestado su respaldo.

(212) Véase, por ejemplo, el caso *Bockleye Check Cashing Corp. V. John Cardegna*, 546, U.S. 449 = 126 S. Ct. 1204 2006.

(213) Véase reciente decisión de la Corte suprema en el caso *AT & T Mobility LLC v. Concepcion*, N. 09-893, de 27 de abril de 2011, que declara la validez de las cláusulas contractuales *ex ante* de renuncia del consumidor a las acciones de clase.

entender al derecho fundamental a un proceso debido. Desde este punto de vista, debe tenerse presente que la Unión Europea, a través de la Directiva 93/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (214) sanciona que los Estados miembros deben velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (215). Para ello, su artículo 3 dispone que las cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y añade seguidamente que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». La Directiva trata de reforzar la posición del consumidor invirtiendo la carga probatoria al exigir que «el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba». Y finalmente, señala que el Anexo contiene una lista indicativa no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, entre las que se halla el «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante» (letra g) (216).

También, en la Unión Europea, la importante Recomendación 98/257/CE (217) indica en su apartado VI dedicado al principio de libertad, que «la adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resulta-

(214) Véase Directiva 1993/13/CE, *supra*, pie de página 192.

(215) Su artículo 7 incluye las disposiciones que permitan a las personas y organizaciones, con un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas contractuales tienen carácter abusivo y se apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

(216) También la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, dispone que los Estados miembros podrán atribuir a los tribunales o a los órganos administrativos competencias con el fin de eliminar los efectos persistentes de prácticas comerciales desleales y que tales órganos deberán tener una composición tal que no arroje dudas sobre su imparcialidad y se deberán prever procedimientos que permitan someter a control jurisdiccional todo acto u omisión impropia o injustificada en el ejercicio de las competencias del órgano administrativo. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:ES:PDF>

(217) Véase Rec. 98/257/EC, *supra*, pie de página 48.

do de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio». Y expresa asimismo en sus considerandos que los procedimientos extrajudiciales no pueden tener por objeto sustituir al sistema judicial y que «por tanto, la utilización de la vía extrajudicial solo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si este lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa, y con posterioridad al surgimiento del conflicto».

Algunos estados (218) han dotado a sus sistemas jurídicos de normas que impiden o restringen la posibilidad de fijar una sumisión expresa a los tribunales arbitrales de modo anticipado, con objeto de garantizar que el consumidor conserve en todo momento la facultad de evaluar adecuadamente el alcance de sus decisiones. Se considera de manera general que ese momento es aquel en el que surge la controversia y no antes. La normativa española es un claro ejemplo y justifica tal decisión legislativa en el hecho de que solo en el momento de la controversia el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de su decisión. Se pretende con ello elevar la protección del usuario garantizando asimismo la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente (219).

(218) Véase, en la Unión Europea, la Ley Danesa de Arbitraje, núm. 553/2005, de 24 de junio de 2005 (<http://www.voldgiftsinstitutet.dk/en/Materiale/Files/Danish+Arbitration+Act+2005>), dispone en su capítulo segundo, sección 7, que en caso de contrato con consumidores, el convenio arbitral concluido antes de que la disputa haya acontecido no resultará vinculante para el consumidor. En España, el artículo 57, apartado 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de los Consumidores y Usuarios* (BOE, N.287, de 30 de noviembre de 2007. <http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf>) dispone que «los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo (sistema institucional de arbitraje de consumo) previsto en este artículo solo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o supuesto específico». El artículo 90 establece, a mayor abundamiento, que «son abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órgano de arbitrajes institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico». También el continente asiático muestra preocupación. Así, Japón, por ejemplo, prohíbe en la actualidad las cláusulas *ex ante* de sumisión al arbitraje a través de su Ley de arbitraje de 25 de julio de 2003, anexo 4 (<http://www.kantei.go.jp/foreign/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>).

(219) Véase Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (*supra*, pie de página 222). Sus artículos 57 y 58 articulan un sistema arbitral de consumo como medio extrajudicial e institucionalizado de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios. En el interno de dicho sistema institucional se admiten los convenios arbitrales *ex ante* con consumidores. Así, el artículo 24 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo* (*supra*, pie de página 200) dispone que el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo las controversias que puedan

En nuestra opinión, no obstante, no solo resulta posible sino conveniente que los contratos de naturaleza transnacional y de escasa cuantía cuenten con un contenido contractual que integre una cláusula de sumisión del proveedor de bienes o servicios a un sistema extrajudicial de resolución electrónica, de modo que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, el oferente —por lo general empresa— se vea constreñido a participar en el proceso extrajudicial (220) y a respetar la solución recaída. Habida cuenta, sin embargo, la previsible renuencia de estos agentes a asumir tal obligación sin que el sistema les garantice una duplicidad de costes —lo que podría suceder si el consumidor acudiera también a los tribunales—, desde nuestro punto de vista esta obligación debiera recaer en ambos y la garantía de no renuncia de los derechos podría obtenerse de modo anticipado garantizando al consumidor que la sumisión a procedimientos que incorporen fases heterocompositivas —como el arbitraje— respetarán en todo momento los derechos irrenunciables y el *acquis* internacional existente en materia de tutela de los consumidores y usuarios. De esta manera, y articulando mecanismos que permitan el control e impugnación de las decisiones que se dicten en contravención de los mismos, se estaría ofreciendo al consumidor una vía efectiva que le evitaría pechar con procedimientos judiciales y ejecuciones de sentencias en el extranjero o bien renunciar a sus derechos por el excesivo coste material y temporal de su ejercicio (221).

Otra posibilidad que cabría considerar sería la adopción de cláusulas *ex ante* de sumisión a un arbitraje condicionado (*conditionally binding arbitration* o *conditional arbitration*) para la resolución de los litigios: el oferente, habitualmente empresa, aceptaría a través de dicha cláusula inserida en el negocio jurídico, someter cualquier controversia a arbitraje; compromiso que resultaría vinculante para el oferente pero no para el cliente (222), hasta su aceptación.

surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo. Y añade que este deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

(220) Estudios estadísticos acreditan que en un porcentaje muy elevado de casos (en España, por seguir el ejemplo, superior al 50 por 100 en los sectores de viajes, seguros, juguetes, electricidad, informática y electrónica) las empresas rechazan las solicitudes de sumisión a los arbitrajes de consumo. Véase Memoria del Sistema Arbitral de Consumo de 2007, del Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo español.

(221) Como señala la citada Memoria del Sistema Arbitral de Consumo español del año 2007, «siempre se ha considerado (por parte de las autoridades competentes en materia de consumo, autonómicas y locales) que la protección eficaz del consumidor pasa inexorablemente porque este disponga de medios eficaces para resolver sus reclamaciones, sin necesidad de recurso a los tribunales». Memoria del Sistema Arbitral del Consumo, 2007, pág. 5. <http://www.consumo-inc.es/Arbitraje/docs/memarb072.pdf>

(222) Véase, en este mismo sentido, Gralf Peter CALLIESS, pág. 660, *supra*, pie de página 213.

La decisión del árbitro no vincularía a ninguna parte hasta que el cliente acepte formalmente la decisión. Una vez aceptada, esta deviene final para ambas partes (223). No en vano, las más importantes organizaciones internacionales que cuentan con procesos ADR/ODR —v. gr., ABA, ICC o GBDe— aconsejan en sus directrices que los procesos RLL no sean impuestos a los consumidores.

De hecho, el Libro Verde *sobre las modalidades alternativas de solución de controversias en materia civil y comercial* (224) expresa como en el proceso de conformación del proyecto Bruselas I, de septiembre de 2000, el Parlamento Europeo propuso dar un renovado impulso a los mecanismos extrajudiciales y consideró la oportunidad de atribuir carácter vinculante a las cláusulas inseridas en los contratos cuando sean fruto del acuerdo entre los consumidores y los operadores y refieran a mecanismos homologados con arreglo a los términos de un plan aprobado por la Comisión (225). El Reglamento Bruselas I (226), aprobado por el Consejo en diciembre de 2000, no incluyó finalmente dicha enmienda, sin embargo en el momento de la adopción del presente Convenio, el Consejo y la Comisión pusieron de relieve el papel útil y complementario de las ADR, en particular en lo que respecta al comercio electrónico (227).

2.6. Disposiciones ex ante que imponen un intento obligatorio RLL de tipo facilitativo y evaluativo

Algunos estados prevén que los conflictos entre prestadores de servicios y sus destinatarios puedan ser sometidos a procedimientos de resolución extrajudicial que se instauren mediante códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación, y que estos puedan desarrollarse por medios electrónicos (228). Algunos operadores incluyen en el clausulado contractual el compromiso de las partes de agotar un intento obligatorio de mediación, conciliación o arbitraje antes de acudir a la jurisdicción de los tribunales.

(223) Es una modalidad facilitada por *Better Business Bureau* (BBB). Véase Stephen J. COLE & Charles I. UNDERHILL, pág. 464, *supra*, pie de página 182.

(224) Véase Libro verde *sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil*, *supra*, pie de página 49.

(225) Véase OJ C 146, de 17 de mayo de 2001, pág. 94. Se refieren a la propuesta modificada de la Comisión, de 26 de octubre de 2000, COM (2000) 689 final.

(226) Véase Reglamento 44/2001, *supra*, pie de página 157.

(227) Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión, relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento en el acta de la reunión del Consejo de 22 de diciembre de 2000, que aprobó este reglamento. La Declaración se puede consultar en http://europe.eu.int/comm/justice_home/unidad/civil_en.htm.

(228) En España, por ejemplo, el artículo 32 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (<http://www.boe.es/boe/dias/2002/07/12/pdfs/A25388-25403.pdf>) así lo dispone.

Una decisión reciente del Tribunal Europeo sobre la interpretación del principio de tutela judicial efectiva —asunto *Telecom Italia SpA* (C-317/08), de 18 de marzo de 2010 (229)— sostiene que el establecimiento de cláusulas contractuales que instauren el intento obligatorio de resolver el conflicto a través de un mecanismo extrajudicial electrónico, como un requisito de procedibilidad para acudir a las instancias judiciales es lícito siempre y cuando dicho procedimiento: (i) no genere una resolución vinculante para las partes; (ii) no implique dilaciones indebidas; (iii) no provoque costes desproporcionados; (iv) no constituya la única forma de acceder a la conciliación y otros medios alternativos de resolución; (v) y no impida el acceso a la jurisdicción.

El Tribunal destacó que, según reiterada jurisprudencia, el sistema jurídico de cada Estado miembro tiene que determinar las normas de procedimiento para las acciones que garanticen la protección de los derechos de las personas bajo el Derecho de la Unión. Estos procedimientos no deben ser menos favorables que los relativos a reclamaciones en virtud de las situaciones nacionales (principio de equivalencia), y no tienen que ser prácticamente imposibles o hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad). En cuanto al principio de eficacia, se establece la aplicación previa de un procedimiento para resolver el conflicto, que afecta el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares. Sin embargo, la conciliación obligatoria no implica necesariamente que el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares sea imposible o excesivamente difícil. El resultado de la conciliación no tiene relación con su derecho a un recurso judicial y no implica, por regla general, un retraso sustancial en los procedimientos judiciales. El Tribunal de Justicia, añadió en el caso citado, que el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva de servicios universales podría devenir imposible o muy difícil para ciertos individuos, especialmente para aquellos que no tienen acceso a Internet. En consecuencia, subraya, la Corte deberá considerar las circunstancias específicas de cada caso concreto para determinar su licitud (230).

(229) Véase Asunto *Telecom Italia SpA* (C-317/08), de 18 de marzo de 2010, *supra*, pie de página 139.

(230) Lo más probable es que la razón por la que en Italia, el Reglamento núm. 180 (*Decreto 18 ottobre 2010, n. 180. Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto Legislativo 4 de marzo de 2010, n. 28* —http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/DM_mediazione.pdf—), sobre la determinación de los criterios y el procedimiento de registro requiere que los mecanismos previstos para la mediación no se ofrecen solo *online*, es decir, llevados a cabo exclusivamente a través de medios telemáticos.

2.7. Acerca de la fijación del lugar de los procesos RED

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) (231) refleja el hecho de que la ubicación de los sistemas de información no es trascendente y establece un criterio objetivo, a saber, el lugar donde se desarrolla la actividad económica. Las referencias a «establecimiento», «centro de actividad principal» y «lugar de residencia habitual» fueron adoptadas en este instrumento internacional de conformidad con el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (232). También el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas *sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (2005) (233), establece una serie de presunciones y de reglas para facilitar la determinación de la ubicación de las partes (234) —se presume que es aquella indicada por las partes, a menos que se demuestre lo contrario (235)— y dispone que resulta irrelevante a los efectos del comercio electrónico la ubicación de los equipos y la tecnología de apoyo a un sistema de información utilizado por una parte, como tampoco lo es el lugar donde el sistema de información resulte accesible, o el país al que se halle vinculado el nombre de dominio o dirección de correo electrónico.

En Europa, la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico (236) establece que, en caso de empresas que prestan servicios a través de sitios web, se considera como lugar, no aquel donde se encuentra la tecnología ni el lugar donde la web de la empresa resulta accesible, sino el lugar donde la empresa ejerce efectivamente su actividad económica. Sin embargo su determinación en el caso concreto resulta difícil en el ámbito del comercio electrónico.

Ya en sede conflictual, la fijación del «lugar» en los mecanismos extrajudiciales es una cuestión meramente formal a los efectos de determinar la ley aplicable en caso de necesitar el auxilio de los tribunales. De ahí que, por poner un ejemplo, los laudos deban indicar, no solo la fecha de su emisión sino tam-

(231) Véase Ley Modelo CNUDMI *sobre Comercio Electrónico*, *supra*, pie de página 87.

(232) Véase Convención de las Naciones Unidas *sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, *supra*, pie de página 179.

(233) Véase Convención de las Naciones Unidas *sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, *supra*, pie de página 52.

(234) El Convenio no contempla la obligación de las partes de revelar sus establecimientos.

(235) Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un centro de negocios, es el que tiene la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes o en el celebración del contrato.

(236) Véase Directiva 2000/31/CE, *supra*, pie de página 130.

bién el lugar del arbitraje, que es fruto de una convención, no de la existencia de una sede real (237).

La regla de principio en los arbitrajes es que las partes acuerden este concreto aspecto, y solo para el caso de que no alcancen un acuerdo, sea el mismo tribunal quien lo determine, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Esta fijación naturalmente no condiciona en absoluto su actividad, toda vez que puede ser desarrollada en el lugar que considere más adecuado, inclusive las audiencias que deban celebrarse eventualmente. En el entorno electrónico, el efectivo lugar en el que un proveedor de RLL pueda tener su sede o desarrolle su actividad resultará, en consecuencia, irrelevante.

Es por ello que las Naciones Unidas están considerando en la actualidad eliminar el concepto de ubicación y cualquier conexión a una ley nacional, porque en realidad las plataformas RLL deben estar en condiciones de poder ofrecer seguridad jurídica y procesos sencillos, rápidos y de bajo coste. Un buen ejemplo de las posibilidades que ofrece este nuevo enfoque son las previsiones contenidas en el Reglamento y Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

En los procesos RLL transnacionales de escasa cuantía parece oportuno, además, limitar el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes y proceder al establecimiento de un criterio objetivo a los fines de evitar la indebida dilación de los procesos mediante la provocación de discusiones estériles en torno a este aspecto. Porque estos conflictos muy raramente requerirán el auxilio judicial para la adopción de medidas de aseguramiento o medidas cautelares.

2.8. *El valor jurídico de los acuerdos y decisiones*

Como se sabe, en operaciones de comercio transnacional de escasa cuantía, la jurisdicción no resulta viable dado el coste de los procesos, de modo que la efectividad de los sistemas RLL se halla vinculada y depende en gran medida de la existencia de recursos internos de disuasión (*self enforcement measures*) que tienen como objeto obtener el cumplimiento voluntario de las obligaciones contraídas. Algunos de estos recursos se hallan integrados en los propios contratos, mediante la inclusión de condiciones gravosas para el incumplidor, o la constitución de garantías explícitas, depósitos, etc. Otros entran en juego durante el proceso RLL autorizando la devolución al cliente de las cantidades por este abonadas —*charge-back*— cuando el pago se efectuó a través de tarjetas de crédito. Y los hay que actúan con posterioridad, a través de la divulgación en determinados espacios web públicos de información relativa al incumplimiento

(237) Véase Reglamento *sobre Arbitraje* de CNUDMI (revisado en 2010), *supra*, pie de página 199, artículo 34.

o reincidencia de la empresa, lo que puede provocar en definitiva una afección a su reputación comercial.

De *lege ferenda*, resultarían esenciales sin embargo políticas legislativas que atribuyeran valor de título ejecutivo a los acuerdos o decisiones alcanzados y su reconocimiento internacional. Algunos países ya se han dotado de normativa específica que permite a las partes proceder a la ejecución judicial de los resultados de una mediación o de una conciliación (238). Por lo que hace al *exequátur*, este objetivo exigiría claramente un instrumento internacional al modo que, para los arbitrajes, supuso la Convención de Nueva York de 1958 (239).

2.9. Elección de proveedores RLL y expertos

A nuestro parecer, observada la necesidad de que a lo largo de estos procesos se garantice el respeto a las previsiones normativas de tutela de los consumidores y usuarios y otras de *ius cogens* para la protección del orden público y del interés general, parece razonable exigir que estos profesionales cuenten con una formación que asegure conocimientos jurídicos adecuados. Dicho esto, y considerando también que las disputas transnacionales a las que van dirigidos los RLL son de escasa cuantía y que necesitan ofrecer procedimientos sencillos, rápidos y sobre todo, económicos, parece también razonable que cada asunto pueda ser encomendado a un solo experto, habilitado para desarrollar la actividad en todas sus posibles fases, desde la amigable composición hasta el arbitraje o proceso adjudicativo si fuere el caso.

Por lo que hace a su designación, es práctica habitual dejarla al libre arbitrio de las partes o del propio organismo responsable del RED. En conflictos transnacionales de escasa cuantía, esta segunda opción resulta más operativa si no hay objeción expresa, habida cuenta que de otro modo el proceso se ralentizaría tal vez innecesariamente. Es una limitación del poder de autonomía contractual que

(238) En Francia, por ejemplo, el artículo 1441 del Código de procedimiento civil (Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>) prevé que cualquiera de las partes pueda solicitar al juez que el acuerdo sometido resulte ejecutivo. En Eslovaquia, el acuerdo de mediación tiene carácter ejecutivo si adopta la forma de acto notarial. En Bélgica, el Auto que apruebe un acuerdo tiene el valor de sentencia. También Holanda prevé la homologación del acuerdo por un juez. En Argentina, los acuerdos de mediación se recogen en un acta y se comunican al Ministerio de Justicia. Si el acuerdo se incumple, podrá ser ejecutado vía procedimiento de ejecución de sentencia. En Perú el Centro de Conciliación verifica la legalidad de los acuerdos adoptados por los mediadores y el acta constituye directamente título de ejecución. En algunos Estados federales de México, los acuerdos que se alcanzan tienen el valor de una documental pública y carácter ejecutivo. En Ecuador el acta de mediación tiene efecto de sentencia, y en consecuencia, tiene aparejada ejecución. También en Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Bolivia y Panamá, el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta tiene fuerza ejecutiva.

(239) Véase Convención de Nueva York, *ut supra*, pie de página 10.

se justifica en estos supuestos por el hecho de que deben ofrecer mecanismos muy rápidos y económicos. La preocupación por la necesaria y exigible independencia de órganos y expertos se traslada entonces a la designación del proveedor RLL dado que estos importantes principios podrían verse seriamente comprometidos si el servicio es contratado por la empresa o agente que opera repetitivamente en el mercado electrónico. Siguiendo las directrices de la *International Bar Association* (en adelante, IBA) para evitar los conflictos de interés en el Arbitraje Internacional (2004) (240), una de las circunstancias que pueden poner en tela de juicio la independencia de un órgano es la relación comercial que pueda mantener con una de las partes. En estos supuestos, a nuestro entender, la transparencia en términos de información al cliente previa al consentimiento informado no resultaría suficiente a los efectos de superar las dudas, excepto en el caso de que el consumidor conserve la facultad de proponer un proveedor de servicio RLL alternativo, llegado el caso de que el propuesto por la empresa no resulte de su confianza. Porque el consumidor debe tener alternativas y en el ámbito de las controversias transnacionales la jurisdicción no constituye una alternativa real (241).

Por lo que hace a la eventual recusación de los expertos, cualquiera de las partes debe tener la oportunidad de oponerse a la actuación de un profesional en caso de dudas justificadas de su imparcialidad o independencia. Como tales circunstancias no son siempre conocidas en el momento del nombramiento, la normativa internacional existente tiende a habilitar un periodo de tiempo razonable para su ejercicio, a contar desde el momento de dicho conocimiento por la parte que la hace valer. En este sentido se manifiesta el artículo 11 de *Reglas sobre Arbitraje* de CNUDMI (242). En procesos expeditivos, tal periodo

(240) Véase *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* publicadas por la *International Bar Association*, *supra*, pie de página 142.

(241) Algunos países han dispuesto que su nombramiento recaiga sobre organismos de carácter público o institucionales —v.gr., Juntas nacionales de consumo, Cámaras de Comercio o bien organismos internacionales, como es el caso de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya para la designación de árbitros, autoridades que fueran acreditadas por los estados. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación son Corporaciones de Derecho Público creadas por ley, y constituyen órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas. Son gestionadas por las empresas pero administran recursos públicos y realizan funciones público-administrativas, con control público del gasto. En Europa, la Unión Europea en materia de consumidores cuenta con una red de centros y organismos extrajudiciales de resolución de conflictos transnacionales, la denominada ECC-net y para los servicios financieros la FIN.net: son los Estados miembros los que notifican a la Comisión Europea qué organismos de resolución extrajudicial de su país están acreditados y son susceptibles de formar parte en consecuencia de dichas redes. Para obtener dicha acreditación deben respetar los principios establecidos por la normativa de la Unión Europea. En el caso de las ADR/RED, el respeto a las distintas Recomendaciones de la UE (Rec. 98/257/CE y REC. 2001/310/CE, vid. *supra*, pie de página 48). Véase, al respecto, página oficial http://ec.europa.eu/internal_market/finances-reatil/finnet/index_en.htm

(242) Véase Reglamento sobre Arbitraje de CNUDMI (revisado en 2010), *supra*, pie de página 199.

temporal tendrá como límite natural la propia duración del proceso. Más allá del acuerdo o de la decisión las partes no podrían recusar pero sí hacer valer el señalado vicio a los efectos de una posible impugnación del resultado.

2.10. *Idioma del proceso*

La correcta formación de la voluntad contractual demanda que la información recibida por las partes sea completa y comprensible. Algunos países exigen que las garantías de los productos estén redactadas en la lengua oficial de dicho estado; es el caso de Dinamarca, Reino Unido, España, Italia, Luxemburgo, Malta, Hungría, Polonia, Portugal, Eslovenia, Chipre o Grecia (243). La Unión Europea apuesta, en general, por la promoción de la información multilingüe (244), en sintonía con la jurisprudencia de su Corte de Justicia (245), y sugiere se adopten medidas complementarias que faciliten la información al consumidor, tales como el uso de dibujos, señales, signos o pictogramas (v.gr., sellos).

En la actualidad sin embargo, la normativa europea solo exige el uso de las lenguas oficiales para suministrar información acerca de la venta de productos alimenticios dirigidos al destinatario final consumidor (véase art. 14 de la Directiva 79/112/CEE) (246). Ahora bien, la legislación comunitaria en materia

(243) Véase epígrafe 9 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*. http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/guarantees/CSD_2007_ES_final.pdf

(244) Véase Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo respecto del uso de la lengua en la información a los consumidores, de fecha 10 de noviembre de 1993 [COM (93) 456 final] (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1993:0456:FIN:ES:PDF>) y Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «una nueva estrategia marco para el multilingüismo» [COM (2005) 596 final] (http://ec.europa.eu/education/languages/archive/doc/com596_es.pdf).

(245) Véase al respecto, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-369/89, *Piageme v. Peeters*, de 18 de junio de 1991, sobre comercialización de productos alimenticios. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0369:EN:PDF>.

Y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-33/97/2, *Colim v. Bigg's Continent Noord*, de 3 de junio de 1999, sobre etiquetado de productos. <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=en&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurftp=jurftp&numaff=C-33/97&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typoord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher>.

(246) Véase Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final*. 1979.

de publicidad engañosa o de crédito al consumo establece para determinados productos —como vinos, medicamentos, tabaco y alimenticios— que el etiquetado figure en una lengua de «fácil comprensión», un concepto jurídicamente subjetivo que origina no pocos problemas de interpretación. Asimismo, en la comercialización a distancia de productos financieros se dispone que el consumidor debe recibir con la debida antelación y antes de asumir cualquier obligación, información precisa relativa a la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa se presentan, y la lengua o lenguas en que el proveedor, con el acuerdo del consumidor, lleva a cabo la comunicación mientras dure el contrato (247). Por lo demás, más de la mitad de los Estados miembros de la Unión Europea establece como requisito lingüístico a favor de los consumidores la necesidad de informar al consumidor en su propia lengua (248).

De modo que en el ámbito de los RED, parece nuevamente razonable sugerir que se limite el alcance de la autonomía y libertad contractual para garantizar que el consumidor pueda defenderse de modo efectivo y comprender el alcance de sus decisiones también en sede de resolución de los conflictos. Y sucede que el idioma utilizado por las partes en sede de oferta y de conclusión del contrato que ha dado origen a la controversia no siempre garantiza tal objetivo, pues de todos es conocido que la promoción y venta de bienes y servicios va frecuentemente acompañada de intensas campañas y esfuerzos publicitarios donde la imagen sustituye en muchas ocasiones al escrito y las transacciones se efectúan mediante una simple aceptación (*ok box*) acompañada de la correspondiente transferencia bancaria.

2.11. Responsabilidad

Las Reglas sobre Arbitraje Internacional de la CNUDMI (249) disponen en su artículo 16 que, excepto para el caso de actuación errónea intencional, las partes renuncian a la facultad de interponer reclamación contra los árbitros, contra la autoridad que los ha nombrado o contra el tribunal arbitral por razón

O.J. (L 33). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31979L0112:ES:HTML>

(247) Este es el criterio adoptado por la Directiva 2002/65/CE, vid., *supra*, pie de página 190.

(248) Esto es particularmente severo en Italia o España, donde las asociaciones de consumidores son vigilantes y preocupadas por los problemas que tienen que afrontar los consumidores respecto de la información, y la necesidad de que esta información llegue en la lengua que entienden. Véase al respecto, COM (93) 456 final, apartado 30, vid. *supra*, pie de página 248.

(249) Véase Reglamento *sobre Arbitraje* de CNUDMI (revisado en 2010), *supra*, pie de página 199. La Ley Modelo CNUDMI *sobre Conciliación Comercial Internacional*, de 2002, no se manifiesta al respecto.

de actos u omisiones relacionados con el arbitraje. En otras palabras, contemplan la exención de responsabilidad por actos u omisiones de estos, salvo en el caso de dolo. Este régimen ciertamente tuitivo de la actividad arbitral adoptado por muchos países (250) se explica solo por la necesidad de proteger la independencia y la libertad de órganos y árbitros, frente a posibles presiones e influencias indebidas (MULLERAT, 2009) (251). En consonancia con lo expuesto, algunos países como España —a través de su Ley de Arbitraje (art. 21.1) (252)— establecen que la aceptación del cargo obliga al árbitro a cumplir fielmente el encargo y que incurre en responsabilidad por los daños que causare en caso de concurrir mala fe, temeridad o dolo, excluyendo en consecuencia, la responsabilidad por culpa o negligencia (253). Otros países, sin embargo, partiendo de la premisa de que el árbitro no goza de la misma independencia que un juez —el segundo no es elegido ni remunerado por las partes— extienden la responsabilidad a los casos de culpa o negligencia (254).

En materia de mediación, por el contrario, se tiende a exigir al profesional que cumpla fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hace, en responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiere causar. Será el caso de España, si toma carta de naturaleza el proyecto de *Ley de Mediación para asuntos civiles y mercantiles* anteriormente referenciado (255), cuyo texto prevé que las partes dispongan de acción directa contra el mediador y contra la institución de mediación, sin perjuicio de las acciones de reembolso que les asistan contra los mediadores.

2.12. *Carga probatoria*

Por regla de principio, los sistemas procesales se asientan en un criterio de distribución de la prueba según la cual, la prueba de los hechos recae sobre quien los alega. De modo que el demandante pecha con la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado con los extintivos, impeditivos o modificativos que oponga. Sin embargo, en determinadas situaciones, la aplicación de esta regla coloca al demandante en una situación de

(250) Entre ellos España. Véase artículo 21 de la Ley 60/2003, *de Arbitraje*, *supra*, pie de página 198.

(251) Véase Ramón MULLERAT (2009), *supra*, pie de página 143.

(252) Véase Ley 60/2003, *de Arbitraje*, *supra*, pie de página 198.

(253) La responsabilidad del árbitro, sin embargo, no incide en la eficacia vinculante del laudo emitido, de la misma manera que las sentencias que resuelven las demandas de responsabilidad civil contra jueces no alteran la sentencia que pueda recaer en el pleito en que se haya ocasionado el daño.

(254) Es el caso de Canadá, Austria, Alemania o Francia.

(255) Véase Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *ut supra* 133.

grave dificultad por su extrema onerosidad, imposibilidad probatoria o dificultad insalvable —prueba diabólica—.

Los sistemas jurídicos atribuyen, por lo general, al juez la tarea de valorar, en cada uno de estos casos, quien tiene mayor disponibilidad probatoria, pudiendo entonces invertir su carga. En ocasiones, es también el legislador quien interviene estableciendo presunciones legales *iuris tantum*, inversiones probatorias e incluso regímenes de responsabilidad objetiva (256). Es el caso de algunas previsiones normativas de derecho sustantivo y de naturaleza tuitiva para la protección de los consumidores. Como botón de muestra mencionaremos que en el seno de la Unión Europea, se presume que las faltas de conformidad de un producto de consumo que se manifiesten dentro del periodo de seis meses desde la entrega del bien existían a dicha fecha (257) y algunos estados han ampliado dicho periodo de duración a dos años, como es el caso de Portugal.

La Unión Europea dispone, en materia de consumidores, que puede ser declarada nula la cláusula que imponga una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante. Asimismo, el profesional que afirme que una cláusula tipo —susceptible de ser considerada abusiva— se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba (258). Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que los Estados miembros pueden establecer que la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones de información previa al consumidor, o de confirmación o de consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución así como de respeto de los plazos pueda recaer en el proveedor (259). Aspectos todos ellos que los mecanismos extrajudiciales de naturaleza heterocompositiva deben tener presente para la salvaguarda del principio de debido proceso.

(256) En otras ocasiones la legislación lo que hace es objetivizar la responsabilidad, de modo que no se requiera la prueba de concurrencia de dolo, negligencia o morosidad. Así, en España, el artículo 139 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (vid., *supra*, pie de página 222), para el caso de producto defectuoso, el perjudicado, para obtener resarcimiento del daño, debe probar el defecto, el daño producido y la relación de causalidad entre ambos. Sin embargo, esta acción no le permite reclamar por los daños materiales en el propio producto.

(257) Salvo cuando la presunción es incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad. Véase, a este respecto, artículo 5, apartado 3 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

(258) Véase Directiva 1993/13/CE, *supra*, pie de página 192, letra g) del Anexo.

(259) Véase Directiva 1997/7/CE (*supra*, pie de página 194) y Directiva 2002/65/CE (*supra*, pie de página 190).

2.13. Exclusiones

En general, se entiende que quedan excluidos de la transacción, mediación o arbitraje las cuestiones que no son de libre disposición de las partes conforme a derecho (260) —por ser de carácter indisponible— y las materias inseparablemente unidas a las primeras. Conviene en este punto recordar que, no porque una norma sea de naturaleza imperativa —*ius cogens*— la convierte automáticamente en materia no susceptible de arbitraje o de conciliación. Los ordenamientos jurídicos tienden, en general, a evitar listados de materias excluidas (261). El criterio identificador que utiliza en general la jurisprudencia es el de afección al orden público o a terceros (262). Otra importante limitación es aquella relativa a las controversias en las que haya recaído resolución judicial firme, y las cuestiones en las que deba intervenir necesariamente el Ministerio Fiscal.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2008/52/CE, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* (263) expone entre sus considerandos que la mediación no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable, y recuerda que son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral. Y en España, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003 (264) dispone en su artículo 2 que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Si el conflicto afecta a un consumidor, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (265), establece también en su artículo 2, apartado 2, que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos.

Existen, además, acciones y pretensiones jurídicamente tutelables que resultan de carácter irrenunciable. En materia de consumo, por ejemplo, y sin perjuicio de la eventual responsabilidad contractual o extracontractual en la que puedan

(260) Asuntos ya resueltos por los tribunales y sobre los que ha recaído sentencia judicial firme, o bien aquellos en los que deba intervenir el Ministerio público. En materia civil y mercantil, a título ilustrativo, resulta materia indisponible la que recae sobre cosas que están fuera del comercio o derechos que no son susceptibles de transacción.

(261) En España, la Ley Española de Arbitraje, del año 1988 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r1-136-1988.html) incluía una lista, pero ello era fuente más de inconvenientes que de ventajas.

(262) Véase, por ejemplo, en España, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 72/2005, de 16 de marzo, y Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya 373/2005, de 17 de mayo, entre otras.

(263) Véase Directiva 2008/52/CE, *supra*, pie de página 47.

(264) BOE núm. 121, 21-5-2011, pág. 50797.

(265) Véase Decreto 231/2008, *supra*, pie de página 200.

incurrir las partes, la Unión Europea, a través de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* (266), prevé una responsabilidad objetiva del productor y de toda persona que importe un producto a la Unión Europea con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución, para el caso de daños en su persona o bienes por razón del carácter defectuoso del producto. Esta normativa no pretende analizar la aptitud para el uso del producto, sino cerciorarse de que los productos cumplan con las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público, como contrapeso al creciente tecnicismo e incremento del riesgo en la actividad productiva. Con la objetivación de la responsabilidad el perjudicado debe probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño. Se persigue así, en el ámbito comunitario, el justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna de bienes muebles producidos industrialmente.

También en materia de consumo, las acciones de cesación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (267) vienen garantizadas en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, a través de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 (268). Sucede sin embargo que los derechos colectivos, como intereses difusos que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas son materia no consideradas de libre disposición conforme a derecho y, por tanto, no resultarían a priori susceptibles de ser sometidos a arbitraje (269). La razón se fundamenta en el hecho de que, desde un punto de vista subjetivo, los árbitros no pueden decidir sobre todo tipo de controversias, al igual que hacen los jueces, porque

(266) Véase Directiva 85/314/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. Modificada en parte por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, 1985. O.J. (L. 210) y que resultará derogada en los términos que dispone la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008)0614 —C6-0349/2008— 2008/0196 (COD)], en texto aprobado en sesión de 23 de junio de 2011 [P7-TA-PROV (2011)06-23]. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:ES:HTML>

(267) Por intereses colectivos se entiende, a tenor de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación de prácticas ilícitas en materia de protección de los intereses de los consumidores (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0027:20061228:ES:PDF>), los intereses que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción: que esto no obsta a las acciones particulares ejercitadas por particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción.

(268) Véase Directiva 98/27/CE, *supra*, pie de página 274.

(269) Véase, por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14, de 3 de noviembre de 2003, N. 923/2002. www.infoconsumo.es/ficheros/12/tren.doc

carecen de *imperium*, solo atribuido a los tribunales por el poder que emana del pueblo, mientras que el poder del árbitro para decidir una controversia emana de la voluntad de las partes.

3. ALGUNAS CUESTIONES TÉCNICAS

3.1. *Identificación y autenticación*

Al principio de cualquier procedimiento RLL las partes deben identificarse. El proceso de identificación se verifica en general por medio de firmas electrónicas o digitales tales como números de identificación personal (PIN), criptografía de clave pública (PKC), firma digitalizada, o bien *OK-box*, consistente en una aceptación o *click wrap agreement*. Dado el reconocimiento generalizado de los principios de neutralidad y de equivalencia funcional (270), los legisladores han promulgado normas para cubrir todas las comunicaciones electrónicas sin perjuicio de la tecnología utilizada.

La firma electrónica proporciona la identificación de la persona para el acceso al sistema, ofrece seguridad en cuanto a la participación personal de esa persona en el acto de firma y asocia a esa persona con el contenido de los documentos y comunicaciones cuestionadas, incluyendo la aceptación de iniciar del proceso de solución con sistemas RED (271).

Por lo que hace a la autenticación, en el mundo virtual es importante asimismo cuidar otro aspecto: la comprobación de que la persona que aparece en la web y se identifica es real y no meramente una identidad «virtual» o «digital». La solución técnicamente preferible es la utilización de certificados digitales emitidos por terceros autorizados reconocidos por las autoridades públicas, de forma similar a lo que ocurre en el contexto de la firma electrónica. La certificación del sitio a través del cual se ofrecen servicios de RLL cabe obtenerla a través de servicios que prestan marcas de confianza y utilizan conexiones seguras (SSL). Ello permite a los usuarios verificar la verdadera identidad del nombre del proveedor y la dirección de los servicios RED. Sin embargo, en la práctica, esta cuestión ha pasado a un segundo plano, porque en el comercio electrónico resulta más relevante la fiabilidad del sujeto que suministra bienes y servicios que su verdadera identidad en el mundo presencial.

(270) La Ley Modelo de CNUDMI sobre Comercio electrónico (vid. *supra*, pie de página 87) es, sin duda, el factor más importante para esta armonización.

(271) Véase Ley Modelo de CNUDMI sobre Firma electrónica, *supra*, pie de página 50.

3.2. Integridad de las comunicaciones y documentos

En los métodos heterocompositivos —como el arbitraje electrónico—, la protección de los documentos, su integridad y su posible alteración son una preocupación constante, ya que estos constituyen elementos probatorios de primer orden. De ahí que muchos proveedores de servicios RLL se preocupen por ofrecer un ambiente virtual seguro. Es el caso de la *Cámara de Comercio Internacional* (ICC) con su *NetCase* o de la *American Arbitration Association* (AAA), con el *WebFile* al servicio del arbitraje electrónico.

La protección de las comunicaciones electrónicas y la confidencialidad de la información que fluye es otra preocupación. Estos mecanismos requieren comunicaciones seguras y confidenciales, puesto que la confianza y la seguridad de que las comunicaciones y la información no sean divulgadas a terceros resulta un aspecto esencial en el comercio electrónico. Muchas empresas optan por confiar sus conflictos a estos métodos extrajudiciales precisamente con el fin de impedir que la divulgación de determinados datos pueda afectar o dañar seriamente su reputación comercial.

Los mecanismos más habituales empleados para ello son los criptográficos. La criptografía proporciona la posibilidad de autenticar el mensaje y de garantizar el secreto y la integridad. Para ello hacen uso de protocolos de seguridad, algoritmos y administración de claves (272). La efectividad, usabilidad y coste son factores que inciden finalmente en la elección de los sistemas.

Otra preocupación vinculada a la seguridad de las comunicaciones es la relacionada con el almacenamiento, conservación y destrucción de estas así como de sus documentos. Es una exigencia que debe respetar los límites derivados de la obligada conservación de determinados datos durante un tiempo prudencial, impuesta legalmente a los proveedores de servicios de la sociedad de la información. La Unión Europea, a través de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones (273), impone a los prestadores de servicios la obligación de conservación de determinados datos para la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, con pleno respeto de los derechos

(272) Pueden consistir en algoritmos simétricos, asimétricos, de clave pública, secreta —más adecuada para tareas de encriptación masiva— y protocolos híbridos como SSL (*Secure Sockets Layer*).

(273) Véase Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/2006. O.J. (L. 105). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:ES:PDF>

fundamentales y principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular por lo que hace al respeto de la vida privada, de las comunicaciones y de la protección de los datos de carácter personal. Son datos relativos al tráfico y localización de las personas físicas y jurídicas, datos para rastrear e identificar el origen de una comunicación, o los necesarios para identificar su destino, la fecha, hora, tipo, duración y equipo de la comunicación, así como los datos relacionados para identificar al abonado o al usuario registrado, quedando excluido el contenido de las comunicaciones electrónicas. La obligación de conservación se prolonga a lo largo de un mínimo de seis meses y un máximo de dos años, a criterio de los estados miembros, a partir de la fecha de la comunicación (274).

3.3. Determinación del momento y lugar de envío de las comunicaciones electrónicas

Cuando las partes han designado una dirección electrónica, el momento de recepción de una comunicación se considera que es cuando esta es susceptible de ser recuperada por el destinatario en la dirección señalada (275). Este es el criterio más ampliamente aceptado en la comunidad internacional, de conformidad con el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas de comunicaciones electrónicas (276). Del mismo modo, la Unión Europea a través de su Directiva 2000/31/CE, sobre Comercio Electrónico (277) establece que los Estados miembros se asegurarán que cuando el destinatario del servicio —el consumidor— efectúe su pedido por vía electrónica, el proveedor de servicios acuse recibo del pedido sin demora indebida y por vía electrónica (278) y el acuse de recibo se considerará recibido cuando la parte a la que está dirigido pueda tener acceso al mismo (279).

(274) También España se ha dotado de normativa específica, por efecto de la transposición de la Directiva comunitaria. Véase Ley 25/2007, de 18 de octubre de 2007, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones* (<http://www.boe.es/boe/dias/2007/10/19/pdfs/A42517-42523.pdf>) fija la obligación de conservación en doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación (art. 5) y solo podrán ser cedidos previa autorización judicial.

(275) Motivo de especial preocupación son los filtros *anti-spam*, ya que pueden impedir que el destinatario reciba la comunicación.

(276) Véase Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, *supra*, pie de página 52.

(277) Véase Directiva 2000/31/CE, *supra*, pie de página 130.

(278) Esta disposición no se aplicará a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente. Véase artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE, *vid. supra*, pie de página 130.

(279) La presente Directiva no se aplica a los servicios prestados por los proveedores de servicios establecidos en un tercer país.

Puede suceder, no obstante, que las partes por motivos muy diversos (280) no designen una dirección electrónica y, en este caso, es posible también que sea efectuada finalmente una comunicación a una dirección electrónica existente. En dicho supuesto, el momento de la recepción de la comunicación se considera que se produce cuando el destinatario tiene efectivo conocimiento de que se ha enviado a esa dirección.

3.4. *Condiciones generales y contratos de adhesión*

Han sido ampliamente debatidos en círculos académicos los problemas vinculados a las condiciones generales de la contratación, a las cláusulas preestablecidas por los oferentes de bienes y servicios y a la información asimétrica, de modo que no es pretensión de este trabajo analizarlos. Sí, en cambio, interesa ahora observar como en el comercio electrónico estas cuestiones adquieren particular relevancia dado el hecho que, en el entorno electrónico la práctica atestigüa un claro abuso en el uso de dichas cláusulas por las empresas, quienes tienden a incorporar condiciones no negociadas, con un redactado de extensión desmesurada, tipos de letra y caja ilegibles, empleando una redacción oscura, desordenada, confusa y repetitiva, y en lenguaje poco comprensible o excesivamente técnico. Como el factor tiempo constituye un importante coste de transacción, el cliente tiende a obviar su lectura y vuelca su atención en la valoración de la confianza y reputación de la empresa oferente (281), renunciando en definitiva a adquirir un conocimiento cabal de los términos y las condiciones que suscribe. El resultado es la emisión de un consentimiento no verdaderamente informado. Un problema que se agrava cuando el idioma vehicular en dicha contratación no resulta el propio.

A este respecto, la adopción de ciertas medidas legislativas tendentes a la estandarización de anagramas, gráficos, imágenes y cláusulas generales, así como tipología de letra y extensión de los clausulados podría contribuir a mitigar los efectos indeseados anteriormente descritos. Estas medidas, en conjunción con ciertos estándares de conducta y principios del comercio electrónico —sin pretender la uniformización de las cláusulas contractuales— contribuirían sustancialmente a la mejora de las condiciones de contratación y emisión de un consentimiento informado.

(280) Acontece, por ejemplo, en las primeras comunicaciones que efectúa el proveedor de servicios RLL a la empresa requerida.

(281) Véase al respecto, reflexiones de Shmuel I. BECHER (2008), «Asymmetric Information in consumer Contracts: The Challenge That is Yet to Be Met», en *American Business Law Journal*, vol. 45, Issue 4, págs. 723-774, Winter 2008, pág. 742. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016010&http://www.google.es/search?hl=ca&biw=1259&bih=848&q=Asymmetric+Information+in+consumer+Contracts+por+1003A+The+Challenge+That+is+Yet+to+Be+Met&aq=f&aql=&oq=##

3.5. Costes del proceso extrajudicial y su imputación

Una cuestión poco abordada en la literatura existente consagrada a los mecanismos de resolución extrajudicial es el relativo a los costes de los procesos y su imputación. Un aspecto que deviene crucial en el ámbito transnacional dado que constituye una de las razones por las que, en una inmensa mayoría de las ocasiones, estos conflictos quedan irresueltos.

En este sentido, parece conveniente hacer una reflexión liminar. Habida cuenta que la cuantía de los conflictos de naturaleza transnacional por vía electrónica es habitualmente de escasa cuantía, procesos y mecanismos deberían ser diseñados teniendo en cuenta el interés real de las partes, en términos económicos. De modo que, en ningún caso el coste de los procesos en su integridad debiera aproximarse a la cuantía reclamada. Si se tiene en cuenta, a mayor abundamiento, que la cuantía media de los conflictos de naturaleza transnacional no supera habitualmente los 1.000 euros (282), se comprende que el coste del sistema en su conjunto no debiera en caso alguno superar la citada cuantía.

Ello supone, en la práctica, la necesidad de interpretar los principios y estándares tradicionales a la luz del principio de proporcionalidad, dando a los mismos un alcance que permita la satisfacción del interés y necesidades de las partes implicadas, hasta donde alcance su interés real. En nuestra opinión, debería aspirarse asimismo a lograr un justo equilibrio entre intereses privados y públicos, de modo que el cliente obtenga satisfacción efectiva, el oferente no vea comprometida su actividad económica y el sistema en su conjunto no se resienta.

Otro aspecto que cobra particular importancia en esta materia es, por otro lado, el coste de los peritajes cuando estos resulten necesarios en la averiguación de la verdad material. Como se sabe, su coste puede resultar desproporcionado y el resultado del proceso podría verse seriamente comprometido en términos de equidad si se limitara a la prueba aportada por los servicios técnicos de la empresa requerida.

A las anteriores reflexiones cabe añadir, finalmente, otro factor a tener en cuenta, el relativo a los criterios de imposición de las costas. Una interesante modalidad es la contemplada en Italia recientemente a través del Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010, número 28, *de mediación en controversias civiles y mercantiles* (283), según la cual, cuando el resultado del proceso extrajudicial no arroja resultado positivo y las partes acuden a las instancias judiciales, si el juez falla en el mismo sentido que la propuesta formulada por

(282) En España, la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo de 2007 indica que la cuantía media de las reclamaciones a nivel español fue de 1.100 euros.

(283) Decreto Legislativo, de 4 de marzo 2010, núm. 28, *de mediación en controversias civiles y mercantiles*. Gazzetta Ufficiale, núm. 53, de 3 de marzo de 2010, *supra*, pie de página 185.

el experto, la parte que no la aceptó deberá pechar con las costas del proceso y con los gastos extrajudiciales. Otro sistema es el que se propone en la actualidad en España con el anteproyecto de ley de mediación (284), consistente en que el coste de la mediación, haya concluido o no con resultado de acuerdo, recaerá de manera proporcional sobre las partes pero si el asunto acaba siendo resuelto por los tribunales, la eventual condena en costas incluirá el coste de la mediación (285).

IV. ALGUNAS INDICACIONES CONCLUSIVAS

En la medida que el comercio electrónico de escasa cuantía de naturaleza transnacional tiende a crecer, los RLL constituyen la vía más apropiada para resolver las controversias que se derivan. El uso de medios extrajudiciales de resolución, lejos de implicar una reducción de la protección jurídica o una limitación en el acceso a la justicia, proporcionan un canal que permite la efectividad de los derechos, inexistente en sede judicial. En círculos académicos se cuestiona todavía su legitimidad, por considerar algunos expertos que solo los tribunales pueden proporcionar protección jurídica a los consumidores. El hecho real es, sin embargo, que confiar exclusivamente en el poder judicial los conflictos transnacionales de escasa cuantía es privar a los consumidores de la efectividad de sus derechos, al imponer un iter de costes excesivos y negar la posibilidad de soluciones ajustadas a sus necesidades e intereses. Es por esta razón que la Unión Europea vuelca sus esfuerzos, desde hace más de una década, en su implantación y la organización de las Naciones Unidas trabaja en la formación de un adecuado marco normativo.

En nuestra opinión, este marco debiera contemplar todas las relaciones jurídicas de carácter económico (B2B, B2C, C2C), de escasa cuantía y de carácter transnacional, ofreciendo un nivel de protección elevado tomando como referencia la normativa existente de protección de los consumidores y usuarios. Por otro lado, considerando que las asimetrías contractuales en las transacciones electrónicas son frecuentes entre los participantes, también el principio de equidad (*fairness*) juega un papel destacado, que preserva el necesario equilibrio del interés privado y público.

En uno de nuestros primeros estudios, apuntamos la oportunidad de adoptar como instrumento internacional una ley modelo, porque esta modalidad permite la armonización progresiva de los distintos sistemas jurídicos y una adaptación

(284) Véase Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, vid. *supra* 133.

(285) En Cataluña, la Ley 15/2009, del 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado contempla que las partes puedan gozar del beneficio de gratuidad si concurren las condiciones materiales reguladoras de la justicia gratuita, vid. *supra*, pie de página 135.

flexible y respetuosa con los valores culturales de cada entorno (286). Esta ley modelo podría venir acompañada a nuestro entender de un instrumento optativo (IO) que uniformizara ciertos criterios y aglutinara reglas, estándares de mejores prácticas (287), principios y el conjunto de normas que gozan de mayor reconocimiento internacional en materia de comercio electrónico para la protección de los derechos de los consumidores. De este modo, los sujetos que, una vez informados optaran por dicho instrumento, estarían otorgando su consentimiento para que la relación jurídica y las controversias que pudieran derivarse de la misma se rijan por tales previsiones normativas. Ciertamente es que en ningún caso ello debiera implicar renuncia alguna a la protección que brinda el derecho nacional de los sujetos en calidad de consumidores, mas en la medida que tal instrumento opcional sea capaz de integrar derechos, acciones y pretensiones que permitan una efectiva satisfacción del interés real, raramente acudirán a la jurisdicción. El objetivo sería, en consecuencia, que el citado instrumento internacional abrazara el acervo existente en materia de comercio electrónico y de protocolos de protección más relevantes y comúnmente aceptados para la tutela de los derechos de los consumidores y de las relaciones asimétricas.

Como la realidad atestigua, además, que el mercado origina continuamente nuevas prácticas susceptibles de ser consideradas abusivas, y que estas afectan a la generalidad de los consumidores y usuarios, el sistema podría contemplar asimismo, la posibilidad de que asociaciones de consumidores y usuarios representativas ejerciten extrajudicialmente reclamaciones colectivas (288), cuyo resultado permitiera satisfacer el interés del colectivo de consumidores y usuarios adheridos y, a su vez, conformara y nutriera un repositorio de decisiones monitorizado por una autoridad independiente que emitiera recomendaciones a los operadores económicos de manera periódica. Esta delicada cuestión exigiría sin embargo mayores desarrollos y un proceso más complejo que permita superar las lógicas dificultades derivadas de la necesaria legitimación procesal, dado que los intereses difusos pertenecientes o afectantes a un número indeter-

(286) Véase Aura Esther VILALTA (2010), «Legal Framework and harmonization of ADR/ODR methods», en *Journal of Law and Conflict Resolution*, vol. 2 (4). Academic Journals. ISSN 2006-9804.

(287) El Informe de la Comisión Europea a través de su Dirección General para la protección de la Salud y de los Consumidores (DG SANCO), de 17 de enero de 2007 (SANCO/2005/B5/010), sobre análisis y evaluación de los ADR en la Unión Europea ya sugería, para el contexto del mercado único europeo, la creación de unas directrices que aglutinen las mejores prácticas, principios y estándares que aplican en la actualidad en los mecanismos extrajudiciales.

(288) Por intereses colectivos se entiende aquellos que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción, lo que no obsta a las acciones por particulares (Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, vid. *supra*, pie de página 274). Tal ejercicio correspondería a las organizaciones cuyo objeto consiste en proteger los intereses colectivos de los consumidores.

minado de personas podrían ser considerados *a priori*, materia no susceptible de arbitraje (289).

Indicábamos en un coloquio internacional sobre RLL y consumidores (Vancouver, Canadá) (290) como, dado que un sistema eficiente y rentable de resolución a nivel internacional requiere una arquitectura tecnológica compleja, los primeros mecanismos deberían limitarse a transacciones de bienes y servicios concluidos y abonados por vía electrónica, cuyos sistemas de pago permitan la devolución de los importes (o *chargeback*) y dirigido a reclamaciones que consistan exclusivamente en pretensiones de reembolso total o parcial del importe pagado. Expresamos también como, teniendo en cuenta asimismo que un elevado número de conflictos surge tras los seis primeros meses desde la celebración del contrato, y que una gran mayoría de sistemas jurídicos reconoce a los consumidores un término de garantía de uno a dos años —dependiendo de si el bien es o no de segunda mano— parece aconsejable considerar que el sistema incorpore y ponga a disposición del usuario un aplicativo para su ejercicio durante un término temporal razonable, aplicable a todas las transacciones con independencia de la naturaleza del bien.

En materia de arquitectura, sugerimos también en el mencionado coloquio que, teniendo en cuenta que algunos sistemas jurídicos ponen obstáculos a la arbitrabilidad de los conflictos con consumidores fuera de sus propios organismos institucionales, el diseño podría contemplar un sistema multipuertas y multifases: (i) de modo que el consumidor conserve la facultad de suspender o interrumpir el proceso y dirigirse a estos cuando lo considere más ventajoso para sus intereses; (ii) y con libre elección del itinerario, de modo que quede abierta la posibilidad de optar entre el arbitraje tradicional y otros medios de resolución de tipo decisorio, como, por ejemplo, la adjudicación o bien el denominado «arbitraje condicionado» (291), en cuyo seno el tercero experto, tras

(289) El sistema arbitral español prevé un arbitraje de consumo colectivo que se desarrolla en el seno de las Juntas Arbitrales de Consumo (véase art. 56 y sigs. del RD 231/2008, *supra*, pie de página 200). Este arbitraje permite resolver, en un solo procedimiento arbitral, los conflictos que hayan podido generar lesión a los intereses colectivos de los consumidores y que hayan afectado a un número determinado o determinable de estos. Tienen legitimación activa las asociaciones de consumidores representativas, pero el proceso exige el llamamiento a los consumidores afectados para que hagan valer sus legítimos derechos e intereses individuales en este procedimiento arbitral. El llamamiento se realiza mediante publicación de un anuncio en el Diario Oficial. Este llamamiento tiene un doble efecto: permite que los afectados puedan personarse y beneficiarse del laudo que recaiga; pero, por el contrario, transcurrido el plazo otorgado o celebrada la audiencia, precluye la posibilidad de presentar nuevas demandas.

(290) Ideas expresadas por la autora en «Consumers at a Crossroad. Cross-border eDisputes and Global ODR Schemes (Early insights from a european perspective). ODR and Consumers, *International Colloquium*. November 2-3, 2010. Vancouver, Canadá. <http://www.odrandconsumers2010.org/agenda/>

(291) La función del tercero en el arbitraje condicionado es, como en el caso del arbitraje tradicional, similar a la desarrollada por un juez, debe decidir el caso. Véase, asimismo, Steven

una actividad evaluativa y de discernimiento de la realidad, elabore una solución que deviene laudo obligatorio en el momento que es aceptado por el consumidor. De este modo, se salvarían también los obstáculos relativos a la inserción en el contrato de cláusulas contractuales de sumisión expresa y *ex ante* a un mecanismo extrajudicial de tipo heterocompositivo.

El diseño propuesto, en breve síntesis, podría concretarse en la admisión de clausulados contractuales de sumisión expresa de ambas partes a mecanismos RLL antes de acudir a las instancias judiciales —ambas quedarían obligadas— y un proceso articulado en tres estados o fases que debieran sucederse de manera rápida, sencilla y económica en los siguientes términos:

- (i) Una primera fase consistente en una negociación automática cuyo resultado, de ser positivo, constituiría una transacción, entendida como contrato a través del cual las partes, dando, prometiendo, o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que ya había comenzado. Los efectos de esta transacción serían, siguiendo el régimen tradicional, la generación de un vínculo obligatorio —en los términos del acuerdo y conforme a la ley, los usos y la buena fe—, así como la preclusión de la discusión anterior, de modo que constituya resultado contractual que tenga valor de ley *inter partes* (292).
La arquitectura de software podría incorporar las llamadas negociaciones automáticas o a ciegas (*blind bid negotiation*) y asimismo contemplar en esta primera etapa el ejercicio del derecho de desistimiento y devolución del producto durante un determinado espacio temporal, facultad sobre la que no cabría admitir excepción ni renuncia alguna.
- (ii) Una segunda fase, para el caso que la negociación automática no conduzca a un resultado positivo, que conferiría al usuario la posibilidad de iniciar una conciliación electrónica, con la ayuda activa de un experto habilitado para proponer soluciones diversas, y que las partes serán libres de aceptar.
- (iii) Y una última fase, que ofrecería al usuario la alternativa de acudir a las instancias judiciales o bien seguir adelante y optar porque el mismo experto emita una decisión que, de ser aceptada por el usuario devenga laudo, resulte vinculante y adquiera valor de título ejecutivo para ambas partes. A este respecto, y con el fin de que el resultado pueda gozar de todos los beneficios de la Convención de Nueva York de 1958 —ser reconocida su ejecutabilidad en cualquier estado firmante— se

A. ARBITTIER (2006), «Conditional arbitration: A New Approach to Resolving Construction Disputes», en *Dispute Resolution Journal*, vol. 61, núm. 2, págs. 38-45.

(292) Adquieren fuerza de cosa juzgada, no en el sentido desarrollado en el artículo 1252 del Código Civil, si no que permite la estimación de la *exceptio litis transactionem finitae*.

requeriría un mandato explícito de las Naciones Unidas para que, procediendo a la actualización de dicho Tratado, sean contemplados los laudos emitidos por los arbitrajes condicionados.

Otra interesante posibilidad, sugerida por el profesor MADRID PARRA (293), consistiría en recabar el consentimiento informado, explícito y *ex post* del consumidor al desarrollo de un arbitraje tradicional. Como la actividad del conciliador y del árbitro sería, en principio de naturaleza evaluativa, no resultaría necesario el nombramiento de un nuevo profesional para su consecución y el resultado gozaría de los beneficios de la citada Convención internacional, sin mayores problemas. Habida cuenta que coste del proceso se vería seriamente incrementado, el sistema debería contemplar, paralelamente, la imposición de una tasa moderada que hiciera las veces de revulsivo y de estímulo a la conclusión de acuerdos en la fase precedente.

A mayor abundamiento, con el fin de maximizar la eficiencia de los RLL de tipo transnacional y hacer de ellos un óptimo sistema de seguimiento, rendición de cuentas y mejora de la calidad, la arquitectura del software debería contemplar, asimismo, un sistema de registro de procesos y de resultados, a disposición de las autoridades públicas competentes en materia de consumidores.

Finalmente, pareciera oportuno prever que los proveedores RLL tengan la obligación de facilitar a las organizaciones y asociaciones representativas de determinados colectivos (consumidores y usuarios, etc.), procedimientos electrónicos adecuados para dirimir las reclamaciones colectivas.

RESUMEN

ADR, ODR
MEDIACIÓN, ARBITRAJE

El comercio electrónico transnacional y de escasa cuantía tiende a crecer y con ello también, indefectiblemente, los conflictos. Confiar en la jurisdicción su gestión en exclusiva es privar a los consumidores de un canal adecuado para el efectivo ejercicio de sus derechos, al imponer un iter de costes excesivos y negar la posibilidad de soluciones ajustadas a sus necesidades. Por esta razón, la Unión Europea vuelca

ABSTRACT

RAL, RLL
MEDIATION, ARBITRATION

Cross-border e Commerce tends to grow and, therefore, also inevitably conflicts. Consumers are lacking of an adequate channel for the effectiveness of their rights, because of the cost and complexity of judicial procedures. This is the reason why the European Union is boosting since the 90' the development of alternatives for consumers access to justice and the United Nations has recently set out a working

(293) Contribución del profesor Agustín MADRID PARRA en el seno de los trabajos del WG III, sesión 23, Nueva York, 23 a 27 de mayo de 2011.

sus esfuerzos, desde hace más de una década, en su desarrollo y las Naciones Unidas ha constituido muy recientemente un grupo de expertos (WG III) dedicado a la formación de un adecuado marco normativo. Se defiende, en este trabajo, la oportunidad de una Ley modelo CNUDMI, porque esta modalidad permite la armonización progresiva de los distintos sistemas jurídicos y una adaptación flexible y respetuosa con los valores culturales de cada entorno cultural. Se sugiere asimismo que venga acompañada de un instrumento optativo (IO) que aglutinaría las reglas, estándares, principios y conjunto de normas del comercio electrónico que gozan de reconocimiento internacional, dotando a las transacciones transnacionales de escasa cuantía y a sus conflictos de un adecuado entorno normativo con un elevado nivel de protección, equivalente al existente en la actualidad para los consumidores y para las relaciones asimétricas. En el presente trabajo se analizan también algunas sensibles cuestiones de naturaleza jurídica y técnica que afectan a la dinámica de los mecanismos RLL.

group of experts (WG III) devoted to the formation of an adequate legal framework. The aim of this paper is to share some early insights regarding the opportunity of an UNCITRAL Model Law, an approach that would allow the gentle harmonization of the different legal systems and due respect to their cultural environment and values. It is also suggested that it may be accompanied by an optional instrument (OI) which would consolidate the standards, principles and set of rules that are internationally recognized in electronic commerce, embracing the existing standards for consumers. These provisions would provide to low-value cross-border transactions and conflicts with an appropriate regulatory environment and high level of protection to the players. This paper also examines some sensitive legal and technological issues affecting the dynamics of these mechanisms.

(Trabajo recibido el 29-5-2011 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)

Régimen jurídico comunitario, concursal y tributario de la reserva de dominio

por

GUILLERMO JOSÉ VELASCO FABRA

Profesor de Derecho Mercantil en CUNEF

Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Bolonia

Máster en Leyes (LL.M.) por la Universidad de Passau (Alemania)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESERVA DE DOMINIO.
- III. LA RESERVA DE DOMINIO EN DERECHO COMUNITARIO.
- IV. LA RESERVA DE DOMINIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.
- V. LA RESERVA DE DOMINIO EN DERECHO TRIBUTARIO.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando las ventas a plazos de bienes muebles empezaron a extenderse con la difusión de la maquinaria, los vendedores se afanaron en buscar la garantía más eficaz para la percepción del precio aplazado porque el éxito de la venta a plazos siempre está amenazada por la posible insolvencia del comprador, y la encontraron en la reserva de dominio (1).

(1) La primera referencia expresa a la reserva de dominio se encuentra en la Ley Procesal de Sajonia de 1622, vid. GUYET, E., *Der Eigentumsvorbehalt nach dem BGB*, Weimar (Hof-Buch- und Steindruckerei von Dietsch & Brückner), 1910, pág. 5 y sigs.; sobre la evolución histórica de la reserva de dominio, vid. MIQUEL, J. M.^a, «La reserva de dominio», en *Historia*

El pacto de reserva de dominio se ha convertido en la garantía mobiliaria más utilizada en la Unión Europea porque logra el óptimo equilibrio entre los intereses del comprador y vendedor; en el supuesto de bienes inmuebles es prácticamente inexistente por el perfeccionamiento técnico de la hipoteca (2).

II. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESERVA DE DOMINIO

La reserva de dominio simple es la cláusula inserta en el contrato de compraventa a plazos de bienes muebles, por la que el vendedor conserva la propiedad del bien hasta el completo pago del precio por el comprador. La venta a plazos con reserva de dominio tiene todos los elementos esenciales de la compraventa, pero presenta dos características distintivas: el pago del precio aplazado y el momento de la adquisición de la propiedad por el comprador. Esta última pende de un evento futuro e incierto, esto es, del último pago del precio pactado. Las fórmulas complejas de la reserva de dominio, típicas del Derecho alemán, influyen en otros ordenamientos jurídicos aunque, en general, no se aceptan en España (3).

En España ni el Código Civil ni el Código de Comercio regulan esta garantía. La Ley contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales de 2004,

de la Propiedad. Crédito y Garantía (coords.: DE DIOS/INFANTE/ROBLEDO/TORIJANO), Madrid (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), 2007, pág. 529 y sigs. La extensión de la venta a plazos con reserva de dominio dependió del desarrollo económico e industrial de cada país; por ejemplo, en Alemania los comerciantes no podían desarrollar su negocio ni mantenerse sin el pacto de reserva de dominio desde comienzos del siglo XX (vid. OERTMANN, P., «La reserva de dominio en la compraventa», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 204, 1930, pág. 17 y sigs.); en Italia desde los años veinte (vid. VELASCO, G., «Aspectos concursales de la reserva de dominio en Italia», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9, 2006, pág. 268 y sigs.), y en España desde los años sesenta (vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid (Tecnos), 1988, pág. 151).

(2) Vid. CANDIL, F., *Pactum reservati dominii*, Madrid (Ibérica-Maestre), 1915, pág. 168, BERCOVITZ, R., *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid (Moneda y Crédito), 1971, pág. 123, y CASAS, R., «La reserva de dominio en la venta de inmuebles», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pág. 51 y sigs.; sin embargo, es admisible en bienes inmuebles (SSTS de 11 de julio de 1983 y 14 de octubre de 2003). En otros ordenamientos jurídicos como el alemán no es posible en caso de bienes inmuebles, § 925 BGB, vid. VELASCO, G., «La reserva de dominio simple en Alemania», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 7, 2006, pág. 117 y sigs.

(3) Vid. MARTÍNEZ ROSADO, J., «Consideraciones en torno a modernas figuras de garantía: Las reservas de dominio complejas», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 2003, pág. 461 y sigs., y LEIBLE, S., «La reserva de dominio en el Derecho alemán», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1999, pág. 259 y sigs.; sobre la influencia decisiva del Derecho alemán en el ordenamiento jurídico japonés, vid. SUGISHITA, T., *Der Eigentumsvorbehalt im japanischen Recht*, Heidelberg (Carl Winter - Universitätsverlag), 1988.

que transpuso la Directiva 2000/35/CE, define, por primera vez, la reserva de dominio al establecer que: «*En las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquel conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes* (art. 10)».

La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles regula la reserva de dominio como cláusula potestativa, es decir, puede insertarse o no en el contrato, pero en el supuesto de que se opte por su inclusión, deberá recogerse de forma expresa (art. 7.10); además, para que sea oponible frente a terceros, es necesario que se inscriba en el Registro de Bienes Muebles (art. 15). La reserva de dominio está regulada de forma detallada en la Ley por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (Leyes 483 a 485) (4).

No es objeto de este trabajo la exposición de las teorías sobre la naturaleza de la reserva de dominio ni exponer argumentos en pro o en contra de una u otra tesis porque, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, constituye una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio del bien; las teorías minoritarias son las que consideran que se establece una condición resolutoria y la que la aproxima a los derechos reales de garantía (vid. STS de 17 de febrero de 2000, 28 de abril de 2000 y 14 de octubre de 2003) (5).

III. LA RESERVA DE DOMINIO EN DERECHO COMUNITARIO

La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales quiere convertir la reserva de dominio en una pieza clave para combatir la morosidad que acecha al mercado interior de la Unión Europea (6). Se debe garantizar a los acreedores que puedan utilizar la reserva de dominio con carácter no discriminatorio en todo el ámbito comunitario, cumpliendo el requisito de que sea válida con arreglo a las disposiciones

(4) Vid. EGUSQUIZA, M.^a A., «Algunos apuntes para el estudio de la Ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993, pág. 145 y sigs.

(5) Vid. OLIVA, F., «La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CE y en la Ley 3/2004», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, págs. 109-110, y MONTÁÑCHEZ, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Madrid (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles), 2006, pág. 139.

(6) En defensa de la creación de la euroreserva de dominio en la Unión Europea por razones de eficiencia económica y para incentivar las operaciones comerciales interestatales, vid. VELASCO, G., «Notas para la euroreserva de dominio en Derecho Comunitario», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 301, 2010, pág. 85 y sigs.

nacionales aplicables según el Derecho Internacional Privado. La reserva de dominio ejerce presión sobre el deudor, ya que la retención de la propiedad facilita el pago de los créditos y consigue que los plazos no se alarguen en detrimento del correcto funcionamiento de los mercados (7).

El artículo 2 recoge, siguiendo una técnica característica del Derecho angloamericano, una serie de definiciones conceptuales a efectos de la Directiva. Se define la reserva de dominio como «*la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio*» (art. 2.3). La definición de la reserva de dominio en la Directiva es un paso esencial en la armonización de las legislaciones de los Estados de la Unión Europea; además, se configura como condición suspensiva por la que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta el completo pago del precio. Es necesario que la cláusula esté establecida expresamente entre comprador y vendedor, y que se haya producido antes de la entrega de los bienes (art. 4). Si el vendedor inserta la cláusula después de la conclusión del contrato estará privada de eficacia.

El Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia, establece que la apertura de un procedimiento de insolvencia contra el comprador de un bien no afectará a los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad cuando dicho bien se encuentre, en el momento de apertura del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura. La apertura de un procedimiento de insolvencia contra el vendedor de un bien después de que este haya sido entregado no constituye una causa de resolución o de rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de la propiedad del bien vendido cuando dicho bien se encuentre en el momento de la apertura del procedimiento en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura (art. 7 y STJCE de 10 de septiembre de 2009; no se impide el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad mencionadas en la letra m) del apartado 2 del artículo 4) (8).

Este Reglamento ha sido punto de referencia para la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros y la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito. La regulación de los aspectos concursales de la reserva de dominio se limita a los artículos 7 del Reglamento, 21 de la Directiva 2001/17/CE y 22 de la Directiva 2001/24/CE. Los dos últimos se basan en el artículo 7 del Reglamento sobre Procedimientos

(7) Vid. BERMEJO, N., *Créditos y quiebra*, Madrid (Civitas), 2002, págs. 411-413.

(8) Vid. CALVO, A. L./CARRASCOSA, J., *Derecho Concursal Internacional*, Madrid (Colex), 2004, pág. 130, que califican la regulación de la reserva de dominio en el artículo 7 como «justa».

de Insolvencia que, a su vez, recoge textualmente lo establecido en el artículo 7 del Convenio de Bruselas de 1995 (9).

Se deduce de este artículo que solo se aplica a las reservas de dominio simples, no a figuras complejas, sin perjuicio que, en su caso, puedan quedar amparadas por el artículo 5 del Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia (10).

IV. LA RESERVA DE DOMINIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Al crédito del vendedor a plazos con reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles se le reconoce un privilegio especial (art. 90.1-4.º LC) que confiere un derecho de garantía del pago del crédito pendiente mediante la realización del valor del objeto de la compraventa (11).

La denominación legal no es congruente con la tipificación que resulta de la regulación dada en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y en la Ley Concursal porque, en realidad, se configura como una verdadera garantía real que faculta al vendedor, en caso de incumplimiento, a la ejecución de los bienes objeto de la venta y a la satisfacción con el resultado de esa ejecución. No es posible el ejercicio del derecho de separación del artículo 80 de la Ley Concursal (SJMER núm. 1 de Bilbao, de 19 de diciembre de 2007, y SJMER núm. 1 de Alicante, de 20 noviembre de 2009). En la práctica esta configuración es más beneficiosa para el vendedor porque preferirá el pago del precio antes que la recuperación del mismo más devaluado por su uso y, en muchos casos, por su antigüedad tecnológica y, además, tendrá que volverlo a poner en circulación en el mercado.

Los requisitos para que surja el privilegio son: (i) la celebración de un contrato de compraventa de un bien mueble no consumible, duradero e identificable; (ii) el precio aplazado; (iii) la inclusión de la cláusula de reserva de dominio (art. 7.10 LVPBM), y (iv) la inscripción en el Registro de Bienes Muebles (art. 90.2 LC). Si no se inscribe será crédito ordinario. La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles establece que las reservas de dominio y las prohibiciones

(9) Sobre el RsPI, vid. VELASCO, G., «Insolvency in Spain», en *European Insolvency Regulations* (dirs.: BELTRÁN/SEBASTIÁN), Cizur Menor (Aranzadi), 2010, pág. 453 y sigs.

(10) Vid. VIRGÓS, M./GARCIMARTÍN, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid (Civitas), 2003, pág. 111.

(11) Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, vid. LOBATO, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid (Civitas), 1997, GARRIDO, J. M.ª, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid (Civitas), 2000, y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.ª, *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Cizur Menor (Aranzadi), 2002. Después de la entrada en vigor de la Ley Concursal, vid. MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid (La Ley), 2005, ESPEJO, M., *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Cizur Menor (Civitas), 2006, y ANDREU, M.ª B., *La reserva de dominio en el concurso*, Granada (Comares), 2009.

de disponer que se insertan en los contratos sujetos a ella necesitan de su inscripción en el Registro de Bienes Muebles para que sean oponibles frente a terceros (art. 15.1).

El privilegio solo cubre los plazos pendientes de pago y no otros como las cláusulas penales, las indemnizaciones por incumplimiento del comprador o los intereses de demora (12).

La influencia que el Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia ha ejercido sobre la Ley Concursal ha sido determinante (art. 201 LC). En el supuesto de declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio, que haya sido entregado y se encuentre en otro Estado, no se resuelve el contrato y el comprador adquirirá la propiedad. Es la solución por la que optan la Ley Concursal y el Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia. Sin embargo, en el caso de concurso del comprador, el legislador español se aparta del comunitario porque establece que los derechos del vendedor se registrarán exclusivamente por la Ley del Estado en el que se encuentre el bien en el momento de la declaración del concurso, en lugar de establecer que los derechos del vendedor no se verán afectados por la declaración del mismo.

Por último, hay que hacer referencia a los bienes en tránsito en el concurso. La Ley Concursal establece que la declaración de concurso del vendedor, si los bienes han sido entregados y si, en el momento de la declaración de concurso, se encuentran en otro Estado, no será causa de resolución ni rescisión del contrato y no impedirá al comprador la adquisición de la propiedad (art. 201.2). El comprador conserva su derecho a adquirir *in futurum* la propiedad sobre el bien sujeto a reserva de dominio si se cumplen ambas condiciones, es decir, que el bien se haya entregado al comprador y se encuentre en un Estado distinto al de apertura. Estamos ante una solución material que otorga inmunidad a los derechos derivados de la reserva de dominio si se cumplen las exigencias señaladas. La adecuada solución del legislador español está en línea con el criterio y formulación del Reglamento 1346/2000, de 30 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia (art. 7.2) (13).

Ni el Reglamento sobre Insolvencia ni la Ley Concursal contienen normas específicas sobre la localización jurídica de los bienes en tránsito (14). El Reglamento contiene normas de situación sobre bienes materiales, bienes o derechos cuya propiedad o titularidad deba inscribirse en un registro público, y créditos (art. 2 g); la Ley Concursal carece de cualquier referencia, aunque

(12) Vid. GARRIDO, J. M.^a, «Artículo 90», en *Comentario de la Ley Concursal* (dirs.: ROJO/BELTRÁN), t. I, Madrid (Civitas), 2004, págs. 1625-1626.

(13) Vid. CALVO, A. L./CARRASCOSA, J., *Derecho Concursal...*, op. cit., págs. 228-229.

(14) LOBATO criticaba que el Convenio de Bruselas de 1995 —antecedente inmediato del Reglamento sobre Insolvencia— no tuviera una norma específica para los bienes en tránsito por su importancia respecto de la reserva de dominio, vid. LOBATO, M., *La reserva...*, op. cit., pág. 214.

no hay inconveniente en acudir a los criterios que establece el artículo 2 g) del Reglamento (15). Los bienes en tránsito son objeto de desplazamiento internacional, aunque, ocasionalmente, se encuentren detenidos por razones técnicas. Los bienes están en tránsito desde que parten del país de expedición hasta que llegan al país de destino. El tránsito acaba por cualquier acto (legal o ilegal) que introduzca los bienes en el tráfico del país de situación efectiva del bien (por ejemplo, un tercero de buena fe adquiere la mercancía). En definitiva, se reactivaría la regla de la *lex rei sitae* si el transporte se rompe para disponer del bien en un lugar determinado.

La aplicación estricta de la *lex rei sitae* llevaría a aplicar leyes de países sin vinculación real ni conexión mínimamente significativa. No tendría lógica jurídica que se rigieran por el ordenamiento jurídico del Estado en el que puntualmente se encuentren en su desplazamiento internacional. Por tanto, la situación física de los bienes en tránsito es irrelevante.

Las partes pueden pactar, expresa o tácitamente, que los bienes en tránsito se consideren situados en el lugar de destino de los bienes; en caso de falta de acuerdo, se considerarán situados en el país de expedición (art. 10.1. III CC). La ley del país de situación ficticia del bien en tránsito es aplicable a los efectos de la constitución o cesión de los derechos reales sobre los mismos (transmisión de la propiedad, reserva de dominio, derechos de garantía, etc.). El legislador opta por el lugar de expedición como conexión básica, porque trata de hacer coincidir la ley normalmente aplicable al contrato (la ley del vendedor) con la ley aplicable a la transmisión real de la cosa vendida (ley del lugar de expedición) y porque ofrece la ventaja de ser fácilmente localizable, aunque presenta la ausencia de vinculación de los bienes con el tráfico jurídico del país de expedición desde el momento en que comienza el desplazamiento internacional. Si del acuerdo no se dedujera con claridad que las partes han optado por el lugar de destino, se debe aplicar la ley del país de expedición. Puede sorprender que se haya dado entrada a la voluntad de las partes en una materia, como el estatuto real, necesitada de una regulación lo más objetiva posible. Sin embargo, la solución se justifica por la relativa falta de sustantividad del problema, vinculado a un contrato de compraventa, y por la importancia que desempeña la voluntad de las partes en el ámbito contractual (16).

(15) Vid. VIRGÓS, M./GARCIMARTÍN, F., «Artículo 201», en *Comentario de la Ley Concursal* (dirs.: ROJO/BELTRÁN), t. II, Madrid (Civitas), 2004, pág. 2894.

(16) Vid. un caso práctico en VELASCO, G., «La compraventa a plazos con reserva de dominio de bienes en tránsito en el concurso del vendedor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12, 2007, pág. 565 y sigs.

V. LA RESERVA DE DOMINIO EN DERECHO TRIBUTARIO

La Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establece que: «*En los actos o contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones contenidas en el Código Civil. Si fuese suspensiva, no se liquidará el impuesto hasta que esta se cumpla, haciéndose constar el aplazamiento de la liquidación en la inscripción de bienes en el Registro Público correspondiente. Si la condición fuese resolutoria, se exigirá el impuesto, desde luego, a reserva, cuando la condición se cumpla, de hacer la oportuna devolución según las reglas del artículo 57 (art. 2.2)*».

La Ley establece el principio general de que las condiciones establecidas en los actos y negocios jurídicos deben ser calificadas conforme a lo establecido en el Código Civil, e inmediatamente después regula las consecuencias en el impuesto que se derivan de la calificación alcanzada. El legislador no presume el carácter suspensivo o resolutorio de las condiciones, salvo supuestos concretos, como la venta a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida y la venta de cosas que es costumbre probar antes de recibirlas (art. 1453 CC). Sin embargo, podría defenderse que, en caso de duda, el intérprete debería inclinarse por la condición suspensiva porque en la resolutoria el negocio tiene eficacia provisional durante el estado de pendencia y, esta eficacia solo debe suponerse cuando se vea una clara intención al respecto.

La calificación de la condición como suspensiva o resolutoria tiene decisivas consecuencias en la liquidación del impuesto. Si es una condición suspensiva no se devengaría el impuesto hasta el cumplimiento de la condición o pago total, porque sería en ese momento cuando se produciría la transmisión de la propiedad a favor del comprador. Si se entendiera que es una condición resolutoria se devengaría el impuesto desde la celebración misma, surgiendo un derecho de devolución para el caso de resolución de la compraventa por impago.

El Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establece que: «*Cuando en el contrato se establezca la reserva de dominio hasta el total pago del precio convenido se entenderá, a efectos de la liquidación y pago del impuesto, que la transmisión se realiza con la condición resolutoria del impago del precio en las condiciones convenidas (art. 2.3)*» (17). Se introduce una calificación no prevista legalmente y que afecta a un elemento esencial del impuesto como es el hecho imponible (18).

(17) Vid. VELASCO, G., «La posible nulidad del artículo 2.3 del Reglamento del ITPAJD», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, 2007, pág. 1793 y sigs.

(18) Vid. MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L./VILLARÍN, M./DE PABLO, C., *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Madrid (Civitas), 2004, pág. 49.

La configuración de la reserva de dominio como condición resolutoria, que se basa en un criterio finalista y recaudador, es contraria a su verdadera naturaleza jurídica. El Tribunal Económico-Administrativo Central mantiene, conforme a una interpretación literal de la Ley y Reglamento (art. 3.1 CC), la consideración de la reserva de dominio como condición resolutoria, e incluso jurisprudencia minoritaria del Tribunal Supremo (vid. resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 1 de mayo de 1951: *«La reserva de dominio no encierra una condición suspensiva ni afecta a la perfección de la compraventa, siendo exigible, desde luego, el impuesto... El pactum reservati dominii no constituye una condición suspensiva a su perfección por cuanto de él no depende el nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa, obligación de entregar la cosa y obligación de pagar el precio, sino que afecta a la consumación del contrato y consiste en una estipulación expresa de las partes por virtud de la cual el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio, pero sin que por ello se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquella, por el libre consentimiento del derecho a exigir recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma»* (en idéntico sentido, vid. las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 4 de febrero de 1947, 23 de abril de 1975 y 21 de enero de 1976, resolución del Tribunal Económico-Administrativo de Valencia, de 30 de mayo de 2000, consulta de la Dirección General de Tributos, de 24 de febrero de 2000, y sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1966 y 14 de noviembre de 1970).

La naturaleza jurídica de las instituciones no puede variar en función de la rama del ordenamiento jurídico cuando, además, la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido considera a la reserva de dominio como condición suspensiva (*«...en las entregas de bienes efectuadas en virtud de contratos de venta con pacto de reserva de dominio o cualquier otra condición suspensiva...»*, art. 75.1.1 LIVA; sobre las relaciones entre el IVA y la reserva de dominio, vid. STS de 10 de febrero de 1998). En el mismo sentido se pronuncia la Dirección General de Tributos (vid. consultas tributarias generales de la Dirección General de Tributos, de 23 de enero de 1997, 20 de enero de 2003, 7 de marzo de 2003 y 8 de abril de 2003).

El Tribunal Supremo establece que la ley fiscal acepta la definición, concepto y efectos jurídico-privados del sometimiento de actos y contratos a condición suspensiva y resolutoria (vid. STS de 18 de septiembre de 1998). Además, se establece que el impuesto que regula la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato en cuestión, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado (art. 2.1 LITPAJD). Por tanto, se debe prescindir de la denominación que las partes hayan atribuido al acto o negocio jurídico que se debe calificar. El mismo criterio se establece en el

ámbito del Derecho Privado donde prevalece la intención de los contratantes frente a la literalidad de las cláusulas contractuales (art. 1281 y sigs. CC). Este principio de calificación jurídico-tributaria está plenamente justificado como medida para eludir el pago del impuesto.

En definitiva, el Tribunal Supremo debería declarar nulo el artículo 2.3 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados porque la reserva de dominio no es una condición resolutoria sino una condición suspensiva en todo el ordenamiento jurídico. El espíritu recaudador de la Hacienda Pública es legítimo, pero no puede alterar la naturaleza jurídica de las instituciones para conseguir sus fines. Además, el Reglamento configura la naturaleza de la reserva de dominio de forma opuesta a la Ley del IVA. Por otra parte, no sería la primera vez que se declarase la nulidad de parte del artículo 2, porque su apartado cuarto fue declarado nulo por el Tribunal Supremo, a pesar del criterio e interpretación literal de los Tribunales Económico-Administrativos (resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia, de 30 de octubre de 1997), al establecer que cuando se condicionaba la venta a la obtención de las licencias administrativas correspondientes se consideraba que nos encontrábamos ante una condición resolutoria (STS de 5 de diciembre de 1998). Por tanto, se debería considerar que la venta está sujeta a condición suspensiva y el impuesto no se devengaría hasta el completo cumplimiento de la misma y no desde su celebración (19).

SENTENCIAS BÁSICAS

- STS de 14 de marzo de 1966.
- STS de 14 de noviembre de 1970.
- STS de 11 de julio de 1983.
- STS de 10 de febrero de 1998.
- STS de 18 de septiembre de 1998.
- STS de 17 de febrero de 2000.
- STS de 28 de abril de 2000.
- STS de 14 de octubre de 2003.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ANDREU, M.^a B.: *La reserva de dominio en el concurso*, Granada (Comares), 2009.

(19) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Los problemas de la aplicación de la Ley Concursal* del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2009-10387 / Investigador Principal Profesor Doctor Don Emilio Beltrán).

- BERCOVITZ, R.: *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid (Moneda y Crédito), 1971.
- CANDIL, F., *Pactum reservati dominii*, Madrid (Ibérica-Maestre), 1915.
- ESPEJO, M.: *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Cizur Menor (Civitas), 2006.
- MARTÍNEZ ROSADO, J.: *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid (La Ley), 2005.
- MIQUEL, J. M.ª: «La reserva de dominio», en *Historia de la Propiedad. Crédito y Garantía* (coords.: DE DIOS/INFANTE/ROBLEDO/TORIJANO), Madrid (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), 2007, pág. 523 y sigs.
- MONTÁNCHEZ, M.: *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Madrid (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles), 2006.
- OERTMANN, P.: «La reserva de dominio en la compraventa», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 204, 1930, pág. 17 y sigs.
- VELASCO, G.: «Notas para la euroserva de dominio en Derecho Comunitario», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 301, 2010, pág. 85 y sigs.
- «La compraventa a plazos con reserva de dominio de bienes en tránsito en el concurso del vendedor», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12, 2007, pág. 565 y sigs.
- «La posible nulidad del artículo 2.3 del Reglamento del ITPAJD», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, 2007, pág. 1793 y sigs.
- «Aspectos concursales de la reserva de dominio en Italia», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9, 2006, pág. 267 y sigs.
- «La reserva de dominio simple en Alemania», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 7, 2006, pág. 117 y sigs.

RESUMEN

COMPRAVENTA A PLAZOS RESERVA DE DOMINIO CONCURSO DE ACREEDORES

La reserva de dominio es la cláusula inserta en el contrato de compraventa a plazos de bienes muebles por la que el vendedor conserva la propiedad de la cosa hasta el completo pago por el comprador. Es la garantía más utilizada en el ámbito mercantil español. La reserva de dominio despliega toda su eficacia en los supuestos de concurso del vendedor y comprador.

ABSTRACT

SALES CONTRACT IN INSTALMENTS RESERVATION OF PROPERTY BANKRUPTCY PROCEEDINGS

The reservation of property is the clause inserted in the sales contract in instalments of personal property by which the seller keeps the ownership of the asset until the complete payment by the buyer. It is the guarantee more used in the Spanish commercial ambit. The reservation of property unfolds all its effectiveness on the suppositions of bankruptcy proceedings of buyer and seller.

(Trabajo recibido el 28-3-2012 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)

DERECHO COMPARADO

Los *antisuit injunctions* (medidas cautelares antijuicio) en Derecho estadounidense

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Abogado colegiado en Nueva York
LLM por la University of California, Berkeley
Doctor en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS *ANTISUIT INJECTION*
 - 1. CONCEPTO Y USOS DE UN *ANTISUIT INJECTION*.
 - 2. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EN ESTADOS UNIDOS:
 - A) *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines.*
 - B) *China Trade & Dev. Corp. v. MV Choong Yong.*
 - C) *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren.*
 - D) *Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara.*
 - E) *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC.*
- III. POSIBLE UTILIZACIÓN DE ESTA FIGURA EN DERECHO ESPAÑOL.
- IV. CONCLUSIONES.
- V. BIBLIOGRAFÍA.
- VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es analizar la configuración de una medida cautelar de uso creciente en Estados Unidos y en la resolución internacional de disputas privadas: los *antisuit injunctions*.

Esta figura cautelar es de gran utilidad, como refleja su empleo cada vez más frecuente. En efecto, con esta medida se pretende evitar los grandes perjuicios que puede originar la litispendencia en diferentes jurisdicciones, como el incremento de los gastos en la resolución de las controversias y la falta de reconocimiento de las posteriores resoluciones.

Mediante un estudio de la utilización de esta figura en Derecho estadounidense, que es uno de los ordenamientos con más influencia a nivel internacional que permite su uso, se pretende concretar el concepto y la aplicación de esta medida cautelar para analizar su posible incorporación al ordenamiento español, en el que evidentemente también se producen situaciones en las que sería útil poder emplear los *antisuit injunctions*.

II. LOS ANTISUIT INJECTION

1. CONCEPTO Y USOS DE UN ANTISUIT INJECTION

Como suele ocurrir con muchas figuras jurídicas, no hay una definición normativa de esta medida cautelar en el ordenamiento estadounidense (1). No obstante, dentro del referido sistema estadounidense, sí hay alguna referencia a esta institución (2).

El *antisuit injunction*, como su propio nombre indica, es una medida cautelar consistente en una orden dirigida a la parte de un proceso para que no inicie, continúe o incluso renuncie a las acciones judiciales emprendidas en

(1) Cfr. RUTLEDGE, B., *International Civil Litigation in United States Courts*, 4.^a ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007, pág. 541, *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (D. D. C. 1984).

(2) Por ejemplo, encontramos una alusión en la *Anti-Injunction Act* (28 USC § 2283) respecto a las limitaciones a la prohibición de acordar esta medida con el propósito de detener un proceso judicial que se tramita en un tribunal estatal. Las limitaciones a la prohibición son: *a)* la existencia de una ley federal que permita adoptar la medida; *b)* que sea acordada para que el tribunal federal conserve su competencia; *c)* que se adopte para asegurar el cumplimiento de la sentencia. Vid. GILSANZ USUNAGA, J., *El proceso civil estadounidense: la tutela cautelar*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 122; NEWBERG, H., «Injunction against other actions», 3 *Newberg on Class Action* § 9:25, 4.^a ed., westlaw internacional 2008, págs. 1 a 3; MUSKUS, T., y KNCKERBOCKER, A., «Overview of Anti-Injunction Act- Proceedings in a state court», 21 *CJS Courts* § 297, pág. 1.

otro proceso, ya sea judicial o arbitral (3). Por consiguiente, esta institución cautelar únicamente puede adoptarse cuando existen, o hay una cierta certeza de que va a existir otro proceso paralelo, tanto en la misma como en otra jurisdicción (4).

Sin perjuicio de la utilización de esta medida cautelar a nivel nacional entre tribunales estatales, federales y arbitrales (5), siguiendo a BORN RUTLEDGE (6) dentro del ámbito de la resolución de controversias internacionales puede decirse que esta figura cautelar se suele utilizar en las siguientes situaciones:

- a) Una parte en un proceso en Estados Unidos puede utilizar este mecanismo contra una acción ejercitada, o que se prevé que se va a ejercitar por la otra parte en una jurisdicción extranjera o arbitral.
- b) Una parte pretende consolidar su elección de la jurisdicción cuando hay dos acciones relacionadas, pero no idénticas, que se han planteado en dos jurisdicciones distintas.
- c) Una parte teme un proceso en una jurisdicción extranjera o arbitral, con lo que inicia un proceso en Estados Unidos en el que se declare su falta de responsabilidad en el caso concreto (coincidiendo el objeto de ambos procesos). Asimismo intenta evitar un juicio paralelo en la otra jurisdicción mediante el *antisuit injunction*.
- d) Una parte en un proceso finalizado en Estados Unidos intenta no tener que relitigar sobre la controversia en otra jurisdicción.
- e) El Juzgado estadounidense o la corte arbitral puede acordar esta medida cautelar para prohibir a las partes obtener un *antisuit injunction* en otra jurisdicción en contra de su proceso.

(3) Vid. GILSANZ USUNAGA, J., *op. cit.*, pág. 122; RUTLEDGE, B., *op. cit.*, pág. 540, *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D. D. C. 1984), *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren*, 361 F.3d 11 (1st Cir. 2004). De igual manera lo han definido autores españoles para analizar su posible incorporación a Derecho español. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1996 págs. 58 y 59; ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 56.

(4) Es decir, un proceso que tendría el mismo objeto. En consonancia con lo anterior, esta medida cautelar se suele adoptar (aunque se podría considerar que se concede impropia-mente), de forma más flexible cuando ya hay una sentencia en alguno de los procesos. Vid. *Younis Bros. & Co., Inc. v. CIGNA Worldwide Ins. Co.*, 167 F. Supp. 2d 743 (E.D. Pa. 2001), *Stonington Partners, Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Products NV*, 310 F.3d 118 (3d Cir. 2002). A estos efectos conviene recordar que en el sistema estadounidense la litispendencia está permitida.

(5) Vid. CARON, D., *Resolution of Private International Disputes Coursebook*, núm. 512; Fall 2008, pág. 166; GILSANZ USUNAGA, J., *op. cit.*, pág. 122.

(6) *International Civil Litigation in United States Courts*, *op. cit.*, págs. 540 y 541.

La finalidad de esta medida es mantener la jurisdicción sobre la disputa en el órgano que la va a resolver y proteger importantes políticas públicas (7). Su fundamento jurídico es la sujeción personal a dicha jurisdicción (8). Tradicionalmente la jurisdicción personal se establecía por la presencia física, que se concretaba en que el demandado no residente pudiera ser notificado dentro del territorio sujeto a la jurisdicción, o en que una propiedad suya pudiera ser embargada dentro de dicho territorio (9). Aunque posteriormente han surgido diferentes excepciones, como las basadas en el consentimiento, el domicilio, la residencia, la presencia mercantil y la realización de negocios (10). No obstante, la jurisdicción puede establecerse también por la doctrina *in rem*, *quasi in rem* (11) o incluso por razones de conveniencia, proceso justo o justicia (12). Ahora bien, a efectos de determinar la jurisdicción para adoptar la medida cautelar, el criterio es la sujeción personal a la jurisdicción (13).

A su vez, es importante destacar que el destinatario y la parte afectada por esta institución cautelar es la parte litigante a quien va dirigida. Aunque es evidente que el otro órgano jurisdiccional, que conoce o previsiblemente conocerá del otro proceso paralelo, puede ver afectada su jurisdicción. Por esta razón, esta medida cautelar se concede con cierta precaución y restricción (14). En

(7) Vid. RUTLEDGE B., *op. cit.*, pág. 540, *Gau Shan Co. v. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (6th Cir. 1992), *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren*, 361 F.3d 11 (1st Cir. 2004).

(8) Vid. Restatement (Second) Conflict of Laws § 53 (1971), *United States v. First Nat'l City Bank*, 379 U.S. 378 (1965).

(9) Vid. *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877), FRIEDENTHAL, JACK H. - KANE, MARY, K. - MILLER, ARTHUR R., *Civil Procedure*, 4.^a ed., Thomson west, USA, 2005, págs. 100 y sigs.

(10) Vid. *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945), *Amusement Equipment, Inc. v. Mordlet*, 779 F.2d 264 (5th Cir. 1985), *Asahi Metal Ltd. v. Superior Court of California, Solano County*, 480 U. S. 102 (1987), GILSANZ USUNAGA, J., *op. cit.*, págs. 76 a 78, FRIEDENTHAL, JACK H. - KANE, MARY K. - MILLER, ARTHUR R., *op. cit.*, págs. 105 y 116, CARON, D., *op. cit.*, págs. 58 y sigs.

(11) Vid. *Donovan v. City of Dallas*, 377 U.S. 408 (1964), *China Trade & Dev. Corp. v. MV Choong Yong*, 837 F.2d 33 (2d Cir. 1987), *Kirby v. Norfolk Southern Railway Co.*, 71 F. Supp. 2d 1363 (N.D. Ga. 1999).

(12) Vid. VON MEHREN, ARTHUR T., «Adjudicatory jurisdiction: general theories compared and evaluated», *Boston University Law Review*, núm. 63, 1983, págs. 279 a 290.

(13) Vid. *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren*, 361 F.3d 11 (1st Cir. 2004); MESSNER, «The jurisdiction of a Court of equity over persons to compel doing acts outside the territorial limits of the state», *Minnesota Law Review*, núm. 14, 1930, págs. 494 y sigs. Aunque algún pronunciamiento judicial, como *Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003) parece centrarse en el poder de equidad de los tribunales.

(14) Vid. RUTLEDGE, B., *op. cit.*, págs. 541, 550 a 552, que menciona tres razones para dicho carácter restrictivo: a) la existencia de procesos paralelos está permitida en el ordenamiento estadounidense, b) el respeto a otras jurisdicciones, c) no se debe intentar evitar otros procesos en otras jurisdicciones (lo cual es consecuencia de las otras dos).

el caso de que se incumpla, se declara a la parte incumplidora en desacato, y puede ser sancionada e incluso ir a la cárcel (15).

2. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EN ESTADOS UNIDOS

Como bien es sabido, las resoluciones judiciales tienen especial relevancia en los sistemas *Common Law* en general y en Estados Unidos en particular (16). Por ello, y para concretar el contenido del concepto y la aplicación de los *antisuit injunction*, se van a analizar con detalle las sentencias más conocidas y estudiadas en Estados Unidos sobre esta medida cautelar.

De las sentencias que a continuación se estudiarán puede observarse como no hay unas reglas claras para la adopción de esta institución cautelar (17), dependiendo su adopción de las circunstancias particulares del caso (18). Además, se puede examinar los supuestos en los que parece más justificada la concesión de este tipo de medidas cautelares: los litigios transnacionales en los que a veces hay procesos arbitrales, donde una de las partes pretende dejar sin efecto las resoluciones que se puedan acordar en uno de los procesos que tiene plena y válida jurisdicción para resolver la controversia. Dentro los aspectos que han sido tenidos en cuenta por los tribunales estadounidenses podemos destacar (19):

- a) La protección de la jurisdicción (20), que puede ser resultado del perjuicio que puede generarse en el proceso estadounidense por di-

(15) Vid. FRIEDENTHAL, JACK H. - KANE, MARY K. - MILLER, ARTHUR R., *op. cit.*, pág. 449, *Hodgson v. Mahoney*, 460 F.2d 326 (1st Cir. 1972), *Sheila's Shine Prods., Inc. v. Sheila Shine, Inc.*, 486 F.2d 114 (5th Cir. 1973).

(16) Vid. FLETCHER, GEORGE, P. - SHEPPARD, S., *American Law in global context: the basics*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, págs. 15 a 28, 132 a 149, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

(17) Aunque sí hay consenso sobre el hecho que el criterio aplicable por los tribunales federales debe ser el mantenido por la Ley federal (entendida en sentido amplio). Vid. *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D. D. C. 1984), *China Trade & Dev. Corp. v. MV Choong Yong*, 837 F.2d 33 (2^d Cir. 1987), *Sea Containers Ltd. v. Stena AB*, 890 F.2d 1205 (D.C. Cir. 1989), *Gau Shan Co. v. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (6th Cir. 1992); RUTLEDGE B., *op. cit.*, pág. 541.

(18) Vid. *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D. D. C. 1984), *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren*, 361 F.3d 11 (1st Cir. 2004).

(19) Aunque la doctrina considera otros factores, como la nacionalidad de las partes o la reciprocidad en el reconocimiento de resoluciones judiciales. Nótese que dentro de los criterios no está el hecho de qué proceso se ha iniciado antes. Cfr. RUTLEDGE, B., *op. cit.*, págs. 555 a 558.

(20) Vid. *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D. D. C. 1984), *Owens-Illinois v. Webb*, 809 S.W.2d 899 (Tex. App. 1991), *Mutual Service Casualty Ins. Co. v. Frit Industries, Inc.*, 3 F.3d 442 (11th Cir. 1993).

versas causas, como la incertidumbre sobre la confidencialidad (21) o la desaparición de activos (22). Aunque obviamente puede haber otras (23).

- b) Salvaguardar importantes políticas públicas (24).
- c) Posibilitar la aplicación de la normativa de Derecho de la competencia (25).
- d) Evitar un proceso que se sabe que va a ser injusto (26).
- e) Respeto a las jurisdicciones extranjeras (27).
- f) Evitar una absurda duplicidad de esfuerzos (28).

(21) Vid. *Umbro Inter, Inc. v. Japan Professional Football League*, 1997 WL 33378853, 3 (D.S.C. 1997).

(22) Vid. *ADO Finance, AG v. McDonnell Douglas Corp.*, 938 F. Supp. 590 (C. D. Cal. 1977).

(23) Vid. *Omnium Lyonnais D'Etancheite et Revetement Asphalte v. Dow Chem, Co.*, 441 F. Supp. 1385 (C.D. Cal. 1977), *International Fashion Products, BV v. Calvin Klein, Inc.*, 1995 WL 92321, 2 (S.D.N.Y. 1995), *Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. v. GE Medical Systems Information Technologies, Inc.*, 369 F. 3ed 645 (2^d Cir. 2004).

(24) El término literal en inglés es *public policy*, que es un concepto jurídico indeterminado con el que se hace alusión a una gran diversidad de aspectos, como importantes derechos constitucionales como el juicio justo (*due process*). Vid. *United States v. Davis*, 767 F. 2d 1025 (2^d Cir. 1985), *Robinson v. Jardine Ins. Brokers Int'l Ltd*, 856 F. Supp. 554 (N.D. Cal. 1994), *Farrell Lines Inc. v. Columbus Cello-Poly Corp.*, 32 F. Supp. 2d 118 (S.D.N.Y. 1997), *Nagoya Venture Ltd. v. Bacopulos*, 1998 WL 307079 (S.D.N.Y. 1998), *Younis Bros. & Co., Inc. v. CIGNA Wordwide Ins. Co.*, 167 F. Supp. 2d 743 (E.D. Pa. 2001), *Stonington Partners, Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Products NV*, 310 F.3d 118 (3^d Cir. 2002).

(25) Vid. *Seattle Totems Hockey Club, Inc. v. National Hockey League*, 652 F. 2d 852 (9th Cir. 1981), *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (D. D. C. 1984); HARTLEY, «Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation», *American Journal of Comparative Law*, núm. 35, 1987, pág. 487.

(26) Llamada en inglés *vexatious litigation*. Vid. *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (D. D. C. 1984), CARON, D., *op. cit.*, págs. 116 y sigs., RUTLEDGE, B., *op. cit.*, págs. 550 y sigs. No hay una concepción única de *vexatious litigation*. Así, algunas sentencias como *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947) lo consideran como aquel proceso que impone un gasto o problema no necesario para ejercitar el correspondiente derecho, mientras que otras se centran en que el proceso se inicie maliciosamente y sin causa probable (cfr. *Paramount Pictures, Inc. v. Blumenthal*, 11 N.Y.S. 2d 768 (N.Y. App. Div. 1939)).

(27) Denominado en inglés *international comity*. Vid. *Canadian Filters (Harwich) v. Lear-Siegler, Inc.*, 412 F.2d 577 (1st Cir. 1969), *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (D. D. C. 1984), *Computer Associates Intern. Inc. v. Altai, Inc.*, 126 F. 3d 365 (2^d Cir. 1997).

(28) Vid. *Allendale Mutual Ins. Co. v. Bull Data Systems, Inc.*, 10 F. 3d 425 (7th Cir. 1993). Aunque hay pronunciamientos judiciales en contra aplicando el mismo razonamiento. Vid. *Robinson v. Jardine Ins. Brokers Int'l Ltd*, 856 F. Supp. 554 (N.D. Cal. 1994), *Macphail v. Oceaneering Int'l, Inc.*, 302 F.3d 274 (5th Cir. 2002). De hecho, la doctrina siguiendo alguna resolución judicial como *Shell Offshore, Inc. v. Heeremac*, 33 F. Supp. 2d 1111 (S.D. Tex. 1999), se plantea la conveniencia de que haya procesos paralelos. Cfr. RUTLEDGE, B., *op. cit.*, pág. 557.

- g) Por razones de conveniencia, localización de los testigos y evitar pronunciamientos judiciales incompatibles (29). Por lo tanto, también puede verse una cierta vinculación no expresa y directa con la elección de la jurisdicción y la doctrina conocida como *forum non conveniens* (30).
- h) Ejecutar cláusulas de resolución de controversias de los contratos (31).

Debido a la ausencia de un criterio asentado por el Tribunal Supremo, generalmente se entiende que hay dos posturas mayoritarias dentro de los tribunales estadounidenses respecto a la concesión de los *antisuit injunctions* (32): la conservadora seguida por los tribunales de apelación federales de los circuitos (33) segundo, tercero, sexto y distrito de Columbia (34), y la liberal mantenida por tribunales de apelación federales de los circuitos quinto y noveno (35). Aunque algunos comentaristas hacen alusión a lo que parece ser

(29) Vid. *Seattle Totems Hockey Club, Inc. v. National Hockey League*, 652 F. 2d 852 (9th Cir. 1981), *Cargill, Inc. v. Hartford Accident & Indemnity Co.*, 531 F. Supp. 710 (D. Minn. 1982), *Comercializadora Portimex, SA de CV v. Zen-Noh Grain Corp.*, 373 F. Supp. 2d 645 (E.D. La. 2005).

(30) Vid. CARON, D., *op. cit.*, págs. 116 y sigs., RUTLEDGE, B., *op. cit.*, págs. 368, 369, 551, 556 y 557. Este último autor, siguiendo alguna sentencia inglesa como *Midland Bank plc v. Laker Airways Ltd.*, [1986] 1 All E.R. 526.

(31) Vid. *Northwest Airlines, Inc. v. R&S Co. SA*, 176 F. Supp. 2d 935 (D. Minn. 2001), *Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. v. GE Medical Systems Information Technologies, Inc.*, 369 F. 3d 645 (2^d Cir. 2004), *LAIF X SPRL v. Axtel, SA de CV*, 390 F. 3d 194 (2^d Cir. 2004), *E&J Gallo Winery v. Andina Licores SA*, 2006 U.S. App. Lexis 10799 (9th Cir. 2006).

(32) *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren*, 361 F. 3d 11 (1st Cir. 2004).

(33) Los estados están divididos en nueve distritos a efectos de apelación federal. Respecto a la organización judicial estadounidense, vid. FRIEDENTHAL, JACK H. - KANE, MARY K. - MILLER, *op. cit.*, págs. 4 a 8, GILSANZ USUNAGA, J., *op. cit.*, págs. 50 a 56, FLETCHER, GEORGE P. - SHEPPARD S., *op. cit.*, págs. 276 a 314.

(34) Vid. *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (D. D. C. 1984), *China Trade & Dev. Corp. v. MV Choong Yong*, 837 F. 2d 33 (2^d Cir. 1987), *Sea Containers Ltd. v. Stena AB*, 890 F. 2d 1205 (D.C. Cir. 1989), *Gau Shan Co. v. Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349 (6th Cir. 1992), *Berkshire Furniture Co., Inc. v. Glatstein*, 921 F. Supp. 1559 (W.D. Ky. 1995), *Kirby v. Norfolk Southern Railway Co.*, 71 F. Supp. 2d 1363 (N.D. Ga. 1999), *In re Rationis Enterprises, Inc. of Panama*, 261, F. 3d 264 (2^d Cir. 2001), *General Elec. Co. v. Deutz AG*, 270 F. 3d 144 (3^d Cir. 2001), *Stonington Partners, Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Products NV*, 310 F. 3d 118 (3^d Cir. 2002), *Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. v. GE Medical Systems Information Technologies, Inc.*, 369 F. 3d 645 (2^d Cir. 2004), *LAIF X SPRL v. Axtel, SA de CV*, 390 F. 3d 194 (2^d Cir. 2004).

(35) Vid. *Seattle Totems Hockey Club, Inc. v. National Hockey League*, 652 F. 2d 852 (9th Cir. 1981), *Cargill, Inc. v. Hartford Accident & Indemnity Co.*, 531 F. Supp. 710 (D. Minn. 1982), *Kaepa, Inc. v. Achilles Corp.*, 76 F. 3d 624 (5th Cir. 1996), *Northwest Airlines, Inc. v. R&S Co. SA*, 176 F. Supp. 2d 935 (D. Minn. 2001), *Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F. 3d 357 (5th Cir. 2003).

una posición intermedia (36) (sostenida por el tribunal de apelación federal del séptimo circuito) (37).

A) *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D. C. 1984)

Esta controversia fue resuelta por el Tribunal de apelación del distrito de Columbia (38). En este caso, Laker Airways Ltd. (en lo sucesivo, «Laker») era una compañía inglesa que ofrecía vuelos de bajo coste (*no frills*) 1/3 más baratos que su competencia en Estados Unidos. Antes y durante la controversia se produjeron una serie de hechos relevantes. IATA (39) determinó los precios de las compañías aéreas pero para vuelos que no fueran de bajo coste. Por otro lado, los competidores sabotearon un acuerdo de refinanciación de Laker.

Se inició un proceso en Inglaterra y otro en Estados Unidos. En el estado-unidense se alega la infracción del Derecho de la competencia. Laker solicitó un *antisuit injunction* frente a las acciones que estaban iniciando sus competidores en Estados Unidos. Se le concedió y Sabena y KLM la recurrieron. A su vez, en Estados Unidos se concedió una medida similar.

En este caso, el Tribunal tenía que decidir si tenía que suspender sus actuaciones debido a la medida antijudicio inglesa. Para ello, empezó recordando que la jurisdicción de otros órganos por regla general debe ser respetada, debiendo permitirse que haya procesos paralelos. Al menos hasta que en uno de ellos se haya alcanzado una resolución que pueda ser considerada cosa juzgada en la otra jurisdicción.

A su vez, el Tribunal enfatizó que los *antisuit injunctions* deben concederse con cautela, porque suponen una restricción efectiva sobre la soberanía del otro órgano. Especialmente cuando las relaciones internacionales (*comity to nations*) pueden verse afectadas. Sin embargo, este elemento no debe tenerse en cuenta cuando una política pública importante puede ser evadida.

En este sentido, la sentencia aclara que las medidas cautelares antijudicio se utilizan para prevenir un error judicial irreparable (40). Por ello, el Tribunal en-

(36) Especialmente en relación con las disputas internacionales. Vid. RUTLEDGE, B., *op. cit.*, págs. 542 y 543.

(37) Vid. *Allendale Mutual Ins. Co. v. Bull Data Systems, Inc.*, 10 F. 3d 425 (7th Cir. 1993), *Philips Medical Sys. Int'l BV v. Bruetman*, 8 F. 3d 600 (7th Cir. 1993).

(38) *US Court of Appeals for District of Columbia Circuit*.

(39) Cuyas siglas responden a *Air Transport Association* (IATA). Esta asociación representa, lidera y sirve a la industria de las compañías aéreas. Sus miembros son todas las mayores compañías aéreas de transporte de pasajeros y mercancías. Vid. www.iata.org, consultada el 4 de febrero de 2012 a las 14:00.

(40) En inglés, *irreparable miscarriage of justice*, que más que aludir a un error judicial en sentido estricto que sería su traducción literal, parece referirse a una vulneración flagrante de un proceso justo.

tiende que es necesario adoptar esta medida cautelar para proteger la jurisdicción del juzgador que la emite, prevenir que se evada la aplicación de importantes políticas públicas, impedir un proceso vejatorio o cuando la otra jurisdicción no ofrece la acción que se está ejercitando ante el tribunal que concede el *antisuit injunction*. En consecuencia, el que haya una duplicidad de partes y procesos no justifica la emisión de una medida cautelar antijuicio.

Aplicando estas argumentaciones al caso, el Tribunal consideró que el *antisuit injunction* inglés únicamente pretendía extinguir el proceso americano. Así, estimó que el *antisuit* americano era «defensivo» para proteger la jurisdicción, mientras que el inglés era «ofensivo» al intentar terminar con el proceso estadounidense. Debido a que Laker está sujeta a la normativa de Derecho de la competencia estadounidense, las relaciones internacionales son un factor más, pero no el decisivo, y a que las medidas cautelares antijuicio obligan a las partes, pero no a los tribunales, se decidió que el proceso americano debía continuar, afirmando la resolución de primera instancia.

Este pronunciamiento judicial es particularmente ilustrativo al detallar algunos de los elementos que son tenidos en cuenta por los tribunales cómo esta figura cautelar se usa para evitar que se evadan importantes políticas públicas. Lo cual, al menos en esta sentencia, sí parece que fue el factor decisivo para determinar la adopción o no del *antisuit injunction*. Nótese que como resultado de la sentencia, las dos medidas antijuicio estarían en vigor y serían las partes las que tendrían que afrontar las consecuencias negativas de incumplir una u otra. Situación que muchas veces se produce cuando se adoptan esta clase de medidas.

B) *China Trade & Dev. Corp. v. MV Choong Yong*, 837 F. 2^d 33 (2^d Cir. 1987)

Esta sentencia resuelve una controversia sobre unos daños generados en 1984 por un naufragio marítimo de un buque que cargaba semillas de soja. El transportista era el demandado (41), MV Choong Yong, que era una empresa coreana. El objetivo del transporte eran 25.000 toneladas métricas de semillas de soja que iban a ser exportadas de Estados Unidos a la República de China. Pero debido al naufragio, las semillas se contaminaron con agua salada y perdieron su valor.

Como medida cautelar previa, los demandantes (42) solicitaron y consiguieron el embargo de un buque del demandado que estaba atracado en California.

(41) La referencia de la sentencia se centra en el demandado aludido, pero en realidad había un liticonsorcio pasivo formado también por Ssangyong Shipping Co., Ltd., que es quien recurrió la resolución sobre el *antisuit injunction*.

(42) Había un liticonsorcio activo, integrado por Chung Hua Trade and Development Corporation (USA) y Soybean Joint Committee of the Republic of China.

Fruto de tal medida, ambas partes llegaron a un acuerdo por el que Ssangyong Shipping Co., Ltd. (en lo sucesivo, «Ssangyong») concedía una garantía de pago que ascendía a la cantidad de 1.800.000 \$. El valor aproximado del barco. Además Ssangyong se comprometió a que se personaría en una acción que los demandantes iban a iniciar en el distrito sur de Nueva York, renunciando a ejercitar la excepción procesal de falta de jurisdicción por la aplicación de la doctrina *forum non conveniens* (43). A cambio los demandantes renunciaban a continuar con la acción que habían ejercitado en California.

El proceso en Nueva York se inició en 1987 mediante una acción que reclamaba la cantidad de 7.500.000 \$ en concepto de daños. En abril de ese año, mientras la fase de *discovery* (44) tenía lugar en Estados Unidos, se interpuso una demanda en un juzgado de Pusan (Corea), que pretendía la declaración de la ausencia de responsabilidad de Ssangyong por las pérdidas sufridas por China Trade & Dev. Corp. (en adelante, «China Trade»).

China Trade solicitó y obtuvo en primera instancia una medida cautelar antisuit frente al proceso iniciado en Corea.

En este caso, el Tribunal de apelación (el *United States Court of Appeals, Second Circuit*), estableció una serie de factores que deben concurrir para otorgar este tipo de medidas cautelares. En primer lugar, sostuvo que tiene que haber identidad de partes en los procesos y que la resolución del caso ante el órgano que emite el *antisuit injunction* sea dispositivo (45) de la acción que se pretende prohibir. Una vez satisfechos esos requisitos, además sugiere los siguientes elementos: frustración de una política pública del país donde se dicta la medida cautelar, que el proceso extranjero sea vejatorio, que haya consideraciones de equidad que se vean perjudicadas por el otro proceso, que

(43) Doctrina legal discrecional por la que un órgano judicial competente declina su jurisdicción para resolver la controversia, para que se decida por otra jurisdicción más conveniente. En el caso de Estados Unidos, debido a la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo del derecho a un proceso con las debidas garantías (*due process*), la otra jurisdicción que conocerá del caso tiene que cumplir con la doctrina de los mínimos contactos. Vid. *International Shoe Co. v. Washington*, 326 US 310 (1945), *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 US 462 (5th Cir. 1985), *Asahi Metal Ltd. v. Superior Court of California, Solano County*, 480 US 102 (1987); CARON, D., *op. cit.*, págs. 48 y sigs.; VON MEHREN, ARTHUR T., *op. cit.*, pág. 280 y sigs. En Derecho español o comunitario no tiene reconocimiento la doctrina de *forum non conveniens*, aunque podemos observar ciertos principios como el de tutela judicial efectiva, *principium non interventionis*, *principium effectivitatis* o *principium preventionis abusus juris*, que permiten obtener resultados similares en determinados casos. Vid. CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, V. I, 2^a ed., Comares, Granada, 2001, págs. 67, 133, 140.

(44) Que obliga, entre otras cosas, al otro litigante a dar acceso y producir determinada prueba. Vid. GILSANZ USUNAGA, J., *op. cit.*, pág. 96 y sigs.

(45) Se ha empleado la traducción literal del término (*dispositive*), aunque parece que la noción más adecuada sería que dicha pretensión tenga que resolverse necesariamente por el órgano que dicta el *antisuit injunction*.

la concurrencia de procesos pueda producir retrasos, inconveniencias, gastos, contradicciones o una «carrera hacia la sentencia» (*race to judgment*). Como puede constatarse son factores muy amplios, que conceden una relativa discreción al juzgador. Este análisis para conceder esta institución cautelar se conoce como el *China Trade Test*, que posteriormente veremos aplicado en otra sentencia.

El Tribunal declara que las medidas cautelares antijjuicio son adecuadas como una excepción a la jurisdicción *in rem* o *cuasi in rem*, cuando el proceso o la doctrina legal de la cosa juzgada (*res judicata*) no es suficiente para proteger la jurisdicción del juzgado que los dicta. Esta excepción también la extrapola a los supuestos de jurisdicción *in personam*, cuando el otro proceso paralelo está intentando interferir en la jurisdicción exclusiva del juzgado (46).

En este caso, el Tribunal concluye que no hay una amenaza para la jurisdicción del proceso americano, aunque ambos procesos (el coreano y el estadounidense), tengan el mismo objeto: determinar la posible responsabilidad y los correspondientes daños por el naufragio. En este sentido el Tribunal presta especial atención a un hecho: ni el juzgado coreano ni Ssangyong han intentado suspender, paralizar u obstaculizar el proceso americano.

En la sentencia asimismo se resalta que las medidas cautelares antijjuicio pueden ser apropiadas cuando se intente evadir importantes políticas públicas mediante el proceso extranjero. A estos efectos, y siguiendo previa jurisprudencia (47), señala que los *antisuit injunctions* no son pertinentes cuando simplemente se buscan pequeñas diferencias en la norma sustantiva o procesal aplicada en el otro procedimiento. Por lo tanto, debe intentar evitar la aplicación de una norma que implemente una importante política pública (48).

El Tribunal consideró que la posibilidad de que la sentencia estadounidense que se dicte en el correspondiente proceso no se reconozca y ejecute en Corea, no es más que una mera especulación de una carrera hacia la sentencia que puede producirse siempre que haya procesos paralelos (49). A su vez, en la sentencia se entiende que es posible que haya que relitigar en Corea por la cantidad que exceda del embargo inicialmente acordado de 1.800.000 \$. Por lo que concluye que los factores de equidad que apreció el juzgado de primera instancia no son suficientes para desatender la restricción y caución que imponen las relaciones

(46) A este respecto se remite a la sentencia *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (D. D. C. 1984).

(47) *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (D. D. C. 1984).

(48) Aunque no se concreta, resulta interesante la matización que realiza la sentencia sobre la aplicación de una norma escrita *statute* que además aplica una importante política pública, lo cual induce a pensar que simple normativa administrativa o incluso normas que sean *statutes*, no podrían originar la aplicación de las medidas cautelares antijjuicio.

(49) No podemos olvidar que conforme a lo visto en este artículo, en Estados Unidos la regla general es que la litispendencia por sí misma no es perjudicial ni hay que evitarla.

internacionales basadas en el mutuo reconocimiento (*international comity*), revocando la sentencia de primera instancia.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que resaltar el voto particular del juez Bright, que entiende que el sentido del fallo debería haber sido el contrario por cuanto: i) Ssangyong acordó litigar en Nueva York (50), ii) la acción coreana únicamente servirá para multiplicar los procesos legales con un mayor coste, retraso y demás inconvenientes. Este juez entiende que cuando las relaciones internacionales no se ven afectadas por los procesos sobre relaciones comerciales, los tribunales tienen una obligación afirmativa de evitar tener que relitigar en el extranjero (51).

Como puede apreciarse, la aplicación de los mismos criterios puede llevar a resoluciones distintas. Sin perjuicio de lo anterior, los factores lógicos y razonables analizados en esta sentencia parece que podrían ser aplicados a nuestro ordenamiento en el supuesto de que se decida adoptar este tipo de medidas cautelares.

C) *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren*, 361 F. 3d 11 (1st Cir. 2004)

Este caso está relacionado con una acción colectiva de unos inversores de diversos estados que denunciaron a KPMG Bélgica por un supuesto incumplimiento de la normativa federal de garantías (*Federal Securities Law*) que habían realizado como auditores. Un juzgado de primera instancia (*District Court*) de Massachusetts acumuló los diferentes procesos. Los inversores eran los afectados por la insolvencia de la compañía, Lernout & Hauspie Speech Products, N.V. (52), que había sido auditada por KPMG Bélgica.

Los inversores también iniciaron dos acciones penales en Bélgica contra KPMG Bélgica, donde tuvieron acceso a una serie de documentos, que no podían fotocopiar ni usar (53).

Tras ese acceso los inversores solicitaron la entrega de dichos documentos dentro del proceso estadounidense, en virtud de su proceso de prueba conocido como *discovery*, que obliga al otro litigante a dar acceso y producir determinada prueba (54).

(50) Aunque por la sentencia no parece que dicho acuerdo conllevara la renuncia a litigar en otras jurisdicciones.

(51) No obstante, parece que el juez ya tenía una opinión muy clara sobre el otro proceso coreano, al declarar de forma genérica que el litigio extranjero no sea confuso, ofuscado y complicado.

(52) Sociedad que cotizaba en bolsa.

(53) Conforme al artículo 458 del Código Penal belga.

(54) Según lo previamente expuesto. Vid. GILSANZ USUNAGA, J., *op. cit.*, págs. 96 y sigs.

KPMG Bélgica se opuso, pero el juzgado de primera instancia entendió que tales documentos se debían incorporar al proceso americano. A los pocos días, KPMG Bélgica presentó una solicitud en un juzgado de Bruselas pidiendo una orden que prohibiera a los inversores continuar con su pretensión de exhibición de dichos documentos, solicitando que se impusiera una sanción de un millón de euros en el caso de que desobedecieran tal orden (55).

Ante dicha solicitud los inversores instaron un *antisuit injunction* en el juzgado de primera instancia (56), que lo concedió y fue posteriormente ratificado por el Tribunal de Apelación (*United States Court of Appeals, First Circuit*). Esta es la sentencia objeto de análisis en este artículo.

Con carácter previo, el Tribunal de Apelación señaló dos premisas de su labor de revisión. Por un lado, se concede una deferencia al criterio del juzgado de primera instancia en materia cautelar en general. Por otro lado, tiene una especial importancia el respeto al *international comity*.

Según este Tribunal, la labor del juzgador en estos casos consiste en acomodar las políticas nacionales que entran en conflicto sin interferir indebidamente en un proceso judicial extranjero. Para ello se tiene que partir de la resolución de determinados aspectos que han sido comentados en este artículo. Así, el Tribunal entiende que los tribunales federales tienen facultades para ordenar a los litigantes que se abstengan de iniciar procesos en tribunales extranjeros. También recuerda que la regla general es que deben mantenerse procesos paralelos cuando ambos órganos judiciales tienen jurisdicción personal sobre los litigantes.

El Tribunal analiza con detenimiento los dos posicionamientos seguidos en Estados Unidos, y se decanta por el conservador, por considerar que el liberal proporciona poca prioridad al principio de mutuo reconocimiento de las relaciones internacionales y contraviene el principio de favorecer los procesos paralelos. Asimismo, el Tribunal enfatiza que los únicos motivos para conceder la medida cautelar antijuicio son la preservación de la jurisdicción y la protección de importantes políticas nacionales. Todo ello sin olvidar el acercamiento casuístico que debe tener el juzgador a la hora de resolver la concreta disputa que se le presenta.

Para el Tribunal la concesión del *antisuit injunction* debía mantenerse principalmente porque la actuación de KPMG Bélgica ante el juzgado belga únicamente persigue en la práctica menoscabar la jurisdicción del proceso americano, mediante la imposición de sanciones que imposibiliten el *discovery*; los citados documentos son esenciales para que el proceso americano pueda continuar; equitativamente la resolución era correcta, puesto que los documentos existían y eran conocidos, no siendo una labor de exhibición sin criterio por si se puede

(55) Se solicitó *in audita parte (ex parte)* el día de acción de gracias, que es festivo en Estados Unidos.

(56) Cuyo objeto era la exhibición de los documentos mencionados.

obtener una prueba interesante (57); había otros medios para intentar cumplir con la normativa belga en controversia, ya fuera mediante solicitudes de confidencialidad en el proceso americano o de clarificaciones en el proceso belga.

A su vez, se rechazaron los argumentos de KPMG Bélgica por cuanto las cartas rogatorias son costosas y requieren un tiempo considerable. Además el Tribunal tuvo en cuenta que Bélgica no es un estado firmante de la Convención de La Haya, de 18 de marzo 1970, sobre la toma de evidencia en el extranjero en materia civil o mercantil (58); y que los tribunales no tienen que agotar todas las alternativas legales posibles antes de emitir una medida cautelar antijuicio.

Por último, el Tribunal reforzó las facultades de los órganos judiciales americanos para conceder estas medidas cautelares en el hecho de que KPMG Bélgica había intervenido lucrativamente en el mercado estadounidense, por lo que debía prever las consecuencias de que podía ser denunciado y debe ser respetuoso con el sistema judicial americano.

Esta resolución es interesante a efectos de este artículo, ya que muestra ilustrativamente el posicionamiento conservador para la estimación de los *antisuit injunctions*. A su vez, refleja algunos aspectos comentados, como el establecer la jurisdicción por el criterio personal, el balance de los factores que son tenidos en cuenta por los tribunales americanos, así como sus justificaciones para emitir este tipo de medidas cautelares.

D) *Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 500 F.3d 111 (2nd Cir. 2007)

El asunto de este litigio se inició en 1994, cuando Karaha Bodas Company LLC (en lo sucesivo, «KBC»), una sociedad de las islas Cayman propiedad de empresas e inversores estadounidenses, celebró un contrato de colaboración (59) para explorar y desarrollar ciertos recursos energéticos en Indonesia con Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (en adelante, «Petarmina»).

En dicho contrato las partes establecieron que las disputas se resolverían mediante un arbitraje vinculante en Ginebra conforme a las normas UNCITRAL (60). A su vez, las partes acordaron que el contrato se regiría por la Ley indonesia.

(57) Conocida como *fishing practice*, o práctica de pescar.

(58) Cuya denominación en español jurídico parece que debería ser «sobre la práctica de la prueba».

(59) Llamado *joint venture*, en el cual se regula la forma de participación y desarrollo del proyecto.

(60) Cuyas siglas responde a Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law*). Es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil

En 1998 el gobierno indonesio suspendió el proyecto. KBC inició el correspondiente proceso arbitral reclamando 600 millones de dólares americanos por los daños sufridos. El panel arbitral condenó a Petarmina a pagar más de 261 millones de dólares estadounidenses junto a un 4 por 100 de interés anual que debía empezar a computar desde el 1 de enero de 2001.

Petarmina intentó anular el laudo arbitral en Suiza, pero el Tribunal Supremo suizo desestimó sus pretensiones en agosto de 2001.

A comienzos de 2001, KBC inició un proceso en el distrito sur de Tejas para reconocer el laudo arbitral. En primera instancia se reconoció. Mientras estaba tramitándose la apelación por dicho reconocimiento, Petarmina interpuso una demanda en los juzgados de Yakarta (Indonesia), solicitando la anulación del laudo y una orden prohibiendo a KBC ejecutar el laudo.

En respuesta a dicha actuación, KBC obtuvo una medida cautelar antijuicio frente al proceso indonesio. A su vez, el juzgado indonesio emitió otra medida cautelar antijuicio prohibiendo a KBC ejecutar el laudo, obligando a pagar la cantidad de 500.000 \$ por día que se infrinja la mencionada prohibición. Además, el juzgado indonesio anuló el laudo (61). Contra tal medida cautelar, KBC consiguió un nuevo *antisuit injunction* prohibiendo a Petarmina ejecutar la medida cautelar indonesia e ingresar las cantidades que pudieran generar las sanciones que se impusieran a KBC por incumplirla.

Posteriormente, el Tribunal de Apelación correspondiente (*United States Court of Appeals, Fifth Circuit*), revocó la primera medida cautelar antijuicio concedida en Estados Unidos (la emitida frente al proceso indonesio y no contra el *antisuit injunction* dictado en él). Este pronunciamiento (62), considerado como uno de los conservadores para la concesión de las medidas cautelares estudiadas, estimó que el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, permite la concurrencia de varios procesos, siendo difícil entrever cómo el proceso

a nivel mundial durante más de cuarenta años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. Dentro de tales actividades está la promoción del arbitraje conforme a su reglamento. Vid. http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html consultada el 4 de febrero de 2012 a las 17:00.

(61) Contraviniendo el principio de Derecho internacional privado de que los laudos solo pueden anularse por los órganos judiciales del país en el que, conforme a su Ley, ha sido dictado el laudo. Es decir, no la ley aplicable a la resolución de la controversia, sino la ley aplicable al proceso arbitral (de un poder soberano y por ello distinta a las diversas normas que pueden regir un proceso arbitral como UNCITRAL). Vid. artículo V.1e) Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pág. 351, la sentencia analizada y otras como *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys «R» Us, Inc.*, 126 F. 3d 15 (2nd Cir. 1997), *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*, 524 F. Supp. 2d 332 (2007).

(62) Vid. *Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335, F. 3d 357 (2003).

indonesio puede suponer una relevante inequidad que habilite el otorgamiento del *antisuit injunction*. En este sentido, el Tribunal de Apelación del quinto circuito precisó que no era su función proteger a KBC de todos los obstáculos legales que pueda tener en países extranjeros como resultado de un arbitraje internacional o de la disputa comercial que en él se resuelve.

En marzo de 2004, el Tribunal Supremo indonesio revocó la resolución judicial indonesia que anulaba el laudo y dictaba la medida cautelar antijuicio indonesia. A su vez, aclaró que solo los tribunales suizos podían anular el laudo. En ese mismo mes, Tribunal de Apelación del quinto circuito confirmó el reconocimiento del laudo arbitral efectuado en primera instancia, concluyendo que la resolución indonesia sobre la anulación del laudo no implicaba la revocación del reconocimiento en Estados Unidos, porque únicamente los órganos judiciales suizos estaban facultados para poder anular el laudo (63).

Sin perjuicio de lo anterior, KBC solicitó el reconocimiento del laudo arbitral en Canadá, Hong Kong y Singapur (64), obteniéndolo solo en los dos primeros países y consiguiendo fondos únicamente en Hong Kong.

En el ínterin de las mencionadas actuaciones judiciales, KBC también inició el proceso de reconocimiento del laudo en el distrito sur de Nueva York (65), donde había detectado unas cuentas con grandes cantidades de las que Petarmina parecía ser la titular. En ese proceso se alegó que Petarmina no era la propietaria de ese dinero, sino el gobierno indonesio. Se resolvió que Petarmina sí era propietaria de parte de ese dinero, reconociéndose el laudo y permitiéndose la ejecución respecto a las cantidades que era propietaria. Tras la correspondiente apelación, la resolución de primera instancia fue confirmada por el Tribunal de Apelación del primer circuito (*United States Court of Appeals, First Circuit*).

No obstante, Petarmina presentó una demanda en las islas Cayman en septiembre de 2006 argumentando que el laudo se dictó fraudulentamente. Petarmina reclamaba daños además de otra variedad de acciones. Entre ellas se encontraba la conocida como *Mareva injunction* (66), para que se prohibiera a KBC disponer de cualquier fondo proveniente del laudo arbitral.

(63) Es decir, que tres distintos órganos judiciales reconocen el mencionado principio sobre la competencia de anulación de los laudos. Asimismo, habría que precisar que la aclaración realizada por este Tribunal de Apelación se debe a que desconocía en ese momento la sentencia del Tribunal Supremo indonesio.

(64) En Hong Kong desistió de su acción.

(65) Aunque fue por vía indirecta, puesto que la acción de reconocimiento recaía sobre la resolución tejana de reconocimiento del laudo arbitral.

(66) Siguiendo a GILSANZ USUNAGA, ésta puede definirse «como una orden judicial provisional acordada siempre inaudita parte (*ex parte*), que prohíbe al demandado disponer de sus bienes mientras dure el proceso». Conforme a este autor, esta medida cautelar obliga a su destinatario, pero no se dirige, al menos directamente, contra sus bienes. Es decir, opera *in personam*. Cfr., *op. cit.*, pág. 201. También se han pronunciado otros autores españoles. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares de proceso civil extranjero. La worldwide*

En respuesta a la acción ejercitada en las islas Cayman, KBC instó una medida cautelar consistente en prohibir a Petarmina: (i) continuar con las acciones en las islas Cayman, u otras similares en cualquier lugar, y (ii) restringir a KBC de disponer de los fondos obtenidos del laudo. Se concedió la medida cautelar en primera instancia, declarando que los fondos recuperados por KBC en relación con las resoluciones objeto de la controversia eran propiedad de KBC, que KBC tenía todo el derecho a disponer de dichos fondos como creyera conveniente, y que, en el supuesto de que Petarmina obtuviera por cualquier razón una orden en las islas Cayman o cualquier otro juzgado, basados en asuntos relacionados con el laudo arbitral, intentando interferir con los derechos de KBC de disponer de los fondos, KBC no tenía ninguna obligación de cumplirla. Mientras la apelación sobre la medida cautelar se tramitaba, KBC obtuvo una autorización judicial para distribuir los 263 millones de dólares americanos entre sus accionistas. Lo cual supuso que la posible *Mareva injunction* que se estaba dirimiendo en las islas Cayman careciera de objeto de forma sobrevenida, puesto que no había ningún tipo de jurisdicción personal sobre los accionistas de KBC.

El Tribunal de Apelación del primer circuito empezó recordando que el criterio de revisión es si se ha producido un abuso de discreción en la concesión del *antisuit injunction*. Aspecto que ya reconoce el margen discrecional pero no arbitrario que hay para otorgar esta medida cautelar.

Posteriormente, insistió en la aplicación del conocido como *China Trade Test* previamente expuesto, con la explicación de que todos los factores adicionales mencionados anteriormente deben ser tenidos en cuenta. A su vez, enfatizó que un *antisuit injunction* debe acordarse cuando los elementos analizados son favorables a su concesión para proteger una sentencia federal (67).

La sentencia estima que el juzgador de primera instancia erró al no aplicar el *China Trade Test*, pero entiende que analizadas las circunstancias del caso dicho test sí se cumple. Y ello porque las partes procesales son las mismas y la acción que se resuelve en la jurisdicción del distrito sur de Nueva York es dispositiva de la ejercitada en las islas Cayman (68). Respecto a este segundo aspecto, el Tribunal de Apelación del primer circuito sostiene que la pretensión iniciada en la jurisdicción extranjera no es de ninguna manera independiente

Mareva injunction, Comares, Granada, 1998, págs. 149 a 151. Por supuesto, también hay pronunciamientos judiciales americanos sobre esta figura cautelar. Vid. *Hoxworth v. Blinder, Robinson Co.*, 903 F. 2d 186 (3rd Cir. 1990), *Rosen v. Cascade International*, 21 F. 3d 1520 (11th Cir. 1994), *Grupo Mexicano de Desarrollo, S. A. v. Alliance Bond Fund, Inc.* 119 US 537 (1999), *SEC v. Cavanagh*, 445 F.3d 105 (2nd Cir. 2006). Aunque hay que matizar que esta sentencia excluye la aplicación de esta medida cautelar en el circuito primero, después de definirlo de la misma manera de cómo se ha comentado previamente.

(67) Alusión al caso concreto que parece extrapolable a la protección de la jurisdicción estadounidense en general, ya sea federal o estatal.

(68) Nos remitimos a lo previamente comentado sobre la utilización de la palabra dispositivo.

del laudo arbitral y del proceso ejecutivo neoyorquino. A su vez, se declara que las acciones presentadas en las islas Cayman (69) ya han sido resueltas en Estados Unidos mediante los procesos de reconocimiento y de ejecución del laudo arbitral (70).

El Tribunal de Apelación del primer circuito señala que comparte el criterio anteriormente comentado del Tribunal de Apelación del quinto circuito sobre la no necesidad de proteger de todos los obstáculos legales asociados a los litigios extranjeros sobre el laudo (71). A su vez, indica que los tribunales federales no pueden pronunciarse sobre si otras jurisdicciones deben o no reconocer o ejecutar un laudo arbitral (72). Aunque indica que los tribunales federales sí tienen jurisdicción para proteger sus propias resoluciones cuando puedan ser menoscabadas por litigios vejatorios (73) en otras jurisdicciones.

Asimismo, la sentencia determina que los tribunales de las islas Cayman no tienen competencia para poder anular o modificar el laudo en virtud de la Convención de Nueva York. El Tribunal de Apelación incluso remarca que Petarmina no alega que las acciones ejercitadas en las islas Cayman se interpongan al amparo del referido Convenio. Estas consideraciones son las que según la sentencia motivan que se deba proteger la regulación establecida en el Convenio de Nueva York sobre la ejecución de laudos arbitrales internacionales, incluso prohibiendo a las partes comenzar procesos extranjeros si es necesario. Es decir, mediante *antisuit injunctions*. Interpretación que es especialmente interesante por la relación entre los laudos arbitrales internacionales y la medida cautelar analizada en este artículo.

A su vez, la sentencia recuerda que uno de los principales aspectos del *China Trade Test* es proteger importantes políticas públicas. La promoción del

(69) El Tribunal de Apelación entiende que tales acciones realmente pretenden declarar que el juzgado de primera instancia (*district court*) actuó erróneamente al reconocer y ejecutar el laudo, así como conseguir recuperar los fondos obtenidos por KBC en relación con el laudo arbitral.

(70) Para ello la sentencia aclara que considera que el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, permite tratar las sentencias federales como dispositivas en relación con las acciones ejercitadas en las islas Cayman.

(71) Vid. *Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335, F. 3d 357 (2003), aunque aclara que cuando resolvió el otro Tribunal de Apelación era posible que hubiera un proceso en Indonesia sobre el laudo bajo el Convenio de Nueva York, pero cuando conoce el asunto el Tribunal de Apelación del primer circuito tal proceso no puede tener lugar por el pronunciamiento del Tribunal Supremo indonesio que se comentó antes.

(72) Precisión que se realiza respecto al amplio pronunciamiento de primera instancia sobre las acciones que pudiera ejercitar Petarmina que perjudicaran los derechos de KBC en relación con el laudo.

(73) No debemos olvidar que alude al concepto de litigio vejatorio que fue previamente expuesto.

arbitraje es una de las relevantes políticas públicas del estado de Nueva York. El objetivo de tal política es resolver controversias eficientemente y evitar unos largos y costosos procesos. Pero tales fines no se cumplirían si se permite que Petarmina proceda con los litigios que pretenden dejar sin efecto el laudo arbitral que ha sido reconocido y ejecutado en el estado de Nueva York.

El Tribunal de Apelación del primer circuito también considera que nos encontramos ante un caso de litigio vejatorio (74), ya que las acciones en las islas Cayman persiguen dejar sin efecto las resoluciones judiciales estadounidenses sobre el laudo arbitral, retrasando su ejecución y provocando el mayor gasto posible.

También se analiza el elemento de las relaciones internacionales. A este respecto se determina que éste tiene una fuerza menor cuando un tribunal ha dictado una sentencia sobre el mismo asunto y las mismas partes. Se recuerda que los tribunales federales deben ser cautelosos cuando concedan medidas cautelares que puedan impedir a las partes ejercitar acciones de reconocimiento o anulación de laudos arbitrales al amparo del Convenio de Nueva York.

Por todo lo anteriormente comentado, el Tribunal de Apelación del primer circuito confirma la resolución de primera instancia, modificando ligeramente el tenor de la misma al declarar que tal medida cautelar no tiene efecto alguno sobre procesos que se inicien en virtud del Convenio de Nueva York en otras jurisdicciones o que pretendan la anulación de buena fe del laudo arbitral.

De lo expuesto podemos observar que esta sentencia es especialmente interesante por diversos aspectos. Contiene un ejemplo muy ilustrativo de cuando parece procedente la adopción de este tipo de medida cautelar. A su vez, confirma los elementos a tener en cuenta para su concesión. Pero su mayor interés es el análisis que realiza respecto a la aplicación de los *antisuit injunctions* derivados de arbitrajes internacionales, así como la relación de esta medida cautelar con el Convenio de Nueva York.

E) *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*, 524 F. Supp. 2d 332 (2nd Cir. 2007)

La parte actora de este litigio es una sociedad noruega de telecomunicaciones, Telenor Mobile Communications AS (en adelante, «Telenor»). Esta compañía y la demandada, la sociedad ucraniana Storm LLC (75) (en lo sucesivo, «Storm»),

(74) Curiosamente, en este pronunciamiento el Tribunal parece ser contrario a la concurrencia de procesos paralelos basándose en su previa sentencia *China Trade & Dev. Corp. v. MV Choong Yong*, 837 F. 2d 33 (2^d Cir. 1987), a pesar de ser un principio unánimemente admitido en Estados Unidos.

(75) Hay que señalar que era una sociedad cuyo único negocio era la tenencia de la acciones de Kyivstar G.S.M., formando parte de un grupo de empresas entre las que se en-

eran las titulares de las acciones de una mercantil ucraniana de telecomunicaciones Kyivstar G.S.M. (en adelante, «Kyivstar»). La controversia reside en la validez y eficacia de un acuerdo de socios suscrito por ambas compañías en el año 2004, cuando Storm obtuvo un 40 por 100 de las acciones. El objeto del acuerdo de socios era regular los derechos en la administración de la sociedad que concede la Ley ucraniana.

Antes de firmar el acuerdo de socios, Storm le proporcionó una serie de garantías a Telenor respecto a las facultades de Storm para comprar las acciones de Kyivstar, del director general, Valeriy Vladimirovich Nilov, para suscribir el acuerdo de socios en representación de Storm, así como un acuerdo con aprobación unánime de los socios de Storm que específicamente autorizaba a Valeriy Vladimirovich Nilov a concluir el acuerdo de socios en nombre de Storm.

El acuerdo de socios se ejecutó sin disputas durante un año. Transcurrido ese tiempo, Telenor denunció que Storm estaba incumpliendo el acuerdo porque: i) no asistía a las juntas generales de accionistas; ii) no nombraba a cargos en el Consejo de Administración; iii) no asistía a las reuniones del Consejo de Administración; iv) no participaba en la administración de Kyivstar, incluyendo la adaptación de la sociedad a una modificación legislativa que había tenido lugar; v) competía con Kyivstar con otras dos empresas ucranianas que poseía parcialmente. En consonancia con lo anterior, en febrero de 2006 Telenor inició el correspondiente proceso arbitral al amparo del sometimiento expreso al mismo que se establecía en el acuerdo de socios, ejercitando diversas acciones, y solicitaba unas medidas cautelares para evitar los incumplimientos descritos. La acción principal era una reclamación de daños y perjuicios.

Storm contestó a la demanda en el proceso arbitral y nombró a uno de los árbitros. Sin perjuicio de lo anterior, y sin notificación alguna a Telenor o a los árbitros, Alpren, que tenía el 49,9 por 100 de las acciones de Storm, comenzó un proceso en los juzgados mercantiles ucranianos para que se declara la invalidez del acuerdo de socios.

Storm participó como demandada en dicho proceso. En concreto, un director general distinto de Valeriy Vladimirovich Nilov, Vladim Klymenko se opuso verbalmente. Algunos hechos de ese juicio resultan curiosos como señala la sentencia analizada, por cuanto la persona que compareció no era abogado, no se presentó escrito alguno, y la persona que intervino era simultáneamente vicepresidente de Altimo (76). El juicio duró veinte minutos. El pleito terminó con una sentencia que declaró inválido el acuerdo de socios, porque Valeriy

contraban Altimo Holdings & Investment Limited y Alpren Limited. Aspecto que es relevante, puesto que en el transcurso de la controversia se alega que la medida cautelar afectaba a terceros que no eran parte del litigio ni del acuerdo de socios.

(76) A estos efectos hay que recordar lo anteriormente dicho respecto al grupo empresarial.

Vladimirovich Nilov se excedió en sus facultades cuando firmó el acuerdo de socios.

Storm apeló la sentencia, sin presentar un solo escrito. Nuevamente, de forma oral comentó que no tenían competencia los juzgados ucranianos porque existía un proceso arbitral. Pero no presentó prueba alguna sobre su existencia, respecto a las facultades de Valeriy Vladimirovich Nilov o sobre otros hechos relevantes para el litigio. La sentencia de primera instancia fue confirmada.

Una vez obtenida la sentencia de apelación, y tras unas tácticas dilatorias del proceso, Storm se opuso a la competencia del tribunal arbitral porque los juzgados ucranianos ya habían resuelto la controversia.

El Tribunal arbitral por unanimidad emitió un laudo parcial en el que: i) no aceptaban que la sentencia ucraniana impidiera que conociera del asunto; ii) entendían que la sentencia no les vinculaba respecto a la solución de la disputa; iii) consideraban que Valeriy Vladimirovich Nilov tenía en todo caso facultades para firmar el convenio arbitral contemplado en el acuerdo de socios; iv) resaltó que no se tuvo en consideración por los órganos judiciales ucranianos la independencia del convenio arbitral porque ni Alpren ni Storm lo alegaron.

En noviembre de 2006, Storm obtuvo una clarificación de los tribunales ucranianos respecto a la sentencia, declarando que el convenio arbitral también era inválido y que los actos de las partes y los árbitros contrarios a la sentencia constituirían una violación de la misma.

Storm también inició un proceso en Nueva York para suspender el proceso arbitral y obtener la nulidad del laudo parcial. Se rechazó su pretensión. Posteriormente, Alpren demandó a Klymenko como director general de Storm en Ucrania. Nuevamente sin notificación a Telenor o a los árbitros. En dicho proceso consiguió una medida cautelar que prohibía a Telenor, Storm y Klymenko participar en el proceso arbitral. Nuevamente se instó la suspensión del arbitraje en virtud de esa resolución ucraniana en diciembre de 2006. Telenor solicitó en Nueva York la imposición de la obligación de continuar con el arbitraje y un *antisuit injunction* contra Storm. El juzgado consideró que el litigio era vejatorio y concedió las pretensiones de Telenor.

En la vista del proceso arbitral, Storm declaró que estaba vinculada por las resoluciones ucranianas, abandonó la sala y no participó más en la vista. Ante el Tribunal arbitral se practicó numerosa prueba como declaraciones de testigos, pruebas documentales, etc. Storm sí participó en alegaciones posteriores a la vista.

En agosto de 2007, el Tribunal arbitral dictó el laudo final: i) reafirmando el laudo parcial; ii) declarando que su actuación era conforme con las normas UNCITRAL y con la medida cautelar concedida en Nueva York; iii) que el acuerdo de socios era válido y vinculante entre las partes; iv) que Storm había incumplido dicho acuerdo compitiendo a través de sociedades participadas y mediante el resto de infracciones alegadas por Telenor; v) no condenó a daños porque Telenor no pudo probarlos; vi) ordenó medidas cautelares para evitar los

incumplimientos que había declarado, incluyendo un *antisuit injunction* prohibiendo a Storm o cualquiera que actúe en connivencia con ella a iniciar litigios relacionados o en conexión con las obligaciones contenidas en el acuerdo de socios.

Los tribunales ucranianos no reconocieron el laudo final. A este respecto, la sentencia sostiene que aunque los órganos judiciales ucranianos no pueden anular el laudo arbitral, sí pueden dificultar de manera relevante la capacidad de ejecutarlo (77).

Sin perjuicio de otros aspectos analizados en la sentencia que no son interesantes a efectos de este artículo, puesto que no tratan sobre los *antisuit injunctions*, se resuelve el mantenimiento de la medida cautelar antijuicio que se contenía en el laudo arbitral. A estos efectos se desestima la oposición de Storm por el hecho de que afecte a terceros, incluido Ernst & Young, puesto que también se incluyó dentro del ámbito del *antisuit injunction* unas acciones ejercitadas contra el encargo que se le hizo de auditar a Kyivstar (78).

En este sentido, la sentencia resulta especialmente clarificadora, puesto que matiza que la cuestión sobre esta institución cautelar no es si un tribunal puede emitirlo para proteger su jurisdicción, sino si las partes habían facultado a los árbitros para poder adoptar este tipo de medidas cautelares. Hecho que declara probado la sentencia, puesto que el convenio arbitral les facultaba con una extremadamente amplia competencia para acordar cualquier tipo de medida que estimaran justa y equitativa.

Además, la sentencia considera que el *China Trade Test* se cumplía, porque el laudo arbitral resolvía cuestiones relacionadas con el contrato (79). Entre otras razones, porque la negativa a auditar Kyivstar y a suministrar la información financiera que necesitaba desde el año 2006, estaba ocasionando un claro perjuicio económico a la compañía, pudiendo originar el impago de algunas deudas, que la calificación para conceder créditos se rebajara y que incluso no pudiera obtener financiación. A su vez, el persistente incumplimiento de Storm no permitía que Kyivstar se adaptara a la legislación ucraniana por su falta de participación en la administración de la sociedad. Esto implicaba según la

(77) Sobre todo en este caso en que la controversia versa sobre un acuerdo de socios de una compañía ucraniana, por lo que la ejecución relevante es la que pueda tener lugar en Ucrania.

(78) Según Storm, Kyivstar no podía contratar servicios de auditoría según una orden de los juzgados ucranianos. Además inició un proceso en dichos juzgados para anular los referidos contratos de servicios de auditoría.

(79) Siguiendo otras sentencias que establecían que cuando se utiliza un lenguaje amplio en un convenio arbitral, se presume que todas las controversias relacionadas con el contrato están sometidas a arbitraje. Vid. *Louis Dreyfus Negoce S.A. v. Blystad Shipping & Trading Inc.*, 252 F.3d 218 (2nd Cir. 2001), *ACE Capital Re Overseas Ltd. v. Central United Life Ins. Co.*, 307 F.3d 24 (2nd Cir 2002).

sentencia que el comportamiento de Storm violara cuanto menos la obligación de actuar de buena fe contemplada en el acuerdo de socios.

Desde esa perspectiva se sostiene que el *antisuit injunction* es necesario para evitar futuros incumplimientos de Storm del acuerdo de socios. Y para ello es preciso que también obligue a quien actúe en connivencia con ella, y muy especialmente a Alpren, de continuar con las acciones mencionadas en la medida cautelar concedida por el Tribunal arbitral. A este respecto se indica que hay múltiples razones para que pueda vincular a terceros, como la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo (80) al grupo empresarial (81). Todo ello sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial que reconoce a los tribunales judiciales la competencia para conceder medidas cautelares antijuicio que prohíban a terceros actuaciones que menoscaben los derechos de las partes de un proceso arbitral (82).

En consonancia con el razonamiento y las conclusiones expuestas, la sentencia estimó las pretensiones de Telenor, rechazando la oposición de Storm. Este pronunciamiento resulta interesante ya que, además de mostrar nuevamente un ejemplo claro de las circunstancias en las que se conceden y su relación con el arbitraje, muestra cómo estas medidas pueden vincular a terceros y se pueden adoptar a favor de procesos arbitrales que ya han sido resueltos mediante el laudo final.

III. POSIBLE UTILIZACIÓN DE ESTA FIGURA EN DERECHO ESPAÑOL

Toda trasposición de una figura de otro ordenamiento jurídico requiere un estudio detallado y profundo, que excede el objeto de un artículo doctrinal. Sin perjuicio de lo anterior, se van a analizar de una forma sucinta los principales aspectos que influirían en la posible incorporación de esta medida cautelar a nuestro sistema jurídico.

Entre los aspectos que sugieren que no se podría acordar los *antisuit injunctions* en Derecho español se encuentra el hecho que la adopción de esta clase de medida ha sido expresamente denegada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (83). Principalmente porque entiende que la concesión

(80) En inglés, *veil piercing*.

(81) En este sentido, la sentencia señala que los intereses de Storm y Alpren en el litigio son idénticos, como ha demostrado sus actuaciones en los pleitos vejatorios mantenidos en Ucrania.

(82) Vid. *Rintin Corp., S.A. v. Domar, Ltd.*, 476 F. 3d 1254 (11th Cir. 2007).

(83) Vid. *Turner v. Grovit*, C-159/02, de 27 de abril de 2004 (TJCE 2004/98) (en pleno). En concreto, en esta sentencia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que este tipo de medidas «se opone a que se dicte una orden conminatoria mediante la cual un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional

de estas medidas cautelares impediría la aplicación de las normas relativas a la litispendencia y conexidad contenidas en el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, el «Reglamento»), así como que el empleo de esta institución cautelar conlleva la apreciación del otro proceso como abusivo. Lo cual supone una infracción del principio de reconocimiento mutuo que rige el Derecho comunitario.

El citado posicionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido motivo de fuertes críticas (84). De hecho algunos autores (85) entendían que sí era posible su concesión dentro del ámbito del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones en materia civil y mercantil y protocolo anejo, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (en lo sucesivo, el «Convenio»). Aunque la sentencia comentada es coherente con posturas doctrinales (86) anteriores al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En consecuencia, parece que los *antisuit injunctions* no pueden aplicarse dentro del ámbito del Reglamento.

De igual manera se han pronunciado los tribunales alemanes, por considerar esta clase de medidas cautelares contrarias a la soberanía alemana, a su orden público y constituir una injerencia inadmisible en la competencia exclusiva de los tribunales alemanes para resolver sobre su propia competencia (87).

No obstante, eso no impediría que los Estados miembros a nivel interno puedan establecer dicho mecanismo dentro de su jurisdicción o fuera del ámbito del referido Reglamento comunitario, ya que no está prohibido por los tratados y los Estados miembros siguen siendo soberanos (88), a pesar de las cesiones de soberanía que han realizado en los diversos tratados constitutivos de la Unión Europea (89).

de otro Estado contratante, aún cuando dicha parte actúe de mala fe con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso».

(84) Vid. BRIGGS, «The impact of recent judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, núm. 124 (2005), págs. 231 y sigs.

(85) Vid. FENTIMAN, R., «Antisuit injunction and the Bruxelles Convention», *The Cambridge Law Journal*, v. 59, 2000, págs. 45 y sigs., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, págs. 58 y 59.

(86) Vid. CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Medidas cautelares y comercio internacional», en *Medidas cautelares y Juzgados de lo Mercantil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, XVIII-2004, pág. 460, ORTIZ PRADILLO, J. C., *op. cit.*, págs. 57 y 58.

(87) Vid. Sentencia del *Oberlandesgericht* (OLG) de Düsseldorf, de 10 de enero de 1996, publicada en ZZZ, v. 109, 1996, págs. 221 y sigs.

(88) No obstante, hay que precisar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha indicado que la aplicación de las normas procesales nacionales no puede contravenir la eficacia del Convenio. Vid. *Hagen*, de 15 de mayo de 1990 (TJCE 1990/156).

(89) Vid. ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1998, págs. 52 y sigs.

En sentido negativo también habría que mencionar que parte de la doctrina (90) considera que no parece posible adoptar medidas cautelares que se dirijan sobre la persona del demandado. En consecuencia, parece que tampoco cabría conceder un *antisuit injunction*, aunque como posteriormente se comentará, sí ha habido pronunciamientos judiciales que han estimado que se pueden emitir órdenes de prohibición y que las medidas cautelares pueden afectar a los derechos (ejercitar acciones judiciales o arbitrales) o el patrimonio (las posibles multas por el incumplimiento) (91).

Pero también hay una serie de factores que sugieren que sí se podría conceder esta medida cautelar en el ordenamiento español. Así, el artículo 726 de la LEC permite el otorgamiento de cualquier medida directa o indirecta que reúna los requisitos exigidos en él: ser conducente a hacer posible la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y no ser susceptible de ser sustituida por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 25 de noviembre de 2004 (JUR 2005/35735), en su Fundamento de Derecho segundo ilustrativamente dice:

«Por lo que se deja gran libertad al Juez para acordar medidas cautelares, exigiendo que la medida cautelar que se acuerde reúna estos dos requisitos: que esté exclusivamente dirigida a hacer posible una futura e hipotética ejecución; que la medida cautelar que se pide sea “racional y proporcionada” o lo que es igual: que no pueda ser sustituida por otra medida de igual eficacia y menor onerosidad, por lo que se puede acordar otra medida menos gravosa».

(90) Cfr. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R., *Ley de Enjuiciamiento Civil y Leyes Complementarias*, 18ª ed., Colex, Madrid, 2010, pág. 883.

(91) En este sentido, en el ordenamiento español no hay una figura que claramente se identifique con el *contempt* del Derecho estadounidense. Si bien, podemos observar instituciones similares con las que se puede obtener resultados parecidos como el artículo 708 de la LEC, o la regulación de la estafa procesal en el artículo 250.1.7.º del Código Penal. Así, la conducta que hemos podido analizar en las sentencias estudiadas podría encuadrarse dentro del delito de estafa procesal. A este respecto, ORTIZ ÚRCULO, siguiendo varias sentencias como las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 4 de marzo de 1997 (RJ 1997/1830) y de 30 de 9 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6842) ha comentado que *«fue doctrina jurisprudencial la de que no resulta jurídicamente superflua la concepción y apreciación de la estafa procesal como resultado de actuaciones seguidas ante jurisdicciones diversas, pues aunque no sea, en principio, admisible la idoneidad abstracta del proceso como medio de configurarla, sí cabe y es posible admitir su idoneidad concreta cuando las maniobras preparatorias del mismo y las torticeramente empleadas en su tramitación y desarrollo presentan un grado de verosimilitud suficiente para engañar, hacer ineficaces los medios de control del órgano jurisdiccional y determinar que el juzgador sea razonablemente persuadido a pronunciar una decisión así predeterminada, de la que sobreviene un perjuicio económico para una de las partes, con el equivalente correlativo beneficio para la otra; doctrina esta aplicable a la figura defraudatoria que sanciona el fraude procesal»*. Cfr. *Código Penal*, 13ª ed., Colex, Madrid, 2010, pág. 861.

Los referidos elementos concurren en los *antisuit injunctions*, como se ha explicado anteriormente (92), y son coherentes con lo postulado al respecto por la jurisprudencia (93) y doctrina española (94) sobre los requisitos que deben cumplir las medidas cautelares innominadas. Así, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 21 de abril de 2004 (AC 2004/17179), en su Fundamento de Derecho duodécimo:

«Pero solo conviene el calificativo de medida cautelar a la actuación directa o indirecta sobre los bienes y derechos del demandado que sea, a la vez, “...exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente”».

Y en nuestro caso nos encontramos con que un *antisuit injunction* supone una actuación directa sobre un derecho de una parte mediante una prohibición (95) a ejercitar o continuar acciones judiciales o arbitrales. Este derecho se ve limitado mediante una posible actuación directa sobre su patrimonio o incluso derecho a la libertad. Por tanto, bajo el prisma amplio de la sentencia reproducida si sería posible su adopción.

En igual sentido, podemos comprobar cómo esta medida cautelar también podría acordarse en un proceso arbitral, tanto al amparo de la ley (96), como de los reglamentos de las correspondientes cortes arbitrales (97).

Asimismo, hay que destacar que algún autor español como GARCIMARTÍN ALFÉREZ (98) se ha pronunciado de forma favorable para su utilización tanto

(92) Vid. Apartado II.1.

(93) Vid. Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/115061); Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 20 de enero de 2006 (JUR 2006/116165) y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de diciembre de 2006 (JUR 2007/180405).

(94) Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J.; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.ª, y CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 40 y 41, FONTESTAD PORTALÉS, L., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pág. 539, ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Comares, Granada, 1998, pág. 6 y sigs.

(95) La posibilidad de que una medida cautelar consista en prohibiciones está expresamente contemplada en el artículo 726.2 de la LEC, y ha sido admitida por nuestros tribunales. Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/115061), Fundamento de Derecho segundo.

(96) Vid. art. 23 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

(97) Vid. art. 29 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid.

(98) Cfr. *op. cit.*, págs. 58 y 59.

en el régimen del actual Reglamento (99), como en Derecho español (100). Y ello porque entiende que permite evitar los riesgos típicos del fraccionamiento normativo. En el caso concreto analizado por este autor, tal riesgo es la iniciación de un proceso paralelo en otro estado, que frustre la eficacia de la sentencia española al imposibilitar o dificultar el reconocimiento de dicha resolución en la otra jurisdicción. Aunque también especifica (101) como razones para su adopción que el otro foro sea «poco fiable», que vaya a resolverse por un Derecho inadecuado (102), que exista una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales españoles, que sirva para evitar litispendencia internacional o para evitar posteriores excepciones al *exequatur* en la otra jurisdicción (103). Asimismo este autor (104) considera que la medida cautelar es respetuosa con la soberanía del otro estado, «ya que en realidad lo que se limita a afirmar es que él es tribunal competente para conocer el litigio, y no otro».

Otra perspectiva interesante la ofrece REQUEJO ISIDRO (105), que estima que estas medidas cautelares no serían reconocibles en España al amparo del Convenio por infringir los artículos 117.1 y 24.1 de la Constitución Española, porque «el Tribunal español que reconociera una antisuit injunction a los efectos de cosa juzgada, o que pronunciara una declaración de ejecutividad, crearía un obstáculo al acceso al proceso a los fines mismos de examinar si concurren o no los presupuestos procesales que condicionan este acceso», y desconocería «el axioma conforme al cual a cada juez corresponde estimar su competencia, vulnerando el derecho y la confianza del particular de obtener de los Tribunales de la jurisdicción a la que acude la primera y básica decisión sobre los presupuestos procesales, adoptada, en virtud de mandato constitucional, de manera independiente y bajo el exclusivo imperio de la ley». Sin embargo, esta autora sí considera que podría reconocerse este tipo de medidas cautelares cuando resulta aplicable el Derecho internacional privado español.

(99) El autor se refería al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, que ha sido incorporado al ordenamiento comunitario mediante el Reglamento. Según GARCIMARTÍN ALFÉREZ, cuando el proceso aún no se ha iniciado, y que por tanto no opera el artículo 21 del Convenio citado, podría concederse esta medida fundamentalmente cuando hay cláusulas de sumisión a la jurisdicción en la que se acuerda el *antisuit injunction*.

(100) Aunque se alude al artículo 1.428 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, entendemos que dichos postulados siguen siendo plenamente aplicables al amparo del artículo 726.1.1.º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

(101) Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, pág. 58.

(102) Lo cual recuerda a la doctrina del *forum non conveniens* previamente expuesta.

(103) Estas últimas razones parece que pretenden evitar las dificultades de la litigiosidad internacional que alguna sentencia estadounidense como *Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 500 F. 3d 111 (2007), rechaza como motivo para conceder un *antisuit injunction*.

(104) Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, pág. 59.

(105) Cfr. *Proceso en el extranjero y medidas antiproseso (antisuit injunctions)*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000, pág. 241.

Por ejemplo, cuando el *antisuit injunction* es otorgado en un país *Common Law* que no sea parte del Convenio o del Reglamento, y la medida cautelar recaiga sobre materias no contempladas o excluidas del Convenio o el Reglamento. En este supuesto REQUEJO ISIDRO (106) sí considera que esta medida cautelar se podría reconocer, puesto que el hecho de que se otorgue inaudita parte no supone un desconocimiento del derecho de defensa y es una solución coherente que se admita el reconocimiento de medidas cautelares (107). Lo cual parece apoyar la postura de que sea admisible su adopción en el ordenamiento español, ya que este permite su reconocimiento.

A su vez, se puede señalar como argumento a favor del uso de esta figura cautelar en nuestro Derecho, que el adoptar esta clase de medidas cautelares parece que es acorde a los postulados de la eficiencia económica que cada vez buscan más algunos sistemas como el estadounidense (108), por cuanto supone un ahorro de costes judiciales que son cuanto menos redundantes (109).

Por consiguiente, de este pequeño análisis preliminar parece que no hay un obstáculo insuperable que no permita la concesión de esta medida cautelar en nuestro Derecho, y sí hay numerosos elementos y necesidades que parecen aconsejar que se permita su utilización.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto a lo largo de este artículo, el uso de la medida cautelar en el sistema estadounidense, e incluso a nivel internacional, es creciente. Tal utilización responde a la paulatina internacionalización de las disputas y el consecuente empleo de las diferentes jurisdicciones por las partes. Aunque las mencionadas necesidades también pueden originarse dentro de nuestro ordenamiento, ya sea por la recepción de los *antisuit injunctions* de otros tribunales o cortes arbitrales, o por la necesidad de evitar dichas acciones en otras jurisdicciones o incluso dentro de nuestra propia jurisdicción, cuando los otros mecanismos previstos como la litispendencia, no permitan evitar el problema de los procedimientos paralelos.

(106) Cfr. REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, págs. 243 y sigs.

(107) En contra de la postura tradicional española que rechazaba el reconocimiento de las medidas cautelares concedidas en procesos extranjeros que comenta la autora. Cfr. REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, págs. 244 y 245.

(108) Vid. COOTER, R. - ULEN, T., *Law & Economics*, 5ª ed., Pearson Addison Wesley, USA, 2008, págs. 472 y 473; MITCHELL POLINSKY, A., *An Introduction to Law and Economics*, 3ª ed., Aspen Publishers, 2003, págs. 157 y sigs.

(109) De hecho, las medidas cautelares, generalmente vinculadas con la propiedad, son objeto de estudio en la materia de *Law & Economics*. Vid. MITCHELL POLINSKY, A., *op. cit.*, págs. 17 a 27, 107 y sigs., COOTER, R. - ULEN, *op. cit.*, págs. 174 y sigs.

Esta figura cautelar consiste en una orden dirigida a una de las partes del proceso para que no inicie o continúe con el ejercicio de la misma acción en otro órgano de resolución de disputas. En el caso de que se incumpla conlleva una imposición de sanciones, e incluso prisión, en Estados Unidos.

Su concesión suele hacerse con cautela principalmente debido a la injerencia que de forma indirecta se realiza en la jurisdicción del otro órgano judicial o arbitral. Pero ello no obsta a que cuando puede producirse un daño sustancial en el proceso se adopte.

El concepto expuesto de *antisuit injunction* parece que podría acogerse en nuestro ordenamiento como medida cautelar innominada, por cuanto cumple los requisitos de nuestro Derecho para ser considerada como tal y no hay unos obstáculos insuperables para su incorporación. Todo ello sin perjuicio de otras razones que aconsejan su empleo en nuestro Derecho como su utilidad e incluso la eficiencia económica que se postula en otros ordenamientos al respecto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BRIGGS, «The impact of recent judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice», en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, núm. 124, 2005.
- CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, V. I, 2ª ed., Comares, Granada, 2001.
- *Textos legales de Derecho Internacional Privado*, V. I, 2ª ed., Comares, Granada, 2001.
- «Medidas cautelares y comercio internacional», en *Medidas cautelares y Juzgados de lo Mercantil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, XVIII-2004, págs. 411 a 600.
- CARON, D., *Resolution of Private International Disputes Coursebook*, núm. 512, Fall, 2008.
- CONTE, A. - NEWBERG, H., «Injunction against other actions», 3 *Newberg on Class Action* § 9:25, 4ª ed., westlaw internacional, 2008.
- COOTER, R. - ULEN, T., *Law & Economics*, 5.ª ed., Pearson Addison Wesley, USA, 2008.
- FENTIMAN, R., «Antisuit injunction and the Bruxelles Convention», en *The Cambridge Law Journal*, v. 59, 2000.
- FLETCHER, G. P. - SHEPPARD, S., *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.
- FRIEDENTHAL, JACK, H. - KANE, MARY, K. - MILLER, ARTHUR R., *Civil Procedure*, 4ª ed., Thomson west, USA, 2005.
- FONTESAD PORTALÉS, L., *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. - TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M. - CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas Cautelares de proceso civil extranjero, La worldwide Mareva injunction*, Comares, Granada, 1998.
- GILSANZ USUNAGA, J., *El proceso civil estadounidense: la tutela cautelar*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- HARNARD, G. - LEVIN, J., «Enjoining state court proceedings», 14A *CJS Civil Rights*, § 342.
- HARTLEY, «Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation», en *American Journal of Comparative Law*, núm. 35, 1987.
- HINSHAW, A. - ZALSKOSKI, L., *Injunctions against state court actions*, 54 Am. Jur. 2d Monopolies and Restraints of Trade, § 667.
- ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1998.
- MESSNER, «The jurisdiction of a Court of equity over persons to compel doing acts outside the territorial limits of the state», en *Minnesota Law Review*, núm. 14, 1930.
- MITCHELL POLINSKY, A., *An Introduction to Law and Economics*, 3ª ed., Aspen Publishers, 2003.
- MUSKUS, T., y KNCKERBOCKER, A., «Overview of Anti-Injunction Act- Proceedings in a state court», 21 *CJS Courts*, § 297.
- ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Comares, Granada, 1998.
- ORTIZ ÚRCULO, J. C., *Código Penal*, 13ª ed., Colex, Madrid, 2010.
- Restatement (Second) Conflict of Laws*, § 53 (1971).
- REQUEJO ISIDRO, M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproseso (antisuit injunctions)*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.
- RUTLEDGE, B., *International Civil Litigation in United States Courts*, 4ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R., *Ley de Enjuiciamiento Civil y Leyes Complementarias*, 18ª ed., Colex, Madrid, 2010.
- The bluebook. A uniform system of citation*, The Harvard Law Review Association, 18ª ed., USA, 2006.
- VON MEHREN, ARTHUR T., «Adjudicatory jurisdiction: general theories compared and evaluated», en *Boston University Law Review*, núm. 63, 1983.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE (110)

1. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
2. *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877).

(110) A efectos de realizar un estudio de Derecho Comparado profundo ha habido unas cuantas sentencias que se han estudiado con más detalle. A continuación se enumeran siguiendo el método de cita establecido en *The bluebook. A uniform system of citation*, The Harvard Law Review Association, 18ª ed., USA, 2006. Es decir, nombre de las partes del proceso, el volumen de la colección, la colección y la página donde comienza la decisión. Entre paréntesis el juzgado federal de distrito (primera instancia), circuito (apelación federal) o juzgado estatal y el año de la decisión.

3. *Paramount Pictures, Inc. v. Blumenthal*, 11 N.Y.S. 2d 768 (N.Y. App. Div. 1939).
4. *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).
5. *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).
6. *Donovan v. City of Dallas*, 377 U.S. 408 (1964).
7. *United States v. First Nat'l City Bank*, 379 U.S. 378 (1965).
8. *Canadian Filters (Harwich) v. Lear-Siegler, Inc.*, 412 F. 2d 577 (1st Cir. 1969).
9. *Hodgson v. Mahoney*, 460 F. 2d 326 (1st Cir. 1972).
10. *Sheila's Shine Prods., Inc. v. Sheila Shine, Inc.*, 486 F. 2d 114 (5th Cir. 1973).
11. *ADO Finance, AG v. McDonnell Douglas Corp.*, 938 F. Supp. 590 (C.D. Cal. 1977).
12. *Omnium Lyonnais D'Etancheite et Revetement Asphalte v. Dow Chem, Co.*, 441 F. Supp. 1385 (C.D. Cal. 1977).
13. *Seattle Totems Hockey Club, Inc. v. National Hockey League*, 652 F. 2d 852 (9th Cir. 1981).
14. *Cargill, Inc. v. Hartford Accident & Indemnity Co.*, 531 F. Supp. 710 (D. Minn. 1982).
15. *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 (D. D. C. 1984).
16. *Amusement Equipment, Inc. v. Mordlet*, 779 F. 2d 264 (5th Cir. 1985).
17. *United States v. Davis*, 767 F. 2d 1025 (2^d Cir. 1985).
18. *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 US 462 (5th Cir. 1985).
19. *Asahi Metal Ltd. v. Superior Court of California, Solano County*, 480 U. S. 102 (1987).
20. *China Trade & Dev. Corp. v. MV Choong Yong*, 837 F. 2d 33 (2^d Cir. 1987).
21. *Sea Containers Ltd. v. Stena AB*, 890 F. 2d 1205 (D.C. Cir. 1989).
22. *Hoxworth v. Blinder, Robinson Co.*, 903 F. 2d 186 (3rd Cir. 1990).
23. *Owens-Illinois v. Webb*, 809 S.W. 2d 899 (Tex. App. 1991).
24. *Gau Shan Co. v. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 (6th Cir. 1992).
25. *Mutual Service Casualty Ins. Co. v. Frit Industries, Inc.*, 3 F. 3d 442 (11th Cir 1993).
26. *Allendale Mutual Ins. Co. v. Bull Data Systems, Inc.*, 10 F. 3d 425 (7th Cir. 1993).
27. *Philips Medical Sys. Int'l BV v. Bruetman*, 8 F. 3d 600 (7th Cir. 1993).
28. *Robinson v. Jardine Ins. Brokers Int'l Ltd*, 856 F. Supp. 554 (N.D. Cal. 1994).
29. *Rosen v. Cascade International*, 21 F. 3d 1520 (11th Cir. 1994).
30. *International Fashion Products, BV v. Calvin Klein, Inc.*, 1995 WL 92321, 2 (S.D.N.Y. 1995).

31. *Berkshire Furniture Co., Inc. v. Glattstein*, 921 F. Supp. 1559 (W.D. Ky. 1995).
32. *Kaepa, Inc. v. Achilles Corp.* 76 F. 3d 624 (5th Cir. 1996).
33. *Umbro Inter, Inc. v. Japan Professional Football League*, 1997 WL 33378853, 3 (D.S.C. 1997).
34. *Farrell Lines Inc. v. Columbus Cello-Poly Corp.*, 32 F. Supp. 2d 118 (S.D.N.Y. 1997).
35. *Computer Associates Intern. Inc. v. Altai, Inc.*, 126 F. 3d 365 (2^d Cir. 1997).
36. *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys «R» Us, Inc.*, 126 F. 3d 15 (2nd Cir. 1997).
37. *Nagoya Venture Ltd. V. Bacopulos*, 1998 WL 307079 (S.D.N.Y. 1998).
38. *Kirby v. Norfolk Southern Railway Co.*, 71 F. Supp. 2d 1363 (N.D. Ga. 1999).
39. *Shell Offshore, Inc. v. Heeremac*, 33 F. Supp. 2d 1111 (S.D. Tex. 1999).
40. *Grupo Mexicano de Desarrollo, S. A. v. Alliance Bond Fund, Inc.* 119 US 537 (1999).
41. *Younis Bros. & Co., Inc. v. CIGNA Wordlwide Ins. Co.*, 167 F. Supp. 2d 743 (E.D. Pa. 2001).
42. *In re Rationis Enterprises, Inc. of Panama*, 261, F. 3d 264 (2^d Cir. 2001).
43. *General Elec. Co. v. Deutz AG*, 270 F. 3d 144 (3^d Cir. 2001).
44. *Northwest Airlines, Inc. v. R&S Co. SA*, 176 F. Supp. 2d 935 (D. Minn. 2001).
45. *Louis Dreyfus Negoce, S. A. v. Blystad Shipping & Trading Inc.*, 252 F. 3d 218 (2nd Cir. 2001).
46. *Stonington Partners, Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Products NV*, 310 F. 3d 118 (3^d Cir. 2002).
47. *Macphail v. Oceaneering Int'l, Inc.*, 302 F. 3d 274 (5th Cir. 2002).
48. *ACE Capital Re Overseas Ltd. v. Central United Life Ins. Co.*, 307 F. 3d 24 (2nd Cir 2002).
49. *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F. 3d 357 (5th Cir. 2003).
50. *Quaak v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren*, 361 F. 3d 11 (1st Cir. 2004).
51. *Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. v. GE Medical Systems Information Technologies, Inc.*, 369 F. 3ed 645 (2^d Cir. 2004).
52. *LAIF X SPRL v. Axtel, S. A. de CV*, 390 F. 3d 194 (2^d Cir. 2004).
53. *Comercializadora Portimex, S. A. de CV v. Zen-Noh Grain Corp.*, 373 F. Supp. 2d 645 (E.D. La. 2005).
54. *E & J Gallo Winery v. Andina Licores, S. A.*, 2006 U.S. App. Lexis 10799 (9th Cir. 2006).

55. *SEC v. Cavanagh*, 445 F. 3d 105 (2nd Cir. 2006).
56. *Karaha Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 500 F. 3d 111 (2007).
57. *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*, 524 F. Supp. 2d 332 (2007).
58. *Rintin Corp., S. A. v. Domar, Ltd.*, 476 F. 3d 1254 (11th Cir. 2007).

JURISPRUDENCIA MENOR ESPAÑOLA

59. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10^a, de 21 de abril de 2004 (AC 2004/17179).
60. Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1^a, de 25 de noviembre de 2004 (JUR 2005/35735).
61. Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a, de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005/115061).
62. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10^a, de 20 de enero de 2006 (JUR 2006/116165).
63. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de diciembre de 2006 (JUR 2007/180405).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

64. *Hagen*, de 15 de mayo de 1990 (TJCE 1990/156).
65. *Turner v. Grovit*, C-159/02, de 27 de abril de 2004 (TJCE 2004/98).

RESUMEN

MEDIDAS CAUTELARES ANTIJUICIO

Las medidas cautelares antijuicio, llamadas en inglés antisuit injunction, llevan usándose en Derecho estadounidense desde hace mucho tiempo. Esta figura ha empezado a conocerse en el ordenamiento jurídico español debido al arbitraje internacional y al reconocimiento de estas medidas cuando han sido acordadas en otro país.

ABSTRACT

ANTISUIT INJUNCTION

The antisuit injunctions have been used in the US Law for a long time. This provisional remedy is known in the Spanish Law due to the international arbitration and the recognition of this remedy when it is issued in foreign proceedings.

The main purpose of this provisional remedy is to avoid vexatious litigation. Due to the comity principle, the antisuit

El principal objeto de esta institución cautelar consiste en evitar un litigio que ha sido iniciado con la finalidad de obstaculizar el proceso en el que es adoptada. Debido al necesario respeto entre jurisdicciones, los antisuit injunctions consisten en una orden dirigida a las partes para que se abstengan de continuar con el otro proceso. Aunque esta medida cautelar debe concederse siempre con cautela para evitar indebidas injerencias en otros procesos.

injunctions are orders to the parties of the proceeding for not initiating or continuing with a vexatious litigation. But this provisional remedy has to be issued cautiously in order to avoid undue interference with the other proceedings.

(Trabajo recibido el 5-2-2012 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)

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 28-2-2012
(*BOE* 4-5-2012)
Registro de Corralejo

TÍTULO INSCRIBIBLE.

No es posible inscribir un acta de manifestaciones que se limita a rectificar una descripción de una finca que se dice es una de las recogidas en una escritura de herencia que no se acompaña.

Resoluciones de 28-2-2012
(*BOE* 4-5-2012)
Registro de Lepe

APODERADO: CONSTANCIA DE SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.

El hecho de que no conste el municipio de que es vecino el apoderado que otorga la escritura, constituye un defecto de escasa trascendencia, pero que impide la inscripción. Para su justificación en la nota de calificación basta invocar los preceptos que lo exigen, pero debería el Registrador haber tomado el dato de una consulta telemática con el Registro Mercantil.

Resolución de 29-2-2012
(BOE 4-5-2012)
Registro de A Coruña, número 2

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN.

Aunque en el testamento de uno de los cónyuges consta el reconocimiento de este respecto a que una finca que aparece inscrita como ganancial en realidad es privativa de su esposa, una vez fallecido el confesante se necesita la ratificación expresa por parte de sus herederos forzosos para poder rectificar o la forma de titularidad en el Registro.

Resolución de 29-2-2012
(BOE 4-5-2012)
Registro de Alicante, número 4

RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.

Para rectificar la descripción de una finca, si se alega que el error procede del título en cuya virtud se practicó la inscripción, es imprescindible aportar este último para determinar si bastará el consentimiento de los titulares registrales o será también necesario el de los demás otorgantes de dicho título inscrito.

Resolución de 1-3-2012
(BOE 4-5-2012)
Registro de Felanitx, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN POR FAX. OBRA NUEVA TERMINADA: REQUISITOS.

Se reitera la más reciente doctrina del Centro Directivo relativa a la validez del fax como medio técnico para que el Registrador pueda notificar la calificación al Notario autorizante. Con independencia de la fecha de terminación efectiva de la obra e incluso de la fecha de otorgamiento del acta de finalización, deberán cumplirse los requisitos que la legislación urbanística prevea en el momento en que dicho documento se presente a inscripción. De acuerdo con el artículo 149.1.8 de la CE, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia, autorización o permiso, para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija licencia para poder realizar legalmente el mismo. En consecuencia no cabe exigir la cédula de habitabilidad prevista en la legislación autonómica para la inscripción de la terminación de obra, dado que este requisito no lo impone la legislación estatal. Sí sería, en cambio, necesario acreditar la obtención de la licencia de ocupación, a menos que hayan transcurrido los plazos para que la administración ejercite las acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Resoluciones de 1-3-2012

(BOE 4-5-2012)

Registro de Motilla del Palancar

PODER GENERAL OTORGADO POR UNA SOCIEDAD: PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Cuando se trate de un poder otorgado por una sociedad, debe reseñarse los datos de inscripción del mismo en el Mercantil, o, en su defecto, acreditar al Registrador de la Propiedad la realidad, validez y vigencia del poder, a través de documentos y requisitos que permitan conciliar la misma con la presunción de validez y exactitud que resulta del Registro Mercantil.

Resolución de 2-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Álora

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Los asientos ya practicados se hallan bajo la salvaguarda de los tribunales y no cabe pedir su cancelación directamente al Registrador ni a través del recurso gubernativo.

Resolución de 2-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Barcelona, número 16

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA DEL MISMO.

Para la aplicación del derecho extranjero debe acreditarse al Registrador de la Propiedad, conforme a lo establecido en el artículo 36 del RH, la realidad y vigencia del mismo.

Resolución de 2-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Dos Hermanas, número 3

ANDALUCÍA: TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES INDIVISAS COMO PARCELACIÓN URBANÍSTICA.

Si la participación indivisa que se transmite ya constaba inscrita en el Registro como tal con anterioridad, no cabe exigir la licencia de parcelación, ni siquiera en el caso de que conste en el Registro una nota marginal indicativa de que se ha iniciado un expediente de disciplina urbanística.

Resolución de 3-3-2012
(BOE 4-5-2012)
Registro de Markina-Xemein

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN. HIPOTECA: DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA ENTRE ELEMENTOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL QUE NO ESTÁN INSCRITOS EN FOLIO INDEPENDIENTE.

Se rectifica la más reciente doctrina del Centro Directivo relativa a la interpretación de los artículos 254 y 255 de la LH, considerando que, a la luz de las diferentes sentencias judiciales recaídas en la materia, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos fiscales, no solo se suspende la práctica de la inscripción, sino que ni siquiera se realiza la calificación del título. Existiendo una propiedad horizontal inscrita exclusivamente en el folio de la finca matriz, si ahora se constituye una hipoteca sobre dos elementos privativos que no están ligados por vinculación *ob rem*, debe procederse a la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los mismos.

Resolución de 5-3-2012
(BOE 7-5-2012)
Registro de Chipiona

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20.4 DE LA LEY DEL SUELO.

Considera el Centro Directivo que el requisito de aportar un acto administrativo que declare la edificación en todo o en parte en situación de fuera de ordenación no es exigible con carácter previo a la práctica de la inscripción. También se valora la aplicación del artículo 53.5 del Decreto 60/2010, de 16-3-2010, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, entendiendo que solo cabe interpretarlo en conjunción con las normas estatales, aunque reconoce alguna particularidad de procedimiento en el caso del suelo no urbanizable.

Resolución de 5-3-2012
(BOE 7-5-2012)
Registro de Sant Feliu de Llobregat, número 1

CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Tratándose de una permuta de suelo a cambio de obra futura, si quiere garantizarse el cumplimiento de la prestación con condición resolutoria, es necesario que se identifiquen con suficiente claridad las edificaciones que han de ser entregadas. Los requisitos que faltan deben ser objeto de la pertinente subsanación, sin que pueda la Registradora corregirlos de oficio.

Resolución de 5-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Torrent, número 1

ACTA NOTARIAL DE INSCRIPCIÓN DE EXCESO DE CABIDA: NOTIFICACIÓN A COLINDANTES.

Las notificaciones que han de hacerse a los colindantes en la tramitación de un acta para inscribir un exceso de cabida, deben realizarse conforme prevé el RN. Por ello, habiendo devuelto el acuse de recibo sin acreditar la entrega al destinatario, deberá el Notario hacer un segundo intento mediante notificación presencial.

Resolución de 6-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Denia, número 1

ANOTACIÓN DE EMBARGO ADMINISTRATIVO: COPIA EN PAPEL DE UN MANDAMIENTO EXPEDIDO ELECTRÓNICAMENTE.

Hay que partir de la base de la plena aplicabilidad de la Ley 11/2007 y su normativa de desarrollo con relación a los documentos administrativos que se presentan en los Registros. Al amparo de esta normativa debe considerarse como documento público susceptible de acceso al Registro, la copia en papel de un mandamiento de embargo emitido originalmente como documento electrónico por la Agencia Tributaria, siempre que en dicha copia en papel incluya la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan constatar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración correspondiente.

Resolución de 6-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Ronda

PARTICIÓN DE HERENCIA: DESHEREDACIÓN DE UN LEGITIMARIO.

Habiendo desheredado el testador a uno de sus hijos en el testamento, alegando justa causa que no resulta contradicha por el desheredado, pero constando que dicho hijo tiene descendientes, estos adquieren la condición de legitimarias y han de intervenir necesariamente en la partición de la herencia.

Resolución de 7-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Lleida, número 1

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: EFICACIA DE LA NOTA MARGINAL DEL ARTÍCULO 657 DE LA LEC.

Si consta nota marginal por la que se fija el saldo pendiente del préstamo hipotecario que está siendo ejecutado, nota extendida en los términos del artículo

lo 657 de la LEC, dicha cifra actuará como límite de responsabilidad hipotecaria en la ejecución frente a los terceros posteriores.

Resolución de 7-3-2012
(BOE 7-5-2012)
Registro de Piedrabuena

OBRA NUEVA TERMINADA: CERTIFICADO FINAL DE OBRA.

Aunque el certificado final de obra puede ser suplido por otros documentos, siempre será preciso que se haya comprobado por técnico competente que la obra se ajusta al proyecto. Por tanto, no será admisible una certificación emitida por el secretario municipal, si no consta informe favorable del técnico del Ayuntamiento.

Resolución de 8-3-2012
(BOE 7-5-2012)
Registro de Barcelona, número 4

RECURSO GUBERNATIVO: EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.

Las notas de calificación de los Registradores y las Resoluciones de la Dirección General no se vuelven firmes y los titulares de derechos pueden exigir su protección registral mientras no prescriban. No cabe rectificar los asientos del Registro respecto del carácter ganancial de unos bienes que aparecen inscritos como privativos, sobre la base de un acta de notoriedad en la que no se ha expresado cuáles son los hechos que permiten considerar notorio ese cambio, y sin que resulte acreditado la notificación a los que pueden resultar perjudicados.

Resolución de 8-3-2012
(BOE 7-5-2012)
Registro de Cieza, número 1

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: CESIÓN GRATUITA.

La calificación registral de documentos administrativos no puede, respecto de los trámites esenciales del procedimiento, extenderse a otra cosa que no sea la omisión evidente de trámites fundamentales. En este sentido es correcto, en una cesión gratuita de un bien municipal, que el interventor certifique que no existen deudas que se prevean saldar con ese bien concreto, y no que no existan deudas en general, porque esto supondría la inaplicación del precepto.

Resolución de 9-3-2012
(BOE 7-5-2012)
Registro de Burgos, número 3

USUFRUCTO SUCESIVO.

Figura inscrita una donación por la que el titular privativo de la finca transmitió la nuda propiedad a sus hijos, reservándose el usufructo vitalicio para sí

con el derecho de acrecer a favor de su esposa. Parece evidente que esta cláusula debe interpretarse como la constitución por reserva de un usufructo sucesivo a favor de la esposa del donante, por lo que no puede consolidarse el pleno dominio hasta que ella fallezca.

Resolución de 9-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Oliva

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA DEL REGISTRADOR.

Se rectifica la más reciente doctrina del Centro Directivo relativa a la interpretación de los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria, considerando que, a la luz de las diferentes sentencias judiciales recaídas en la materia, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos fiscales, no solo se suspende la práctica de la inscripción, sino que ni siquiera se realiza la calificación del título. Igualmente se confirma la plena independencia del Registrador en su calificación, incluso respecto de las Resoluciones de la DGRN, superando así la doctrina del carácter vinculante de las mismas.

Resolución de 10-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Álora

OBRA NUEVA ANTIGUA.

No es posible inscribir una declaración de obra nueva por antigüedad si para acreditar dicha antigüedad se aporta una certificación catastral y no existe seguridad sobre la coincidencia entre los datos descriptivos consignados en la escritura y los de la certificación catastral.

Resolución de 10-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Torrelodones

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

No es posible revisar, en vía de recurso gubernativo, la validez de un asiento ya practicado y que se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 12-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Lloret de Mar, número 1

ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE BIENES DE CÓNYUGES EXTRANJEROS.

Hallándose inscrita una participación indivisa de una finca a nombre de dos personas de nacionalidad rusa, casadas en régimen de comunidad y con

sujeción a las particularidades de su legislación, no cabe anotar un embargo en procedimiento dirigido solo contra el esposo, si no se ha realizado la notificación prevista en el artículo 144 del RH, o se demuestra que la misma no es precisa según la legislación rusa. Tampoco cabe rectificar la inscripción sin el consentimiento de ambos titulares.

Resolución de 13-3-2012

(BOE 7-5-2012)

Registro de Marquina Xemein

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN.

Es necesario hacer constar el NIF de una persona extranjera que interviene en la escritura para aseverar por confesión el carácter privativo de una finca adquirida por su esposo. Se rectifica la más reciente doctrina del Centro Directivo relativa a la interpretación de los artículos 254 y 255 de la LH, considerando que, a la luz de las diferentes sentencias judiciales recaídas en la materia, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos fiscales, no solo se suspende la práctica de la inscripción, sino que ni siquiera se realiza la calificación del título.

Resolución de 15-3-2012

(BOE 14-5-2012)

Registro de Fuenlabrada, número 2

LIBRO DE ACTAS DE UNA SUBCOMUNIDAD.

Se admite la legalización de un libro de actas de una subcomunidad de usuarios de la piscina construida en la comunidad, usuarios que son los que sufragan los gastos. Pero es necesario que la instancia de solicitud se firme por encargo del presidente de la comunidad.

Resolución de 17-3-2012

(BOE 14-5-2012)

Registro de Murcia, número 8

NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DE EXPEDIENTE EXPROPIATORIO.

No puede expedirse la certificación y practicarse la pertinente nota marginal prevista en el artículo 22 del Real Decreto 1093/1997, de 4-7-1997, si de los datos aportados no resulta identificada la finca o porción de ella afectada.

Resolución de 2-4-2012

(BOE 14-5-2012)

Registro de Mazarrón

CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD.

No puede inscribirse una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, cuando lo que se supone que se pretende es consignar la confesión de privatividad

de uno de los cónyuges respecto de una finca inscrita a nombre del otro para su sociedad de gananciales. Aparte de la necesaria rectificación de la escritura, debe tenerse en cuenta que, como del historial de la finca resulta la manifestación de ambos esposos respecto del carácter ganancial, para admitir ahora el cambio será preciso probar la procedencia privativa del dinero invertido en la adquisición.

Resolución de 3-4-2012

(BOE 14-5-2012)

Registro de Ibiza, número 3

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: SUPUESTOS ASIMILADOS.

Tratándose de una división horizontal de una edificación en suelo rústico en Ibiza, en la que se ha pactado que cada uno de los dos elementos independientes tiene derecho al uso exclusivo de una porción del suelo de la finca, debe entenderse como acto asimilado a una división y exigirse el preceptivo control municipal.

Resolución de 4-4-2012

(BOE 14-5-2012)

Registro de Madrid, número 17

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN.

Se rectifica la más reciente doctrina del Centro Directivo relativa a la interpretación de los artículos 254 y 255 de la LH, considerando que, a la luz de las diferentes sentencias judiciales recaídas en la materia, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos fiscales, no solo se suspende la práctica de la inscripción, sino que ni siquiera se realiza la calificación del título.

Resolución de 9-4-2012

(BOE 17-5-2012)

Registro de Fuenlabrada, número 2

LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES PREVIA APORTACIÓN.

No hay inconveniente en inscribir una liquidación de gananciales respecto de una finca inscrita por mitad y con carácter privativo a favor de ambos cónyuges, en tanto se ha pactado que, como operación previa, aportan cada uno su mitad a la sociedad.

Resolución de 9-4-2012

(BOE 17-5-2012)

Registro de Rosas, número 2

FINCA REGISTRAL: DUDAS SOBRE SU IDENTIDAD.

No se puede impedir el acceso al Registro de una escritura de herencia por el hecho de que la descripción que figura en los libros de una finca matriz después

de una segregación sea incompleta, siempre que exista plena seguridad sobre la identidad de la misma.

Resolución de 10-4-2012
(BOE 17-5-2012)
Registro de Madrid, número 29

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No puede inscribirse la adjudicación judicial de un derecho de traspaso sin que figure inscrito previamente a favor de quien ha sido demandado el arrendamiento del que deriva dicho traspaso.

Resolución de 11-4-2012
(BOE 17-5-2012)
Registro de Burjassot

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: CONTENIDO.

Teniendo en cuenta el contenido que legalmente cabe incluir en un convenio regulador, no hay obstáculo en inscribir la liquidación de gananciales en la que se incluye una vivienda, reconocida como la habitual de la familia, adquirida en estado de solteros y que aparece inscrita por mitad a favor de los cónyuges. En este caso, al incluirla en el haber ganancial, los esposos están reconociendo ante el juez la ganancialidad, que en parte ya le viene atribuida legalmente (arts. 1354, 1355, 1357 y 1359 del CC), cosa que es admisible como operación indispensable para liquidar la sociedad de gananciales. Es preciso acreditar la previa toma de razón de la sentencia en el Registro Civil.

Resolución de 12-4-2012
(BOE 21-5-2012)
Registro de Córdoba, número 6

SEGREGACIÓN: FINCA MATRIZ SIN CABIDA.

Agotada la cabida de la finca matriz con la inscripción de una serie de segregaciones, no cabe ahora inscribir una segregación que había quedado rezagada, a menos que se rectifique la cabida de la matriz con arreglo a los procedimientos oportunos.

Resolución de 13-4-2012
(BOE 21-5-2012)
Registro de Lérida, número 1

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LIMITACIONES DERIVADAS DE UNA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR EN VIVIENDA PROTEGIDA.

La prohibición de enajenar establecida en los Reales Decretos que regulan los planes de vivienda para los casos de préstamos subsidiados, no impiden la

constitución de ulteriores hipotecas ni tampoco la inscripción de los decretos de adjudicación derivados de la ejecución de dichas hipotecas.

Resolución de 16-4-2012

(BOE 21-5-2012)

Registro de Nules, número 1

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y no cabe discutir su validez a través del recurso gubernativo.

Resolución de 17-4-2012

(BOE 21-5-2012)

Registro de Madrid, número 34

PROPIEDAD HORIZONTAL: SEGREGACIÓN DE UN ELEMENTO INDEPENDIENTE.

La segregación de parte de un local de un edificio en propiedad horizontal requiere el acuerdo por unanimidad de la junta de propietarios, a menos que los estatutos permitan tal operación sin autorización de la junta.

Resolución de 18-4-2012

(BOE 21-5-2012)

Registro de Palma, número 5

CONCURSO DE ACREEDORES: DACIÓN EN PAGO DESPUÉS DE APROBADO EL CONVENIO.

Constando en el Registro que la sociedad titular de una finca se halla en concurso, la inscripción de una dación en pago realizada después de aprobado el convenio requiere que se aporte dicho convenio, no por exigencias de tracto sucesivo, que no son aplicables, sino por la necesidad de que el Registrador califique si en el mismo existen limitaciones que puedan tener repercusión a efectos de eventuales acciones de reintegración de la masa. No es necesario que intervengan los administradores concursales porque desde la aprobación del convenio cesan en sus funciones. Dado que no se ha planteado en la nota, no cabe analizar si la dación es contraria a lo establecido en el artículo 100.3, ni si es necesario que se cancele previamente la anotación de declaración en concurso.

Resolución de 19-4-2012.

(BOE 21-5-2012).

Registro de Granada, número 1.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

No es inscribible un auto recaído en expediente de dominio de reanudación de tracto si quien lo ha promovido es heredero del que adquirió del titular re-

gistrar, y, por tanto, legitimado para ejercitar las acciones tendentes a elevar a pública dicha adquisición.

Resolución de 20-4-2012
(BOE 21-5-2012)
Registro de León, número 2

ACTOS INSCRIBIBLES.

Solicitado que se haga constar en el Registro la existencia de una deuda por el precio aplazado en la venta de una finca, el cual no se garantizó con hipoteca ni condición resolutoria, sino con un aval bancario, cuyas vicisitudes, como dice el Registrador, son ajenas al Registro, tal constancia no puede ser objeto de ningún asiento registral.

Resolución de 23-4-2012
(BOE 7-6-2012)
Registro de Cuevas de Almanzora

DIVISIÓN HORIZONTAL: LICENCIA DE SEGREGACIÓN.

La segregación de parte de un local de un edificio dividido en propiedad horizontal no está sujeta a licencia, por cuanto no se está fraccionando el suelo.

Resolución de 24-4-2012
(BOE 26-5-2012)
Registro de Santa Cruz de la Palma

ANOTACIONES PREVENTIVAS: CADUCIDAD Y PRÓRROGA.

El artículo 86 de la LH determina que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve, pudiendo prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. Habiéndose presentado el mandamiento ordenando la prórroga transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido su caducidad, la cual —como ha declarado reiteradamente esta Dirección General y como se deriva del art. 86 de la LH— no permite prórroga alguna.

Resolución de 25-4-2012
(BOE 26-5-2012)
Registro de Olmedo

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 9.1 E.

El hecho de que no se haya aportado la certificación sobre el estado de deudas pendientes con la comunidad de propietarios no impide la inscripción, siempre que el comprador haya exonerado al transmitente de dicha obligación.

Resolución de 26-4-2012
(BOE 26-5-2012)
Registro de Torredembarra

REGISTROS EN CATALUÑA: COMPETENCIA DE LA DGRN. VISADO COLEGIAL.

Cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso, el Registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la LH y remitir el expediente formado a la DGRN en cumplimiento del artículo 327 de la LH. A los efectos de practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad, en los términos que resultan del artículo 132 de la Ley 18/2007, de 28-12-2007, del derecho a la vivienda en su redacción dada por la Ley 9/2011, de 29-12-2011, ambas del Parlamento de Cataluña, el informe técnico que hay que acompañar a la compra-venta de vivienda con el fin de exonerar a la parte vendedora de la obligación de entregar a la compradora cédula de habitabilidad, no debe ir visado por el Colegio Profesional correspondiente.

Resolución de 27-4-2012
(BOE 26-5-2012)
Registro de Málaga, número 4

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

El principio de tracto sucesivo impide inscribir una sentencia por la que se ordena la cancelación de una determinada inscripción de venta, constando actualmente la finca inscrita a favor de terceras personas que no han sido parte en el proceso.

Resolución de 28-4-2012
(BOE 26-5-2012)
Registro de La Carolina

BIENES DE ENTIDADES LOCALES: SUBASTA.

En atención a los intereses que concurren en el caso concreto, el Centro Directivo entiende que no hay obstáculo para inscribir una venta de un bien municipal, dándose la circunstancia de que la subasta se llevó a cabo antes de que la finca fuera objeto de la pertinente desafectación.

Resolución de 3-5-2012
(BOE 7-6-2012)
Registro de San Vicente de Raspeig

ASIENTO DE PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS.

Los documentos privados no pueden ser objeto de presentación en el Registro de conformidad con lo establecido en el artículo 420 del RH.

Resolución de 4-5-2012
(BOE 7-6-2012)
Registro de Plasencia

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Habiéndose dictado el auto de adjudicación en procedimiento de ejecución de hipoteca con anterioridad a la resolución judicial por la que se declara en concurso al ejecutado, dicha ejecución no se verá afectada por los efectos del concurso, aunque el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación se presenten con posterioridad a la constatación registral de la declaración de concurso.

Resolución de 5-5-2012
(BOE 7-6-2012)
Registro de Madrid, número 54

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No es posible inscribir una sentencia declarativa del dominio dictada en un procedimiento seguido contra persona distinta del titular registral.

Resolución de 7-5-2012
(BOE 7-6-2012)
Registro de Felanitx, número 2

EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

No es posible la ejecución judicial de un pacto resolutorio recogido en un convenio regulador, sino que será precisa una sentencia declarativa que sí podrá inscribirse directamente.

Resolución de 8-5-2012
(BOE 7-6-2012)
Registro de Algeciras, número 3

CONVENIO REGULADOR: ÁMBITO.

Entiende el Centro Directivo que no puede catalogarse de donación la cesión que uno de los cónyuges hace de la mitad de la vivienda familiar a sus hijos, sino que cabe considerarla un pacto propio del convenio regulador. Lo que sí es necesario es que conste el consentimiento de los hijos mayores de edad en documento auténtico.

Resolución de 8-5-2012
(BOE 7-6-2012)
Registro de Sanlúcar de Barrameda

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS EN ANDALUCÍA.

En primer lugar se afirma que, aportándose un certificado del Ayuntamiento en el que se hace constar que la obra existe desde el año 2003, y que, aunque está

en suelo no urbanizable de especial protección, han prescrito las acciones para actuaciones de disciplina urbanística que impliquen demolición, ha de aceptarse lo recogido en tal certificado. 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 9-5-2012

(BOE 12-6-2012)

Registro de Pontevedra, número 2

SENTENCIAS DECLARATIVAS.

En caso de que se trate de una sentencia declarativa o constitutiva de derecho, no es necesario para su acceso al Registro la tramitación de un proceso de ejecución, pero debe identificarse correctamente la finca afectada y los asientos a practicar. No puede verificarse la inscripción si la finca figura inscrita como ganancial y uno de los cónyuges no ha sido demandado.

Resolución de 10 y 16-5-2012

(BOE 12 y 14-6-2012)

Registro de Barbate e Illescas, número 1

HIPOTECA A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA SOBRE VARIAS FINCAS.

No existe ninguna disposición legal que excepcione la aplicación del artículo 119 de la LH en el caso de hipotecas unilaterales a favor de la Hacienda Pública, siendo por tanto necesario distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas hipotecadas.

Resolución de 11-5-2012

(BOE 12-6-2012)

Registro de Las Palmas de Gran Canaria, número 1

SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO.

No puede llevarse a cabo la reanudación del tracto por medio de una sentencia declarativa dictada sin haber tomado las mismas garantías previstas en la tramitación del expediente de dominio. Pero sí sería posible la inscripción si la sentencia se limita a reconocer que el demandante ha adquirido por prescripción.

Resolución de 14-5-2012

(BOE 12-6-2012)

Registro de Jávea, número 1

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE.

No existe ninguna disposición legal que excepcione la aplicación del artículo 119 de la LH en el caso de hipotecas unilaterales a favor de la Hacienda Pública.

blica, siendo por tanto necesario distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas hipotecadas.

Resolución de 16-5-2012

(BOE 14-6-2012)

Registro de Las Palmas de Gran Canaria, número 4

FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

El cambio de número y de nombre de la calle no puede practicarse por la mera afirmación de las partes, pero si no hay dudas sobre la identidad de la finca, no cabe impedir la inscripción del documento.

Resolución de 17-5-2012

(BOE 14-6-2012)

Registro de Álora

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales. Por tanto no es posible cancelar una inscripción de obra nueva a instancia de un escrito librado por el Ayuntamiento.

Resolución de 18-5-2012

(BOE 14-6-2012)

Registro de Chipiona

PARTICIÓN DE HERENCIA: CONTADOR-PARTIDOR.

La partición realizada por el contador-partidor no precisa para su inscripción del consentimiento de los herederos o legitimarios, siempre que el contador no se exceda de las facultades meramente particionales. En este sentido no se considera extralimitación la adjudicación de un bien indivisible a un heredero a cambio de compensación económica a favor de los demás.

Resolución de 19-5-2012

(BOE 21-6-2012)

Registro de Chinchilla de Monte Aragón

OBRA NUEVA: OBTENCIÓN DE LICENCIAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos

casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero solo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho, nacidos con anterioridad a aquellas, han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que «el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código Civil». Sobre la base de esta doctrina cabe afirmar que este principio de irretroactividad es predicable respecto de la ley, pero no respecto de su interpretación. Por tanto, tratándose de una escritura autorizada después del Decreto-ley 8/2011, no cabe aplicar el artículo 23 del mismo si el silencio administrativo se había ya producido con anterioridad, pero sí la interpretación que con anterioridad había hecho la Dirección General sobre esta materia. Por tanto, es exigible la acreditación de haber obtenido la licencia de obras y la de primera ocupación en los términos que impone el vigente artículo 20 de la Ley del Suelo.

Resolución de 19-5-2012

(BOE 21-6-2012)

Registro de Marbella, número 3

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Inscrita la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva del embargo trabado en garantía de su efectividad, se consuma la virtualidad de la anotación, de ahí que el artículo 206.2 del Reglamento Hipotecario disponga su cancelación; la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores que habían sido registrados sin perjuicio de los derechos del anotante (art. 71 de la LH), no solo no se liberan de aquella restricción sino que sufren el pleno desenvolvimiento de la misma, esto es, la subordinación respecto de la enajenación judicial alcanzada, lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad de los asientos respectivos, si se observaron en el proceso de ejecución todos los trámites legalmente previstos en garantía de las mismas.

Resolución de 19-5-2012

(BOE 21-6-2012)

Registro de Palma, número 5

RESERVA VIDUAL.

Considerando que el reservatario sucede por virtud de un llamamiento directo de la ley, y partiendo de que los bienes sujetos a reserva, aunque forman parte del patrimonio del reservista, integran una masa de bienes separada de la sucesión general del mismo, puede admitirse la inscripción en virtud de una instancia suscrita por el único reservatario al amparo de lo establecido en el último párrafo del artículo 14 de la LH, sin necesidad de que firme la heredera del reservista.

Resolución de 19-5-2012

(BOE 21-6-2012)

Registro de Pozuelo de Alarcón, número 2

USO DE VIVIENDA FAMILIAR.

Habiendo aprobado el juez en la sentencia de divorcio el acuerdo de los esposos de que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos que quedan en compañía de la madre, no hay obstáculo en practicar la inscripción a favor de ellos, pero será preciso que se hagan constar las circunstancias personales de cada uno de ellos.

Resolución de 21-5-2012

(BOE 27-6-2012)

Registro de Alicante, número 3

FINCA REGISTRAL.

No es obstáculo para la inscripción, siempre que no haya dudas de la identidad de la finca, el hecho de que al describir una finca en la escritura la superficie no coincida con la que aparece en el Registro por no haber tenido en cuenta que con anterioridad se inscribieron algunas segregaciones que disminuyeron la cabida.

Resolución de 21-5-2012

(BOE 27-6-2012)

Registro de Lora del Río

RECURSO GUBERNATIVO: EFICACIA DEL INFORME DEL JUEZ QUE EXPI- DIÓ LA RESOLUCIÓN.

A pesar de que se reconoce que conforme al artículo 326 de la LH solo han de tenerse en cuenta los documentos que en su momento fueron objeto de calificación, la Dirección General entiende que si las aclaraciones realizadas por el Juzgado en el preceptivo informe emitido en la tramitación del recurso gubernativo son suficientes para despejar las dudas que fundaban la negativa a inscribir, la Registradora ha de aceptarlas y despachar el documento.

Resolución de 22-5-2012

(BOE 27-6-2012)

Registro de Barcelona, número 14

RESOLUCIONES DE LA DGRN: CARÁCTER VINCULANTE. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FISCALES: SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN. REPRESENTACIÓN: AUTOCONTRATO. RECURSO GUBERNATIVO.

Siguiendo la posición mantenida por diferentes sentencias judiciales, se deja atrás la tesis que en estos años anteriores había sostenido la propia Dirección General, y se afirma que el carácter vinculante de las resoluciones de este Centro

Directivo, al que alude el artículo 327 de la LH, ha de entenderse exclusivamente respecto del documento objeto de la calificación impugnada que, caso de que hubiera de inscribirse en otros Registros, los Registradores titulares de los mismos habrían de respetar el criterio recogido en la correspondiente resolución de la DGRN. Lo que no cabe es pretender que la doctrina de una resolución tenga efecto vinculante para cualquier otro caso posterior, cual si se tratara de una disposición de carácter general. Se rectifica la más reciente doctrina del Centro Directivo relativa a la interpretación de los artículos 254 y 255 de la LH, considerando que, a la luz de las diferentes sentencias judiciales recaídas en la materia, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos fiscales, no solo se suspende la práctica de la inscripción, sino que ni siquiera se realiza la calificación del título. 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. Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, el apoderado solo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato». La reseña identificativa del documento del que resulta la representación alegada que el Notario está obligado a hacer, según el artículo 98, debe comprender, pues, la mención expresa de la licencia para autocontratar o incurrir en conflicto de intereses, como parte esencial del título legitimador de la actuación del representante, distinta de la enumeración de facultades concedidas. Y el juicio de suficiencia, expreso, concreto y coherente con el negocio documentado, imprescindible para que el Registrador pueda calificar la congruencia de dicho juicio con el contenido de título, debe abarcar ambos aspectos de los que deriva la representación, pues la fuerza legitimadora de la actuación del representante en los casos de autocontratación deriva fundamentalmente de la existencia de licencia específica. La autocontratación, si hay riesgo de conflicto de intereses, debe entrar siempre en el ámbito de la calificación registral, ya que, según el artículo 18.1.o) de la Ley Hipotecaria, comprende, junto a otros supuestos, la validez de los actos dispositivos por lo que resulte de las escrituras públicas..., y lo cierto es, en cualquier caso, que la autocontratación, si hay conflicto de intereses, teniendo en cuenta la falta de imparcialidad del autocontratante (por cuanto ocupa una posición de juez y parte que le inhabilita para la autotutela del propio derecho) y el potencial perjuicio para el representante, produce la nulidad del negocio salvo que se acredite la licencia o autorización del *dominus*. Razón por la cual el registrador, antes de practicar el asiento, deberá calificar, conforme a dicho precepto, si se da, según el contenido del título, el supuesto de autocontratación con conflicto de intereses y en caso afirmativo, si existe la licencia, autorización o ratificación del *dominus negotii* que permita salvar dicha autocontratación. No obstante, si el Notario en el escrito de recurso confirma que «el poder que tuvo a la vista el Notario en el acto de otorgamiento y en el que se basa su juicio de suficiencia, se contempla expresamente la facultad para autocontratar o incurrir en conflicto de intereses», procede practicar la inscripción.

Resolución de 23-5-2012
(BOE 27-6-2012)
Registro de Alberic

DESHEREDACIÓN: APTITUD PARA SER DESHEREDADO.

En efecto, el ámbito del poder de exclusión legitimaria del testador descansa en la imputación al desheredado de una causa legal de desheredación. Por eso es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código Civil —a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas— no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa; en el presente supuesto el maltrato de obra o la injuria grave.

Resolución de 23-5-2012
(BOE 27-6-2012)
Registro de Santa María de Guía

DEFENSOR JUDICIAL: CONFLICTO DE INTERESES.

La contradicción de intereses ha de ser real, y no puede fundarse en perjuicios futuros e hipotéticos, ni en sospechas de falsedades. De no seguirse esta doctrina, la contradicción de intereses siempre existiría, y en toda partición con menores representados por su padre o por su madre, sería necesaria la intervención del defensor judicial; intervención, que como en el caso debatido, carecería de trascendencia jurídica, pues se limitaría a recibir la declaración del cónyuge que ejerce la patria potestad sobre la inexistencia de otros bienes propios de la masa hereditaria, y esta declaración ha de tenerse por cierta mientras no sea impugnada judicialmente.

Resolución de 24-5-2012
(BOE 29-6-2012)
Registro de Alberic

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

El principio de tracto sucesivo impide cancelar unas anotaciones de embargo practicadas con anterioridad a que se presente la resolución judicial por la que se declara la nulidad de la última transmisión de dominio a favor del que en la actualidad aparece como titular registral, considerando que ni se tomó en su momento la anotación de la demanda, ni se ha dirigido el proceso contra los titulares de esos embargos.

Resolución de 24-5-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Puerto de Santa María, número 2

PARCELACIÓN DE FINCA: CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA.

El supuesto de hecho previsto en el artículo 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía se ha de entender referido no a cualquier transmisión de participaciones indivisas, sino únicamente a aquellas transmisiones en las que se produce la división ideal del dominio mediante la creación de nuevas participaciones indivisas, y ello aun cuando no se establezca de forma expresa que la titularidad de las mismas atribuye derecho al uso exclusivo de un espacio determinado. Debe así entenderse limitada la presunción resultante del artículo 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía a aquellos actos dispositivos por los que se crean nuevos objetos de derecho, físicos —porciones de terreno—, o ideales —cuotas *pro indiviso* del dominio, acciones, participaciones u otros derechos societarios—.

Resolución de 25-5-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Dos Hermanas, número 3

PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN: TITULARIDAD FIDUCIARIA DEL ARTÍCULO 10.2 DEL REAL DECRETO 1093/1997.

Aun cuando la finca de que se trata está inscrita a nombre del Ayuntamiento, deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias de dicha titularidad registral. En efecto, tratándose de una titularidad fiduciaria, conforme al artículo 10.2 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, debe estimarse que dicha titularidad, encaminada al cumplimiento de los fines propios de la actuación urbanística, cesa en el momento en que resulta acreditada la titularidad del Estado conforme al especial procedimiento al que se refieren los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 17 y 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, con las correspondientes garantías para el titular registral, que se acreditan en el expediente administrativo tramitado con anterioridad a la expedición de la certificación, al practicar las notificaciones al mismo.

Resolución de 28-5-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Vélez-Málaga, número 2

SEGURO DECENAL: REHABILITACIÓN DE UNA EDIFICACIÓN.

No constando acreditado que se trate de mera rehabilitación y tratándose de una obra del año 2004, debe acreditarse, como señala el registrador, la constitución del seguro decenal conforme al artículo 20, número 1, de la Ley de Ordenación de la Edificación, salvo que conste, como se indica en la nota de calificación,

la manifestación expresa de tratarse de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio, con la obligación, en este último caso, y salvo pacto en contrario y acreditación de haber utilizado la vivienda, de contratar dicha garantía en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo de diez años por el tiempo que reste para completar dichos diez años.

Resolución de 29-5-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Albaida

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

No pueden concretarse a unas fincas, liberando a las otras, unas limitaciones públicas impuestas por el organismo autonómico correspondiente, sin intervención de dicho organismo, concurriendo solamente el dueño del suelo y el superficiario.

Resolución de 30-5-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Madrid, número 19

HIPOTECA SOBRE FINCA POSTERIORMENTE DIVIDIDA HORIZONTALMENTE SIN DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD.

No cabe acceder a la cancelación parcial, respecto de una de las fincas en que resultó dividida la matriz, de una hipoteca constituida sobre esta última y arrastrada a todas las resultantes de la división, sin que antes se lleve a cabo la pertinente distribución de responsabilidad, o sin que, en caso contrario, presten su consentimiento todos los terceros poseedores titulares de derechos reales inscritos sobre las demás fincas surgidas del proceso divisorio.

Resolución de 31-5-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Barcelona, número 22

HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA: CONFLICTO DE INTERESES.

Tratándose de una hipoteca constituida por una sociedad en garantía de una cuenta de crédito abierta a favor de otra sociedad distinta, es indudable que surge un conflicto de intereses entre ambas sociedades que exige que el administrador que las representa debe aportar el pertinente acuerdo de las respectivas juntas generales.

Resolución de 1-6-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Adra

TUTOR: AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

No necesita el tutor autorización judicial para consentir la elevación a escritura pública de un contrato privado de venta firmado por el causante del tutelado,

dado que se trata de un acto debido. Pero sí que la necesita para la aceptación de herencia que dicha actuación implica, a menos que manifieste que acepta a beneficio de inventario.

Resolución de 1-6-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Álora

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

En el expediente que ha provocado este recurso resulta que se ha presentado en el Registro de la Propiedad el documento administrativo emanado por la Administración actuante del que resulta que, a instancia del titular del derecho concesional inscrito, derivado del contrato administrativo de concesión de obra pública, el órgano competente ha acordado la resolución del contrato y de los derechos y obligaciones de él derivados. Siendo dicho documento el legalmente previsto, y derivando de su contenido el título material de extinción del derecho inscrito, concurren los requisitos analizados para proceder a la cancelación en el Registro de la Propiedad sin que sea dable exigir una documentación distinta a la que ha sido objeto de presentación y calificación.

Resolución de 2-6-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Peñafiel

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas de identidad que impiden la inscripción de los excesos de cabida cuando son de gran superficie o existen discordancias descriptivas entre la descripción registral y la catastral, no se resuelven por la mera constancia en la descripción registral de una finca de la referencia catastral, pues las dudas que impiden inscribir el exceso de cabida se refieren a la identidad de la superficie del exceso respecto a la que delimitan sus contornos atendiendo a la descripción registral. Puede no haber dudas de que una finca está situada en determinada zona del Catastro y sin embargo existir dudas acerca de que la concreta superficie que señala el Catastro dé lugar a un aumento de una porción que no figura inscrita dentro de los linderos que constan en el Registro, en cuyo caso lo procedente sería inmatricular la porción correspondiente para luego agregarla o agruparla con la finca inscrita.

Resolución de 4-6-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Barcelona, número 18

PARTICIÓN DE HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO Y CLARIDAD EN LAS ADJUDICACIONES. REPRESENTACIÓN: JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

En la medida en que constituye el título sucesorio, no es posible inscribir la partición de herencia si se aporta un testimonio en relación del acta de declara-

ción de herederos. Las adjudicaciones deben realizarse con la suficiente claridad para que se pueda determinar cuál es el título y la causa de la adquisición. Como ya dijo la Resolución de este Centro, de fecha 27 de febrero de 2012, la revisión de la congruencia del juicio de suficiencia con el contenido del título (tal como impone el art. 98.2 reformado, antes citado) exige que se incluyan en la escritura sujeta a calificación, los «datos necesarios para hacer una comparación entre la facultad que presupone la apreciación de la representación y el (concreto) acto o contrato documentado, sin que basten meras fórmulas de estilo o apodícticas, como las que se limitan a hacer una simple aseveración (cuya congruencia, de no hacerse así, sería de imposible control) de que la representación es suficiente para el acto o negocio documentado».

Resolución de 4-6-2012

(BOE 29-6-2012)

Registro de Las Rozas, número 2

BIENES GANANCIALES: CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD.

En un caso en el que una finca aparece inscrita a nombre de una persona, para la sociedad de gananciales con su esposa, y que luego en varias inscripciones se han recogido actos en los que ambos esposos han intervenido como dueños de la finca, no cabe ahora inscribir la manifestación de la esposa de que dicha finca fue adquirida con fondos de titularidad privativa de su marido.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 28-2-2012

(BOE 4-5-2012)

Registro Mercantil de Barcelona

AUMENTO DE CAPITAL. RESERVAS.

Tras la entrada en vigor de la LSC, se extiende a las sociedades de responsabilidad limitada la necesidad de que, en el aumento de capital con cargo a reservas, la justificación de su efectiva existencia y su disponibilidad para transformarse en capital, consista en un balance con una determinada antelación máxima, debidamente aprobado por la junta y verificado por un auditor. Con ello se acredita que el valor del patrimonio neto contable excederá de la cifra de capital y de la reserva legal hasta entonces constituida, en una cantidad al menos igual al importe de la ampliación, es decir, la existencia de un efectivo contravalor patrimonial no desvirtuado por otras partidas del activo o del pasivo del balance. Ello constituye un medio de protección de los acreedores independientemente de la mayoría con que se haya adoptado el acuerdo.

Resolución de 29-2-2012

(BOE 4-5-2012)

Registro Mercantil de Madrid, V

AUMENTO DE CAPITAL. RESERVAS.

No puede prescindirse de la verificación de balance que sirve de base a la operación, aunque se trate de una sociedad unipersonal, pues es un requisito exigido en interés no solo de los socios, sino especialmente de los acreedores sociales.

Es necesario acreditar que el valor del patrimonio neto contable excederá de la cifra de capital social y de la reserva legal hasta entonces constituida en una cantidad al menos igual al importe de la ampliación, sin que ello quede desvirtuado por otras partidas de activo o pasivo del balance.

La libre disponibilidad de las reservas viene limitada por la función que tienen de cobertura de pérdidas contabilizadas, por lo que el balance ha de reflejar fielmente la existencia o inexistencia de tales pérdidas.

Resolución de 3 de marzo de 2012

(BOE 4-5-2012)

Registro Mercantil de Málaga, IV

LIQUIDACIÓN.

Ningún precepto legal exige, para la inscripción de la escritura de liquidación y extinción de la sociedad, que se haga manifestación alguna por el liquidador acerca de que se ha notificado a los socios no asistentes a la junta la aprobación del balance final, porque no es necesaria tal notificación.

El socio queda suficientemente protegido. En el orden del día de la convocatoria debe expresarse claramente que se somete a aprobación de la junta el balance final (art. 174 LSC) y la escritura debe contener la manifestación de los liquidadores de que ha transcurrido el plazo para la impugnación del acuerdo de aprobación sin que se hayan formulado impugnaciones o que ha alcanzado firmeza la sentencia que las haya resuelto (arts. 395.1 LSC, 247.2.2.º RRM). Antes del transcurso de los dos meses desde la junta no puede otorgarse la escritura.

Resolución de 15-3-2012

(BOE 14-5-2012)

Registro Mercantil de Madrid

AUMENTO DE CAPITAL. RESERVAS.

No cabe crear participaciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial. En el aumento con cargo a reservas, estas han de ser disponibles y lo son, en tanto no existan pérdidas a las que han de aplicarse previamente. Lo importante no es el mero reflejo de la partida de reservas en el balance que sirve de base a la operación, sino la efectiva existencia de excedente del activo sobre el capital anterior y el pasivo exigible.

Resolución de 16-3-2012
(BOE 14-05-2012)
Registro Mercantil de Barcelona

DENOMINACIÓN SOCIAL.

El Registrador provincial rechaza la denominación «Financia Pyme Europea». La Dirección General admite:

«Financia», porque la sociedad tiene como objeto la concesión de préstamos hipotecarios, actividad permitida por la Ley 2/2009, de 31-3-2009.

«Pyme», porque una de las actividades comprendidas en el objeto social puede ser la concesión de financiación a Pymes.

«Europea», pues al estar unido a los términos anteriores, no incurre en incompatibilidad por la posible oficialidad del término.

No es una denominación reservada en exclusiva a las entidades reguladas por la Ley 26/1988, que excluye la utilización, fuera de su ámbito, de las expresiones «Banco», «Caja de Ahorros», «Instituto de Crédito Oficial», «Cooperativa de Crédito» y «Establecimiento Financiero de Crédito». En cuanto a estos últimos, si una sociedad no utiliza el término exclusivo «Establecimiento Financiero de Crédito» o «EFC», no cae bajo la prohibición legal.

Por último, no se aprecia identidad sustancial con «Bankpyme» ni con «Inverpyme» que induzca a confusión al utilizar el término Pyme unido a «financia» y «europea».

Resolución de 11-4-2012
(BOE 17-5-2012)
Registro Mercantil de Toledo

CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN. EXTRANJERO. IDENTIFICACIÓN. NIE.

La notificación al Notario por fax es admisible salvo que se pruebe la imposibilidad técnica o material de acceso al contenido del documento.

Se exige número del documento con que se ha identificado el extranjero (pasaporte, tarjeta de residencia o cualquier otro de identificación) con declaración de estar vigente y además número de identificación fiscal. En el caso de que se identifique con la tarjeta de residencia con NIE —X (o Y) + siete dígitos + letra— y declaración de estar vigente, este documento cumple con las dos exigencias, pues es el número de identificación del extranjero y el de identificación fiscal al tiempo.

Resolución de 14-4-2012
(BOE 21-5-2012)
Registro Mercantil de Barcelona

ACCIONES. DESEMBOLSOS PENDIENTES.

La falta de constancia en el Registro Mercantil de los desembolsos pendientes de las acciones no impide la inscripción de todo acuerdo social. La parte de capital no desembolsado debe hacerse constar en los estatutos para informar a los posibles adquirentes y a terceros de la falta de desembolso íntegro y del momento en que los socios se obligan a realizarlo. El Registrador Mercantil no

debe ejercer el control del derecho de voto en este caso. Ese control corresponde a quienes deben dar por válidamente constituida la junta.

Dado que no se inscribe la mora del accionista, no puede el Registrador atribuir sus efectos por el mero transcurso de un plazo estatutario.

Resolución de 18-4-2012

(BOE 21-5-2012)

Registro Mercantil de Arrecife

JUNTA GENERAL. ACTA NOTARIAL. ADMINISTRADOR. NOTIFICACIÓN. ARTÍCULO 111 RRM.

El Registrador Mercantil debe calificar todos los extremos relativos a la celebración de la junta que redunden en su validez: requisitos de convocatoria, persona legitimada para convocarla, cómputo del plazo de celebración, *quórum* de asistencia, representación de los asistentes, validez de los acuerdos, aprobación del acta.

La certificación del acta debe contener todos estos extremos. Si no es así, es necesaria la aportación del acta notarial de la junta.

Debe acreditarse la notificación fehaciente al anterior administrador mancomunado cesado, cuando la certificación la expide el otro administrador antes mancomunado y ahora nombrado administrador único.

Resolución de 20-4-2012

(BOE 21-5-2012)

Registro Mercantil de Lugo

APORTACIÓN NO DINERARIA. CRÉDITOS.

En el aumento de capital con aportación de créditos deben identificarse las participaciones asignadas en pago. Ello puede realizarse, en su caso, estableciendo la proporción en que cada participación es desembolsada con cargo a aportación dineraria y con cargo a aportación no dineraria.

Resolución de 21-4-2012

(BOE 21-5-2012)

Registro Mercantil de La Coruña

DOMICILIO. CERTIFICACIÓN DE TRASLADO.

Reitera la doctrina de la Resolución de 11-7-2011.

Ante el rechazo por el Registro de destino de una certificación a efectos de traslado de domicilio emitida por el Registrador de Santiago de Compostela en base a la sentencia del TSJ de Madrid que declara la nulidad de la provisión de la plaza de este registro, la Dirección General declara que la falta de firmeza de dicha resolución judicial y la consiguiente suspensión de su ejecución impide paralizar entre tanto, por razones de interés general, orden público y seguridad jurídica, la actividad registral de dicho Registro.

Resolución de 23-4-2012
(BOE 21-5-2012)
Registro Mercantil de Navarra

CUENTAS ANUALES. DERECHO DE INFORMACIÓN.

La expresión en el anuncio de: «Se recuerda a los socios, respecto del derecho de asistencia e información, que podrán ejercitarlo de conformidad con lo dispuesto en los estatutos o legislación aplicable, pudiendo examinar en el domicilio social o solicitar la entrega o envío gratuito de la documentación relativa a los acuerdos que van a ser sometidos a consideración de la junta», no respeta íntegramente la exigencia del artículo 272 LSC al quedar indeterminada la documentación a que se refiere, que no siempre es la misma. En este caso debe contenerse también el informe de auditoría. Esta expresión genérica priva al socio de la información relevante que debe conocer desde la convocatoria.

Resolución de 25-4-2012
(BOE 26-5-2012)
Registro Mercantil de Madrid

ACUERDOS. CERTIFICACIÓN.

Estando vigente determinada inscripción que publica a quién corresponden los cargos de secretario no consejero y de presidente del Consejo de administración de una sociedad, no puede alterarse el contenido del Registro en base a una certificación emitida por persona no inscrita con el visto bueno de persona no inscrita. Para que sea posible tal circunstancia, el ordenamiento exige una serie de cautelas, la más importante de las cuales es que exista una conexión entre el contenido del Registro y la titulación presentada que ponga de manifiesto la regularidad del proceso y, señaladamente, que el anterior cargo con facultad certificante haya sido debidamente notificado fehacientemente o haya prestado su consentimiento.

Resolución de 11-5-2012
(BOE 12-6-2012)
Registro Mercantil de Zamora

SOCIEDAD MUNICIPAL.

Las sociedades municipales, salvo en algunas materias, se rigen por el ordenamiento jurídico privado. Por ello, el hecho de que en los estatutos se prevea que «será Secretario del Consejo de Administración el Secretario de la Corporación o funcionario en quien delegue», no excluye la necesidad de formalizar el correspondiente acuerdo de nombramiento por el órgano competente, que deberá documentarse e inscribirse en el Registro Mercantil.

La renuncia debe ser notificada a la sociedad y ello no resulta cumplido por la comparecencia en la escritura del Secretario de la Corporación, pues este no ejerce como tal funciones de representación de la sociedad.

Resolución de 12-5-2012
(BOE 12-6-2012)
Registro Mercantil de Zamora

SOCIEDAD MUNICIPAL. SECRETARIO, PRESIDENTE. NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 111 RRM.

Las sociedades municipales, salvo en algunas materias, se rigen por el ordenamiento jurídico privado. Por ello, el hecho de que en los estatutos se prevea que «será Secretario del Consejo de Administración el Secretario de la Corporación o funcionario en quien delegue, y Presidente del Consejo el Alcalde», no excluye la necesidad de formalizar el correspondiente acuerdo de nombramiento por el órgano competente, que deberá documentarse e inscribirse en el Registro Mercantil. En cuanto al Presidente del Consejo, tiene que nombrarse al Alcalde, pues no está previsto en los estatutos que este pueda delegar como ocurre en el caso del Secretario.

La notificación del artículo 111 RRM no es necesaria cuando el título inscribible sea una escritura pública a la que sirve de base, no la certificación privada expedida por el nombrado, sino la propia acta notarial de junta o, como en este caso, documento público administrativo, al estar expedida la certificación por el Secretario del Ayuntamiento y del Consejo, con el Visto Bueno del Alcalde y Presidente del Consejo.

Resolución de 16-5-2012
(BOE 14-6-2012)
Registro Mercantil de Cádiz

OBJETO SOCIAL. ESTATUTOS TIPO.

En escritura de constitución cuya tramitación se pretende sujeta al artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, se establece como objeto social: «...la explotación de casinos de juego, salas de bingo... con sujeción al Decreto 250/2005 de la Comunidad Autónoma de Andalucía». Este objeto no se acomoda a los estatutos tipo de la OM de 9 de diciembre de 2010, tanto porque recoge actividades que exigen objeto exclusivo junto con otras actividades, como otras que exigen la forma anónima. No se acomoda a las exigencias de la legislación sustantiva ni a las derivadas de la utilización de los estatutos tipo.

Resolución de 18-5-2012
(BOE 14-6-2012)
Registro Mercantil de Cádiz

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. CONSEJERO, PERSONA JURÍDICA. REPRESENTANTE, PERSONA FÍSICA.

No puede practicarse la inscripción si de la certificación del acuerdo del consejo resulta que uno de los consejeros, persona jurídica, ha sido representado en la reunión por persona física distinta de la que consta inscrita. Todas las funciones del administrador, persona jurídica (asistencia, voto, aceptación,

dimisión, ejercicio de delegación de facultades, presidencia, secretaría...) tienen que ser ejercidas por la persona física designada al efecto.

El Registrador debe exigir que se le acrediten cuántos y quiénes fueron los consejeros asistentes, el número de votos favorables y el nombre del representante persona física. En este caso, al no coincidir esta con la inscrita, se produce un eventual «tracto impropio» que puede producir una falta de complitud registral por no haberse hecho constar el cambio de representante. Y el artículo 242 bis.2 LSC determina que la revocación del representante no produce efecto en tanto no se designe a la persona que lo sustituya, y la designación debe inscribirse en el Registro.

Resolución de 19-5-2012
(BOE 21-6-2012)
Registro Mercantil de Huesca

OBJETO SOCIAL.

Modificación del objeto social incluyendo ahora «Comercio al por mayor y al por menor, distribución comercial e importación y exportación de toda clase de artículos y productos de lícito comercio». La Dirección General lo admite reiterando la doctrina de las Resoluciones de 5-9, 14 y 15-11-2011.

Resoluciones publicadas en el *DOGC*

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 900/2012. 16-4-2012
(*DOGC* 16-5-2012)
Registro de Rosas, número 2

RECURSO EXTEMPORÁNEO.

Considerando que en la actualidad debe entenderse bien realizada la notificación verificada por telefax al Notario autorizante, es ese el *dies a quo* para el cómputo del plazo de interposición del recurso.

Resolución 901/2012. 13-4-2012
(*DOGC* 17-5-2012)
Registro de Olot

SEGREGACIÓN DE FINCAS.

A la inscripción de una segregación se le debe aplicar la legislación vigente cuando se ha otorgado la escritura. Respecto a la posibilidad de obtener licencia por silencio, ha de estarse a lo establecido en la legislación urbanística catalana.

Corrección de errata. Resolución 20/2012. 5-1-2012

(BOE 3-5-2012)

Registro de la Propiedad de El Vendrell, número 2

Habiendo observado una errata en el texto de la citada Resolución, enviado al *DOGC* y publicado en el número 6050, página 2572, de 23-1-2012, se detalla su oportuna corrección:

En la página 2572, donde dice:

«(...) una escritura de adjudicación a pago (...)», debe decir: «(...) una escritura de adjudicación en pago (...)».

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA INTROMISIÓN DEL RUIDO EN LA INTIMIDAD DOMICILIARIA. REPERCUSIONES JURISPRUDENCIALES

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora.
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN DE RUIDO Y SU CONEXIÓN CON LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LA INTIMIDAD DOMICILIARIA.—II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—III. ESTUDIO DE LA SENTENCIA: EL SONIDO DEL PIANO Y LOS LÍMITES LEGALES: A) INTROMISIÓN DE LAS AGRESIONES DEL EXTERIOR EN LA INTIMIDAD FAMILIAR. B) EL SONIDO DEL PIANO COMO RUIDO EVITABLE E INSOPORTABLE. SU PRUEBA. C) EXISTENCIA DE DAÑO E INDEMNIZACIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TEDH, TC, TS, Y AP ANALIZADAS (POR ORDEN CRO-
NOLÓGICO).—VI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN DE RUIDO Y SU CONEXIÓN CON LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LA INTIMIDAD DOMICILIARIA

Las definiciones empleadas para describir el complejo fenómeno del ruido, se refieren al «sonido o conjunto de sonidos desagradables, inesperados o molestos», «conjunto confuso de sonidos no deseados» o «sensación auditiva desagradable o molesta», por citar algunas de las definiciones más utilizadas (1).

El ruido siempre aparece vinculado a una sensación desagradable o incomoda, supone la contaminación del medio ambiente, cuyos efectos sobre la calidad de vida y la salud humana son patentes.

La Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental lo define como «*el sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas, incluido*

(1) Vid. IGLESIA MONJE, M.^a Isabel DE LA, «Vulneración del derecho a la intimidad del domicilio por ruidos», en *RCDI*, núm. 707, año 2008, págs. 1363 a 1366.

el ruido emitido por los medios de transporte, por el tráfico rodado, ferroviario y aéreo y por emplazamientos de actividades industriales...».

La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, define la contaminación acústica como *«la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente»*.

Todas las definiciones expuestas intentan resaltar la naturaleza objetiva del ruido, que contrasta con el más tradicional concepto subjetivo de molestia, empleado de manera principal por la legislación civil. En este la contaminación acústica, inmisión sonora o ruido, no dependen de los niveles de decibelios que emite el agente contaminante, sino de la sensación molesta que provoca en el receptor. El ruido es un intruso inmaterial y como tal debe eliminarse cuando se convierte en agresor, y esta agresión se materializa cuando la inmisión se hace intolerable, por ser contraria al normal uso de las cosas.

La calificación civil de las actividades como molestas es independiente del alcance o significado que pudiera atribuírseles en la esfera administrativa (como ya indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1989) y, por tanto, del resultado de los requisitos administrativos, no hallándose vinculados los tribunales civiles por la conceptualización que merezcan en aplicación de ordenanzas municipales y reglamentos administrativos (2).

En la Ley del Ruido se establece que en la legislación española, el mandato constitucional de proteger la salud (art. 43 CE) y el medio ambiente (art. 45 CE) engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica, en conexión directa con el derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 18.1 CE.

Han sido muchas las sentencias tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo y de las Audiencias que han analizado diversos supuestos de emisiones de ruido y su repercusión en la intimidad, calificándola de ilegítima (3). Estamos acostumbrados a que el origen de los ruidos sea, por ejemplo, la actividad de un bar situado en los bajos del edificio (4), o una cafetería alemana (5) o actividades industriales (6), o ruidos aeroportuarios (7)...

(2) Vid., en torno a esta cuestión, el breve artículo de FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, «Propiedad horizontal y arrendamientos urbanos: resolución de contrato de arrendamiento. Acción ejercida por comunidad de propietarios a causa de actividad molesta procedente de local de negocio destinado a *music-bar*». Comentario a la STS (Sala 1.^a), de 18 de julio de 1991, en *Diario La Ley*, 1991, pág. 504, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 17775/2001.

(3) MARTÍ MARTÍ, Joaquín, «La respuesta del Derecho a las inmisiones sonoras», en *Diario La Ley*, núm. 5604, Sección Doctrina, de 4 de septiembre de 2002, año XXIII, referencia: D-197, pág. 1641, tomo 5, Editorial LA LEY. LA LEY 2357/2002.

(4) SAP de Madrid, Sección 19.^a, de 14 de enero de 2005, recurso: 647/2004. Ponente: Epifanio LEGIDO LÓPEZ. Número de sentencia: 4/2005. Número de recurso: 647/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7654/2005.

(5) SAP de Málaga, Sección 5.^a, de 11 de diciembre de 2006, recurso: 829/2006. Ponente: Antonio TORRECILLAS CABRERA. Número de sentencia: 786/2006. Número de recurso: 829/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 267400/2006.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2003, recurso: 2527/1997. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de sentencia: 431/2003. Número de recurso: 2527/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2156/2003.

(7) Vid. la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.^a, sentencia de 13 de octubre de 2008, recurso: 1553/2006 (Ponente: Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

pero la sentencia que ahora estudiamos se centra en la existencia de ruido superior a los límites legalmente permitidos en la vivienda de los demandantes

Número de sentencia: 5745/2008. Número de recurso: 1553/2006. Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA LEY 163901/2008), y el comentario a la misma de URIARTE RICOTE, Maite, «La injerencia del ruido aeroportuario en la intimidad domiciliaria: la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 2008» (*Diario La Ley*, núm. 7222, Sección Tribuna, de 21 de julio de 2009, año XXX, referencia: D-257, Editorial LA LEY. LA LEY 12327/2009) que presenta un singular valor al tratarse de la primera ocasión en que un tribunal español admite la efectiva vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria por el ruido aeroportuario.

Continúa indicando que «Los tribunales españoles han tenido ocasión de decidir, en dos momentos anteriores, sobre la vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 18.1 y 2 y 15 CE debida, específicamente, a las emisiones acústicas aeroportuarias. El primero se debió al recurso de casación presentado por el Ayuntamiento catalán de Gavá, en el que se alegaba que la integridad física de las personas residentes en un barrio de dicha localidad estaba en peligro por los ruidos provenientes de los aterrizajes y despegues de las aeronaves que, además, vulneraban la intimidad personal, familiar y domiciliaria, al perturbar su descanso y su salud. La STS de 27 de abril de 2004 desestimó el citado argumento casacional por considerar que la demanda carecía de datos irrefutables que sirvieran para discriminar los sonidos en las mediciones aportadas por la parte actora, por la ausencia de prueba en relación con la intensidad de los ruidos y de las lesiones en la integridad psíquica o física de los vecinos, por considerar que el ruido aeronáutico es de carácter inevitable, y por comprobar que la Corporación Local no había adoptado medida alguna dirigida a frenar el crecimiento urbanístico en la zona afectada por el tráfico aéreo, tras constatar la previa existencia del aeropuerto en relación al barrio.

La segunda tentativa, dirigida a lograr un fallo jurisdiccional favorable a la citada reivindicación, dio lugar a la STSJ de Madrid 1016/2008, de 4 de junio (LA LEY 95484/2008), fruto del recurso contencioso-administrativo presentado por los vecinos de una zona residencial perteneciente a San Sebastián de los Reyes y cercana al aeropuerto de Barajas, contra una Resolución de la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento. El Tribunal declaró en esta ocasión que la invocación de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 18.1 y 2 CE solo puede realizarse por personas físicas individualizadas, por poseer una naturaleza individual o personalísima. Desestimó, por tanto, dicho motivo de alegación debido a la ausencia de una acreditación de la lesión individualizada, particularizada, en cada uno de los residentes».

Un análisis comparativo entre estos antecedentes jurisprudenciales y el fallo que aquí se comenta permite concluir, en primer lugar, que el criterio interpretativo que debe guiar el enjuiciamiento sobre una posible lesión en los derechos fundamentales originada por el ruido de las aeronaves, ha de abandonar enfoques indebidamente formalistas. En lo atinente a vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar, así como al domicilio, la flexibilidad del encuadre propuesto ha propiciado una interpretación menos rigurosa sobre la importancia de la prueba, que admite la validez de mediciones representativas en los domicilios de algunos afectados, y relaja la exigencia de presentar resultados discriminatorios de sonidos o de considerar el ruido de fondo cuando este no afecta a los niveles máximos. La consideración del carácter absolutamente inevitable del ruido aeroportuario también ha sufrido un revés, al entenderlo incongruente con la mera posibilidad de utilizar otras trayectorias de aproximación o, incluso, otras pistas que permitan reducir el uso de la que origina las perturbaciones.

Cuando se trate de estimar que el ruido aeroportuario ha lesionado la integridad física y moral de los residentes, continúan siendo de aplicación los criterios interpretativos empleados en la STC 119/2001, de 29 de mayo (LA LEY 3644/2001), a saber, que la exposición a las emisiones sonoras sea continuada, que los niveles de emisión sean intensos y que pongan en grave peligro la salud de las personas. Resulta imprescindible, asimismo, aportar constancia fehaciente de dichas realidades en el correspondiente documento probatorio y justificarse de forma individualizada para cada uno de los reclamantes.

al transmitirse el sonido de un piano desde la vivienda que habitan los demandados produciendo una grave perturbación de la vida de los demandantes en su propio domicilio (8).

En cierta medida el hecho es novedoso, pues los ruidos se deben a una actividad encuadrada dentro de las actividades normales de una familia (no es una actividad industrial ni el hecho es externo), y dentro del contexto de las relaciones vecinales.

También el TC (9) se ha pronunciado en relación con el tema del ruido, por ejemplo en las SSTC de 23 de febrero de 2004 (10), de 24 de mayo de 2001 (11), y de 29 de septiembre de 2011 (12).

Partiendo de una normativa escasa (el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, las Ordenanzas municipales y alguna legislación sectorial) y de una situación de frecuente pasividad de las diversas Administraciones Públicas, han sido los Tribunales los que han demostrado una mayor sensibilidad hacia el problema del ruido... Pero el paso más importante en la lucha contra la contaminación acústica en España no lo dieron ni los legisladores ni los Tribunales españoles, sino que tuvo que hacerlo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como ya señaló RODRÍGUEZ CARBAJO (13).

(8) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de marzo de 2012, recurso: 2196/2008. Ponente: FRANCISCO MARÍN CASTÁN. Número de sentencia: 80/2012. Número de recurso: 2196/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28646/2012.

(9) Ya en 2001, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, realizó un estudio sobre la evolución jurisprudencial en el tratamiento del fenómeno del ruido como factor perturbador de la paz y tranquilidad del hogar, del derecho al descanso y a la salud física y psíquica, extendiendo una nueva dimensión a la protección constitucional del derecho a la intimidad, integridad e inviolabilidad del domicilio, asociado al libre desarrollo de la personalidad.

Vid. («La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica: nuevas perspectivas de los derechos fundamentales», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, referencia: D-271, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 1351/2002).

(10) STC, Sala Primera, 16/2004, de 23 de febrero de 2004, recurso: 1784/1999. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 16/2004. Número de recurso: 1784/1999. LA LEY 631/2004. Vulneración del derecho a la integridad física y moral derivada de la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido que ponen en grave peligro la salud de las personas. Y vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar derivada de una exposición prolongada a unos niveles de ruido evitables e insoportables. Ruidos producidos por el propietario de un local.

(11) STC, Pleno, sentencia 119/2001, de 24 de mayo de 2001, recurso: 4214/1998. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 119/2001. Número de recurso: 4214/1998. LA LEY 3644/2001. Denegación de amparo ante la falta de acreditación de la lesión real y efectiva del derecho a la integridad física y moral así como a la intimidad derivada de contaminación acústica.

(12) STC, Pleno, sentencia 150/2011, de 29 de septiembre de 2011, recurso: 5125/2003. Ponente: Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS. Número de sentencia: 150/2011. Número de recurso: 5125/2003. LA LEY 191928/2011. En este caso, el TC deniega el amparo solicitado por un residente en una «zona acústicamente saturada» al no probar los ruidos sufridos en su salud y en su domicilio.

(13) El paso más importante en la lucha contra la contaminación acústica en España no lo dieron ni los legisladores ni los Tribunales españoles, sino que tuvo que ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que en su sentencia de 9 de diciembre de 1994 (asunto Gregoria López Ostra, defendida por el letrado Mazón Costa, contra España) condenó al Estado español a indemnizar en 24.000 € a una modesta ciudadana a consecuencia de los perjuicios sufridos por la instalación de una planta de depuración de aguas y de residuos a

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor han seguido reiteradamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que encuadra la protección frente al ruido en el ámbito de la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que también quepa dicha protección al amparo de la legislación civil ordinaria (como ocurre en la sentencia objeto de estudio: STS Sala Primera, de lo Civil, de 5 de marzo de 2012) (14).

La STS de Pleno, de 12 de enero de 2011 (15), pese a estimar el recurso de la parte demandada y en consecuencia desestimar la demanda, constató que a partir de la sentencia de esta misma Sala, de 29 de abril de 2003 (16), la jurisprudencia había incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual, «determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad» y, por tanto, «para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales». En esta sentencia se había mantenido la condena de la empresa titular de una fábrica que transmitía ruidos al interior de la vivienda familiar de la demandante, fundándose entonces esta Sala en la combinación del derecho fundamental a la intimidad, como «derecho a ser dejado en paz», en base a los artículos 590, 1902 y 1908 del Código Civil y en la posibilidad de ejercitar conjuntamente la acción fundada en la Ley Orgánica 1/1982 y las fundadas en el Código Civil.

También, la STS de 31 de mayo de 2007 (17), que desestimó el recurso de la empresa condenada en la instancia por los ruidos que la circulación de sus trenes

doce metros de su domicilio; el TEDH —después de que el Tribunal Constitucional español hubiese declarado inadmisibile el recurso de amparo ¡por falta manifiesta de fundamento!— consideró que se había producido una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»). Vid. RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón, «La respuesta más contundente en la historia judicial española a la pasividad de los Ayuntamientos ante los ruidos excesivos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 18, Sección Fundamentos de Casación, quincena del 16 al 31 de octubre de 2008, pág. 2192, tomo 2, Editorial LA LEY. Diario La Ley, Sección Tribuna, Editorial LA LEY. LA LEY 40022/2008.

(14) STS Sala Primera, de lo Civil, de 5 de marzo de 2012, recurso: 2196/2008. Ponente: FRANCISCO MARÍN CASTÁN. Número de sentencia: 80/2012. Número de recurso: 2196/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28646/2012.

(15) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de enero de 2011, recurso: 1580/2007. Ponente: MARÍN CASTÁN, Francisco. Número de sentencia: 889/2010. Número de recurso: 1580/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1553/2011. Obligación de los vecinos de una zona no residencial de soportar las molestias derivadas de la actividad autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona.

(16) STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 29 de abril de 2003, recurso: 2527/1997. Ponente: JOSÉ ALMAGRO NOSETTE. Número de sentencia: 431/2003. Número de recurso: 2527/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2156/2003. Vulneración del derecho a la intimidad y responsabilidad por los ruidos generados por la actividad industrial. La demandante ha acreditado la titularidad de las fincas registrales sobre las que se encuentra construida la vivienda donde habita y que sufre los ruidos procedentes de la cercana industria. Irrelevancia del hecho de que la casa no se encuentre reflejada en el Registro de la Propiedad.

(17) STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 31 de mayo de 2007, recurso: 2300/2000. Ponente: FRANCISCO MARÍN CASTÁN. Número de sentencia: 589/2007. Número de recurso:

transmitía al interior de las viviendas de los demandantes, recopiló la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos representada por sus sentencias de 9 de diciembre de 1994 (López Ostra contra España), 14 de febrero de 1998 (Guerra contra Italia), 2 de octubre de 2001 (varios ciudadanos contra el Reino Unido) y 16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España) para admitir la vía de la tutela de los derechos fundamentales como una de las posibles en materia de protección civil frente al ruido.

En resumen, la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo admite que el ruido puede vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar. Considera que «el individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio» (apdo. 53); que «el atentar contra el derecho del respeto del domicilio no supone solo una vulneración material y corporal, como la entrada en el domicilio de una persona autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporeal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias» (apdo. 53); que «si la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo» (apdo. 53); que «aunque el artículo 8 tiene fundamentalmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede igualmente implicar la adopción por estos de medidas que traten de respetar los derechos garantizados por este artículo hasta en las relaciones entre los propios individuos» (apdo. 55). Apartados del artículo 8 del Convenio de Roma (18).

Como hemos visto, también el Tribunal Constitucional, especialmente en sus sentencias 119/2001, 16/2004 y 150/2011, ha incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, declarando que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que pueden objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad»; si bien añade «siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» y resultando indispensable que el demandante acredite bien que padece un nivel de ruido que le produce insomnio y por tanto ponga en peligro grave e inmediato su salud, bien que el nivel de ruidos en el interior de su vivienda es tan molesto que impida o dificulta gravemente el libre desarrollo de su personalidad.

2300/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 42135/2007. Reclamación de daños y perjuicios por los propietarios de sendas viviendas situadas en las proximidades de un viaducto construido por una empresa siderúrgica para el transporte de materiales por ferrocarril entre dos de sus factorías. Concesión de la indemnización por daños morales y por depreciación de las viviendas debido a la contaminación acústica.

(18) Sigue a la doctrina del TEDH, y concretamente a lo indicado en su sentencia de 16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España) basado en el artículo 8 del Convenio de Roma.

III. ESTUDIO DE LA SENTENCIA: EL SONIDO DEL PIANO Y LOS LÍMITES LEGALES

Centrándonos en el estudio de la reciente sentencia, objeto de comentario, cabe indicar que se afirma que los hechos probados (19) sí constituyen una intromisión ilegítima en el derecho fundamental de los demandantes a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, según una interpretación del artículo 18 CE ajustada al artículo 8 del Convenio de Roma conforme a su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no exige que la lesión sea imputable directamente a los poderes públicos.

La propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el hecho notorio de que España es uno de los países más ruidosos del mundo revelan las dificultades que encuentran los ciudadanos para lograr una protección efectiva, no meramente teórica, contra el ruido. De hecho los aquí recurrentes intentaron sin éxito, antes de interponer su demanda, que fuese la comunidad de propietarios la que emprendiera la vía judicial.

Dentro del proceso del supuesto que analizamos, los demandantes han logrado probar que durante años, y a cualquier hora comprendida entre las 15 y las 21,30 horas, vienen soportando el sonido del piano procedente de la vivienda que habitan los demandados en unos niveles que sobrepasan los límites legales en horario diurno, sin que el grado de superación de estos niveles pueda en modo alguno considerarse insignificante.

A) INTROMISIÓN DE LAS AGRESIONES DEL EXTERIOR EN LA INTIMIDAD FAMILIAR

Ruidos que suponen una intromisión que necesariamente perturba gravemente la vida de los demandantes en su propio domicilio, pues no solo les impide descansar, estudiar o leer con una mínima concentración durante el día, sino que también les dificulta sobremedida el disfrute de su propio hogar al imponerseles un ruido que solo puede paliarse generando otro mayor en el propio domicilio.

Intromisión del derecho a la intimidad, derecho fundamental que reclama para su ejercicio pacífico, y especialmente, dentro del recinto domiciliario y su entorno, un *ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras, procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas*, entre las que se encuentran los ruidos desaforados y persistentes, aunque estos procedan, en principio, del desarrollo de actividades lícitas que dejan de serlo, cuando se traspasan determinados límites, como es el hecho de tocar un instrumento musical: el piano (20).

(19) La demanda se interpuso por J. A. y J. M., propietarios y moradores del piso sito en Valencia y el hijo de ambos L. C., mayor de edad, que vivía con ellos junto con su hermana menor de edad A., contra J. F. y E., moradores del piso inmediatamente inferior del mismo edificio, alegando que en este, desde octubre de 2004, se venía tocando el piano cualquier día de la semana, incluso sábados y festivos, sin horario fijo y sin respetar las horas de descanso, pues durante los fines de semana el piano se oía desde por la mañana y en los días laborables, en que los demandantes llegaban a su casa sobre las 14,30 horas, desde las 15 horas, y en ambos casos hasta las 22 ó 22,30 horas.

(20) Recordemos la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2003, recurso: 2527/1997. Ponente: José ALMAGRO NOSETTE, aunque esta sentencia se refería a ruidos procedentes de actividades industriales.

El TEDH afirma que en el núcleo de la intimidad-protección del domicilio se incluyen las intromisiones sonoras por considerar que el ruido excesivo supone una violación de los derechos fundamentales protegidos en el artículo 18 CE.

También el TC, en sentencia de 24 de mayo de 2001, establece que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar; en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad (aunque en este caso la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida) (21).

Incluso el voto particular de JIMÉNEZ DE PARGA señala que la saturación acústica causa daños y perjuicios a los seres humanos, con posible conculcación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) (22).

Asimismo, la saturación acústica según el Magistrado GARRIDO FALLA en el segundo voto particular (23) de dicha sentencia matiza que: «por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 de la Constitución Española) participo de cuanto se dice en nuestra sentencia a condición de que quede claro que la agresión a la intimidad se conciba, no solo como una *publicatio* de lo que nos es privado —es decir, de lo que pertenece a nuestra «privacidad»— sino como el derecho a desarrollar nuestra vida privada sin perturbaciones e injerencias externas que sean evitables y no tengamos el deber de soportar. Nadie tiene el derecho a impedir nuestro descanso o la tranquilidad mínima que exige el desempeño de nuestro trabajo intelectual. Por el contrario, puede existir un deber de los poderes públicos de garantizarnos el disfrute de este derecho, según cuáles sean las circunstancias».

Incluso el Ministerio Fiscal afirmó (y la Sala compartió), que la determinación conceptual de la intimidad fuera de su vaga definición como, «derecho a ser dejado en paz», equivalente a derecho a la soledad y a la tranquilidad, obliga a caracterizarlos desde la perspectiva de los actos concretos que inciden en su contenido o núcleo esencial. En ese sentido, nuevos procedimientos que alteran gravemente la paz familiar y el entorno en que se desarrolla la vida íntima o privada constituyen manifestaciones de intromisión ilegítima frente a las cuales cabe y es obligada la tutela judicial.

En conclusión, una actividad lícita como es la de tocar el piano, o cualquier otra incluso con la correspondiente licencia administrativa (24) puede generar

(21) Sigue esta doctrina la SAP de Málaga, Sección 5.ª, de 11 de diciembre de 2006, recurso: 829/2006. Ponente: Antonio TORRECILLAS CABRERA. Número de sentencia: 786/2006. Número de recurso: 829/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 267400/2006.

(22) Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la sentencia recaída en el recurso de amparo, abogado al Pleno, número 4214/1998.

(23) Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Fernando GARRIDO FALLA en relación con la sentencia dictada por el Pleno de este Tribunal en el Recurso de Amparo número 4214/1998.

(24) Insiste en ello la SAP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 27 de abril de 2004, recurso: 36/2004. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Número de sentencia: 91/2004. Número de recurso: 36/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1597/2004, pues dice que no es obstáculo, para la vulneración a la intimidad, ni la regulación administrativa de la actividad, ni la remisión de las normas civiles de vecindad a disposiciones administrativas, ni el ejercicio de la actividad con la preceptiva licencia administrativa, ni el desarrollo de la misma con observancia de las normas administrativas.

molestias vulnerando el derecho a la intimidad que toda persona tiene dentro de su vivienda (25).

B) EL SONIDO DEL PIANO COMO RUIDO EVITABLE E INSOPORTABLE. SU PRUEBA

Si a todo ello se une que en la actualidad existen medios suficientes (como la sordina en el piano mecánico o los auriculares en el piano eléctrico) para hacer compatible el derecho a estudiar piano con el respeto a la intimidad domiciliaria de los vecinos, de modo que los ruidos son evitables, y que de la prueba practicada se desprende una actitud de los demandados muy poco colaboradora en orden a lograr dicha compatibilidad, la vulneración del derecho fundamental de los demandantes ha de considerarse patente (26).

(25) Vid. la SAP de Álava, Sección 1.^a, de 13 de septiembre de 2007, recurso: 309/2007. Ponente: GUERRERO ROMEO, María Mercedes. Número de sentencia: 230/2007. Número de recurso: 309/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 224721/2007.

El derecho a la intimidad de toda persona exige que dentro de su domicilio exista un ámbito inmune a agresiones perturbadoras procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran los ruidos, ostentando derecho los particulares a oponerse a niveles de saturación acústica que rebasen el umbral que afecte a la propia salud. La documentación aportada con la demanda acredita las molestias que la parte actora viene sufriendo en su vivienda. Las normas administrativas no tienen relevancia en el ámbito civil, pudiendo una actividad lícita y con la correspondiente licencia generar molestias vulnerando el derecho a la intimidad que toda persona tiene dentro de su vivienda. Por ello, el ruido producido por los demandados puede ser molesto e intimidar a la actora pese a que no alcance los decibelios fijados en las ordenanzas municipales para ser calificado de incómodo.

Las mediciones realizadas por el perito superan los límites fijados en las ordenanzas municipales en horario diurno, incluso los fijados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), habiendo sido avisados, además, los demandados de la hora y día en que iban a realizarse las mediciones. Los ruidos producidos no se identifican pero se acredita su existencia y las molestias producidas, siendo los mismos persistentes y continuados, desde hace años, lo que ha supuesto una molestia constante para la parte actora. Y aunque se producen en la esfera dominical de los demandados y de su derecho de goce, exceden de los límites de la normal tolerancia, perturbando el adecuado uso y disfrute de la vivienda de la actora en horario nocturno, produciéndose los más molestos a partir de las diez de la noche y desde las seis de la mañana, resultando especialmente incómodos.

Desestima la pretensión de que los demandados realicen en la vivienda obras de insonorización, siendo debidos los ruidos y molestias a las malas prácticas ocasionadas en el uso y disfrute habitual de la vivienda, por lo que los demandados deberán corregir estos hábitos para dejar de molestar a los habitantes del piso inferior. Pero siendo evidente que las molestias generadas por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen un daño moral o extrapatrimonial indemnizable, se fija la cuantía indemnizatoria a abonar por los demandados a la parte actora por los daños causados.

(26) En el presente caso la prueba consistió: la parte demandante, que alegaba como hecho básico de su pretensión el ruido excesivo e intolerable en su vivienda producido por el piano de la vivienda de los demandados, aportó con su demanda el informe de un ingeniero técnico industrial, visado por el correspondiente Colegio Profesional, según el cual ese ruido al que se refería la demanda superaba los límites máximos permitidos por la ley, con arreglo a dos mediciones tomadas en días diferentes. Además, acompañó informes de la Policía Local sobre actuaciones de sus agentes en dos días del mes de mayo de 2006, tres días de noviembre del mismo año y un día de febrero de 2007 según los cuales el sonido de un piano se escuchaba en la vivienda de los demandantes (3-5-06 y 26-11-06); una moradora de

Baste pensar que una constante reiteración de la mejor pieza musical por el más afamado intérprete también puede convertirse, si el sonido se transmite intensamente a la vivienda del vecino, en una grave intromisión en su intimidad domiciliaria.

Finalmente, tampoco desvirtúan lo razonado hasta ahora por esta Sala otras alegaciones de la parte recurrida, como la baja intensidad con que el sonido del piano era percibido por otros vecinos, ya que solo la vivienda del demandante coincidía en todas sus dependencias con la de los demandados, situada justamente debajo; ni las alegaciones relativas al trabajo del codemandante don José Ángel en la industria siderometalúrgica, lo que según la parte recurrida le hacía soportar ruidos mucho más molestos e insoportables que los que pudiera producir el piano, argumento evidentemente reversible porque quien soporta graves ruidos por razón de su trabajo no puede perder ni ver disminuido su derecho a disfrutar de sosiego, paz y tranquilidad en su hogar (27).

la vivienda de los demandados había manifestado, tras no haber querido identificarse, que le daban igual las molestias que pudiera causar y que iba a seguir tocando el piano (23-5-06); se había intentado mediar (25-11-06); y en fin, en la vivienda de los demandados nadie respondió a la llamada de los agentes (19-2-07). Estos informes, a su vez, fueron ampliados en fase probatoria, a instancia de la parte demandante, con el resultado de que el 14 de junio de 2007, es decir después de interponerse la demanda, un agente oyó perfectamente el piano desde dentro de la vivienda de los demandantes a las 21,30 horas y, tras llamar a la puerta de los demandados, una señora le indicó que sus hijas estaban estudiando porque se examinaban de piano al día siguiente, el 11 de octubre de 2007, a las 15,15 horas, se oía también el piano, sobre todo en el comedor y en el dormitorio principal de la vivienda de los demandantes, y se había procedido a identificar a la pianista en el piso inmediatamente inferior; el 8 de noviembre siguiente, a las 15,25 horas, se oía el piano en el dormitorio de la vivienda de los demandantes; el siguiente día 27, a las 15,10 horas, no se había oído el piano pese a la denuncia de don José Ángel; el siguiente día 29 se oía una música de piano y nadie abrió la puerta del piso de los demandados pese a que los agentes pudieron ver por una ventana que había alguien en la cocina; y en fin, el 3 de diciembre siguiente se oía también una música de teclado, bien piano, órgano o un CD, que «impide la concentración, tanto para estudiar, como para conciliar el sueño, parece ser». También se aportaron con la demanda copias de certificaciones de actas de la comunidad de propietarios según las cuales se había acordado por unanimidad notificar a la propietaria del piso habitado en régimen de alquiler por los demandados las molestias que causaban tocando el piano sin respetar horas ni días de descanso, si bien, tras diversos intentos de arreglo, la comunidad había descartado emprender acciones judiciales. Finalmente, se aportó un informe médico de que la demandante doña Bibiana, funcionaria de la Diputación de Valencia, seguía tratamiento médico por ansiedad, debida a insomnio de larga duración y certificado médico de que el codemandante don José Ángel seguía tratamiento con ansiolíticos por síndrome de estrés acústico.

(27) En relación con los medios probatorios, vid. la SAP de Málaga, Sección 5.ª, de 11 de diciembre de 2006, recurso: 829/2006. Ponente: Antonio TORRECILLAS CABRERA (número de sentencia: 786/2006. Número de recurso: 829/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 267400/2006) que indica que son suficientes las mediciones técnicas llevadas a cabo una noche cualquiera, demostrativas de la existencia de los ruidos que habitualmente ha de soportar la actora en su vivienda, los cuales superan los umbrales tolerados legalmente. La realidad de los ruidos se acredita por otros medios probatorios, tales como el oficio remitido por el Ayuntamiento en el que se informa de la incoación de un expediente de clausura de actividad como consecuencia de los ruidos, o el propio reconocimiento de la demandada al haber procedido a contratar las obras para la insonorización del local.

C) EXISTENCIA DE DAÑO E INDEMNIZACIÓN

La Sala consideró que los daños y perjuicios existieron, ya que la intromisión se prolongó en el tiempo, perturbando muy considerablemente la intimidad en el ámbito domiciliario, y que los demandados pusieron muy poco de su parte para que cesara, si bien la parte demandante no probó suficientemente el daño a la salud alegado en la demanda al no someter a contradicción los documentos médicos acompañados con su demanda.

La Sala, en base a ello, consideró insuficiente la cuantía fijada por la sentencia de primera instancia y excesiva la pedida en la demanda, de modo que como más procedente se fija la de 2.000 euros en lugar de 1.000 euros para cada una de las personas afectadas (28).

Esta cantidad devengará el *interés legal* desde la interposición de la demanda hasta la sentencia de primera instancia, como se pedía en la demanda y se pidió en el recurso de apelación, para tener en cuenta el carácter de deuda de valor de la indemnización, siendo aplicables a partir de entonces los intereses procesales del artículo 576 LEC.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: «La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica: nuevas perspectivas de los derechos fundamentales», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, referencia: D-271, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 1351/2002.
- FERNÁNDEZ COSTALES; Javier: «Propiedad horizontal y arrendamientos urbanos: resolución de contrato de arrendamiento. Acción ejercida por comunidad de propietarios a causa de actividad molesta procedente de local de negocio destinado a *music-bar*. Comentario a la STS (Sala 1.ª), de 18 de julio de 1991», en *Diario La Ley*, 1991, pág. 504, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 17775/2001.
- IGLESIA MONJE, M.ª Isabel DE LA, «Vulneración del derecho a la intimidad del domicilio por ruidos», en *RCDI*, núm. 707, año 2008, págs. 1363 a 1366.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquín: «La respuesta del derecho a las inmisiones sonoras», en *Diario La Ley*, núm. 5604, Sección Doctrina, de 4 de septiembre de 2002, año XXIII, referencia: D-197, pág. 1641, tomo 5, Editorial LA LEY. LA LEY 2357/2002.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «La respuesta más contundente en la historia judicial española a la pasividad de los Ayuntamientos ante los ruidos excesivos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 18, Sección Fundamentos de Casación, quincena del 16 al 31 de octubre de 2008, pág. 2192, tomo 2, Editorial LA LEY. Diario La Ley, Sección Tribuna, Editorial LA LEY. LA LEY 40022/2008.

(28) En relación con el daño moral, vid. la SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 26 de septiembre de 2008, recurso: 138/2008. Ponente: Manuel GUTIÉRREZ SÁNCHEZ-CARO (número de sentencia: 323/2008. Número de recurso: 138/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 264984/2008), donde se afirma la vulneración del derecho a la intimidad por los ladridos de la gran cantidad de perros existente en la propiedad del demandado, sufridos durante años, que han producido una zozobra en el actor y su familia que ha alterado el normal y correcto desarrollo de su vida, y que se traduce en un daño que se debe calificar como moral. Condena al cese de la actividad y retirada de los animales de las instalaciones y al pago de una indemnización por el daño producido.

URIARTE RICOTE, Maite: «La inferencia del ruido aeroportuario en la intimidad domiciliaria: la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 2008», en *Diario La Ley*, núm. 7222, Sección Tribuna, de 21 de julio de 2009, año XXX, referencia: D-257, Editorial LA LEY. LA LEY 12327/2009.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TEDH, TC, TS, Y AP ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 9 de diciembre de 1994, recurso: 41/1993. Número de recurso: 41/1993. LA LEY 2-TEDH/1994. Caso López Ostra c. España. Vulneración del derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio por los olores y ruidos de una estación depuradora de agua.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2001, proc. 36022/1997. Número de recurso: 36022/1997. LA LEY 173735/2001. Varios ciudadanos contra el Reino Unido.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4.ª, sentencia de 16 de noviembre de 2004, recurso: 4143/2002. Número de recurso: 4143/2002. LA LEY 239701/2004. Caso Moreno Gómez c. España. Vulneración del derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio por contaminación acústica. Padecimiento por la recurrente de una gran perturbación como consecuencia del ruido que producen por la noche las salas de fiestas cercanas a su casa.
- STC, Pleno, sentencia 150/2011, de 29 de septiembre de 2011, recurso: 5125/2003. Ponente: Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS. Número de sentencia: 150/2011. Número de recurso: 5125/2003. LA LEY 191928/2011.
- STC, Sala Primera, sentencia 16/2004, de 23 de febrero de 2004, recurso: 1784/1999. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 16/2004. Número de recurso: 1784/1999. LA LEY 631/2004.
- STC, Pleno, sentencia 119/2001, de 24 de mayo de 2001, recurso: 4214/1998. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 119/2001. Número de recurso: 4214/1998. LA LEY 3644/2001.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de marzo de 2012, recurso: 2196/2008. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número de sentencia: 80/2012. Número de recurso: 2196/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28646/2012.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de enero de 2011, recurso: 1580/2007. Ponente: MARÍN CASTÁN, Francisco. Número de sentencia: 889/2010. Número de recurso: 1580/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1553/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 31 de mayo de 2007, recurso: 2300/2000. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. Número de sentencia: 589/2007. Número de recurso: 2300/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 42135/2007.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2003, recurso: 2527/1997. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de sentencia: 431/2003. Número de recurso: 2527/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2156/2003.
- SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 26 de septiembre de 2008, recurso: 138/2008. Ponente: Manuel GUTIÉRREZ SÁNCHEZ-CARO. Número de sentencia: 323/2008. Número de recurso: 138/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 264984/2008.
- SAP de Álava, Sección 1.ª, de 13 de septiembre de 2007, recurso: 309/2007. Ponente: GUERRERO ROMEO, María Mercedes. Número de sentencia: 230/2007. Número de recurso: 309/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 224721/2007.

- SAP de Málaga, Sección 5.^a, de 11 de diciembre de 2006, recurso: 829/2006. Ponente: Antonio TORRECILLAS CABRERA. Número de sentencia: 786/2006. Número de recurso: 829/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 267400/2006.
- SAP de Madrid, Sección 19.^a, de 14 de enero de 2005, recurso: 647/2004. Ponente: Epifanio LEGIDO LÓPEZ. Número de sentencia: 4/2005. Número de recurso: 647/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7654/2005.
- SAP de Córdoba, Sección 2.^a, sentencia de 27 de abril de 2004, recurso: 36/2004. Ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Número de sentencia: 91/2004. Número de recurso: 36/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1597/2004.

VI. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 8 del Convenio de Roma (29).
- Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.
- Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido.
- Constitución Española (arts. 15 y 18.1 y 2 CE).
- Código Civil (arts. 590, 1902 y 1908 CC).
- Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961.

RESUMEN

INTIMIDAD DOMICILIARIA VULNERACIÓN POR RUIDO

El sonido del piano (evitable e insoportable) produce una vulneración del derecho a la intimidad familiar y personal de los vecinos cuyo ejercicio precisa, dentro del domicilio un ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras, procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas. Los ruidos desaforados y persistentes, aunque procedan del desarrollo de actividades lícitas, dejan de serlo cuando se traspasan determinados límites, como es el caso del piano y como tales se consideran agresiones.

ABSTRACT

PRIVACY OF THE HOME VIOLATION OF PRIVACY BY NOISE

The avoidable, unbearable sound of a piano violates a neighbour's right to family and personal privacy. Exercise of that right requires that the atmosphere within the home be immune to disturbing aggressions from outside. The resident has no specific duty to bear such aggressions. Pounding, persistent noise may be produced by lawful activities but ceases to be lawful in itself when certain limits are trespassed (as in the case of the piano), at which point the noise is considered an aggression.

(29) Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar; de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La rúbrica «Derechos y Libertades» de este Título I y las de todos sus preceptos (arts. 2 a 18), se deben al artículo 2,2, protocolo número 11 de 11 de mayo de 1994.

1.2. Familia

LA CURATELA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, FUNDAMENTO CARACTERES DE LA CURATELA.—III. CLASES DE CURATELA: 1. LA CURATELA DE LOS MENORES DE EDAD. 2. LA CURATELA DEL DECLARADO PRÓDIGO. 3. LA CURATELA DEL INCAPACITADO.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. NOMBRAMIENTO, INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL CURADOR. 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL CURADOR.—V. LA SANCIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL CURATELADO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL CURADOR.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el Derecho Romano son dos las instituciones encargadas de la protección de los incapaces. La tutela que operaba originariamente para velar por los que sufrían una discapacidad que obedecía a causas de la edad —*tutela impuberum*—, o del sexo —*tutela mulierum*—, y la curatela, que se ejercía sobre los dementes —*cura furiosi*—, o la tendencia a la dilapidación —*cura prodigi*—. Son instituciones cuyo origen se remonta a las XII Tablas, donde se concibieron como potestades domésticas que, recaían sobre el jefe familiar, y que, con el paso del tiempo, dejaron de tener carácter de derecho ejercido en beneficio del tutor, para convertirse en un deber sometido a control de la autoridad (1).

Para GIRARD son dos las notas distintivas de ambas instituciones, así, la tutela solo se constituye cuando el incapaz es un impúber o una mujer, mientras que la curatela interviene en múltiples situaciones, cada vez más numerosas; y, asimismo, la tutela tiene el rasgo de *autoritas interpositio* del que carece la curatela (2). Por su parte, BONFANTE señala que, acaso la nota diferencial entre ambas instituciones, es que la tutela presupone siempre la persona del pupilo, mientras que la curatela puede aplicarse a un patrimonio sin titular (3). En fin, SOHM precisa que, lo que realmente les separa es la *autoritas interpositio*, pues, el tutor tiene que asistir personalmente al pupilo, y cooperar con él en los actos jurídicos que celebre, mediante el asentimiento a los actos jurídicos celebrados

(1) SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona 1960, pág. 155.

(2) GIRARD, P. F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, París, 1924, pág. 211.

(3) BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la octava edición por Luis BACCI y Andrés LARROSA, revisada por Fernando CAMPUZANO HORMA, Reus, Madrid, 1929, pág. 126.

por el pupilo, mientras que en la curatela el campo de actuación se reduce a la *gestio* o administración del patrimonio del incapaz (4).

La curatela alcanzaba al pródigo que, estaba sujeto a interdicción, y en su virtud se le privaba de la administración de sus bienes, y se encomendaba a los curadores, siendo llamados a ejercer la curatela los agnados y, en su defecto, los gentiles. Igualmente, al loco (furioso) se le protegía encargándose el curador del cuidado de su persona y administración de sus bienes, estando obligado a rendir cuentas al final de la curatela. El furioso carecía de capacidad legal, y por tanto, todo *negotium* celebrado por él era nulo *iure civile*, aunque su estado mental fuese ignorado por la otra parte. El *curator furiosi legitimus* estaba facultado *iure civile* para disponer del patrimonio del loco, mientras que, el *furiosi decretalis* únicamente podía disponer del *patrimonio iure praetorio*.

En el primitivo Derecho germánico se someten a tutela aquellas personas que, sin estar sometidas a potestad —*munt*— marital o paterna, no eran capaces de actuar por sí mismos (menores de edad sin padre, ancianos, mujeres no casadas, enfermos físicos o mentales). El ejercicio de la tutela correspondía a la *Sippe*, de forma conjunta o por un pariente próximo, bajo la supervisión y control de aquella. Se desconocía la institución de la curatela hasta la época moderna como consecuencia de la recepción del derecho romano (5).

En cuanto al Derecho Histórico castellano, hay que señalar que no se regula la curatela ni en el Fuero Juzgo, ni el Fuero Viejo de Castilla, ni en el Fuero Real.

En las Partidas que, en materia de guarda y protección de los incapaces (Partida VI) recoge la concepción justinianeas, de nuevo, se regulan como dos instrumentos de guardas la tutela y la curatela. Así la tutela se da por razón de menor edad a los huérfanos impúberes, y la curatela a los huérfanos púberes, por razón de incapacidad, y a los locos y desmemoriados y, a diferencia de aquella, puede ser dada únicamente para una cosa o pleito señalado (6). Igualmente, en los diferentes Proyectos de Código Civil de 1821 y de 1836 se establecen como instituciones de guarda de menores e incapacitados la tutela y curaduría. Sin embargo, en el Proyecto de 1851 queda descartada como inútil la curatela de los menores, y tal institución tiene por objeto únicamente la protección del mayor de edad incapaz de administrar sus bienes por sí mismo. Son incapaces de administrar sus bienes: el loco o demente, el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo la interdicción civil (arts. 278 y 279).

El Decreto de 7 de enero de 1885 autorizó al ministro de Gracia y Justicia, Silvela, la presentación de un Proyecto de Ley de Bases que fue aprobado en 1888, y en cuya base séptima se disponía que «la tutela de los menores no emancipados, dementes y los declarados pródigos o en interdicción civil se podrá deferir por testamento, por la ley o por el Consejo de Familia, y se completará con el restablecimiento en nuestro derecho de ese consejo y con la institución del protutor». De forma que, desaparecía la curatela.

Por su parte, en la redacción originaria de nuestro Código Civil, igualmente, se prescinde de la institución de la curatela, y salvo la referencia del artículo 1764, únicamente se hace mención a esta institución en las normas de De-

(4) SOHM, R., *Instituciones de Derecho Romano: Historia y sistema*, traducción del alemán por W. ROCES, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, pág. 495.

(5) PLANITZ, H., *Principios de Derecho Privado germánico*, traducción de la tercera edición alemana por Carlos MELÓN INFANTE, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 334-335.

(6) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil, V, Derecho de Familia*, Madrid, 1912, pág. 1276.

recho Transitorio que en el citado cuerpo legal estableció sobre la tutela, y que se encuentran contenidas en las Disposiciones Transitorias séptima a la décima. Así se mantiene el cargo de los curadores nombrados bajo el régimen anterior y con sujeción a ella, si bien sometién dose, en cuanto a su ejercicio a las disposiciones del Código (Disposición Transitoria octava). Además, cuando los padres, madres y los abuelos se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes no podrán retirar las fianzas que tengan constituidas si no las hubieran prestado, ni a completarlas si resultaren insuficientes las prestadas (Disposición Transitoria séptima). En cuanto a las curatelas cuya constitución definitiva está pendiente de la resolución de los Tribunales al empezar a regir el Código, se constituirá con arreglo a la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla precedente (Disposición Transitoria novena); y cuando el curador hubiere ya comenzado a ejercer su cargo, no procederá al nombramiento del Consejo de Familia hasta que lo solicite alguna de las personas que deben formar parte del mismo, o el mismo tutor o curador; y entretanto quedará en suspenso el nombramiento de protutor (Disposición Transitoria décima).

Se pretendía el reconocimiento de la unidad de guarda, de ahí que nuestro Código Civil, inspirado en el *Code civil*, refunde las instituciones tutelares bajo una sola —la tutela—, aunque subsiste una gran variedad de situaciones, que determinan que tal unificación es más formal que real, pues, mientras en unos casos se centra en la guarda de la persona y bienes de menores, locos y sordomudos; en otras se hace referencia solo a la administración de los bienes de los sujetos a interdicción, y la de los pródigos; y, en otras, en fin, únicamente suple la capacidad para actos muy concretos y determinados. En esta línea, señala LETE DEL RÍO que, tal unidad fue meramente teórica, ya que el legislador del Código Civil no consiguió terminar más que nominalmente con la antigua distinción entre tutela y curatela, pues, basta observar cómo el artículo 199 derogado, con la frase «guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes», reconocía una variedad de incapacidades, y se respondía a un doble fin, distinguiendo dos situaciones de la que se denominaba tutela plena. Además, precisa este mismo autor, que el Código admitía otra tutela, denominada restringida por la doctrina, que se concretaba con relación a actos asilados, y que no requería la constitución de todo el organismo tutelar. Sin olvidar tampoco que con otro nombre se regulaban casos de suplemento de capacidad de ciertas personas (7).

En las críticas al diseño de un sistema de tutela rígido no graduable para las personas que fuesen judicialmente incapacitados por locura o demencia sobre la base de una diversidad de situaciones protegidas, señala, asimismo, PUIG BRUTAU, «quedan referidas a una misma institución incapacidades tan distintas como la de los menores, dementes, sordomudos, pródigos o interdictados, y no se considera la diferencia entre suplir estas incapacidades y atender a defectos de capacidad para actos concretos» (8). De esta forma, se preveía como único régimen de guarda un sistema de tutela severa que se aplicaba tanto a los locos profundos como a quienes sufrían solamente una debilidad o cierto retraso mental. No se establecían grados en la deficiencia mental, y por lo tanto, no se

(7) LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario de los artículos 221 a 225 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, 1985, págs. 432-433.

(8) PUIG BRUTAU, J., «Fundamentos de Derecho Civil», T. IV, vol. II, *Filiación, patria potestad, adopción, alimentos, tutela*, Bosch, Barcelona, 1970, pág. 367.

concretaban estados intermedios entre la normalidad psíquica y la locura, de modo que o bien se sometía al deficiente mental a tutela, privándole por completo de capacidad de obrar, o bien, se prescindía de toda medida protectora por entender que la enfermedad no la requería. Baste decir que únicamente era permitida la graduación de la incapacidad del sordomudo (art. 218) y la del pródigo (art. 221.2.^o). La falta de adecuación de este modelo de protección a las necesidades de la realidad social se puso de manifiesto por nuestro Tribunal Supremo ya a mediados del siglo XX. De ahí que, afortunadamente, una jurisprudencia que podíamos llamar progresiva, dio paso a una nueva causa de incapacitación, de menor entidad que la demencia, susceptible de graduación («deficiencia o retraso mental o imbecilidad»), por lo que fueron dictándose resoluciones en las que se graduaba la extensión de la tutela [sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1947 (9), de 13 de mayo de 1960, de 25 de marzo de 1965, de 7 de abril de 1965 y de 6 de febrero de 1968].

En todo caso, se configura la tutela como la única institución de guarda legal, pero compuesta por una pluralidad de órganos contenido en el artículo 201: «*La tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de Familia*». Asimismo, se adopta un sistema de tutela de familia, atribuyendo a la familia un papel preponderante en la protección de los menores e incapacitados a través del señalado Consejo de Familia.

Ante este panorama, y la demanda insistente de la doctrina a favor del restablecimiento de la curatela, la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela modificó la redacción originaria del Código Civil en relación con tal materia fijando como principios fundamentales: 1. La no enumeración taxativa de las causas de incapacitación, sino que genéricamente se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200); 2. Se abandona el sistema de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia), y se sustituye por un sistema de tutela judicial o de autoridad, en la que los órganos tutivos

(9) *RJ* 1947/343. Esta Sala entendió que la Ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación en los siguientes términos: «*Que a pesar de las previsiones aludidas, los preceptos del repetido Código adolecen de una manifiesta omisión al no establecer a los fines de la protección tutelar la diferencia —hoy evidente y reconocida en las legislaciones de otros países— entre el estado de demencia y el retraso o la debilidad mental, omisión que destaca más si se tiene en cuenta que mencionada en el artículo 32 la imbecilidad entre las que dicho precepto denomina “restricciones de la personalidad jurídica”, ello, no obstante, ni en la enumeración de los supuestos determinantes de la tutela relacionados con el artículo 200, ni en ninguno de los preceptos reguladores de esta institución se hace referencia a la imbecilidad (...) un concepto genérico que abarca diversos grados de retraso o debilidad mental comprendidos bajo la calificación técnica de oligofrenia; y como la demencia y el retraso mental constituyen estados distintos y faltan en la Ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de los supuestos, no solo no existe obstáculo legal que impida acomodar a este último la amplitud de las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecie en cada caso sino que, además, constituyendo, como acaba de indicarse, uno de los fines perseguidos por el Código Civil en materia de incapacitación, el establecer la debida congruencia entre la amplitud de la misma y el correlativo suplemento, resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste, de análoga manera a la prevista en los supuestos de prodigalidad y sordomudez (...)».*

se adscriben a la autoridad o control del Juez (10); 3. Se permite incapacitar a los menores de edad, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad (art. 201); y, en tal caso, superada la mayoría por el incapacitado, se originará la patria potestad prorrogada, y cuando ella resulte imposible la tutela (art. 171); 4. Además de la tutela, y del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona, la curatela (11). De forma que se opta por la pluralidad de guarda legal frente a la unidad de guarda que, caracterizaba la regulación anterior. La admisión de la curatela no supone la creación *ex novo* de la institución, sino que como se puso de manifiesto en los dos Proyectos de Reforma en materia de tutela, supuso su «restauración» o «restablecimiento» ante la aptitud del legislador de 1889 de ignorarla (12). Así se da una nueva redacción a los artículos 286 a 293 del Código Civil, estableciendo como criterio determinante de la curatela el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o complemento de capacidad y no de representación (13). La curatela, por tanto, no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella —como ocurre con la tutela—, sino para completarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador, o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que, la modi-

(10) La Disposición Adicional duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ha incrementado de forma notable la intervención judicial al añadir un nuevo párrafo al artículo 216 del Código Civil, que habilita al juez para acordar de oficio o a instancia de cualquier interesado las medidas previstas en sede de relaciones paterno-filiales en el artículo 158 en cuanto lo requiera el interés del menor o incapaz.

(11) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. I, *Parte General y Derecho de la persona*, 16.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, págs. 204-205.

(12) En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la I Legislatura, se señala en la Memoria-Exposición de Motivos que «un capítulo se consagra dentro del Título X a la curatela. *Restaurase allí esta institución de rancio abolengo*, sometiendo a ella a los emancipados —cuando sus padres fallecieran después de la emancipación, o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley—, así como a los habilitados de edad y a los declarados pródigo» (la cursiva es nuestra) (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 202-I, de 24 de junio de 1981, pág. 2307). Este Proyecto presentado por UCD no llegó a ser Ley a pesar de que se discutió y aprobó por ambas Cámaras Legislativas, debido a que pendiente de una Comisión Mixta, se anticipó el término de la Legislatura. En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la II Legislatura, que, este sí se aprobó, se concreta en su Exposición de Motivos que «el proyecto de ley que hoy se presenta, acomodándose a la realidad y a las mejoras tendencias del Derecho comparado, construye un nuevo sistema sobre principios opuestos a los del anterior: Dos son fundamentalmente los nuevos: el principio de la pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela, introduce la curatela (*recuperando una institución de larga tradición jurídica*), y la figura del defensor judicial; y el principio de tutela de autoridad, que suprime el Consejo de Familia, y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria» (la cursiva es nuestra) (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 4-I, de 27 de enero de 1983, pág. 2556).

(13) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 2027; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 688.

fique (14). Esto es, el curador se limita a prestar asistencia en sentido técnico, pero no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela; 5. Se configura la función tutelar como un deber que debe ejercitarse en beneficio del tutelado. De ahí, el carácter obligatorio e irrenunciable del órgano tutelar, pues, solo se admite la excusa en los casos legalmente previstos (art. 217 del CC).

Por otra parte, la elaboración, firma y ratificación por España el 23 de noviembre de 2007 (15), y en vigor desde el 3 de mayo de 2008, de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, parece inclinarse favorablemente por la necesidad de flexibilizar el sistema actual de cargos tutelares, si tenemos presente la tendencia que, está adquiriendo fuerza de sustituir el sistema basado en la incapacitación, y tutela o curatela, por «un sistema de apoyos», más acorde con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, y, por ende, con las dos vertientes del principio de autonomía del individuo como son el respeto a la voluntad de la persona protegida; y, la preservación máxima de la capacidad, de forma que, aunque se haya establecido un sistema de representación, se posibilite un cierto ámbito de decisión a la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal (16); lo que supone el reconocimiento de una capacidad natural a la persona protegida. Asimismo, parece mostrarse favorable a un sistema de curatela

(14) PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 393.

(15) BOE, núm. 96, de 21 de abril de 2008, págs. 20648-20659 (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006).

Con anterioridad, el Consejo de la Unión Europea había aprobado la Recomendación 98 (9) de 18 de septiembre de 1998, relativa a la dependencia; y la Recomendación 99 (4) de 23 de febrero de 1999, sobre los principios que conciernen la protección jurídica de las personas incapaces que, consagra como primero y fundamental principio el respeto de la dignidad de la persona.

(16) El artículo 12 de la Convención dispone: «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida; 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas a la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible, y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

reforzada como el que existe en el Derecho francés, y con un alcance limitado al ámbito patrimonial en relación con la curatela de las personas incapacitadas que se contiene en el artículo 223-6 del Código Civil catalán, donde el curador además de completar la capacidad, pueda en actos concretos representar al incapaz (17). En coherencia con lo dispuesto en la Convención que es Derecho interno (18), la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en su Disposición Final primera rubricada como «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar» establece que: «El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».

Sobre tales bases, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2009 (19), atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre (20), ha determinado en su *Fundamento de Derecho séptimo*, que: «El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como

(17) PEREÑA VICENTE, M., «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», en *La Ley de 9 de septiembre de 2011*, pág. 10.

(18) Vid., sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 14 de febrero de 2011. Rec. 3493/2007 (La Ley 3403/2011).

(19) *RJ* 2009/2901.

(20) RTC 2002/174 dice que: «en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución Española). En consecuencia, la declaración de incapacitación de la persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 del CC), mediante un procedimiento en que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 del CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación (...). La incapacitación total solo deberán adoptarse, cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

En diversos ordenamientos autonómicos se dota también de una regulación específica a la figura de la curatela, como más o menos alcance. Así, la Ley 25/2010, de 20 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar, mantiene las instituciones tradicionales vinculadas a la incapacitación como la tutela, curatela, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de esta, pretendiendo con ello dotar de suficiente flexibilidad al ordenamiento ante la pérdida progresiva de las facultades cognitivas y volitivas de la persona, posibilitando la autotutela, el poder otorgado en previsión de una situación de pérdida de capacidad, y la asistencia. El capítulo III se dedica a la curatela (arts. 223-1 a 223-10) y se concibe como una institución complementadora de la capacidad, pues es la persona protegida la que sigue actuando por sí misma, se admite en los supuestos de incapacitación parcial, y la sentencia en que se establece esta puede, si así lo estima el juez, conferir facultades de administración al curador, pudiendo actuar este como representante. De todas formas, esta diversidad de instituciones de protección que ofrece el legislador catalán, están en conexión con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad, necesidad y adaptabilidad a las circunstancias concretas contenidos en la citada Convención.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba con el título «Código de Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, mantiene el sistema de limitación de la capacidad por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (arts. 38 y 49), así como el consiguiente sometimiento del incapacitado a tutela o curatela (arts. 148 a 152), o autoridad familiar prorrogada o rehabilitada (arts. 41 a 45). Además, se introducen paralelamente a las instituciones tutelares formas de protección flexibles en virtud de delación voluntaria —autotutela— (art. 108), o del mandato que no se extingue por la incapacidad o por la incapacitación (art. 109), sin perjuicio de establecer las pautas a seguir en relación con la toma de decisiones en la esfera personal del enfermo no incapacitado (art. 35).

Fuera de los ordenamientos nacionales, en Francia la *Loi* número 2007-308, du 5 de mars 2007, *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, modifica ciento cuarenta artículos del Código Civil (arts. 388 a 515), dentro del Libro I «De las personas». Mantiene las medidas de protección jurídica ya existentes como la salvaguarda de la justicia (arts. 433 a 439), la tutela y curatela (arts. 440 a 476), con algunas modificaciones, y, crea *ex novo* el mandato de protección jurídica (arts. 477 a 494).

Por su parte, el Código Civil italiano, además de conservar los tradicionales institutos de incapacitación e inhabilitación —confiriéndoles un carácter residual—, regula también la Administración del sostenido (*amministrazione di sostegno*), dentro del Título XII, del Capítulo I, artículos 404 a 413 (21). Efectivamente, el artículo 414 del *Codice Civile* establece que: «*el mayor de edad y el menor emancipado, que se encuentren en condiciones de habitual enfermedad mental que les incapacite para proveer a los propios intereses, serán incapacitados cuando ello resulte necesario para asegurar su adecuada protección*». De forma

(21) Introducido por la Ley 9 de enero de 2004, núm. 6.

que la incapacidad se configura no como una medida obligatoria, sino como una posibilidad de acudir a ella solo cuando resulte estrictamente necesaria para garantizar una adecuada protección al enfermo mental; y mediante al cual se determinará la incapacidad absoluta de la persona, que quedará sustituida por el tutor en la realización de todos los actos jurídicos. Por lo que se refiere a la inhabilitación, el artículo 415 del *Codice Civile* establece que, pueden ser inhabilitados los mayores de edad afectados por una enfermedad mental cuyo estado no sea lo suficientemente grave como para dar lugar a su incapacidad; aquellos que por prodigalidad, o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes pueda causar a sí mismo o a su familia, graves perjuicios económicos; y el sordo o el ciego de nacimiento o desde la primera infancia, si no hubiese recibido educación suficiente. A la persona inhabilitada se le nombra un curador para la realización de aquellos actos de ordinaria administración, salvo que excepcionalmente el Juez le autorice a realizar determinados actos sin la asistencia del curador. Sobre tales bases legales, el artículo 404 del *Codice Civile* configura la figura de la administración del sostenido como una medida de apoyo, de asistencia respecto de aquella persona que «*por efecto de una enfermedad o de una disminución física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de atender sus propios intereses*», que será nombrada por el Juez de Tutelas del lugar que tiene la residencia o el domicilio. Además se entiende que, es una medida respetuosa con el beneficiario de la misma, y, siempre pensando en su interés. Es por ello que, como asimismo indica el artículo 409 que, el beneficiario de la «administración de apoyo» conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo. En todo caso, podrá también realizar los actos requeridos para satisfacer las necesidades de su vida cotidiana.

Finalmente, en el Derecho alemán, como consecuencia de las *Betreuungsgesetz* (Ley de Asistencia), de 12 de septiembre de 1990, que entró en vigor el 1 de enero de 1992, introdujo en el Libro IV del BGB dedicado a la *Familienrecht*, los parágrafos 1896 a 1908k el instituto de la *Betreuung* (asistencia), dirigido a dejar sin efecto la tutela o curatela que, era consecuencia de la incapacidad (*Vormundschaft über Entmündigte*) (22).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la institución de protección de la curatela, teniendo en cuenta no solo la regulación estatal, sino también la existente en otros ordenamientos jurídicos, haciendo

(22) Con anterioridad a la Ley de reforma de tutela y curatela, la *Betreuungsgesetz*, de 1 de enero de 1992, el BGB regulaba la figura de *Entmündigung*, que equivalía, en términos generales, a nuestra incapacidad. De tal forma que la persona tenía como causa una enfermedad mental, el afectado era considerado como incapaz negocial. Ahora bien, si la incapacidad (*Entmündigung*) tenía otras causas, como la debilidad mental, la prodigalidad, el alcoholismo o la drogadicción, el afectado se equipara a los sujetos con capacidad negocial limitada (mayores de siete años y menores de dieciocho).

A su vez, esta Ley de 1 de enero de 1992, ha sido modificada por la Ley de 25 de junio de 1998, *Betreuungsrechtsänderungsgesetz*, que entró en vigor el 1 de enero de 1999, en el que se establece la obligación de designar como *Betreuer* a un profesional, que tiene derecho a una retribución con cargo al erario público. De ahí que, para controlar el coste financiero que supone esta institución, y evitar posibles abusos se han modificado los preceptos relativos a la retribución del tutor que se aplica también al *Betreuer* (parágrafos 1836-1836e y parágrafo 1908); asimismo, se añaden los párrafos 6 y 7 al parágrafo 1897; se derogan los párrafos 1908e, 1908h y 1908k.

para ello puntual referencia a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en relación con la materia, y, en fin, en el papel que puede ocupar esta institución en el modelo diseñado por la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad.

II. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CARACTERES DE LA CURATELA

Para SANCHEZ REBULLIDA es «un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia por *mor* de asesoramiento o consejo» (23); LETE DEL RÍO señala que la curatela «es una institución de protección patrimonial, de carácter estable y actuación intermitente, que se singulariza frente a la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) a aquellos actos concretos que expresamente determina la ley o indica la sentencia de incapacitación según el grado de discernimiento de la persona sometida, es decir, el sujeto a curatela, se trate de un emancipado, pródigo o incapacitado, puede actuar por sí, él tiene la iniciativa de la gestión, si bien necesita que su deficiente o incompleta capacidad, que invita a presumir su inexperiencia, se complemente mediante la asistencia del curador»; y, añade: «la curatela es, al igual que la tutela, un cargo y constituye un deber el asumirla, que no es renunciable sino cuando concurra causa legal de excusa, pero que, a diferencia de la tutela, no es retribuido» (24); por su parte, LACRUZ BERDEJO en el régimen actual, la curatela «es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia por *mor* de asesoramiento o consejo» (25). En similares términos, DE COUTO GÁLVEZ señala que «es una institución de protección patrimonial, de carácter estable, y actuación intermitente que se singulariza frente a la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) a aquellos concretos actos que expresamente determina la ley o indica la sentencia de incapacitación según el grado de discernimiento de la persona sometida» (26). Este órgano tuitivo constituye un deber para las personas llamadas al mismo, no siendo renunciable, salvo que concurra causa de excusa, y, a diferencia de la tutela, no es retribuido. De ahí que la calificación jurídica atribuible a tal cargo, tal como precisa YZQUIERDO TOLSADA, es la de una institución protectora que, asegura a determinadas personas no plenamente

(23) SANCHEZ REBULLIDA, F., «El nuevo régimen de la familia», en *III Tutela e instituciones afines*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, pág. 62.

(24) LETE DEL RÍO, J. M., «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 298 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.ª ed., Edersa, 1985, pág. 434.

(25) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. IV, en *Familia*, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 445.

(26) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2027.

capaces de obrar la asistencia de una persona *ad hoc* para la realización de actos determinados (27). Finalmente, GUILARTE MARTÍN-CALERO la define como «aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia» (28).

Sobre tales bases, la curatela se caracteriza por las siguientes notas características (29): *a*) Es una institución de guarda distinta de la tutela e individualizada, que, el Código Civil ha regulado menos exhaustivamente; ello no es óbice para la remisión, en lo no regulado, a las normas de la tutela, siempre adaptándolas a su naturaleza; *b*) Es una institución de guarda estable, no permanente o continuada, que solo opera con respecto a actos muy concretos y determinados establecidos en la ley o en la sentencia que declare la incapacidad o prodigalidad; *c*) Igual que la tutela se configura como un deber —siendo también obligatoria la asunción del cargo—, y se ejerce en beneficio del sometido a guarda y bajo control judicial (art. 216). El desempeño de esta guarda no es renunciable sino cuando concurre una causa legal de excusa y está sometido a las limitaciones del artículo 221 del Código Civil; *d*) Responde a una función de asistencia —ni de representación ni de administración— generalmente para actos concretos, bien fijados por la ley, bien por el juez (30). GETE-ALONSO destaca que la curatela, por sí misma, es incompatible con la tutela o la presencia de otra potestad, y no

(27) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pág. 139.

(28) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 113; de la misma autora, «Comentario al artículo 287 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 418.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 289, lo conciben como «un cargo tutelar de asistencia al sometido a ella, pero sin que el curador le supla o sustituya como el tutor, o si se quiere le represente».

Por su parte, MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La curatela», en *Derecho de Familia*, coordinadora: Gema DÍEZ-PICAZO, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2012, pág. 2014, señala que, aunque el Código Civil no ha definido la curatela, de su regulación y tratamiento jurisprudencial se desprende que «es una institución de protección primordialmente patrimonial, de carácter estable y actuación intermitente, que se diferencia de la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) en aquellos actos concretos que expresamente determina la ley o indique la sentencia de incapacidad».

(29) DE COUTO GALVEZ, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2028; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 449; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, págs. 308 a 312.

(30) Vid., artículo 223-4 del Código Civil catalán y las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (AC 1999/5984); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 (AC 2002/323); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 4 de octubre de 2002 (JUR 2003/9462); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 12 de abril de 2005 (La Ley 80182/2005); y el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, de 31 de marzo de 2011 (La Ley 83486/2011).

puede considerarse en situación alternativa con las mismas (31); MORENO QUESADA añade que, no cabe concebir la función del curador como un «minitutor» (32); y, finalmente, DE COUTO GÁLVEZ precisa que la curatela tiene, pues, una identidad propia, «es un sistema de protección que se configura como órgano de asistencia para el emancipado, pródigo o incapacitado, y para ciertos actos determinados por una ley o una sentencia» (33); *e*) Se configura como una institución de guarda patrimonial; y *f*) Siendo innecesaria la representación del sujeto sometido a curatela, y determinada la actuación del curador como complemento de capacidad —pues, en ningún caso será representante, ni administrador legal del patrimonio de los sometidos a curatela—; viene a proteger a personas con cierto grado de discernimiento, es decir, a sujetos cuya capacidad esté limitada, pero no ausente; de forma que, se vincula subjetivamente con quienes solo precisen de un complemento en su consentimiento, y no su total sustitución, pues, no suple la capacidad de obrar del sometido a ella, sino que se instrumenta para complementarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique, o la sentencia que declare la prodigalidad.

En este contexto, la curatela se rige por las reglas siguientes (34): *a*) Son aplicables a los curadores las normas referentes al nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (arts. 234 a 240 —nombramiento—; 241 a 246 —inhabilidad—; 251 a 258 —excusa—, y 247 a 250 —remoción— del CC) (35). No podrán ser curadores los concursados no rehabilitados (art. 291); *b*) A menos que el juez disponga otra cosa, si el sometido a curatela hubiese estado bajo tutela, desempeñara el cargo de curador del incapacitado el mismo que hubiese sido tutor (art. 292). En caso de tutela plural, solo el tutor de los bienes y no el de la persona continuará como curador; de ser varios los tutores de bienes o de la persona y bienes, continuará como curatela plural; y *c*) A instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, los actos jurídicos realizados sin la preceptiva intervención del curador son anulables de acuerdo con los artículos 1301 y siguientes del Código Civil (art. 293).

En cuanto, al fundamento de esta institución reside en la protección que precisan determinadas personas que, aun siendo capaces de actuar por sí mismas, necesitan, no obstante, en relación con determinados actos, que su capacidad sea completada mediante el asentimiento del curador. Con ello se protege la intervención de una persona capaz de actuar por sí mismo que, necesita ser vigilado, controlado o aconsejado para concluir determinados actos jurídicos, teniendo siempre presente el beneficio del curatelado (36). Como precisa ALBALADEJO, la

(31) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «De la curatela», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 687.

(32) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 308.

(33) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2028.

(34) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 445-446; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 393.

(35) Vid., el artículo 223-10 del Código Civil catalán.

(36) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 114.

curatela «tiene a proteger al sometido a ella, no mediante ponerlo permanentemente bajo la guarda de alguien que lo ampare y represente, sino a través de la intervención del curador en ciertos actos del curatelado en los que obra, como en cualesquiera otros, este, pero que, a diferencia de esos otros en los que obra él por sí solo, en aquellos necesita que intervenga el curador que, prestando su asentimiento, completa la capacidad, insuficiente para el acto, del curatelado. Generalizando lo que dice el artículo 289, se puede afirmar que la curatela tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos de una persona para lo que, por ley o sentencia, sea precisa» (37). Esta necesidad de protección tiene su origen en las distintas causas que pueden determinar su constitución, que, son en definitiva las que limitan la capacidad: la edad, la declaración de prodigalidad y la declaración de incapacitación.

En consecuencia, están sometidos a curatela, como señala el artículo 286: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley; 2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad; 3. Los declarados pródigos (38). En estos casos, las funciones del curador como órgano tutelar se concretan en los actos en que los menores o pródigos no pueden realizar por sí solos (art. 288), esto es, el curador se limita a prestar su asistencia en sentido técnico, pero no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela; y 4. Los incapacitados, pues, según dispone el artículo 287, «las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento». En este caso, la función del organismo tuitivo de la curatela consistirá en la asistencia del curador para aquellos actos que, expresamente imponga la sentencia de incapacitación (art. 290).

Se diferencian los tipos de curatela por el sujeto sometido a esta institución de guarda. De ahí, que: *a)* La curatela de los menores emancipados y los que obtuvieran el beneficio de la mayoría de edad, y los pródigos parte de una situación previa de capacidad, mientras que, la curatela de los incapacitados presupone una previa declaración judicial de incapacidad; *b)* Con relación al ámbito de actuación del curador, igualmente varía según se trate de menores emancipados o que hubieran obtenido la mayoría de edad, los pródigos o incapacitados. De forma que, cuando la curatela recae sobre menores la intervención del curador solo tendrá lugar en los actos previstos en la ley; cuando afecta a pródigos, el curador actuará en los actos determinados en la sentencia de prodigalidad; y cuando se trate de incapacitados, el curador actuará en los supuestos especificados en la sentencia de incapacitación o determinados en la Ley. En estos dos últimos casos, la actuación del curador será esencialmente variable; y *c)* La curatela de los menores y los pródigos tiene un contenido exclusivamente patrimonial, mientras que la protección de los incapacitados puede extenderse a la guarda de la persona, además de al ámbito patrimonial (39).

Conviene insistir que, tratándose de curatela de menores emancipados, el curador debe actuar en los supuestos especificados legalmente (art. 323 del CC), mientras que en la curatela de los incapacitados y declarados pródigos, el curador debe actuar complementando la capacidad del incapacitado y del pródigo en los

(37) ALBALADEJO, M., «Curso de Derecho Civil», en *IV Derecho de Familia*, 11.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008, págs. 324-325.

(38) Vid., en este sentido, el artículo 223-1 del Código Civil catalán.

(39) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2029; MONDEJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, pág. 2014.

actos establecidos en la sentencia. Solo de manera subsidiaria para el caso que la sentencia de incapacitación no haya especificado los actos para los que es necesaria la intervención del curador, es la ley la que establece un criterio concreto de actuación del curador (art. 291 del CC). Asimismo, debe observarse que, mientras el nombramiento de un curador es un complemento necesario de la declaración de incapacitación o prodigalidad; en cambio, no es imprescindible que se produzca con relación al menor emancipado, mientras no realice cualquiera de los actos referidos en el artículo 323 del Código Civil. De todas formas, coinciden todos los casos en los que interviene un curador en que, estamos ante un supuesto de asistencia, de complemento de la capacidad de todas aquellas personas que se encuentran en situaciones de capacidad limitada, no completa, en la que si bien pueden obrar por sí, no lo pueden hacer solos sino con la asistencia del curador en los actos establecidos por la ley o por la sentencia de incapacitación o en la que se declare la situación de prodigalidad.

Desde tales bases, aunque el artículo 215 del Código Civil la configure como una institución de protección junto a la tutela y el defensor judicial orientada a la guarda y, protección de la persona o bienes, o solo de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados en los casos que proceda, se diferencia de la tutela en que el curador no es un representante del curatelado, sino que su labor es de asistencia al emancipado, pródigo o incapacitado para ciertos actos determinados por una ley o una sentencia (40).

El curador no tiene una actuación global, sino que se establece para proteger a personas con cierto discernimiento en determinados actos, complementando su capacidad, tampoco es permanente o continua como en la tutela, sino intermitente, si bien, coincide con la tutela, en la asunción obligatoria del cargo. Como destaca GETE ALONSO, estamos ante una institución que se configura por el legislador de forma independiente a la patria potestad, tutela y que no es una figura de guarda derivada de estas, sino que opera de forma independiente (41).

Por tanto, el curador viene a completar la capacidad del curatelado, cuyo ámbito de actuación será más o menos amplio atendiendo a las circunstancias que determinaron la constitución del sistema de guarda. En todo caso, el objeto de la curatela es siempre el mismo, la intervención del curador en la conclusión de aquellos actos que los menores emancipados, habilitados de edad, declarados pródigos, e incapacitados no pueden realizar por sí mismos (arts. 288 y 289 del CC).

De ahí que el legislador aunque para referirse a la actividad desempeñada por el curador utiliza terminología diversa como intervención (arts. 288, 289 y 293), asistencia (art. 289) o consentimiento (art. 298), lo cierto es que responde a una misma finalidad: completar la capacidad del sometido a curatela mediante el asentimiento positivo o negativo del acto concreto objeto de control atendiendo siempre a los intereses o beneficio del curatelado (42). Como precisa,

(40) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 18 de enero de 1994 (AC 1994/40); de la Audiencia Provincial de Jaén, de 12 de julio de 1994 (AC 1994/1645); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 19 de febrero 1996 (AC 1996/216); y de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 1 de febrero de 1999 (AC 1999/6129).

(41) GETE ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 288 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 696.

(42) CASANOVAS MUSSONS, A., «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», en *Revista Jurídica de Catalunya*, any LXXXIV, núm. 1, 1985, pág. 94, señala que, «esta variedad terminológica no es ni siquiera indicativa de un distinto

GUILARTE MARTÍN-CALERO, «se trata, por tanto, de un simple asentimiento en el que, el curador presta una simple adhesión habilitante a un acto jurídico ajeno, cuyo autor es el que lo realiza como *dominus negotii*» (43). En todo caso, de la combinación de la terminología apuntada, CASANOVAS MUSSONS puntualiza que con todo «la “intervención” del curador tiene por objeto la “asistencia” de la persona y se traduce en el “consentimiento” para determinados actos patrimoniales» (44).

Ahora bien, aunque el sentir mayoritario en la doctrina sea que no puede otorgarse al curador la representación legal del curatelado (45), ni confiarle la administración de su patrimonio, no faltan ordenamientos, como el Derecho catalán, aragonés y francés (46), que posibilitan que el juez en la sentencia de incapacitación pueda dotar de cierta representatividad al curador, e igualmente, no falta en la doctrina quienes defienden una curatela reforzada que, en atención al grado de discernimiento, pueda comportar en ocasiones, la representación legal y la administración del patrimonio del curatelado. Así GARCÍA CANTERO, que se inclina por una interpretación flexible de la figura, señala que «es posible, por ejemplo, que el curador se encargase de administrar la parte más compleja

tratamiento a los diversos supuestos contemplados; responde probablemente al propósito de evitar repeticiones».

(43) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 149.

(44) CASANOVAS MUSSONS, A., «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», *op. cit.*, págs. 94-95.

(45) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 441; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.ª ed., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 673; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. 6.º, *Derecho de Familia*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 397; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 444; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 308; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1986, pág. 113; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, págs. 148-152.

(46) El artículo 223-4 del Código Civil catalán establece que «el curador no tiene la representación de la persona puesta en curatela y se limita a completar su capacidad, sin perjuicios de lo establecido por el artículo 223-6». En dicho artículo 223-6 del Código Civil catalán se señala que: «La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma»; el artículo 150.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón establece que: «1. La sentencia de incapacitación debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para todos los actos determinados por la Ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años. 2. La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal»; y el artículo 472 del Code Civil: «Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains.

Sans préjudice des dispositions de l'article 459-2, le juge peut autoriser le curateur à conclure seul un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée.

La curatelle renforcée est soumise aux dispositions des articles 503 et 510 à 515».

del patrimonio y se le encomendase al incapacitado la administración de la más sencilla; que al curador se le encomendara eventualmente la representación procesal y al incapacitado la personalidad por actos extrajudiciales» (47). Asimismo, GETE ALONSO pone de manifiesto que, «existe un amplio campo intermedio entre el total incapaz y los diferentes estadios de los deficientes; y este campo intermedio es el que hoy aparece cubierto por la curatela, según cada caso concreto y el amplio margen que se da al juez para fijar el sistema de guarda. Esto permite afirmar, como regla, que el contenido de la curatela de los incapacitados tiene una flexibilidad, en cuanto a la función del curador (que no existe en las otras curatelas) que puede llevar a una función de guarda intermedia entre la tutela y la curatela consideradas de modo rígido. Es decir, que cabe lo que se ha denominado aquí «tutela mitigada» en el seno de la curatela. De modo que «la asistencia del curador» que se menciona en el artículo 289 no sea siempre complemento de capacidad, sino que pueda comportar representación legal e incluso administración legal del patrimonio del incapacitado»; y en la diferencia entre esta tutela mitigada y la tutela en sentido estricto estriba en que «mientras la función de representación y administración legal del tutor se extiende a toda esfera de actuación del incapacitado, únicamente es posible que el curador pueda actuar como administrador del patrimonio o representante legal en actos concretos y determinados, siendo su función la de asistencia para todos los demás. En atención al grado de discernimiento se podrá prever, en la sentencia, por ejemplo, que el curador administre ciertos bienes de su patrimonio (el inmobiliario, el compuesto por títulos, valores...), y no del resto que se deja al incapacitado solo, bien necesitando de la asistencia del curador; o fijar determinados actos jurídicos que debe de realizar el curador en nombre del incapaz (así, los de enajenación, disposición...)» (48).

Esta curatela reforzada y, en general, la institución de protección de la curatela está en la línea del modelo de apoyos trazado en la Convención de la ONU,

(47) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1984, pág. 798.

(48) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 701-702; de la misma autora, «Comentario al artículo 289 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.^a ed., Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 839-840, quien asimismo, precisa que «el amplio campo intermedio que existe entre el total incapaz y los diferentes estadios de los deficientes parece, hoy, cubierto por la curatela, cabiendo hablar de una «tutela mitigada», en el seno de la curatela. En esta segunda postura la facultad de gestionar o representar se entiende solo referida a aquellos actos concretos que así hayan sido previstos en la sentencia de incapacitación (art. 289), siendo la función del curador la asistencia para los demás actos». En esta línea, PARRA LUCÁN, M. Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 351, pone de manifiesto que «precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado, necesita la función de asistencia para determinados actos que puede hacer por sí pero no solo y la función de representación para otros». En contra, de tal planteamiento, pues, el curador no puede ni esporádicamente ser representante y/o administrador del incapacitado, así MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 311; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 441.

y con los principios de proporcionalidad y adaptabilidad a las circunstancias de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (de obrar en nuestro ordenamiento) de las personas de discapacidad prevista en el artículo 12 de la misma. Respeto la voluntad y preferencia del incapacitado como su dignidad como persona (art. 10 de la CE), opera en un marco graduable de la capacidad de la persona en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones, pues, no suplente la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que la propia ley o la sentencia de incapacitación o de prodigalidad determinen, sin obviar el campo operativo y prevalente de la autonomía de la voluntad. Con semejanza a la misma opera la asistencia regulada en los artículos 226-1 a 226-7 del Código Civil catalán con la diferencia principal que, en esta última no es precisa la incapacitación judicial previa (49).

Sobre tales bases, lo cierto es que la curatela es una institución de guarda estable, pero de actuación intermitente —o como señala GIL RODRÍGUEZ, esporádica y ocasional— (50), con un contenido esencialmente patrimonial, que se diferencia de la tutela por su finalidad de asistencia, y no de representación legal —aunque no sería descartable en la línea de los ordenamientos citados de dotarle como medida de apoyo de cierta representatividad— en aquellos actos concretos que expresamente determina la ley o indique la sentencia de incapacitación o de prodigalidad (51); y del defensor judicial (art. 299 del CC), pues, esta última institución tiene carácter provisional, y subsidiario de las demás instituciones de guarda (patria potestad, tutela y curatela) en los casos puntuales en que exista conflicto de intereses o de forma provisional para los supuestos en que el curador o el tutor no desempeñan bien sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo. En esencia, la función del curador como institución de protección, supone la prestación de su asentamiento a cada uno de los actos que pretenda realizar el curatelado, como complemento de capacidad, debiendo valorar para ello, la conveniencia y oportunidad de cada uno de ellos, no siendo viable un asentimiento general (52). Habitualmente se dará tal asentimiento en el momento de celebración del acto, compareciendo con el propio sujeto, aunque también es posible no descartar en línea de principio, que en algunos casos se pueda prestar antes de la conclusión del acto y, que se condicione su eficacia al cumplimiento de determinados requisitos (53). Asimismo, es posible que el curador confirme *a posteriori* el acto realizado por el incapacitado sin su preceptiva autorización (54). En cualquier caso, el ejercicio de la curatela se ha de regir siempre por el principio de beneficio del sujeto sometido a guarda (art. 216 del CC). En esencia, el curador, como

(49) En esta línea, vid., la Instrucción número 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

(50) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 672.

(51) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2901).

(52) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, II, Derecho de la persona*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 236.

(53) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 429.

(54) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 288 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 451. En contra, DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 236.

señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991, «no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, completando la deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el artículo 290, en relación al 271 y 272 todos ellos del Código Civil» (55).

III. CLASES DE CURATELA

LASARTE ÁLVAREZ señala que, si bien la curatela como cargo u organismo tuitivo de segundo orden resulta aplicable a supuestos tan diversos, pedagógicamente, quizá convenga distinguir entre: «1. Curatela propia: la correspondiente a los supuestos de hecho que determinan solo el nacimiento de la curatela. Tales son los contemplados en el artículo 286 en concreto, los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenidas por la Ley; los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, y los declarados pródigos»; y 2. La curatela impropia: según el artículo 287, «igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación, o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento». Por ende, la existencia de tutela o curatela en este caso no depende del supuesto del hecho, sino de la valoración judicial. El Juez, como sabemos, puede decretar que la incapacitación comporte la constitución de la tutela, sino de la curatela» (56).

Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO señala que pueden clasificarse las curatelas en atención a los sujetos en: «a) La curatela de los menores emancipados y beneficiarios de la mayor edad; b) La curatela del declarado pródigo; y c) La curatela del incapacitado; en atención al origen puede hablarse de una curatela legal y una curatela judicial: en la primera, la ley prevé de forma expresa y excluyente el sometimiento a curatela de los menores emancipados, beneficiarios de la mayor edad y declarados pródigos; y la curatela judicial que el artículo 289 regula la curatela como sistema de guarda alternativo a la tutela, de manera que será el juez quien atendiendo al grado de discernimiento que presenta el incapacitado, opte por esta forma de guarda; en atención a la existencia puede clasificarse en curatela ocasional, la del menor emancipado, pues, esta curatela solo procede cuando el menor necesita del complemento de capacidad y sus padres hayan fallecido o estén impedidos para prestarle la asistencia prevenida en la Ley; y curatela necesaria, tanto la declaración de prodigalidad como la de incapacitación comporta la inevitable constitución del sistema de guarda, para proveer a la eficaz protección de los intereses amparados por la curatela, los derechos de los alimentistas, en el primer caso, y de la

(55) *RJ* 1991/9483. En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 19 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/2073); y de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5984).

(56) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 396-397.

persona del incapacitado, en el segundo; en atención a la duración de la curatela puede hablarse de curatela temporal: la del menor emancipado y beneficiario de la mayor edad, pues procede en un limitado periodo, durante el tiempo en que el menor permanezca en esta situación, es decir, hasta la mayoría de edad; y la curatela permanente, la del declarado pródigo e incapacitado que deberá mantenerse como medida de protección en tanto no recaiga una sentencia que deje sin efecto la declaración anterior; y, finalmente, en atención al contenido de la curatela puede hablarse de curatela rígida: la del menor emancipado y beneficiario de la mayoría de edad. La rigidez se manifiesta en que la intervención del curador siempre será exigida para los mismos actos que son determinados en el artículo 323 del Código Civil; y la curatela flexible: la de los declarados pródigos y la de los incapacitados, en ellas el ámbito de la actuación del curador no está determinado *a priori*, sino que es preciso estar a la sentencia que declara la prodigalidad o la incapacitación» (57).

1. LA CURATELA DE MENORES DE EDAD

La curatela de menores de edad tiene lugar en dos supuestos concretos: con la emancipación y con el beneficio de la mayor edad. Reside su razón de ser en la necesidad de atender a aquellas situaciones en las que el menor de edad necesita un complemento de su capacidad, una asistencia para los actos requeridos en la ley cuando no pueden prestársela los padres (o, en ciertos casos, el cónyuge mayor de edad o el *ex tutor*).

El artículo 286 del Código Civil señala que están sujetos a curatela los emancipados (art. 314 del CC) cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida en la ley. Aunque la emancipación extingue la patria potestad (art. 169.2 del CC), sin embargo, los padres siguen siendo llamados por la ley para prestar la asistencia requerida para determinados actos que, se consideren de especial trascendencia, bien se trata de patria potestad conjunta, o sea ejercida exclusivamente por uno (58). De manera que, la función de protección se atribuye en primer lugar a los padres, y subsidiariamente, deberá ser atribuida al curador. El fallecimiento de los padres, que puede ser simultáneo o sucesivo, pero siempre antes de la mayoría de edad del hijo, o la imposibilidad de hecho o de derecho a la que hace referencia el citado artículo 286 ha de ser objeto de interpretación restrictiva, y afectar a ambos progenitores, pues, si uno de los progenitores está impedido para prestar la asistencia por ausencia, incapacidad o imposibilidad, la función recaerá en exclusiva sobre el otro progenitor (art. 156.IV del CC); asimismo, ha de excluirse en los supuestos de carácter meramente transitorio, pues, siempre podrá llegar

(57) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad gradual», *op. cit.*, págs. 161-164.

(58) ALONSO PÉREZ, «El estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de Familia», en *La tutela de los derechos del menor, I Congreso Nacional de Derecho Civil*, dirección: José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, pág. 25, afirma que, los padres actúan al prestar el consentimiento como progenitores y, por tanto, como los seres más indicados por razón de la sangre, reverencia y cariño. Están obligados por derecho de generación, no como manifestación de los deberes inherentes a la titularidad y ejercicio de la patria potestad».

a ejercerse la asistencia de los padres en un momento posterior (confirmación) a la realización del acto por el menor (59).

De todas formas, cuando el asentimiento ha de ser prestado por ambos padres, la falta de acuerdo deberá ser resuelto por el Juez a tenor de lo dispuesto en el artículo 156.II y III del Código Civil —bien atribuyendo la facultad de decidir al padre o la madre; o, si fueran los desacuerdos reiterados o concurriera alguna causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la misma, atribuir la total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos sus funciones— sin requerir el nombramiento de curador (60); ni tampoco será necesario tal nombramiento en aquellos casos en que exista un conflicto de intereses entre padres e hijos pues, puede ser atendido con el nombramiento de un defensor judicial (arts. 163.2 y 299.1 del CC), salvo que el conflicto sea con uno solo de los progenitores, en cuyo caso, la asistencia ha de ser prestada por el otro en quien no concurre el conflicto de intereses.

Evidentemente, procede la curatela cuando ambos padres han fallecido, porque si vive uno de ellos, el que sobrevive estará llamado a desempeñar la función paterno-filial. Parece razonable equiparar la muerte a la declaración de fallecimiento (61). Y, como señala PARRA LUCÁN, «aun cuando el artículo 286 del Código Civil no menciona el supuesto, también en los casos de privación de la patria potestad debe entenderse que “faltan” los padres, puesto que tratándose de funciones de guarda y protección carecería de sentido que por la emancipación revivieran, siquiera limitadas a la asistencia, unas facultades en quien fue privado de ellas por su incumplimiento (art. 172 del CC)»; y añade: «si la ley atribuye funciones de asistencia a los padres es en virtud de su extinguida función de titulares de la patria potestad; en el caso de que, excepcionalmente, el juez considerara que el padre que fue privado de la patria potestad puede cumplir idóneamente las funciones de asistencia ahora requeridas, en atención a las circunstancias, parece razonable exigir que lo nombra curador, con la consecuencia que de tal situación se derivan en orden al control de su nombramiento y actuación» (62).

Respecto a que los padres se vean impedidos para prestar la asistencia, ello puede ser resultado de la carencia de plena capacidad de obrar de ambos padres, de la ausencia declarada de estos, o que hayan sido declarados pródigos. Mayores dificultades de prueba ofrecen los casos de situaciones de hecho no determinadas en ningún tipo de resolución, por ejemplo, situaciones de incapacidad de hecho no declaradas judicialmente, situaciones de trastorno transitorio, enfermedad, viaje. En estos supuestos, corresponderá al juez decidir sobre la procedencia

(59) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 689.

(60) No obstante, como precisa GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 690, si la atribución de la asistencia a uno solo de los padres pudiera derivar un perjuicio para el menor emancipado, este estará legitimado para solicitar al Juez el nombramiento de un curador, pues, a tenor del artículo 158.3, el juez, a instancia del propio hijo, podrá dictar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

(61) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 172; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 689.

(62) PARRA LUCÁN, M. Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», *op. cit.*, pág. 349. En esta línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 171.

de nombramiento del curador solicitado, que habrá de actuar en sustitución de los padres, prestando la correspondiente asistencia. En todo caso, como precisa GETE-ALONSO, «el “impedimento” ha de interpretarse con criterios objetivos y de manera restrictiva, debiendo tener visos de permanencia, puesto que, va a conducir a la constitución de un organismo de guarda y a la sustitución de la actividad de los padres» (63).

En relación con el menor que hubiera obtenido el beneficio de la mayor edad (art. 321 del CC), respecto del que se presupone una anterior sujeción a la tutela, será preciso el nombramiento de curador para llevar a cabo la necesaria labor de complemento requerida por la ley. En este caso, salvo que el juez disponga otra cosa, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiera sido tutor; de acuerdo con lo previsto en el artículo 292 del Código Civil (64). Esta curatela tendrá carácter principal frente a la accesoriedad que caracteriza la curatela del menor emancipado (65).

Sobre tales bases, el fundamento de la curatela del menor emancipado y del beneficiario de la menor de edad por la falta de los padres o la extinción de la tutela no puede suponer la desprotección de aquellos, de ahí que se opte por el nombramiento de curador que, complete la capacidad de los mismos para los actos determinados en la ley.

El ámbito subjetivo del artículo 286.1 del Código Civil alcanza a todo menor emancipado, con independencia del origen de la emancipación (matrimonio, concesión de quienes ejercen la patria potestad o por concesión judicial). Si bien, la mayoría de la doctrina considera no incluido al menor emancipado de vida independiente —esto es, al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres vive con independencia de estos (art. 319 del CC)—, atendiendo al carácter revocable y la permanencia de la patria potestad (el mencionado art. 319 del CC) (66); aunque no falta quien lo incluye (67), o como manifiesta PARRA LUCÁN en este supuesto, si los padres fallecen, debería nombrarse al menor un tutor (art. 222.1 del CC), y añade: «sería discutible si el tutor puede oponerse

(63) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 836-837.

(64) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 309, interpreta que en el supuesto del beneficio de la mayor edad hay «un cambio de situación de menor a mayor capacidad que lleva consigo una disminución de la necesidad de protección, pasándose de una situación de tutela a una de curatela, en correspondencia a los respectivos estatus del menor sin emancipar y menor emancipado»; y añade: «la circunstancia de que no se faculte al Juez, en este caso, para modificar, suavizándolo, el régimen de la tutela, sino que se prevé expresa, y pienso que necesariamente, el sometimiento a curatela, constituye un argumento más de la diferente naturaleza de una y otra forma de guarda y protección, que impide considerar la curatela como una especie de minitutela o tutela atenuada»; GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 795, advierte que, de acuerdo con el artículo 292, se designará curador a la misma persona que hasta entonces había sido tutor, a menos que el Juez —por razones que han de ser excepcionales— disponga otra cosa.

(65) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 168.

(66) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 435-436; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 836; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 172.

(67) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 795.

a una situación de vida independiente que fue admitida por los padres y que el tutor no está autorizado a reconocer, puesto que para constituir la tutela el juez debe tomar la decisión que más convenga al menor; no se ve la razón que impida al juez conceder entonces la emancipación (art. 321 del CC). Si los padres no fallecen, pero “quedan impedidos para el ejercicio de la asistencia” será preciso un curador».

En este contexto, la curatela de personas menores emancipadas o que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad solo debe constituirse, a instancia de estas, cuando sea necesaria la intervención de un curador respecto de aquellos actos que aquellos no pueden realizar por sí solos. En este sentido, LETE DEL RÍO señala que «en el artículo 288 se indica el límite máximo y mínimo de la función de asistencia del curador en los supuestos de las personas comprendidas en el artículo 286, respecto de las cuales la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos» (68). En consecuencia, la intervención del curador se concreta en el ejercicio de la asistencia prevenida en la ley; y esta asistencia es la establecida, además de en el citado artículo 286.1, en el artículo 323 del Código Civil (69). Así, a los menores emancipados y a los beneficiarios de la mayor edad se les reconoce la capacidad para regir su persona y bienes como si fuera mayor; si bien para determinados actos que pueden comprometer su estabilidad patrimonial, se limita su capacidad, requiriendo para su eficaz celebración el concurso de los padres, o si estos fallecieran o quedaran impedidos para prestar la asistencia requerida del curador. Se trata de una curatela ocasional y esencialmente temporal, pues, solo opera para determinados actos previstos legalmente, y hasta que el menor emancipado llegue a la mayoría de edad. Los actos que requieren la intervención del curador son: a) Tomar dinero a préstamo; b) Enajenar o gravar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor. Tales limitaciones son *numerus clausus* y no susceptibles de aplicación analógica (70).

Si se trata de menores emancipados por matrimonio, solo será precisa la asistencia del curador para realizar los actos señalados sobre bienes comunes, si el otro cónyuge es también menor (art. 324 del CC) (71). Cuando se trata de bienes privativos del menor, o de actos mencionados en el artículo 323 del Código Civil (tomar dinero a préstamo), con independencia de que el otro cónyuge sea mayor o menor de edad, será precisa la asistencia de los padres, y, a falta

(68) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 439.

(69) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 838, considera que, cuando se habla de emancipado es uniforme en cuanto a su contenido la curatela, «no solo por la función llamada a desarrollar por el curador, sino principalmente, por su ámbito, porque la limitación de la capacidad del menor emancipado es fija, viene determinada, caso a caso, por la ley, sin que quepa graduaciones: solo los “actos que el menor no puede realizar por sí solo”».

(70) MONDEJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, pág. 2017.

(71) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 838-839; de la misma autora, «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 697; GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 795; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 440, observa que el artículo 324 se aplica no solo cuando el cónyuge (o los cónyuges) alcanzaron la emancipación mediante el matrimonio, sino también cuando contrajeron matrimonio ya emancipados, si todavía no llegaron a la mayor edad.

de ambos, de un curador (72). Además respecto al menor casado, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1329 del Código Civil, en relación con las capitulaciones matrimoniales que necesitarán el consentimiento de los padres, y a falta de estos del curador para otorgarlas, salvo que se pacte el régimen de separación de bienes o el de participación; y el artículo 1338 del citado cuerpo legal, en el que se establece que para donar al futuro consorte con ocasión de su matrimonio, será precisa la asistencia del curador del donante (73).

Finalmente, se extingue la curatela de menores emancipados o los que han obtenido el beneficio de la mayor edad por las siguientes causas: *a)* Cuando el menor alcanza la mayoría de edad; *b)* Por muerte, declaración de ausencia o de fallecimiento del menor emancipado y del beneficio de mayor edad; *c)* Por adopción del mayor de edad o del beneficiario de la mayor edad (art. 175 del CC), o porque se ha determinado legalmente la filiación paterna o materna, matrimonial o no matrimonial, del menor emancipado, salvo que deba operar el artículo 111 del Código Civil; *d)* Por haber desaparecido la causa que impedía a los padres prestar la asistencia ordenada por la ley, así porque han recuperado la capacidad, o ha aparecido; *e)* Por la incapacitación del menor emancipado o del beneficiario de la mayor de edad, si procede constituir la tutela o rehabilitar la patria potestad (74).

2. LA CURATELA DEL DECLARADO PRÓDIGO (75)

Con la reforma por Ley 13/1983, se mantiene la regulación de la prodigalidad (arts. 294 a 298), pese a que en los trabajos preparatorios previos a esta reforma estuvo a punto de ser suprimida del Código Civil (76), finalmente se optó por mantenerla (77), reduciendo el número de supuestos a los que se aplica este instituto, y, en consecuencia, la posibilidad de reclamarla.

(72) PARRA LUCÁN, M. Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», *op. cit.*, pág. 347.

(73) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 839; de la misma autora, «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 697-698; DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentarios a los artículos 286 a 293», *op. cit.*, págs. 2041-2042.

(74) MONDEJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, págs. 2017-2018.

(75) Un estudio más amplio de la materia, vid., BERROCAL LANZAROT, A. I., «De nuevo sobre la prodigalidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero de 2012, págs. 383 a 419.

(76) La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 (*RJ* 1962/2421), en su Considerando Primero señala que: «...incluso modernamente discuten los jurisconsultos, y aún los economistas, acerca de si la prodigalidad debe merecer la intervención del Derecho y ser causa de restricción de la capacidad, pero al margen de estas discusiones es lo cierto que nuestro Código Civil reconoce dicha circunstancia modificativa, si bien no define en qué consiste un estado tan excepcional ni señala los actos o hechos suficientes para determinarle y declararle».

(77) En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la I Legislatura en la Memoria-Exposición de Motivos se disponía, en relación con la posibilidad de sujeción de los pródigos a curatela que, «fue largamente considerada en el curso de los trabajos prelegislativos, prevaleciendo la opinión de que la circunstancia de la prodigalidad, que sigue dándose de hecho con la realidad social, no parece suficiente para provocar una incapacitación, sí merece dar lugar al menos a las medidas de protección que supone la curatela, siempre que pidan la declaración de prodigalidad —que había de hacerse en juicio contradictorio— el cónyuge, los descendientes, ascendientes que estén percibiendo alimentos

Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en su Disposición Derogatoria única 2.1.º procede a una derogación formal del articulado de la sección segunda del capítulo III, título X del Libro I del Código Civil, dejando sin contenido los artículos 294 a 296 y 298, y trasladando su regulación material a la citada ley adjetiva con algunas modificaciones, en concreto, a los artículos 757-5 y 760-3, que el primero viene a contener la regulación del antiguo artículo 294, y el segundo, el artículo 298. Se mantiene solo en el Código Civil el artículo 297.

PÉREZ DE VARGAS define la prodigalidad como «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro su patrimonio en perjuicio de determinados familiares o parientes que están percibiendo alimentos o se encuentran en situación de reclamarlos al que observa esa conducta» (78). MORENO QUESADA entiende por pródigo, «el desgastador o malgastador que consume su hacienda en cosas vanas, inútiles y superfluas, que no guardan proporción con los medios de que puede contar para atender a las necesidades familiares, al disipador de sus bienes por medio de una conducta socialmente condenable» (79); y ALBALADEJO, considera que es pródigo «quien observa habitualmente una conducta socialmente condenable que pone en peligro injustificado su patrimonio. Se requiere una conducta habitual, pues no basta un acto aislado. Conducta que importa, no en cuando haya sido ya dañosa, sino en cuanto, siendo de presumible continuidad, será perjudicial en el futuro. Se trata de impedir su continuación, pero lo hecho ya, no es atacable» (80).

o se encuentren en situación de reclamarlos al presunto pródigo, así como el Ministerio Fiscal, si aquellos son menores o incapacitados» (BOCG, Congreso de los diputados, serie A, núm. 202-I, de 24 de julio de 1981, págs. 2307-2308).

(78) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXVI, junio de 1987, núm. 6, pág. 864.

(79) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 308.

(80) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, T. I, Introducción y Parte general*, 18.ª ed., Edisofer, Madrid, 2009, págs. 272-273.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. I, 2.ª ed., Valladolid, 1920, pág. 298, considera la prodigalidad como «un hábito o costumbre de dar empleo irracional a la fortuna propia»; PARRA LUCÁN, M.ª Á., «La prodigalidad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. I, *Derecho privado. Derecho de la persona*, coordinador: PEDRO DE PABLO CONTRERAS, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 461, entiende por pródigo en el lenguaje ordinario: «el que de manera habitual malgasta y despilfarra de forma injustificada su patrimonio»; MALUQUER DE MOTES BERNET, C., «Las restricciones judiciales de la capacidad y la prodigalidad», en *Codificación, persona y negocio jurídico*, coordinador: CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 139, señala que: «pródigo es aquella persona que, debido a su conducta económica, pone en peligro injustificadamente su propio patrimonio al provocar disminuciones en el mismo que dificultarán las posibilidades de satisfacer las necesidades elementales de determinados miembros de la propia familia»; RIVERA SABATÉS, V., «Sobre el concepto de prodigalidad», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2005, págs. 83-84, la prodigalidad, a efectos civiles, es «la conducta habitual económicamente desarreglada, merecedora de censura social, de quien pone en injustificado peligro su patrimonio en detrimento de sus familiares más allegados (cónyuge, descendientes o ascendientes que reciban alimento del así obrante o se encuentre en trance de reclamárselos)»; PLANIOL-RIPERT señalan que la prodigalidad supone la existencia de dos condiciones: de un lado, que los dispendios sean suficientes para comprometer seriamente la fortuna familiar del pródigo, y de otro, que estos gastos o dispendios estén inspirados no por la razón, sino por la pasión

Ahora bien, para que tal declaración de prodigalidad pueda tener lugar, la doctrina y la jurisprudencia señalan la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos (81):

1. Que se trate de una conducta o comportamiento desordenado, ligero, insensato, imprudente e irreflexivo en la gestión o en el uso por el pródigo de su patrimonio. Este comportamiento ha de venir referido al ámbito económico o patrimonial del presunto pródigo y no a su dimensión personal. Normalmente, vendrá caracterizado por una ausencia absoluta de orden, prudencia, sensatez y reflexión, pues se orienta al despilfarro y al dispendio (82). De ahí que no se predique de actos o una serie de actos

o el desarreglo del espíritu. Esto es, se precisa hábito inveterado de disposición y falta de voluntad que puede originarse por pasión del juego, un placer maníaco, o, en general, por una debilidad de espíritu. Vid., PLANIOL, M., y RIPERT, J., *Traité pratique de Droit Civil français*, T. I, 2.^a ed., París, 1952, pág. 785.

(81) LETE DEL RÍO J. M., «De la curatela en los casos de prodigalidad», en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1985, págs. 452-453; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, pág. 246; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La prodigalidad como institución de protección a la legítima», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1978, pág. 260; OSSORIO SERRANO, J. M., *La prodigalidad*, Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 49-54; MONSERRAT VALERO, A., «La prodigalidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXIV, núm. 6, diciembre de 1985, págs. 887-898.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1942 (*RJ* 1942/333) establece en su Considerando cinco los caracteres siguientes: «a) Que se dé una conducta desordenada y ligera —no meramente desacertada— en la gestión o en el uso del propio patrimonio, bien a causa de un espíritu desordenado o por desarreglo de costumbres; b) Que esa conducta sea habitual, toda vez que los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados y puramente circunstanciales, no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad; c) Que pongan injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio, con perjuicio de aquellas personas a las que se reserva el ejercicio de la acción unidas al pródigo por un vínculo estrechísimo de familia y con respeto a las cuales tiene estas obligaciones morales y jurídicas ineludibles». Reiterando los caracteres, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 1955 (*RJ* 1955/1536); igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 28 de marzo de 2001 (*AC* 2001/760); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 28 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/208891); la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2003 (*JUR* 2003/143575); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 12 de noviembre de 2004 (*JUR* 2006/23394); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 3 de junio de 2005 (*JUR* 2006/6377); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 28 de junio de 2007 (La Ley 175776/2007), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 26 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/197438).

(82) La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1913 (Colección Legislativa, vol. II de 1913, págs. 560-561) considera no haberse justificado que doña Elvira Santamaría procediese con aquel desorden e irregularidad en el manejo y administración de sus bienes, que constituyen e integran el verdadero concepto de prodigalidad. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 (*RJ* 1962/2421), hace referencia en su *Considerando segundo* que «es la conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio con ligereza, el que pone en peligro injustificado con perjuicio de su familia». En igual sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Territorial, de 24 de enero de 1989 (TOL 376.062). Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 29 de septiembre de 2009 (La Ley 230006/2009); y de la misma Audiencia y Sección, de 2 de febrero de 2010 (La Ley 29518/2010).

- aislados, sino que debe implicar una conducta con cierta continuidad en el tiempo.
2. La habitualidad, frecuencia o persistencia. Lo que se traduce en la práctica en la reiteración o repetición de actos iguales o semejantes que suponen un uso irracional del patrimonio, cuya alta probabilidad es que se mantengan en el tiempo (83).
3. La puesta en peligro del patrimonio del presunto pródigo con perjuicio para sus familiares a los que se reserva el ejercicio de la acción. Ha de poner en peligro injustificadamente la conservación del propio patrimonio, siendo además necesario que se perjudica los derechos de alimentos de aquellas personas (familiares) que están percibiendo o se encuentren en situación de reclamar alimentos al presunto pródigo (84).
4. Esta situación de despilfarro y dilapidación del patrimonio ha de ser actual, pues, no se protege una mera expectativa (85).

Como ha apuntado PARRA LUCÁN: «la finalidad de la figura no es la de proteger al pródigo, sino los intereses de terceros. En particular, la supervivencia de la familia más próxima. El legislador ha considerado que está justificada la limitación de la capacidad de obrar de quien con su conducta derrochadora pueda crear un estado de necesidad familiar, o poner en peligro la subsistencia de los medios para su sustento» (86).

(83) La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 1958 (*RJ* 1958/2834), en su *Considerando primero* precisa que «se ha de demostrar inequívocamente que tal sujeto ha realizado, con carácter habitual, actos de disposición patrimonial desordenados e irreflexivos sin ninguna finalidad ventajosa para él y su familia, reveladores del tenaz y caprichoso afán de despreciar sus medios económicos de vida y has de la irracional complacencia en el despilfarro que, reiterado, necesariamente le conduciría a la miseria en época más o menos previsible». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2003 (*JUR* 2003/143575), pone de manifiesto que «la prodigalidad supone la realización, de forma reiterada, de actos de contenido económico desproporcionados tanto en relación con el volumen patrimonial de quien los realiza como con la finalidad perseguida y que el conjunto de la sociedad considera inapropiados». En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2004 (*JUR* 2006/23394); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 26 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/144543); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 26 de febrero de 2010 (La Ley 62654/2010).

(84) La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 (*RJ* 1962/2421) dispone que, en el concepto propiamente jurídico de la prodigalidad «es la conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio con ligereza, el que pone en peligro injustificado con perjuicio de su familia».

Por su parte, MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Las restricciones judiciales de la capacidad y la prodigalidad», en *Codificación, persona y negocio jurídico*, coordinador: Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 140, señala al respecto que «no se contempla la actitud subjetiva del presunto incapaz, sino la situación objetiva de desatención del derecho de alimentos a favor de determinados familiares, sin que se vea la conducta como una falta de salud mental, ni realizada con la finalidad de defraudar a determinadas personas».

(85) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 5 de abril de 1993 (*AC* 1993/478), y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 3 de junio de 2005 (*JUR* 2006/6377).

(86) PARRA LUCÁN, M. Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», *op. cit.*, pág. 355.

La Ley 13/1983 no incluye la prodigalidad entre las causas mencionadas en el artículo 200 del Código Civil, que dan lugar a la incapacitación, ni está dirigida a proteger al pródigo, sino los intereses de terceros (los parientes con derecho a alimentos). Sin embargo, se sigue conservando como causa de limitación de capacidad de obrar y sumisión a curatela.

La declaración de prodigalidad se sustancia por los trámites del juicio verbal (art. 753 LEC). A diferencia de lo que sucede con la declaración de incapacitación, solo es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado, o esté en situación de ausencia legal (art. 751.2 LEC). En estos procesos no surte efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción, puesto que el objeto sobre el que versan es indisponible (art. 751.1 de la LEC y art. 1814 del CC). Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil admite que el demandante puede desistir del juicio, si no existen menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento (art. 751.2). Al no poder las partes disponer libremente del objeto del proceso, la conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al tribunal, que podrá decretar de oficio las pruebas que estime pertinentes y valorar libremente el resultado de todas ellas (art. 752 LEC) (87). Asimismo, el legislador no proporciona más criterios al Juez que acordar o no las limitaciones solicitadas por el demandante, sin que al parecer pueda imponer otras, y, sin que ello suponga limitar el contenido de la resolución judicial, de modo riguroso e inflexible, al *petitum* de la demanda (principio de congruencia) (88). La sentencia que declare la prodigalidad es constitutiva de la modificación de capacidad del pródigo, y se inscribe en el Registro Civil (art. 1.5 de la LRC) (89), expresando los actos que el pródigo no puede realizar sin la intervención del curador (arts. 760.3 de la LEC y 177.2 del RRC) (90). A partir de la inscripción en el Registro Civil tiene

(87) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. I, *Parte General*, vol. II, *Personas*, 6.ª ed., revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 174, manifiesta que no se aplican al proceso de prodigalidad ni el artículo 759 LEC (pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación), ni el artículo 762 LEC (medidas cautelares); ni menos aún, el artículo 763 de la LEC, sobre internamiento no voluntario.

(88) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 175; CARRIÓN OLMOS, S., *La prodigalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 156.

(89) Vid., los artículos 4.10.º, 72.1 y 73 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (la Disposición Final décima establece que entrará en vigor a los tres años de su publicación en el *BOE*, excepto la Disposición Adicional séptima y octava y las Disposiciones Finales tercera y sexta, que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*).

(90) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 1997 (AC 1997/2057). LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 298 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 465, precisa que «dado que la discrecionalidad judicial es sumamente amplia, e incluso puede llegar a imponer la asistencia del curador a todos los actos de administración y disposición del pródigo, lo normal será que al solicitar la declaración de prodigalidad se pida que la intervención del curador comprenda el grado máximo, y así evitar el tener que plantear más adelante un nuevo y costoso juicio; pues, como dice DE CASTRO, esta sería la actitud prudente de un abogado o de un fiscal».

Por otra parte, entiende OSSORIO SERRANO como CARRIÓN OLMOS que, si no se establece nada en la sentencia de declaración de prodigalidad sobre los actos que el pródigo necesita la asistencia del curador, no queda otra opción que, admitir la procedencia de la interposición por los interesados del correspondiente recurso esgrimiendo el mandato legal del artículo 760.3 de la LEC. Vid., OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 186-187; y CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 155. En esta línea, la sentencia de la Audiencia

efectos frente a todos (art. 222.3.II LEC). También es inscribible, a petición de parte, en el Registro de la Propiedad (art. 2.4 de la LH) y en el Registro Mercantil (art. 87.4 del RRM).

En cuanto a la legitimación activa, dispone el artículo 757.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que podrán pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge, aun separado legalmente o de hecho (91), excluyéndose al divorciado y aquel cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo (92); los descendientes cualquiera que sea la determinación de la filiación (matrimonial, no matrimonial y adoptiva) o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo (arts. 154 y 142 a 151) o que se encuentren en situación de reclamárselos, esto es, que tengan necesidad de ellos, conforme dispone el artículo 148 del Código Civil (93). Los hermanos que, si bien, pueden tener derecho de alimentos (auxilios necesarios para la vida —art. 143.2 del CC—), en cambio, no están legitimados para promover la prodigalidad (94). Y, respecto a la legitimación pasiva, corresponde al presunto pródigo —pues, tiene capacidad procesal para ello— (95), incluidos los menores emancipados, según opinión mayoritaria de la doctrina, por entender que, la intervención del curador del pródigo puede ser más amplia que la que corresponde a los padres o al curador de un emancipado sobre la base legal del artículo 323 del Código Civil; y, además, porque

Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2001 (AC 2001/760), señala en su *Fundamento de Derecho* cuarto que: «...las facultades del curador están exclusivamente referidas al ámbito patrimonial y en relación a los actos que el Juez fije; por tanto, no cabe que la sentencia omita esa concreción de actos, si no los contiene debe ser rectificada de oficio o impugnada mediante los oportunos recursos».

Sin embargo, el artículo 223-43 del Código Civil catalán impone que la sentencia que declare la prodigalidad debe determinar el ámbito en que la persona afectada necesita de la asistencia de un curador. En cualquier caso, esta asistencia es necesaria para los actos a que se refiere el artículo 222-43 (actos que el tutor requiere autorización judicial), y para otorgar capítulos matrimoniales.

(91) Señala MONSERRAT VALERO, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 894, que los cónyuges separados de hecho no pierden, por ello, el derecho de alimentos; respecto al cónyuge separado legalmente tiene derecho a pedir alimentos de acuerdo con lo que establezca el convenio regulador (art. 90 del CC). Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de marzo de 2005 (La Ley 63870/2005).

(92) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 82; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 173.

Parece excluirse, como apunta CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 130-131, a quienes convivan en una unión de hecho.

(93) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2008 (La Ley 266852/2008).

(94) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 887, cree que «aunque el legislador quiso cambiar el objetivo de la declaración de prodigalidad, pasando a proteger la legítima de los herederos forzosos, a la protección de los alimentos entre parientes, la verdad es que nuestro legislador se quedó a medio camino entre lo uno y lo otro, de forma que hoy se protege al cónyuge, descendientes y ascendientes (que según el art. 807 del CC pueden ser legitimarios) en tanto en cuanto estén percibiendo alimentos o se encuentren en situación de reclamárselos, pero no protege a los hermanos, tal vez porque no tienen la condición de legitimarios».

(95) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 888, en este sentido, dice que «es lógico pensar que cuando el artículo 294 habla de demandado se está refiriendo al presunto pródigo, al que si no está incapacitado por otra causa, tiene plena capacidad para comparecer en juicio y actuar plenamente por sí solo».

puede desarrollar una conducta que ponga en peligro el derecho de alimentos, que se protege (96).

El curador intervendrá en los actos que el pródigo no puede realizar por sí mismo (art. 288 del CC), y determinados en la sentencia que declare la prodigalidad (art. 760.3 de la LEC). Se trata de un sistema de guarda variable, de determinación exclusivamente judicial y limitado, donde la labor del curador se concreta en el complemento de la capacidad del pródigo, prestando su asentimiento en aquellos actos que la propia sentencia ha determinado que, aquel no puede realizar por sí solo. Aunque la ley no lo establece expresamente, hay unanimidad en señalar que no hay limitación de la capacidad en la esfera personal del pródigo, y que la limitación de la capacidad solo puede afectar a la esfera patrimonial *inter vivos*, por tanto, puede casarse y otorgar testamento.

No obstante, teniendo el pródigo una capacidad limitada, debe, igualmente, ser excluido respecto de aquellos actos para los que legalmente se exige estar «en pleno ejercicio de los derechos civiles», o «tener capacidad para obligarse», con independencia de su carácter patrimonial o no. Así, aunque no lo diga la sentencia de prodigalidad no podrá ser tutor, al menos del patrimonio, más dudoso respecto de la persona (art. 241 del CC), ni tampoco albacea (art. 893 del CC). Si bien, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LEC se le puede reconocer capacidad procesal.

De todas formas, la sentencia de prodigalidad puede determinar la intervención del curador no solo en relación al propio patrimonio del pródigo, sino también a los bienes respecto de los que puede corresponder la gestión (bienes de sus hijos —art. 164 del CC; o la coadministración en la sociedad conyugal). Sin olvidar que tras la reforma por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se permite al cónyuge del pródigo que pueda solicitar la disolución de la sociedad de gananciales como medida de protección de sus intereses; y que se puede sustraer al declarado pródigo el contenido patrimonial de la patria potestad sobre la base de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil; o de adoptar, a instancia del Ministerio Fiscal, del hijo o cualquier pariente, las medidas oportunas para la protección del patrimonio de los hijos menores o incapacitados (art. 167 del CC).

En todo caso, para la curatela de menores y pródigos el artículo 288 del Código Civil señala que, no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores y los pródigos no puedan realizar por sí solos. Pese a este tratamiento conjunto, lo cierto es que, la actuación del curador del

(96) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 103; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 889; DE COUTO GÁLVEZ, R. M.³, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2052; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 144; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, T. I Introducción y parte general*, 18.^a ed., Edisofer, Madrid, 2009, pág. 275, esté casado o teniendo descendientes o ascendientes actualmente con derecho a alimentos contra él o en situación de reclamárselos. Sea emancipado por mayoría de edad o un menor emancipado que esta malgastando su patrimonio mueble; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 457-458, señala que, puede también desarrollar una conducta dilapidadora sobre todo si su fortuna o patrimonio es principalmente mobiliario. Sin embargo, excluye como legitimado pasivo al supuesto contemplado en el artículo 319, de la llamada emancipación de hecho o por vida independiente del menor, pues, como es sabido dice el autor «la autorización o consentimiento de los padres es revocable y solo se acepta la tesis que no puede ser revocada libremente la autorización para la vida independiente después de concedida, sino que exige una causa justificativa, esta causa sería precisamente la prodigalidad».

declarado pródigo se asemeja más a la del curador del incapacitado, que a la del menor emancipado, pues, a diferencia de esta, en las otras dos es la sentencia judicial y no la ley la que concreta los actos y negocios para los que el declarado pródigo debe contar con el asentimiento del curador (aunque con escaso rigor el art. 760.3 de la LEC hable de «consentimiento»).

Ahora bien, el Código de Derecho Foral de Aragón tiene una diferencia importante con la regulación contenida en el Código Civil español en lo referente a la prodigalidad, pues, conforme al artículo 38.2: «*no tendrá otro efecto que ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior*». Se suprime, pues, la prodigalidad como causa de limitación de la capacidad de obrar (97). Como explica el Preámbulo del citado Código, «cabe incapacitar (para protegerlos, como en los demás supuestos de incapacitación) al que dilapida sus bienes cuando por enfermedad o deficiencia psíquica no pueda gobernarse por sí mismo pero, sin este presupuesto, no puede limitarse la capacidad de obrar en el ámbito patrimonial como medida protectora de intereses ajenos, tal como, en su ámbito de aplicación, establece el Código Civil». Esta regla es coherente con el Derecho Histórico aragonés que excluía la prodigalidad como causa autónoma, «por costumbre del Reino no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no ser que además sea mentecato y privado de razón», decía la Observancia 7.^a, *De tutoribus*. De forma que, cuando la prodigalidad no sea síntoma de deficiencia que justifique la incapacitación, no dará lugar a una limitación de la capacidad de obrar pero permitirá la adopción, en su caso, de medidas de aseguramiento y ejecución forzosa de los deberes familiares relativos a los deberes de asistencia en el matrimonio, de la filiación y el deber de crianza y autoridad familiar; alimentos entre parientes, y la normativa en materia de régimen económico matrimonial [arts. 58.2 y 66 a 70; 183.1, 186, 187, 245, 298 y 301.1.e), 313 y 515, entre otros]. Por su parte, la Disposición Transitoria tercera, relativa al Libro I de este Código Foral, se ocupa del Derecho Transitorio en lo referente a la prodigalidad, disponiendo que: «1. Desde el 23 de abril de 2007, fecha de la entrada en vigor de la Ley de Derecho de la persona) nadie puede ser declarado pródigo. 2. Las personas declaradas pródigas, a la entrada en vigor de esta Ley, seguirán rigiéndose por las normas de la legislación anterior, pero podrán solicitar judicialmente la reintegración de su capacidad» (98).

3. LA CURATELA DEL INCAPACITADO

Toda persona, por el mero hecho de serlo, es considerada por el ordenamiento jurídico como sujeto titular de derechos y obligaciones, cualesquiera que sea su estado de salud, y sus condiciones de inteligencia y de voluntad. Esta capacidad jurídica que implica la posibilidad general de ser titular de relaciones jurídicas, es sinónimo de personalidad. De ahí que, del principio de esta personalidad, de hecho y de derecho arranquen las normas que ya vienen desde antiguo y que

(97) Ya con anterioridad se había suprimido con la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de Persona de Aragón en su artículo 35. Esta Ley se ha refundido en el citado Código de Derecho Foral de Aragón.

(98) Vid., sobre el Derecho de Familia aragonés, PARRA LUCÁN, M. Á., «La familia en el Derecho Civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, *La familia en los distintos Derechos Forales*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSA y Matilde CUENA CASAS, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 749 a 870.

recoge el artículo 29 del Código Civil, consagrando que *el nacimiento determina la personalidad*. Se constituye, así como un atributo indisolublemente unido a la condición de la persona. Pero esta posibilidad general de ser titular de derechos y obligaciones no resulta suficiente para poder realizar eficazmente actuaciones relacionadas con los mismos; para ello se hace necesario tener capacidad de obrar, esto es, la posibilidad de desplegar una actuación eficaz y válida jurídicamente o, lo que es igual, la aptitud necesaria para ejercitar actos jurídicos concretos y determinados. La capacidad de obrar, así se manifiesta en la aptitud o idoneidad para realizar por uno mismo actos con eficacia jurídica requiriendo a su vez una capacidad volitiva o un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Sobre tales bases, se parte de una presunción de capacidad (99); de forma que, solo por sentencia judicial (art. 199 del CC) y cuando se den los requisitos establecidos el artículo 200 del citado cuerpo legal que: 1. Exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2. Que sea persistente; 3. Que impida a la persona gobernarse por sí misma, podrá incapacitarse a una persona (100).

(99) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6938), en la que pone de manifiesto que, «implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial»; y de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5204); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 22 de febrero de 1995 (*AC* 1995/333); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 19 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/2073); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 8 de noviembre de 2001 (*AC* 2002/284); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/701); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 8 de julio de 2004 (*AC* 2004/1244).

(100) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/520), persistencia «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas»; de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9438); de 31 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/8004); de 29 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6134), para que se incapacite a una persona señala que «no solo es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual puede perfectamente interpretarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien incluso con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudiza mucho más la dolencia o patología, porque lo que verdaderamente sobresa es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno tanto sea permanente como oscile en intensidad, impida a la persona gobernarse por sí misma»; de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4428), demencia senil, enfermedad de carácter permanente e irreversible, lo que determina su incapacidad para autogobernarse; de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5204) donde se señala que autogobierno significa «la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no solo los materiales, sino también los morales, y, por ende, la guarda de la propia persona o, como dice un autor, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad, como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico, se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo

Quedan, por tanto, excluidos del ámbito de la incapacitación judicial aquellos individuos que sufran alguna alteración transitoria u ocasional, o cuya enfermedad o deficiencia no afecte a sus facultades de autogobierno, es decir, a su capacidad cognoscitiva y volitiva (101).

En consecuencia, para declarar a una persona incapacitada, no solo resulta necesaria la existencia de una causa que la determine, sino también una decisión judicial tras la sustanciación del correspondiente proceso. Por lo que sobre la base de lo dispuesto en los artículos 199 y 200 se está disponiendo de forma categórica no solo la jurisdiccionalidad de la incapacitación, sino también el principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de la decisión judicial.

De forma novedosa, en cuanto a la capacidad de la persona el Código Civil catalán pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, de modo que, combinada con la edad, permite hacer una valoración gra-

alimentación, higiene y autocuidado). En el informe emitido por el médico forense contiene las siguientes consideraciones médico-forenses: «Don Mauricio presenta una tretalgia y una imposibilidad para la comunicación verbal, precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona»; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 18 de enero de 1994 (AC 1994/40); de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 15 de mayo de 1995 (AC 1995/1665); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 30 de octubre de 1995 (AC 1995/2506); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.^a, de 21 de marzo de 2001 (JUR 2002/29095); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 23 de mayo de 2001 (JUR 2001/226196); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 8 de noviembre de 2001 (AC 2002/284); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.^a, de 20 de marzo de 2002 (JUR 2004/701); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 26 de marzo de 2001 (JUR 2001/178887); de la Audiencia Provincial de Navarra, de 11 de junio de 2002 (AC 2002/1401); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de marzo de 2003 (JUR 2003/197860); de la misma Audiencia y sección, de 11 de mayo de 2004 (JUR 2004/189807); de la misma Audiencia y sección, de 15 de julio de 2004 (JUR 2004/218155); de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.^a, de 7 de marzo de 2005 (AC 2005/566); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de marzo de 2005 (AC 2005/1201); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.^a, de 22 de noviembre de 2006 (AC 2006/2317); y de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, de 13 de marzo de 2007 (AC 2007/1068).

(101) La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 11 de enero de 1994 (AC 1994/19) señala que: «(...) la imposibilidad para el autogobierno debe referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social, y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando pues, el autogobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial; y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de consciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro derecho, debiendo centrarse la actuación del Juez en precisar dos extremos: 1. Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide, es la conducta del presunto incapaz. 2. Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedir un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o algunos de ambos extremos, debiendo tenerse en cuenta el contenido del artículo 210 del Código Civil». Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 1986 (RJ 1986/408); y de 26 de julio de 1999 (RJ 1999/7845); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 4 de septiembre de 1997 (AC 1997/1773); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2006/30510).

dual, no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona (art. 211-3) (102).

Por su parte, el Código de Derecho Foral de Aragón, al igual que el Código Civil español, establece que nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 38.1). Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 38.2). Existe, en los términos reseñados en el apartado anterior, una importante diferencia por lo que se refiere a la prodigalidad conforme el artículo 38.2.

Con la reforma por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se viene a instaurar el proceso de incapacitación en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, si bien considerado como un «proceso especial». A tal fin se dedica el Libro IV a los procesos especiales (arts. 748 a 827) y el Título I a los «procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», disponiendo a tal efecto el artículo 748.1 que: *«Las disposiciones del presente Título serán aplicables a los siguientes procesos: 1.º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad»*. El Capítulo II regula en los artículos 756 a 763 los procesos sobre capacidad de las personas, manteniendo, en unos casos, con la redacción otorgada por el legislador 1983 (art. 757.5 de la LEC), y, en otros, modificando la norma para acoger las nuevas tendencias sociales (art. 757.1 de la LEC), o bien para adoptar determinadas posiciones jurisprudenciales (art. 760.2 de la LEC). Supone esta regulación la derogación de los artículos 202 a 214 y 294 a 296 y 298 todos del Código Civil (Disposición Derogatoria única, 2-1), dejando de este modo subsistentes únicamente los artículos 199 a 201 de este mismo cuerpo legal. Se abandona el juicio declarativo de menor cuantía, sustanciándose ahora por los trámites del juicio verbal, dotándole de especialidades propias, que lo separa de los procesos dispositivos.

En consecuencia, de darse los presupuestos descritos en el artículo 200 del Código Civil, se ha de proceder a la incapacitación de la persona, correspondiendo al juez determinar el régimen de tutela o guarda al que ha de quedar sometido (art. 210 del CC). Asimismo tras la reforma por Ley 13/1983 corresponde al juez graduar la incapacidad del sujeto, atendiendo a su grado de discernimiento, lo que permitirá someterle a un régimen de sustitución (tutela y patria potestad prorrogada o rehabilitada), o a un régimen de asistencia (curatela). La curatela se relaciona con la incapacitación parcial, vinculada a los supuestos en que existe un grado aceptable de autogobierno en la persona que padece la enfermedad o deficiencia incapacitante, pues, en caso de incapacitación total procedería el nombramiento de un tutor que, no asiste, sino que representa (103). No obstante, es posible, como así hemos constatado, una curatela reforzada de forma que, se determine la asistencia para determinados actos, y para otros se determine cierta facultad de representación (arts. 223-4 y 223-6 del CC catalán, y arts. 150, apartados 1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón).

(102) Artículo 211-3 dispone que: *«1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente Código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva atendiendo a la capacidad natural»*.

(103) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6938).

De conformidad con el artículo 289 del Código Civil, la asistencia del curador alcanzará a aquellos actos que expresamente se determinen en la sentencia de incapacitación. Este precepto se encuentra en conexión con el artículo 760 de la LEC, según el cual la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Al respecto se pueden utilizar diversas fórmulas a la hora de determinar la intervención del curador; así se puede hacer una enumeración de los actos para los que se precisa asistencia (104); concretar la naturaleza de los actos para los que se requiere la intervención del curador (actos de extraordinaria administración o actos de disposición) (105); o estimar la intervención del curador respecto de aquellos actos en que los artículos 270 y 271 del Código Civil exigen para

(104) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9483); y Sección 1.ª, de 30 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4283); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 12 de julio de 1994 (*AC* 1994/1645); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 30 de julio de 1999 (*AC* 1999/7225); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 16 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/2137), los actos en que debe intervenir el curador son aquellos especificados en el artículo 271.2, 3 y 4 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección única, de 21 de marzo de 2000 (*AC* 2000/1152); de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4.ª, de 4 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/20673); de la Audiencia Provincial A Coruña, Sección 4.ª, de 23 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/226196); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 24 de abril de 2003 (*JUR* 2004/1556); el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 4 de abril de 2006 (*JUR* 2006/131735); y de la Audiencia Provincial A Coruña, Sección 4.ª, de 8 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/295163).

(105) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/520); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 21 de enero de 1999 (*AC* 1999/95), alcanza a los actos dispositivos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 22 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/8282), actos de administración y disposición; de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.ª, de 29 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/2572), actos de disposición; de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 3 de marzo de 2000 (*AC* 2000/4981), para actos de enajenación, gravamen y disposición y aquellos que tengan trascendencia económica; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 23 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/65011) a todas las cuestiones económicas, aunque sean de mínima entidad; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/28632), actos dispositivos que excedan de la mera administración; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/198193), limitación en la disposición de los ingresos del incapaz; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2006 (*JUR* 2006/240623), limitada a los actos de disposición patrimonial de mayor complejidad; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/30117), a aquellas actividades administrativas de cierto riesgo y magnitud monetarios o de cierta complejidad mercantil; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 11 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/109350), los que excedan de la administración, gestión y disposición cotidiana u ordinaria; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 7 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/205564), actos de gestión y disposición de su patrimonio; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de junio de 2008 (*JUR* 2008/265864), actos patrimoniales de disposición superior a 200 euros; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 20 de abril de 2009 (*JUR* 2010/22708), actos extraordinarios de administración y otros de disposición, enajenación o gravamen de bienes y patrimonio; y, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 26 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/197441), actos que impliquen grandes cantidades, pudiendo disponer de dinero de bolsillo sin autorización.

el tutor autorización judicial (106); o, simplemente equiparar la situación del incapacitado a la de un menor emancipado, etc. (107). En todo caso, como precisa GUILARTE MARTÍN-CALERO, «lo que parece evidente es que la mayor o menor intervención del curador, determinada por el mayor o menor número de actos para los que es precisa su asistencia, estará siempre en función del grado de discernimiento del incapacitado constatado por el juez durante la tramitación del procedimiento de incapacitación» (108). De todas formas, si además, se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz, y el tribunal accede a tal solicitud, en la misma sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad, se nombrará la persona o personas que, con arreglo a la ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él (109). Ahora bien, si en la sentencia de incapacitación no se especifican los actos en que debe ser necesaria la intervención del curador, se entiende que la actuación del curador se extenderá a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 290 del CC) (110). Para GETE-ALONSO esta subsiariiedad del contenido de la curatela, «no significa que se esté en presencia de una situación mínima de incapacitación ya que el Juez no está sujeto, ni por este ni por ningún otro precepto legal, a la enumeración de actos que se contienen en este artículo, pudiendo fijarlos libremente (como se sigue del art. 289 del CC) con el único límite de tener en cuenta «el grado de discernimiento» del declarado incapaz (art. 287 del CC); y añade que: «cuando la sentencia haya establecido los actos para los que el incapacitado necesita de la asistencia del curador solo estos

(106) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª, de 14 de marzo de 1998 (AC 1998/3844); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 14 de marzo de 1998 (AC 1998/4154); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (AC 1999/5984); de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 14 de mayo de 1999 (AC 1999/1171); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de marzo de 2001 (JUR 2001/166142); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 6 de marzo de 2002 (JUR 2002/137998); y de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004/49762).

(107) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 290 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 421-422.

(108) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 290 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 422.

(109) El artículo 131.1 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone, asimismo que, quienes soliciten la incapacitación (personas legitimadas conforme el art. 757 de la LEC), están obligados a promover la constitución de la tutela o la curatela. Por eso la sentencia a la vista de la extensión y los límites de la incapacitación no solo determinará si procede la prórroga o rehabilitación de la guarda o el régimen de la tutela o curatela a que queda sometido el incapacitado [arts. 41 a 45, 130.1.b) y 150], sino que también deberá contener la designación de la persona que debe asumir ese régimen de guarda (arts. 759.2 y 760 de la LEC en relación con el art. 131), a cuyo fin el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones sobre delación voluntaria de la tutela (arts. 111 y 133.2).

De forma que la sentencia somete al incapacitado a un sistema de guarda dirigido a la protección de su persona y su patrimonio, bien sea en funciones de representación, bien de mera asistencia o complemento de capacidad, sea el tutor [art. 130.1.b)], el curador (art. 150), o las personas a las que corresponda la autoridad familiar [arts. 43, 44 y 130.1.b)].

(110) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 452, señala que, este artículo 290 salva la posible omisión y evita que esta pueda ser considerada una infracción del deber del juez de establecer la extensión y los límites de la incapacitación que impone el antiguo artículo 201 y el artículo 760 de la LEC.

y los que resultan de los supuestos mencionados precisarán del complemento de capacidad; en ningún caso, la actuación del curador podrá extenderse a los supuestos que se mencionan en el artículo 290 del Código Civil. De la relación entre los artículos 289 y 290 del Código Civil se sigue que el segundo solo se aplica subsidiariamente» (111). Precisamente en relación con esta remisión analógica, GARCÍA CANTERO señala que, en un juicio global, la norma ha sido muy incorrectamente redactada y que tal remisión exige un delicado esfuerzo de adaptación. Por de pronto, afirma el autor no cabe establecer un parangón entre la eficacia de la autorización judicial y la intervención del curador; pues, la falta de aquella convierte el acto del tutor en radicalmente nulo, mientras que, según el artículo 293 los actos realizados por el incapaz sin la intervención del curador únicamente son anulables. Por otra parte, continúa el autor, tampoco parece que, el artículo 290 pueda interpretarse en el sentido de que todo lo que hace el tutor se supone que ha de ser capaz de realizarlo el propio sujeto a curatela; en tal hipótesis la curatela de los incapacitados tendría muy escasa aplicación práctica (112). En esta línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO precisa que, no todos los actos enumerados en el artículo 271 del Código Civil serán de aplicación al incapacitado sometido a curatela, pues el distinto régimen de sustitución y asistencia que comporta la tutela y la curatela impide el perfecto trasvase. Así no será de aplicación la salvedad prevista en el último inciso del número 6, o la previsión sobre el internamiento del incapacitado al que le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 763 de la LEC, o lo dispuesto en el número 10 (113). Por su parte, GETE-ALONSO destaca la escasa operatividad y los especiales problemas de adaptación que se pueden plantear, pues, en determinados casos esta remisión debe entenderse o bien corregida, o bien que no opera. Y, precisa que, no es del todo exacto que todo lo que le está limitado al tutor sea capaz de llevarlo a cabo el incapacitado con la asistencia del curador (114).

De forma que, atendiendo a lo expuesto, en su configuración legal estamos ante una curatela permanente, pues solo cesa cuando se extinga la incapacitación (art. 212 del CC); y en cuanto a su contenido, no es uniforme, *a priori*, sino variable, pues dependen de lo que establezca la sentencia de incapacitación, lo que determina que, en cada caso concreto, tenga un alcance diferente (115).

Ahora bien, otros preceptos del Código Civil que no han sido modificados después de la reforma de la tutela, posibilitan, asimismo, la intervención del curador, o lo que es lo mismo, la asistencia para actos concretos. Así, para otorgar capitulaciones matrimoniales bien sean antes o después de contraer matrimonio, como para su modificación (art. 1330 del CC); para aceptar la herencia, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa (art. 996 del CC); para solicitar la partición de la herencia (art. 1052.II del CC); y para

(111) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 290 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 840.

(112) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 797.

(113) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 290 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 422.

(114) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 840; de la misma autora, «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 707.

(115) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 840; MONDEJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, pág. 2028.

donar y aceptar donaciones condicionales y onerosas, sean o no donaciones *propter nuptias* (arts. 625 y 626 del CC).

Resulta procedente la constitución de este órgano de guarda en aquellos supuestos en que existe un retraso mental leve o moderado (debilidad mental) que, permite un cierto grado de autogobierno personal y patrimonial (116); igualmente, en caso de enfermedades mentales de carácter cíclico (117), o consecuencia de la avanzada edad de la persona incapacitada (demencia senil, alzheimer) (118), al existir un progresivo deterioro de las facultades mentales y una cierta dependencia del medio que les rodea, siendo especialmente in-

(116) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9483); y de 30 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4283); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª, de 14 de marzo de 1998 (*AC* 1998/3844); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 21 de enero de 1999 (*AC* 1999/95); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección única, de 21 de marzo de 2000 (*AC* 2000/1152), retraso mental ligero por meningoencefalitis padecida en la infancia; de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/166142), retraso mental discreto de tipo medio o atenuado; de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/49762) retraso mental medio, diagnosticado de oligofrenia y un coeficiente del 53 por 100; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2004 (*AC* 2004/1418), defecto cognitivo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/204895); y de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 26 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/197441).

(117) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/520); de 20 de mayo de 1994 (*RJ* 1994/3723), trastorno paranoide; de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6938); de 16 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6635); y Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5204), tetraplejía con imposibilidad de comunicación verbal; y las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 19 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/2073), psicosis paranoide con delirio; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 21 de enero de 1999 (*AC* 2000/2841), psicosis esquizofrénica crónica; de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5984), esquizofrenia de carácter progresivo; de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 30 de julio de 1999 (*AC* 1999/7225), deficiencia mental relativa y pérdida de la agudeza visual; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 26 de octubre de 2000 (*AC* 2001/42), esquizofrenia indiferenciada de años de evolución; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001/165061), padecimiento de brotes psicóticos de tipo esquizofrénico paranoide; de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 2 de junio de 2003 (*AC* 2003/2224), trastorno bipolar; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 28 de julio de 2003 (*JUR* 2003/256727), trastorno delirante de tipo persecutorio y de carácter permanente; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de julio de 2004 (*JUR* 2004/202558), esquizofrenia residual; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 27 de septiembre de 2006 (*AC* 2006/2149), esquizofrenia de tipo paranoide episódica con síntomas residuales interepisódicos; y de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/257495), trastorno mental.

(118) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4428); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 22 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/8282), inicio de demencia degenerativa primaria tipo Alzheimer de carácter leve-moderado; de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 3 de marzo de 2000 (*AC* 2000/4981), enfermedad de Alzheimer en grado inicial moderado con alteración orgánico-cerebral difusa y ligera; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/133640) demencia senil; de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 20 de marzo de 2002 (*JUR* 2004/701), demencia senil progresiva e irreversible; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/30117), demencia senil.

fluenciables en la toma de decisiones que les afectan. No parece, sin embargo, procedente declarar la incapacidad parcial de una persona con plenas facultades mentales y volitivas pero aquejada de una grave pérdida de visión que, no le impide su autogobierno (119).

En este contexto, es posible modificar en un momento posterior el sistema de guarda, si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 212 del Código Civil. Como observa GARCÍA CANTERO, la norma funciona en ambos sentidos, pudiendo pasarse de la tutela a la curatela y también de la curatela a la tutela (120).

De todas formas, la existencia de una pluralidad de instituciones de guarda ha determinado que la doctrina haya puesto de manifiesto el posible choque del artículo 287 con el artículo 171, ambos del Código Civil, que posibilita en varios supuestos la prórroga o rehabilitación de la patria potestad. De ahí que se haya considerado que no debe proceder la prórroga o rehabilitación de la patria potestad cuando sea la curatela la institución apropiada para las personas sometidas a una incapacitación parcial; y que en todo caso debería nombrarse curador a uno de los padres o a los dos (121).

Por otra parte, en relación con la materia, conviene recordar que, hasta la reforma por Ley Orgánica 1/1996, existía una descoordinación entre el último párrafo del artículo 171 y el número 3 del artículo 222 del Código Civil, que se ha resuelto con tal norma. Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, «a su juicio, se debería haber suprimido el inciso final del número tercero del artículo 222 del Código Civil, por lo que no alcanza a comprender ni la necesidad ni la utilidad de una patria potestad de contenido asistencial; si cada institución dispensa una protección diversa, no hagamos cumplir a la patria potestad una función que ya cumple la curatela, pues, si la patria potestad puede ejercerse en forma asistencial, lo mismo debería predicarse de la tutela y de esta manera suprimase la curatela para los incapacitados y prorroguese la tutela con un contenido asistencial» (122); mientras que GETE-ALONSO estima que la patria potestad rehabilitada puede configurarse con un contenido semejante a la curatela; esta curatela será ejercida por el titular de la patria potestad y seguirá recibiendo tal denominación aunque su contenido no sea exactamente el mismo; igualmente, por lo que se refiere a la patria potestad prorrogada, aunque no se haga mención ni en el artículo 171 ni en el artículo 287, al cesar esta en cualquiera de las variantes de prórroga y rehabilitación procederá el nombramiento de curador (123).

(119) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/30510).

(120) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 796. En esta línea, MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 310, añade que este precepto recoge la posibilidad de alterar el contenido concreto de la sentencia de incapacitación ya establecida, ya que el juez puede configurar nuevamente el contenido de la tutela o curatela ya señalada, y no solo optar por uno u otro régimen de guarda.

(121) MONDEJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, págs. 2025-2026. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 14 de marzo de 1999 (AC 1999/805).

(122) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad gradual», *op. cit.*, pág. 242.

(123) GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 693-694. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 11 de marzo de 1999 (AC 1999/805).

Finalmente, la curatela de los incapacitados se puede extinguir, además de por las causas comunes a los tres tipos regulados en el Código Civil, como son la muerte o declaración de fallecimiento (124), y ausencia del incapacitado, por las mismas por las que se puede extinguir la tutela, esto es, cuando se dicte una resolución de reintegración de la capacidad que ponga fin a la incapacitación (125), o cuando se modifique la situación del incapacitado sustituyendo la curatela por tutela (126) o se rehabilite en la patria potestad mediante la correspondiente resolución judicial.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO

1. NOMBRAMIENTO, INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL CURADOR

La sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad podrá nombrar a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, han de asistir o representar al incapaz y al pródigo cuando así se hubiera solicitado en la demanda (art. 760.2 en relación con el art. 759.2 de la LEC).

De acuerdo con el artículo 291 del Código Civil son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. Esta remisión supone la aplicación con las debidas adaptaciones de los artículos 234 a 240 del Código Civil, relativos a la delación de la tutela y el nombramiento de tutor; los artículos 241 a 246 para la capacidad y causas de inhabilidad; los artículos 247 a 250 del Código Civil para la remoción y los artículos 250 a 258 del Código Civil para las causas de excusa (127). En todo caso, no podrá ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados. A toda esta normativa, hay que añadir lo dispuesto en el artículo 292 que, contiene una regla específica para el nombramiento de curador. Así establece que, si el sometido a curatela hubiera estado antes bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el juez disponga otra cosa. El fundamento de este llamamiento preferente descansa en la continuidad de la relación personal y afectiva entre quien ejerce la función tutelar y el menor o incapacitado que, le resultará más beneficioso (128). No obstante, si el juez considera conveniente que el antiguo tutor no siga ejerciendo el cargo de curador podrá nombrar a otra persona, pero deberá hacerlo en resolución motivada y siempre que el beneficio del sometido a curatela así lo exija. Señala GUILARTE MARTÍN-CALERO que, al igual que la facultad contenida en el artículo 234.2 del Código Civil, se trata de una facultad excepcional a la que se impone un doble límite: la motivación y el interés del curatelado; en este

(124) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 12 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/282894).

(125) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 14 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/5086).

(126) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 19 de julio de 2006 (*JUR* 2006/252624); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 24 de junio de 2009 (*JUR* 2010/31581).

(127) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 793, esta remisión ha de hacerse con las debidas adaptaciones.

(128) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario a los artículos 291-292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 423.

sentido, se pueden apuntar como causas justificativas, la falta de aprobación de las cuentas de la tutela, que hubiera causa para exigir responsabilidad al tutor, el cambio de residencia del curatelado alejado de la residencia del tutor, o que este contraiga matrimonio con persona que pudiese ejercer la curatela (129).

Sobre tales bases, en aplicación del artículo 234 del Código Civil, se podrá designar curador: 1. Al designado por el propio tutelado (curatelado) conforme al párrafo segundo del artículo 223 (autotutela o autocuratela) (130); 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado (131); 3. A los padres (132); 4. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad; 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez (133). Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere (134). Se afirma que, este orden de preferencia o prelación determinado legalmente para el tutor, debe ser respetado también para el curador, teniendo en cuenta la mencionada remisión del artículo 291 del

(129) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario a los artículos 291-292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 423; de la misma autora, «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 290. En esta línea, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 446.

(130) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 22 de abril de 2003 (AC 2003/2030); y de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813).

(131) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, de 6 de febrero de 1998 (AC 1998/3328), que nombra a la esposa; y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 1.ª, de 24 de febrero de 2005 (JUR 2005/84749), nombramiento a favor de la pareja sentimental del incapaz.

(132) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 10 de enero de 2003 (JUR 2003/92882), se designan como curadores los padres, sin rehabilitar la patria potestad; de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 7 de noviembre de 2005 (JUR 2006/168970), a favor del padre del incapaz; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 4 de julio de 2008 (JUR 2008/362862), a favor de la madre; y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 9 de febrero de 2010 (JUR 2010/134774), a favor de ambos progenitores. Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 2 de abril de 2008 (JUR 2009/394955), se niega el nombramiento de la madre, previamente privada de la patria potestad como curador provisional o cautelar de su hijo presuntamente incapaz, pues, la institución no tiene carácter provisional, debía haber solicitado el nombramiento como defensora judicial.

(133) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 12 de mayo de 1998 (AC 1998/1173), se nombra como curador a una de las hijas; de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 10 de diciembre de 2004 (JUR 2005/5560), a favor de la hermana que vive en el mismo edificio y con la que mantiene buenas relaciones; de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 11 de abril de 2005 (JUR 2005/126911), a favor de la hermana en detrimento de la hija; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813), a favor del abuelo que se considera equivalente al expediente o documento notarial de autotutela y con preferencia a los hermanos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 9 de octubre de 2006 (JUR 2006/286224), a favor del hermano; de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2008 (JUR 2008/339124), a favor de la hermana; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 23 de septiembre de 2009 (AC 2009/2096), a favor del hermano de la incapacitada; y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 17 de noviembre de 2010 (AC 2011/683), a favor hermana de la incapaz.

(134) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 6 de noviembre de 2007 (JUR 2008/156968), nombramiento del primo de la incapaz.

Código Civil (135). Asimismo, se admite la posibilidad que el curador pueda ser designado por los padres en testamento (136).

Por su parte, el artículo 236 del Código Civil, tras establecer como regla general que la tutela se ejercerá por un único tutor, hace referencia a las situaciones que, excepcionalmente, justifican el nombramiento de varios tutores. Aunque algún autor niega la posibilidad de constituir una curatela plural (137); la mayoría de la doctrina la considera posible y recomendable, cuando la designación recae sobre los padres (número 2), pues la función curatelar será ejercida por ambos de modo análogo a la asistencia que les incumbe respecto de los hijos emancipados a tenor del artículo 323 del Código Civil, debiendo en todo caso ser ejercida aquella de la manera prevista en los artículos 237, 237 bis y 238 del Código Civil (138). Obviando, en consecuencia, su operatividad respecto de los demás supuestos previstos en el citado artículo 236, con excepción del número 1 que describe una situación que no se da en la curatela (139), no faltan autores que, al analizar los supuestos excepcionales del artículo 236, consideran posible que también pueda ejercer la curatela, el cónyuge del curador (tercer supuesto contemplado en tal precepto); o las personas que los padres sujetos a curatela hayan designado (cuarto supuesto de ese mismo precepto) (140).

En cuanto al funcionamiento del curador plural, la regla general es el funcionamiento conjunto bajo el régimen de mayorías, salvo los casos 2.º y 4.º del artículo 236, relativo a que los padres sean cocuradores, o que los padres lo hayan designado, que tal funcionamiento será solidario (141).

En todo caso, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Civil, se requiere como regla general para ser nombrado curador —y una vez nombrado para continuar en el ejercicio del cargo— de una parte, estar en el pleno ejercicio de los derechos civiles, o lo que es lo mismo, tener plena capacidad de obrar; y de otra no estar incurso en ninguna de las causas de inhabilidad

(135) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 791; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 313.

(136) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 443; GETE ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 842, precisa que, sin embargo, la doctrina disiente en cuanto a la preferencia que se otorga a esta designación testamentaria sobre la designación judicial; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 313.

(137) ALBALADEJO, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 326.

(138) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 238; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario a los artículos 291-292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 424; MONDEJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, pág. 2034; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 446; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 454.

(139) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 792; GETE-ALONSO y CALERO, M.ª del C., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 708; del mismo autor, «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 842, consideran que será sumamente difícil la posibilidad de designar un curador para la persona y otro para el patrimonio; solo cabe aplicarlo a la curatela de los incapacitados, siempre que se admita su configuración de tutela mitigada, pues, la norma requiere «circunstancias especiales» que solo podrían concurrir en el curador del incapacitado.

(140) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 792; GETE-ALONSO y CALERO, M.ª del C., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 708; del mismo autor, «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 842; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 314.

(141) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 792.

previstas en los artículos 243 a 245 del Código Civil (142). A estas causas de inhabilidad habría que añadir la contenida en el artículo 291.2, que establece que no podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados, lo que resulta redundante al encontrarse ya prevista en el artículo 244.5, incluido en la remisión. De todas formas, esta prohibición debe ser, tras la aprobación de la Ley Concursal, referida a los deudores calificados como culpables en la fase de calificación del concurso (143).

Para desempeñar las funciones del curador puede ser nombrada una persona física a la que se exige la capacidad establecida en el citado artículo 241 del Código Civil; o una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa, y entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242 del CC) (144).

Atendiendo a la aplicación analógica del artículo 253 del Código Civil puede el curador excusarse de continuar ejerciendo la curatela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando en el desempeño de aquella le sobrevengan cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251 (razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado, o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso para el curador el ejercicio del cargo) (145).

(142) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 315, estima que, si la finalidad de la curatela es prestar asistencia, está claro que no cumplen este requisito los menores emancipados, los incapacitados y los pródigos, que por su falta de plena capacidad precisan de organismos que se la completan. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2004 (*AC* 2004/1418), no se estima como supuesto de inhabilidad, pues, la supuesta enemistad es de la incapacitada con su sobrina y, no viceversa; el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 12 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143648); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 17 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/64317), se considera inhábil al curador ante la relación conflictiva entre la incapacitada y su hija que, impiden que esta sea curadora. Se nombra como curadora a la Comisión Valenciana de Tutelas.

(143) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario a los artículos 291-292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 424.

(144) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 793, piensa que «el *modus procedendi* por parte de estas entidades será la de especializar a ciertos órganos o servicios suyos en este tipo de actividades, de modo que estaremos muy cerca de la figura del tutor y curador profesionalizados, que desarrollan su actividad en nombre de la persona jurídica y al servicio de los miembros de la Asociación. Se ha abierto aquí un amplio campo de colaboración entre la sociedad en general, y las personas precisadas de asistencia y protección a través de los nuevos cauces jurídicos que nos brinda la reforma». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 31 de mayo de 2006 (*AC* 2006/1754).

(145) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 317, señala al respecto que, la única matización que considera reseñable en su aplicación a la curatela «es que siendo este un cargo por regla general menos intenso en su dedicación y actuaciones que la tutela, admitirá las excusas en menor grado que para esta, por ser menos frecuente que su ejercicio lo excesivamente gravoso que exige la apreciación de la excusa». Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 1 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/24952), la curadora judicialmente nombrada ha acreditado fehacientemente que no reside en la Ciudad Autónoma de Ceuta donde vive su hermano incapaz, ni tan siquiera en un municipio próximo, sino en la localidad lejana de Aranda de Duero, así como que su esposo no goza de buena salud y precisa de cuidados personales. Tales circunstancias familiares y personales, unidas a la enemistad alegada, determinan

Mientras se resuelve acerca de la excusa, el curador está obligado a ejercer su función, si no lo hace, el Juez procederá a nombrar un defensor judicial que le sustituya, quedando el sustituto responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada (art. 256 del CC). Admitida la excusa, se nombrará un nuevo curador.

En todo caso, las personas jurídicas podrán excusarse del cargo de curador, cuando carezcan de medios suficientes para el desempeño del cargo y les sea realmente imposible hacerse cargo del incapacitado, pues se debe partir de cierta presunción de honestidad en cuanto la alegación de la excusa, toda vez que se trata de una persona jurídica sin finalidad lucrativa (146).

Finalmente, serán removidos del cargo de curatela, los que después de deferida esta incurran en causa de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la curatela por incumplimiento de los deberes propios del cargo, o por ineptitud en el ejercicio del mismo, o, en fin, porque surjan problemas de convivencia graves y continuados (art. 247 del CC) (147).

Se entiende que incumple con los deberes propios del cargo, el curador que de forma previa y con carácter general presta un asentimiento general para todos los actos que en el futuro deba concluir el curatelado, o por no ejercitar la acción de impugnación de un negocio nocivo para los intereses patrimoniales de aquel.

Y, por ineptitud en el ejercicio del cargo, cuando el curador presta su asentimiento a la conclusión de negocios perjudiciales para el curatelado que pongan en peligro su estabilidad patrimonial, ya sea deliberadamente, ya sea como

que, el ejercicio de la curatela resulta excesivamente gravoso para la misma, procediendo a la estimación de la excusa.

(146) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 20 de abril de 2004 (*JUR* 2004/162439), se trata de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, cuyos fines son la búsqueda y prestación de ayuda a personas que son deficientes mentales, es decir, que sufren incapacidades derivadas de circunstancias internas al propio afectado; y, las necesidades de la incapacitada se inscriben principalmente, en el ámbito de atención exigida por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y alcohol, y que precisa de tratamientos preventivos y de deshabituación que no están en los fines de la Fundación, y esta no tiene medios para hacer frente a tales tratamientos. Sin embargo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/145043), no se admite la excusa, pues, se encuentra entre los fines propios de la entidad el tratamiento y cuidado que exige la incapaz.

(147) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 793, se pregunta para el caso del número 2.º del artículo 243, si basta que una persona haya sido legalmente removida de una tutela anterior para quedar inhabilitado para ser curador, o si es preciso que la remoción se produjera precisamente en una curatela. Y ante ello responde que, si bien el tutor removido legalmente no inspira mucha confianza en que va a desempeñar bien un cargo no menos delicado que la tutela. La recíproca le parece igualmente cierta, de modo que aunque el texto legal no lo exprese, el curador legalmente removido no podrá ser hábil para el cargo de tutor. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 26 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006/239512), los hechos expuestos no revelan el incumplimiento de deberes que se le imputan, lo que impide entender concurrente la causa de remoción invocada. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/313981), se estima la remoción del cargo atendiendo a la avanzada edad del curador y la lejanía que le imposibilitan desarrollar la función de curador durante mucho más tiempo; y, en el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 19 de julio de 2010 (*JUR* 2010/349354), se admite la remoción del cargo de curador a la hermana del incapaz por falta de atención y cuidados.

consecuencia de una actitud poco profesional; o cuando no lo prestan, siendo beneficioso para el incapaz.

El Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del curatelado o de otra persona interesada, procederá a la remoción del curador, previa audiencia del curatelado. Durante la tramitación del procedimiento de remoción, podrá el Juez suspender en sus funciones al curador, y nombrar al curatelado un defensor judicial (arts. 248 y 249 del CC) (148). Una vez declarada judicialmente la remoción, se procede al nombramiento de un nuevo curador. De todas formas, si el curador actúa incorrectamente en el desempeño de sus funciones, además de su remoción, se podrá solicitar una indemnización por los daños que ha podido sufrir el curatelado.

No obstante, conviene también precisar que la remoción del cargo de curador puede provenir de causas ajenas a la propia voluntad y actuación profesional del curador, así por razones de edad avanzada, de enfermedad o, cualquier otra causa que le imposibilite para el ejercicio idóneo del cargo.

2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL CURADOR

Como hemos expuesto en líneas precedentes, la actuación del curador en todos los supuestos descritos es esencialmente patrimonial, respecto de aquellos actos que la ley determine o concrete la propia sentencia de incapacitación o de prodigalidad. De forma que, su asistencia alcanza a la esfera esencialmente patrimonial del curatelado.

No obstante, se ha planteado en relación con la curatela del incapacitado, la posibilidad de ampliar su actuación a la esfera personal, o de concretar su actuación solo en este ámbito. Así hay quienes excluyen la guarda de la persona del incapacitado en sede de curatela como LETE DEL RÍO, para quien la curatela «es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la ley o la sentencia, por lo que puede decirse que la función del curador es de tuición patrimonial» (149). ALBALADEJO, quien de forma tajante y breve señala que no hay curatela solo de persona (150). También MORENO QUESADA precisa que «la atención solamente a la persona del guardado o protegido es función propia de la tutela, no de la curatela, y que el mayor grado de discernimiento exigible en el curatelado le debe hacer capaz de regir su persona, circunstancia que además se da y se reconoce por la ley, en los otros sometidos a curatela, los emancipados, habilitados de edad y los pródigos que se contemplan en el artículo 286» (151). O, en fin, CASANOVA MUSSONS, pues considera que el complemento de capacidad que determina la curatela, se refiere a actos patrimoniales concretos (arg. ex arts. 291.2, 210, 289 y 290); normalmente aquellos que encierran un mayor riesgo dada su entidad o trascendencia. Y, además, es excepcional, porque estos actos representan otras tantas excepciones a la capacidad

(148) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/186560).

(149) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 238.

(150) ALBALADEJO, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 326.

(151) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 310.

general que, para obrar por sí solo, se reconoce a este incapacitado (152). Frente a tal planteamiento, no faltan quienes admiten la intervención del curador en la esfera personal del incapacitado, así GARCÍA CANTERO piensa que, en la curatela de los incapacitados ha de comportar alguna intervención en el ámbito de la esfera personal; y, añade, tratándose de incapacitados cabe una interpretación estricta de la curatela, entendiéndose que la falta de discernimiento declarada en la sentencia ha de ser mínima, puesto que el incapaz tiene que ser hábil para regir su persona (153). GETE-ALONSO por su parte, señala que la curatela del incapacitado es especial y distinta de los otros tipos de curatela previstos en la ley, pues, en primer lugar, el origen de la curatela del incapacitado está en una sentencia de incapacitación y su régimen y contenido aparece fijado en la resolución judicial (art. 289); en segundo lugar, la curatela del incapaz tiene mayor intensidad que la del menor o pródigo, basta comprobar cuando interviene el curador y cuando lo hacen los otros; y, finalmente, porque, aunque, lo normal es que el curador solo intervenga en el ámbito patrimonial, no se excluye su intervención en el ámbito personal (154).

En línea con esta posición favorable no nos parece que afecta a la esencia de la institución, incentivar su aspecto de asistencia en el ámbito personal, como está sucediendo con las llamadas curatelas de salud, dirigidas a procurar el control y seguimiento de los tratamientos médicos o farmacológicos prescritos (155). El curador vela para que el sujeto protegido tome correctamente su

(152) CASANOVA MUSSONS, A., «La contribución de la curatela al concepto de personalidad civil restringida», *op. cit.*, pág. 88.

En esta línea, ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 223; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, págs. 136-137 y 144. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 21 de enero de 2000 (*JUR* 2004/22366); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 4 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/20673), y de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 26 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/209305).

(153) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, págs. 797-798.

(154) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, págs. 244, 246-248; de la misma autora, «Comentarios al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 701-702. Vid., asimismo, ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 452.

En esta línea, VENTOSO ESCRIBANO, «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 116, para quien, aunque se trate de una cuestión más teórica que real, dado el amplio margen concedido a la autoridad judicial en los artículos 287 y 289 del Código Civil, podrá encontrarse una curatela o un curador que desarrolle su función en la esfera personal del sujeto a ella. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 5 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270462), y de 21 de junio de 2004 (*AC* 2004/1370); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 2 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/140906), actos personales que excedan de los ordinarios de la vida, y de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 11 de octubre de 2006 (*JUR* 2006/293881), limitada al ámbito personal y exclusivamente en relación a su sometimiento al tratamiento médico que se le prescriba por los trastornos que padece.

(155) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 25 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1873), el curador se responsabiliza que el incapacitado enfermo siga su tratamiento médico; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 5 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/187346), toma decisiones concernientes a la salud de la curatelada; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 10 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/260569), ante un deterioro cognitivo leve, nombra curador para cuidar de la

medicación, con auxilio, si fuera preciso de la autoridad judicial. Esta curatela se podía ejercer por las propias Agencias, Instituto, Comisiones de tutela de adultos, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente. En todo caso, conviene recordar que en la sentencia de incapacitación se concreta qué actos son en los que debe intervenir el curador y no tienen por qué ser necesariamente patrimoniales, sino que puede afectar también a la esfera personal del incapacitado sobre la base del ya apuntado deber de velar por el mismo que alcanza a todo cargo tutelar (arts. 215 y 216 del CC). Todo ello sin perjuicio de considerar que la curatela alcanza esencialmente al ámbito patrimonial (156).

En todo caso, coincidimos con lo que es un parecer unánime en la doctrina que la curatela de los menores emancipados, de los beneficiarios de la mayor de edad y los declarados pródigos no alcanza a la esfera estrictamente personal del sometido (157).

salud y de los bienes del curatelado, hace aconsejable una curatela que cubra las áreas económico-patrimonial, contractual y sanitaria; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/33779), únicamente para el suministro y control de la medicación; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 25 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143172), ante una enfermedad persistente, crónica y permanente, con incapacidad para administrar y disponer bienes, se nombra curador; con la función de administrar tales bienes y hacer seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 10 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/49380), constitución de curatela para el cuidado y supervisión de la esfera personal; de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.^a, de 9 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/271835), controlar la toma de medicamentos para mantener controlada su enfermedad, y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 7 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/202642), necesidad de complemento en cuanto al control de su tratamiento médico y eventual ingreso en establecimiento psiquiátrico.

(156) Alcance en la esfera personal y patrimonial, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 18 de enero de 1994 (*AC* 1994/40); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001/165061), intervención del curador para todos los actos de administración y disposición patrimonial, y, además supervisará y cuidará en la esfera personal que acuda al médico cuando le corresponda y lo precise; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1.^a, de 16 de enero de 2003 (*JUR* 2003/127810); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 24 de abril de 2003 (*JUR* 2004/1556); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.^a, de 9 de febrero de 2005 (*AC* 2005/794); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 25 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143172), administración de los bienes y seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 16 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/236975), extensión de la curatela a supervisar de forma efectiva la evolución del estado y enfermedad; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de enero de 2008 (*AC* 2008/674), necesidad de asistencia para actos patrimoniales de cierta complejidad y control para evitar desajustes en el tratamiento médico de su enfermedad; de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 28 de enero de 2008 (*AC* 2008/525), abarca en el ámbito personal a las decisiones que excedan de las ordinarias de la vida, y en el patrimonial, para todo lo que exceda de la administración del denominado dinero de bolsillo; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 6 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/76442).

(157) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 220; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 117.

Finalmente, mencionar que si el declarado incapacitado y sometido al régimen de curatela tiene una capacidad procesal limitada de acuerdo con lo establecido en la sentencia en la que se le declara incapacitado, el curador le asistirá en juicio, pero no le sustituirá (158). Si se insta solo el proceso frente al curador, y se ignora al curatelado, tal forma de proceder supone una merma de sus derechos procesales, una vulneración de la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 24 de la Constitución española; de ahí que se pueda instar la nulidad de las actuaciones (art. 241 de la LOPJ) (159).

V. LA SANCIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL CURATELADO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL CURADOR

El artículo 293 del Código Civil opta por la anulabilidad de los actos realizados por el curatelado sin la preceptiva intervención del curador cuando fuera necesaria (160). Esta sanción es idéntica a la que se prevé para la actuación del menor sometido a patria potestad o tutela y para el incapacitado sujeto a tutela en el artículo 1301 del Código Civil, al que se remite el mencionado artículo 293. Están legitimados para impugnar el acto el curador y la persona sometida a curatela —cuando saliese de ese estado—; no así los parientes necesitados de alimentos que justifica la declaración de prodigalidad (161), ni los terceros que intervinieron en el acto (art. 1302 del CC).

El plazo para el ejercicio de esta acción es de cuatro años a contar desde el momento de la extinción de la curatela o desde que el curador tenga conocimiento de la existencia del acto anulable (art. 1301 del CC). Si la acción de anulabilidad prospera, se anula el negocio jurídico retroactivamente, *ex tunc*. De forma que el incapaz deberá restituir lo recibido en lo que se hubiera enriquecido con el mismo (art. 1304 del CC).

Finalmente, cabe plantearse, si el curador, al igual que el tutor o los titulares de la patria potestad, puede confirmar *a posteriori* el acto realizado sin su asistencia. Un amplio sector de la doctrina se inclina por dotar de una doble facultad al curador; así no solo podrá impugnar el negocio concluido sin su

(158) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6635); la sentencia europea de Derechos Humanos, Sección 3.ª, Caso Vaudelle contra Francia, de 30 de enero de 2001 (TEDH 2001/78); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 19 de febrero de 1996 (*AC* 1996/216).

(159) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 8 de abril de 2008 (*JUR* 2008/206768).

(160) Vid., el artículo 223-8 del Código Civil catalán, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 8 de abril de 2008 (*JUR* 2008/206768), nulidad alegada por vía de excepción.

Si bien, en ocasiones los actos sometidos a curatela pueden ser declarados nulos de pleno derecho, por ejemplo, cuando se trata de una actuación contra la prohibición legal prevista en el artículo 221 del Código Civil por tratarse de una donación realizada por el pródigo a favor del curador; vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/8902).

(161) En este sentido, vid., GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 844; de la misma autora, «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 714; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 426.

preceptiva asistencia sino también confirmarlo (162); mientras que otros niegan tal posibilidad (163).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Curso de Derecho Civil», T. IV, *Derecho de Familia*, 11.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008.
- ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario a los artículos 286 a 293 y 297 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.
- CASANOVAS MUSSONS, A.: «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», en *Revista Jurídica de Catalunya*, any LXXXIV, 1985-1.
- COCA PAYERAS, M.: *Voz* «Curatela», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. II, Civitas, Madrid, 1995.
- DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a: «De la curatela. Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, T. II, vol. 2.^o, Bosch, Barcelona, 2000.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I.: «Incapacitación, curatela», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXI, núm. 692, noviembre-diciembre de 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1984.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C.: «Comentario a los artículos 286 a 293 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 CORDECH, T. I, 2.^a ed., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a los artículos 215 a 217 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 CORDECH, T. I, 2.^a ed., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGrawHill, Madrid, 1997.
- «Comentario a los artículos 286 a 293 y 297 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al.: «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 4.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.

(162) Vid., por todos, GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 844. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 29 de julio de 2005 (*JUR* 2006/30886), convalidado el contrato de arrendamiento por su madre nombrada curadora.

(163) Vid., por todos, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 426.

- LETE DEL RÍO, J. M.: «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores o incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 298 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid, 1985.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I.: «La curatela», en *Derecho de Familia*, coordinadora: Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2012.
- MORENO QUESADA, B.: «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985.
- PARRA LUCÁN, M. Á.: «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.
- «La familia en el Derecho Civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, *La familia en los distintos Derechos Forales*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1996 (*RJ* 1986/520).
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9483).
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1994 (*RJ* 1994/3723).
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6938).
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6635).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4428).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5204).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 19 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004/6910).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009/2901).
- SAP, La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5984).
- SAP, Islas Baleares, Sección 4.^a, de 4 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/20673).
- SAP, A Coruña, Sección 4.^a, de 23 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/226196).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 5 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270462).
- SAP, A Coruña, Sección 1.^a, de 16 de enero de 2003 (*JUR* 2003/127810).
- SAP, Cantabria, Sección 2.^a, de 24 de abril de 2003 (*JUR* 2004/1556).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de junio de 2004 (*AC* 2004/1370).
- SAP, Valladolid, Sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/14906).
- SAP, Guadalajara, Sección 1.^a, de 9 de febrero de 2005 (*AC* 2005/794).
- SAP, Ciudad Real, Sección 2.^a, de 25 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143172).
- SAP, Álava, Sección 1.^a, de 23 de junio de 2005 (*JUR* 2005/211399).
- AAP, Zaragoza, Sección 2.^a, de 4 de abril de 2006 (*JUR* 2006/131735).
- SAP, Lugo, Sección 2.^a, de 9 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/271835).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/30117).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de enero de 2008 (*AC* 2008/674).
- SAP, Málaga, Sección 6.^a, de 22 de septiembre de 2009 (*JUR* 2010/95318).
- SAP, Granada, Sección 5.^a, de 26 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/197441).
- AAP, Castellón, Sección 2.^a, de 19 de julio de 2010 (*JUR* 2010/349354).
- SAP, Valencia, Sección 10.^a, de 17 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/64317).

RESUMEN

CURATELA. INCAPACITADO
MENOR EMANCIPADO.
PRODIGALIDAD

La curatela es una institución de guarda que no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella (menores emancipados o que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, incapacitados y pródigos) como ocurre con la tutela, sino que su labor es de asistencia, complementando la capacidad en aquellos actos que la ley, o la sentencia de incapacitación o que declare la prodigalidad exijan la intervención del curador. Se trata de una institución que responde al modelo de medidas de apoyo bajo supervisión judicial diseñado por la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, pues es respetuosa con el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona, responde mejor al interés de la persona con discapacidad, dando prevalencia, en cierto modo, a la autonomía de la voluntad en la configuración de las medidas de apoyo y asistencia, y además está constituida sobre la estructura de un marco graduable que tiene en cuenta las necesidades y circunstancias de la persona a la hora de determinar el margen de su actuación en la toma de decisiones en la esfera personal o patrimonial. De ahí, la necesidad de un análisis de la figura delimitando claramente su campo de actuación y su operatividad respecto de otras figuras jurídicas.

ABSTRACT

GUARDIANSHIP. INCAPACITATED
EMANCIPATED. PRODIGALITY

The guardianship is a guard's institution that is not orchestrated to replace the aptitude to work from the submitted one to she (emancipated minors or that will obtain the benefit of the major age, incapacitated and, bountiful) since it happens with the guardianship, but his labor is of assistance, complementing the capacity in those acts that the law, or the judgment of incapacitation or that declares the prodigality they demand the intervention of the healer. It is a question of an institution that it answers to the model of measures of support under judicial supervision designed by the Convention on rights of the persons with disability, so, it is respectful with the exercise of the aptitude to act of the person, answers better to the interest of the person with disability, giving predominance in certain way to the autonomy of the will in the configuration of the measures of support and assistance, and, in addition it is constituted on the structure of an adjustable frame that bears in mind the needs and circumstances of the person at the moment of determining the margin of his action in the capture of decisions in the personal or patrimonial sphere. Of there, the need of an analysis of the figure delimiting clearly his field of action and his operability I concern of other juridical figures.

CUSTODIA COMPARTIDA Y EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora.
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—III. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN DERECHO COMPARADO.—V. DERECHO CIVIL FORAL: A) Cataluña. B) Aragón. C) Valencia.—VI. INDICACIONES JURISPRUDENCIALES.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS DEL TC, TS, DE LOS TSJ, DE LAS AP, Y DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

En la revista anterior analizamos, desde el punto de vista jurisprudencial, la concesión de la custodia compartida de los progenitores, sus razonamientos y su motivación judicial que se concretan como esenciales en la conclusión adoptada, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor (1).

Pues bien, el legislador de 2005 al incorporar al ordenamiento esta modalidad en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, y, a su vez, ampliar el poder de decisión de los progenitores en la esfera personal de las relaciones filiales (2), incide en la esfera patrimonial o en el plano económico que ello conlleva, como ocurre en lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda familiar. Este es el punto que pretendemos analizar en el presente estudio (3).

(1) Vid., mi artículo «Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 731, 2012, págs. 1612 a 1646.

(2) Dando un amplio margen a la *autonomía de la voluntad* de las partes, que a su vez se derivan de los principios inspiradores del concepto de familia y matrimonio de *libertad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad*. Sobre autonomía de la voluntad y la inexistencia de obligación de la aprobación por el Juez del convenio regulador donde se pacta por las partes la custodia compartida, vid. HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», en *Actualidad Civil* (LA LEY). Revista núm. 10. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 31 de mayo de 2011. Sección: A Fondo, págs. 1131 a 1146. Tomo: 1. LA LEY 6638/2011.

(3) Vid. LATHROP, Fabiola, «Regulación de la guarda y custodia compartida en el Código Civil», en *Custodia compartida de los hijos*. *Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Doctrina, de 29 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-231, Editorial LA LEY. LA LEY 12921/2009, a fin de distinguir los conceptos de *custodia compartida* y *corresponsabilidad familiar*. La autora insiste en que «no cabe confundir corresponsabilidad parental o familiar con custodia compartida. La primera es un principio que informa la segunda, junto a otras directrices, como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer. La custodia compartida es una figura que concreta la corresponsabilidad parental, de manera que, en mi concepto, puede ser definida como: un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que,

En el sistema de atribución del cuidado de los hijos resulta determinante, en el caso de elegir el modelo de custodia compartida, la asignación de la vivienda familiar.

Si recordamos, en la revista anterior nos hicimos eco de los requisitos de la custodia compartida (4) y del decálogo señalado por el propio juzgador, motivado por el silencio del legislador al respecto (5).

Fue en el año 2007, cuando concretó la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, como ventajas de la custodia compartida la garantización

basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados».

(4) La custodia compartida, a juicio de la jurisprudencia, requiere que se asiente sobre ciertas condiciones. A saber:

- Ambos cónyuges deben ser adecuados como progenitor custodio, con disponibilidad de tiempo de uno y otro para dedicarlo a los hijos.
- Debe asegurarse la estabilidad del menor en relación con la situación precedente.
- Continuidad en el entorno: no debe implicar el desplazamiento o esfuerzo de los niños en cada traslado a ambientes totalmente distintos (localidades diversas, estando muy lejano del centro escolar, etc.).
- Mantener y tener en cuenta las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio.
- Existencia de buena relación entre los padres que, dado el régimen que se establece, comparten al 50 por 100 la educación, el desarrollo y el cuidado de los hijos, debiendo unificar criterios educativos y de comportamiento.
- Fluidez y facilidad en los intercambios.
- Existencia de buena y frecuente comunicación entre los progenitores.
- Garantizar el equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores.
- La constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones.

Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006. Y SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007, recurso: 820/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53774/2007.

Algunos abogados se han mostrado bastante irónicos y han puesto en duda el sistema de custodia compartida cuando no hay un acuerdo previo por parte de los progenitores para establecer la custodia compartida, pues son las propias partes las que conocen sus vidas, circunstancias y sus medios. Aunque también la autora insiste en los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial criticando la escasa reforma realizada por el legislador. Las dudas le surgen si no hay acuerdo de las partes y es en cierta medida el juez quien impone la guarda y custodia compartida alegando la supremacía del *favor filii*. Vid. PÉREZ GALVÁN, María, «Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, de 29 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-236, Editorial LA LEY.

(5) El juzgador aconseja, para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor, que los progenitores cumplan el siguiente decálogo:

1. Nunca desacredite a su excónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten «parte de su mamá» y «parte de su papá», con lo que la crítica puede dañar su autoestima.
2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su excónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.

«a los hijos (de) la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática...» (6).

Aunque también la Jurisprudencia reconocía la existencia de alguna desventaja. Por ejemplo, la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, señaló como alguno de los inconvenientes: la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando... (7)

Posteriormente, el Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, también entendió que el sistema de custodia compartida podía no estimarse favorecedor para el adecuado desarrollo de los menores, puesto que la situación de alternancia periódica de la convivencia con cada uno de los padres puede no permitir, en buena parte de los casos, estructurarse psicológicamente a los hijos, dado el periódico cambio de casa, entorno, amistades... al que se somete a los menores (8).

3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.
4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su excónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.
5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por lo que no debe incluirlos en ninguna negociación.
6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su «corresponsal» en la casa de su excónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.
7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.
8. Cumpla con sus obligaciones económicas, «alimentos» de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.
9. Si usted es un padre/ madre responsable, y no está recibiendo los «alimentos» por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.
10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres.

Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10997/2010.

(6) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.

(7) SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007, recurso: 1002/2005. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 102/2007. Número de recurso: 1002/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1474/2007.

(8) Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

II. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Como ya hemos estudiado, la concesión de la custodia compartida de los hijos menores se realiza en atención a su interés. Hay que seguir el principio del *favor filii*, ya que los menores no pueden ser utilizados como instrumento del conflicto matrimonial. Por ello la jurisprudencia establece la necesidad de dejar suficientemente expresadas en la motivación las razones esenciales de la conclusión adoptada (9).

La STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (10), recuerda que la custodia compartida puede determinarse por el juez en dos supuestos: *a)* cuando sea pedida por ambos progenitores, y *b)* cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz. En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio y tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (11).

Partimos de la afirmación jurisprudencial de que el artículo 96 del Código Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, *porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja* (12).

(9) Vid. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2003, recurso: 884/1999. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 719/2003. Número de recurso: 884/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2569/2003. Y STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.

(10) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, recurso: 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012. Recoge la doctrina contenida en la STS de 28 de septiembre de 2009.

(11) Juan ANTONIO XIOL, en dicha STS, de 10 de enero de 2012, indica que del estudio del Derecho Comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como... la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros. y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

(12) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso: 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 14453/2011. El artículo 96 del Código Civil establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 234-8 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo

Contraria a dicha afirmación jurisprudencial se encuentra un sector doctrinal, en el que se encuentra PÉREZ GALVÁN (13), quien mostrando su disconformidad con la misma, entiende que dicha sentencia supone «un paso atrás respecto de lo que la doctrina y los distintos Juzgados y Audiencias Provinciales venían interpretando en los últimos años, haciéndose eco de la demanda social sobre la vivienda familiar».

La modificación de 2005 no ha reformado el artículo 96.1 del Código Civil, el cual establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, siendo pues una regla taxativa, que se aplica también a los casos de rupturas de uniones de hecho con hijos menores.

El primer criterio legal permite que los cónyuges, en base a su autonomía de la voluntad (14), puedan instrumentar en el convenio regulador la atribución del uso de la vivienda familiar. Así es posible acordar que la vivienda se venda

que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el artículo 96.1 del Código Civil. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la LO de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de esta Sala (9 de mayo de 2007, 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras), en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

En consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor; que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

(13) PÉREZ GALVÁN, María, «Vivienda familiar y crisis de pareja. Atribución del derecho de uso “a propósito de la STS de 1 de abril de 2011”», en *Diario La Ley*, núm. 7711, Sección Tribuna, de 7 de octubre de 2011, año XXXII, Ref. D-372, Editorial LA LEY. Leynfor. Abogados de Familia, núm. 63, Sección Tribuna Abierta, primer trimestre de 2012, Editorial LA LEY. LA LEY 15802/2011.

(14) La autonomía de la voluntad es un principio consagrado por el artículo 1255 del Código Civil que afirma que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público». Constituye el núcleo central de la noción de «negocio jurídico», pues el contrato no es otra cosa más que un negocio jurídico bilateral, productor de obligaciones. Si la voluntad es la base de todo contrato, su eficacia depende de su exteriorización, libre y con pleno conocimiento de sus efectos, por parte de los sujetos que se proponen contratar.

Cada vez este principio está teniendo más auge en Derecho de Familia, pues los cónyuges pueden, mediante el convenio, fijar cuál de ellos continuará en el uso de la vivienda. En su defecto, el juez tendrá que resolver conforme a los tres criterios contenidos en el artículo 96.1, II y III del Código Civil, que son:

a un tercero o se adjudique al no custodio aun con hijos menores. El problema surgirá cuando no haya acuerdo, en estos casos, el interés del menor es el

1. Si existen hijos sujetos a la patria potestad, y todos ellos están bajo la guarda y custodia de un solo cónyuge, será a este a quien se atribuya (en beneficio de los hijos) el uso de la vivienda y del ajuar familiar (art. 96.1 CC). En este caso, la atribución del uso de la vivienda es automática. Este derecho de uso, que en principio es indefinido, se extingue cuando el cónyuge que usa la vivienda haya perdido la guarda y custodia de los hijos, o cuando estos no convivan ya con él, por haber alcanzado la mayoría de edad, estar emancipados, vivir con independencia o haber recuperado la capacidad.
También se extingue cuando el tercero propietario de la vivienda ejercita con éxito la acción reivindicatoria o de desahucio por precario contra la mujer que usa la vivienda, cuando esta fue cedida en precario a su exmarido.
2. Cuando cada cónyuge tiene la guarda y custodia de algunos hijos, resolverá el juez (art. 96.11 CC), teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección.
3. Si no hay hijos al cuidado de alguno de los cónyuges, la regla general es que el uso de la vivienda corresponde al cónyuge titular del derecho a usarla. Ahora bien, el juez puede atribuir su uso al cónyuge no titular, por un periodo de tiempo determinado, cuando de las circunstancias del caso se deduzca que ese es el interés más necesitado de protección (art. 96. III CC).

Y el artículo 96 del Código Civil se cierra con una norma relativa a la disposición de la vivienda, con el fin de proteger al cónyuge no titular de la vivienda y evitar que su derecho de uso no sirva de nada. Así el artículo 96.IV del Código Civil impide al cónyuge titular de la misma disponer de ella por su sola voluntad, exigiendo el consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. Si no es así, el cónyuge no titular dispone de la acción de anulabilidad (art. 1322.1 CC).

El problema surge cuando el tercer adquirente esté protegido por el artículo 34 LH, de modo que el cónyuge no titular no pueda atacar esa adquisición. Para evitar semejante posibilidad, se ha defendido que la limitación de disponer del artículo 96.IV del Código Civil pueda tener acceso al Registro de la Propiedad (art. 26 LH), bien mediante anotación preventiva, bien mediante inscripción.

El TS ha entendido que el derecho de uso es un derecho oponible a terceros, y que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad: Vid. SSTs, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 11 de diciembre de 1992. Ponente: José ALMAGRO NOSETTE. Número de recurso: 1554/1990. LA LEY 12901/1992 (*no puede ejercitarse la acción reivindicatoria contra quien posee por título legítimo. Al adquirente del piso no le protege la buena fe porque la prueba revela que no existía —no es un tercero hipotecario— y que adquirió de acuerdo con el vendedor tras conocer la decisión judicial sobre uso de vivienda tomada en medidas provisionales*); sentencia de 18 de octubre de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. LA LEY 133/1995 (*acción de reclamación de la posesión de una vivienda ejercitada por una usufructuaria, frente a la ocupante por estimar que carecía de título. No prospera porque tiene como título un convenio regulador de los efectos de la separación matrimonial, en el que el esposo, hijo de la usufructuaria, condómino del piso y ocupante, lo atribuyó a la esposa. El uso de la vivienda familiar atribuido según el artículo 96 del Código Civil, tiene eficacia total respecto a terceros y aleja toda situación de precario*); sentencia de 4 de abril de 1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de recurso: 1396/1993. LA LEY 8512/1997 (*se produce la disolución de la sociedad de gananciales por la separación ipso iure, el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho de uso oponible a terceros, temporal y en este caso se ha adjudicado en plena propiedad a la titular del uso de la vivienda familiar*); sentencia de 22 de abril de 2004. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 310/2004. Número de recurso: 1738/1998. LA LEY 1161/2004 (*se produce la inoponibilidad frente al adjudicatario de una vivienda hipotecada que actuó de buena fe, del derecho de uso que sobre la vivienda tenía la esposa del deudor hipotecario, a la que se había atribuido dicho uso en las sentencias de separación y divorcio*).

punto de referencia para decidir sobre la atribución del uso de la vivienda, sea titularidad de uno o de otro progenitor y con independencia del resto de las circunstancias de las partes.

Como la autonomía de la voluntad es amplia, los progenitores pueden jugar con la atribución del uso de la vivienda familiar y con ello compensar también los gastos de alimentos y los gastos extraordinarios... De manera que con la custodia compartida se produce un reparto más equitativo de las cargas económicas, evitándose los problemas que originan los impagos de las prestaciones alimenticias (15).

PÉREZ GALVÁN insiste en que una de las conclusiones del encuentro institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia de 2005, se refiere a que «en la atribución de la vivienda familiar deben atenderse, en primer lugar, el interés más necesitado de protección, lo que no implica que no se puedan imponer límites temporales a la atribución del derecho de uso». En 2008, se aprobó como conclusión de dicho encuentro que: *«hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:*

- a) *La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.*
- b) *En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará siempre con carácter temporal»...*

La cuestión a abordar en nuestro breve estudio se centra en reconocer que tras la ruptura matrimonial cada parte necesita una vivienda digna donde residir y convivir con los hijos comunes el tiempo que proceda. Y sobre todo ver qué ocurre cuando la custodia es compartida; y qué resolver cuando la vivienda es titularidad de terceros, o que se hace si ambos progenitores tienen vivienda propia.

III. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Si en todo caso de disolución matrimonial prima el *favor filii*, como hemos visto, en el supuesto de la custodia compartida, más aún, la norma que la admite expresamente no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, ya que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores (16).

(15) Vid. PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita, «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista núm. 7206. Fecha de publicación: 29 de junio de 2009. Sección: Tribuna. Referencia: D-234. LA LEY 12967/2009.

(16) Vid. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de septiembre de 2011, recurso: 1467/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 641/2011. Número de recurso: 1467/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 183864/2011. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011, 578/2011 y 469/2011, entre las más recientes.

Centrándonos en la cuestión que vamos a analizar jurisprudencialmente (17), cabe decir que el párrafo 1.º del artículo 96 del Código Civil no es aplicable en los supuestos de guarda compartida al no encontrarse los hijos en la compañía de uno solo de los progenitores. Por otro lado, existe un vacío legal, ya que no se regula de forma expresa la atribución del uso de la vivienda y ajuar en los casos de guarda y custodia conjunta o compartida. De ahí que sea conveniente acudir al párrafo 2.º del citado artículo 96 del Código Civil para dicho supuesto, norma que indica que «el juez resolverá lo procedente» sobre el uso de la vivienda familiar y del mobiliario y ajuar existente en la misma.

Como seguidamente vamos a ver, los jueces y tribunales, para decidir sobre el uso de la vivienda familiar, tienen en cuenta prioritariamente el interés familiar más necesitado de protección, representado en los conflictos de familia por el superior interés y beneficio del menor.

La tendencia judicial actual se centra en asegurar el derecho de habitación del menor, el cual, entienden los jueces, puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida (18). Es más, la tendencia es que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar debe ser un remedio subsidiario cuando no se pueda garantizar de otro modo.

Hay que tener en cuenta que generalmente la vivienda familiar es el bien máspreciado de una familia, y los dos progenitores que tienen la custodia compartida, son de igual condición y ostentan igual derecho para la asignación del uso. De manera que las decisiones judiciales (generalmente de los juzgados de primera instancia) tienen en cuenta fundamentalmente:

- La capacidad económica de cada uno de los progenitores (a fin de conocer si pueden hacerse con un inmueble, en propiedad o en arrendamiento, en las proximidades de la vivienda familiar).
- La cuestión anterior puede rápidamente resolverse si además algún progenitor puede habitar en una vivienda privativa, distinta de la familiar y cerca de ella.
- Las cuestiones anteriores pueden solaparse si es posible la venta de la vivienda familiar y la compra de dos viviendas cercanas.
- En último término, que suele ser el que se produce en la mayoría de las veces, se asignará el uso de la vivienda familiar a los menores y coincidente y rotativamente a cada progenitor cuando tenga en ese momento la custodia compartida (pero veremos que esta solución resulta ser antieconómica...).

(17) Hay que tener en cuenta los cambios que desde 2005 se están produciendo en la jurisprudencia: Se atribuye el uso de la vivienda familiar al marido, ya que la esposa, a quien se otorgó la custodia del hijo común y el uso de la vivienda en la sentencia de separación, ha adquirido una nueva vivienda en la que convive con el hijo y su nueva pareja. No puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso de que no fuese posible el uso de la nueva vivienda adquirida. Sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 del Código Civil. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2011, recurso: 141/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 191/2011. Número de recurso: 141/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9107/2011.

(18) GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista núm. 60. Fecha de publicación: Segundo trimestre de 2011. Sección: Tribuna Abierta. LA LEY 12968/2009.

- Por último, la asignación del uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, en los casos de custodia compartida, solo se hace cuando el cónyuge a quien se atribuya no pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos cuando los tenga en su compañía, haciéndose en todo caso tal atribución con carácter temporal y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o extinción del condominio, por un plazo máximo razonable.

IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN DERECHO COMPARADO

En Francia, la Ley número 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, introduce un párrafo 3 al artículo 373 del Code Civil, y el artículo 373-2-9 incide en que: «La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar, con carácter provisional, una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos».

En 1983, en Suecia, se introdujo la custodia compartida: *vardnaden gemensam*. El Código de los Niños y de los Padres, modificado en 1998, establece la custodia compartida en interés del menor; no admitiéndose si ambos progenitores están en contra de ella. La convivencia del menor puede organizarse a través de la designación de una residencia principal, o bien de forma alternativa con ambos padres (19).

En Estados Unidos (20) la custodia conjunta (*joint custody*) se configura como la presunción general aplicable en casi todas las legislaciones de los distintos

(19) Folleto divulgativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar de Suecia. Puede consultarse en: <http://www.sos.se/FULLTEXTT/0000-008/0000-008>, se encuentra traducido en el Informe de Reencuentro de la pág. web www.padresdivorciados.es

(20) En Estados Unidos y teniendo en cuenta el estrés que le produciría al menor los continuados desplazamientos y la estabilidad que proporciona la vivienda familiar son factores determinantes para que los tribunales asignen la custodia a uno u otro de los progenitores.

Los tribunales por ello están empezando a otorgar un tipo de custodia compartida denominada «nido de pájaro». Con esta solución, el menor reside en la vivienda familiar y los padres son las personas que van y vienen de dicha vivienda en sus respectivos periodos de custodia. Solución que otorga estabilidad al menor y además es más sencillo que sean los padres los que se desplacen a la vivienda cuando ejerzan la custodia. Además les permite acudir al mismo colegio al que asistían con anterioridad al divorcio y los niños son menos propensos a ausentarse del colegio, las actividades extraescolares de los niños no se alteran, no afectando la rutina de los progenitores. Otra ventaja viene del hecho de que los menores son menos propensos a abandonar la custodia del progenitor en cuya vivienda no viven porque no existe propiedad exclusiva de la vivienda donde residen los hijos. Finalmente, como ambos progenitores pasan parte del tiempo en la vivienda habitual, ambos pueden observar el desarrollo de los menores.

Los problemas pueden surgir cuando uno de los progenitores empiece sus respectivas relaciones personales [See e.g., *Malafronte v. Westenburg*, núm. FA000340629, 2002 WL

Estados. Se distingue entre dos formas: la custodia legal conjunta, por la que los padres comparten el derecho de decisión, responsabilidad y autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño con un régimen amplio de convivencia que varía según los distintos estados, y la custodia física conjunta en la que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, sin exigir que dichos periodos sean matemáticamente iguales. *La ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños* de 1997 (*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*) adoptada por unos veinte Estados, establece el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres después de la crisis matrimonial (21).

Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* se han fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado (22).

V. DERECHO CIVIL FORAL

A) CATALUÑA

En el territorio del Derecho Civil catalán rige, en relación con la custodia compartida, el artículo 82.2 CF en relación con el artículo 76.1.a) CF, y así lo concreta el TSJ de Cataluña en su sentencia de 3 de marzo de 2010 (23). Decisión judicial que indica someramente en relación con el domicilio de los menores durante la custodia compartida, la necesidad de establecer una «proximidad del domicilio de los progenitores para que no afecte a las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor, y la disponibilidad de los padres de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones...».

31818953, at 1 (Conn. Super. Ct. Nov. 21, 2002; Lester v. Lennane, 101 Cal. Rptr. 2d 86 (Cal. Ct. App. 2000); Lakin v. Lakin, núm. FA 9703277185, 1999 WL 1320464, at 1 (Conn. Super. Ct. Dec. 6, 1999); Fiddleman v. Redmon, 623 A.2d 1064 (Conn. App. Ct. 1993)]. En otro caso se acordó la custodia compartida hasta que el menor tuviera dieciocho años, pero debido a la decisión judicial, la vivienda habitual no podía ser transmitida ni dividida. Sin la venta de la vivienda ninguno de los dos cónyuges podía permitirse la compra de su propia vivienda. Como resultado de esta situación, la tensión entre los exesposos aumentó y los niños se vieron afectados. El juzgado finalmente revocó la custodia compartida y permitió que la vivienda fuera vendida. Por tanto, además de no garantizar un ambiente de estabilidad emocional para el menor, puede no ser la mejor opción financiera para mantener la estabilidad familiar.

Vid. MORENO VELASCO, Víctor, y GAUDET, Jonh, «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados Unidos», en *Diario La Ley*, núm. 7179, Sección Tribuna, de 21 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-183, Editorial LA LEY. LA LEY 11689/2009.

(21) <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

(22) USA: Estados que están a favor de la custodia conjunta (Joint custody) son Louisiana, Idaho, Vermont, Washington, Missouri, Nevada, Alabama, Connecticut, Minnesota, Mississippi, Alaska, California, etc...

(23) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.

B) ARAGÓN

El 26 de mayo de 2010, las Cortes de Aragón promulgaron la Ley de custodia compartida de Aragón, que ya analizaba el problema del destino de la vivienda en los casos de custodia compartida (24).

(24) Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7529, Sección Doctrina, de 16 de diciembre de 2010, año XXXI, Ref. D-380, Editorial LA LEY. LA LEY 14038/2010. «El apartado c) del artículo 3.2 se refiere al “destino de la vivienda y ajuar familiar”. Debe notarse que, a diferencia de lo establecido en el mismo apartado del artículo 90 del Código Civil, no se habla aquí de la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, sino del destino de una y otro. Ello parece obedecer a la conveniencia de coherencia este precepto con el contenido del artículo 7 de la Ley, que, pese a llevar como rótulo el de “atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”, contempla en sus números 4 y 5 la posibilidad de adoptar, en relación con la vivienda y el ajuar, medidas distintas a la de la simple atribución del uso de los mismos, como acordar la venta de la vivienda familiar, bajo determinadas condiciones, o disponer el reparto de los bienes del ajuar entre los progenitores o, finalmente, autorizar la retirada de la vivienda de bienes privativos componentes del ajuar. En este sentido, es técnicamente correcta la redacción del artículo 3.2.c) de la Ley al exigir que el pacto de relaciones familiares deba referirse al *destino de la vivienda y del ajuar familiar*, y no a la mera atribución del uso de una y otro, ya que, si bien el concepto destino es jurídicamente ambiguo y tiene un significado más bien económico, comprende todos los usos, utilidades o rendimientos que pueden extraerse de las cosas, por lo que, aplicado el concepto a la vivienda y ajuar familiar, tanto puede comprender su adscripción al uso exclusivo de una de las partes, o al uso sucesivo de ambas en periodos alternos, como su predestinación a ser objeto de actos de enajenación o disposición, o a ser administrados para obtener de ellos los rendimientos que le son propios, arrendándolos, por ejemplo, a un tercero, o inclusive, en lo concerniente al ajuar familiar, en acordar su reparto entre los padres cuando ninguno de ellos vaya a continuar en la vivienda familiar. Y ello porque resulta indiscutible que las partes pueden convenir en el pacto de relaciones familiares, respecto de la vivienda y el ajuar familiar, al menos, las mismas medidas que el Juez puede establecer, conforme al artículo 5.1 en relación con el 7 de la Ley, en defecto de pacto».

Y vid.: GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista núm. 7537. Fecha de publicación: 29 de diciembre de 2010. Doctrina. Referencia: D-408. LA LEY 15167/2010. «El artículo 7.1 de la Ley dispone: *«En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares»*. El Preámbulo de la Ley, en su apartado VII, párrafo 6.º, sirve de elemento aclaratorio del sentido del precepto al decir: *«En la custodia compartida, el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia»*. En consecuencia, si el progenitor más necesitado es aquel que por razones objetivas tiene mayor dificultad para acceder a una vivienda, esas razones objetivas no pueden ser otras que las de naturaleza económica o patrimonial. Por tanto, el Juez, a la hora de ponderar, en los supuestos de custodia compartida, qué cónyuge o progenitor representa el interés más necesitado de protección, a efectos de la atribución exclusiva y temporal del uso de la vivienda familiar, deberá tomar en consideración los factores siguientes:

- a) los recursos e ingresos económicos con que cuenta cada uno de los progenitores, esto es, su capacidad económica, que nos indicará cuál de ellos posee disponibilidades pecuniarias suficientes para procurarse un inmueble, en propiedad o en

El hecho significativo se centra en que la custodia compartida pasa a ser la regla general frente a la custodia individual, que será la excepción. Esto supone un importante cambio del posicionamiento mental del Juez ante la controversia de los progenitores sobre el régimen de custodia. Puesto que la Ley presume, *iuris tantum*, no solo de la bondad del sistema de custodia compartida, sino que, en abstracto, este sistema es preferente y debe prevalecer sobre el de custodia individual o exclusiva; el Juez no deberá razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor (porque lo dice la Ley) solo deberá razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor siempre que alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, hubiere solicitado dicha modalidad de custodia.

Hoy el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón» regula la institución en su artículo 80 (25).

Las resoluciones judiciales a partir de este momento y tras acordar la custodia compartida siguiendo la legislación foral o atribuyen la vivienda familiar a la esposa con carácter temporal (independientemente de que además se obligan las partes a abrir una cuenta común para hacer frente a los gastos ordinarios del menor, por cantidades iguales) (26), o incluso se concreta el plazo máximo en

arrendamiento, en las proximidades de la vivienda familiar, a fin de destinarlo a casa-habitación propia y de sus hijos cuando los tenga en su compañía;

- b) las posibilidades efectivas de cada cónyuge o progenitor de habitar una vivienda privativa, distinta de la familiar, ubicada en las inmediaciones de esta;
- c) cuando la vivienda familiar sea propiedad de los padres, el Juez podrá acordar también su venta si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares».

(25) El preámbulo del Código insiste en el cambio que supone pasar del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares.

El artículo 80 refiere a la guarda compartida de los hijos, y nos interesan los siguientes puntos:

1. En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.
2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores...
5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.
6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

(26) SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 28 de febrero de 2012. Ponente: AROQUE BESCOS, Julián Carlos. Número de sentencia: 94/2012. Número de recurso: 633/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11365/2012.

el derecho de uso de la vivienda familiar estableciéndose el término final (27), o el límite máximo se fija por un término anual (28).

C) VALENCIA

El Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (29). En su preámbulo, la ley expone la necesidad de hacer conscientes a los progenitores de la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores, en lo que se ha denominado el *pacto de convivencia familiar* y, cuando no sea posible alcanzar ese pacto, establecer la convivencia con

(27) En el presente supuesto la guarda y custodia compartida se perfila como la forma de custodia más favorable para el menor Eduardo, ambos progenitores tienen aptitud y capacidad adecuada para atender a sus hijos y asegurar su estabilidad, teniendo domicilios cercanos entre sí, y el centro escolar donde estudia el hijo común [art. 80.2.b) y d) del Código de Derecho Foral de Aragón], igualmente ambos progenitores pueden conciliar perfectamente la vida familiar y laboral con la forma de custodia indicada [art. 80.2.e) del Código del Derecho Foral de Aragón]. Doña Eulalia continuará en el uso y disfrute de la vivienda común, sita en Zaragoza, junto con el mobiliario y ajuar doméstico de la misma. La atribución del uso cesará al finalizar el mes de junio de 2020. SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, sentencia de 17 de enero de 2012. Ponente: Julián Carlos ARQUE BESCOS. Número de sentencia: 33/2012. Número de recurso: 561/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6521/2012. Ambos progenitores abrirán una cuenta en la que se cargarán los gastos escolares del menor (matrículas, libros, material escolar, uniformes, comedor, excursiones y actividades del colegio, ropa que no discutan, clases de repaso necesarias, etc.) y aquellos otros en los que exista acuerdo. Don Gervasio ingresará 200 euros y 120 doña Eulalia. Cuando el saldo sea inferior a 50 euros, se repondrá en las anteriores cantidades. Se abrirá la misma de forma inmediata.

En los meses de custodia de la madre, don Gervasio le ingresará 180 euros. Esta cantidad se actualizará automáticamente cada mes de enero, según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior.

(28) Guarda y custodia compartida por dos meses alternos, teniendo en cuenta la edad de los menores de ocho y cinco años, respectivamente, y un sistema de visitas con aquel con el que no convivan consistentes en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el colegio el día siguiente. En cuanto a la limitación en el uso de la vivienda, conforme al artículo 81 número 3 del Código de Derecho Foral de Aragón, parece adecuado, la limitación temporal de seis años que fija la sentencia apelada que debe ser igualmente confirmada en este apartado. SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, de 17 de enero de 2012, recurso: 513/2011. Ponente: Julián Carlos ARQUE BESCOS. Número de sentencia: 7/2012. Número de recurso: 513/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2697/2012.

(29) STC, Pleno, Auto 161/2011, de 22 de noviembre de 2011, recurso: 3859/2011. Número de Auto: 161/2011. Número de recurso: 3859/2011. LA LEY 250207/2011.

El artículo 3.a) de la Ley 5/2011 define la convivencia compartida como el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquellos, o en su defecto por decisión judicial.

El artículo 4 indica que cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas, que deberá establecer el régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores. Dicho pacto podrá modificarse o extinguirse por causas tasadas legalmente.

los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen.

Así pues, las decisiones judiciales siguen la premisa y, siempre que ostenten la vecindad civil, deben someterse a lo establecido en la Ley autonómica valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven que invierte el criterio de atribución de guarda y custodia contemplado en el Código Civil, optando por la compartida como criterio preferente, de forma que, siempre respetando el *favor filii*, el régimen por el que habrá que decantarse con carácter prioritario será el de guarda y custodia compartida, en virtud de lo establecido en su artículo 5.2 (30). No obstante, aún siendo un criterio preferente, no cabe alegar un cambio de circunstancias por parte de un progenitor para revisar un régimen ya establecido, pues siempre deberá sopesarse el interés del menor (31).

En cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar este varía: o bien deberá entregarse a aquel que es propietario de la misma —el padre (32), o a la madre a fin de garantizar el derecho de habitación de su hijo, si bien con carácter temporal, hasta que proceda la liquidación de la sociedad y con un límite de dos años en todo caso (33).

(30) SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de enero de 2012. Ponente: María José REYES LÓPEZ. Número de sentencia: 5/2012. Número de recurso: 1145/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8334/2012.

(31) La SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 9 de enero de 2012. Ponente: M.^a José REYES LÓPEZ. Número de sentencia: 8/2012. Número de recurso: 988/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8648/2012, estudia un supuesto en el que la custodia compartida se pactó en un convenio regulador previo firmado por ambos progenitores, y sin alteración de las circunstancias se pretende modificar por parte del progenitor. La sentencia, teniendo en cuenta la nueva ley valenciana y sobre todo la Disposición Transitoria primera, que remite a lo dispuesto en el artículo 755 LEC, teniendo en cuenta que en general la norma invierte el criterio de guarda y custodia optando por la compartida como criterio preferente, ello no significa que cuando se trate de revisar un régimen ya establecido, como sucede en este caso, no por ello deba dejar de valorarse o aminorarse el interés de los menores, del mismo modo que no dejar de sopesar la existencia de circunstancias que han variado sustancialmente la situación anterior. En el caso de autos no se modifica la custodia compartida por no haberse apreciado variación en las circunstancias que se alegan para cambiar dicha custodia.

(32) Por ejemplo, «...sobre su hija Zara, en aplicación del artículo 94 del Código Civil, y sobre la base de que el informe psicosocial lo considera como más beneficioso»: SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 31/2012. Número de recurso: 1051/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8312/2012.

Sin embargo al recurrir la sentencia la progenitora sin utilizar la vía de los hechos nuevos, realiza una serie de alegaciones acerca de la situación en que se encuentra al marchar sus familiares de Torrente, haber sido despedida de su trabajo y encontrarse buscando empleo. Acompaña a su recurso documentos de fecha posterior, por cuanto son alegaciones posteriores a la sentencia, en los que cobra especial relevancia el de la empresa para la que trabajaba, que no obstante calificar de procedente su despido por causa imputable a ella, le indemniza como si se tratara de un despido improcedente. Dichas circunstancias no pueden afectar a la custodia compartida recurrida ni a la atribución de la vivienda a la hija y a su propietario a quienes conforme el artículo 96 del Código Civil corresponde atribuir la vivienda.

(33) La SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 11 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 1220/2011. Juris-

VI. INDICACIONES JURISPRUDENCIALES

Como vamos a analizar a continuación, las soluciones judiciales son diversas, todo ello en base a que en esta materia prima el acuerdo de los cónyuges (siempre rigurosamente analizado por el juez, teniendo en cuenta los intereses protegidos de los menores) y consiguientemente es, salvo supuestos excepcionales, la única vía de acceso a la custodia compartida (34).

La mejor solución, en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar, reside en que si la vivienda es propiedad de ambos cónyuges, siempre es preferible su transmisión, y con las resultas que cada cónyuge adquiera una nueva, su propia vivienda, donde permanecerán con sus hijos durante los periodos de estancia con cada uno (35).

Aunque otra de las soluciones, tal vez por la crisis económico-financiera e inmobiliaria en la que estamos inmersos, que está siendo muy utilizada en los últimos dos años consiste en que los menores son los que quedan en el hogar familiar y los progenitores son los que se desplazan a dicha vivienda durante los periodos que les corresponde estar con estos, sin que se les atribuya el uso continuo a ninguno de los dos progenitores (36). Así nos encontramos con sen-

dicción: CIVIL. LA LEY 8319/2012, acuerda la atribución de una custodia compartida por semanas, tras un periodo de adaptación con custodia materna del hijo común de los litigantes, por estimarse lo más beneficioso para el menor. No obstante se atribuye a la madre la vivienda ganancial que constituyó domicilio familiar, a fin de garantizar el derecho de habitación de su hijo, si bien con carácter temporal, hasta que proceda la liquidación de la sociedad y con un límite de dos años en todo caso.

(34) La custodia compartida no puede ser considerada el remedio universal para establecer la custodia. Especialmente si los progenitores no llegan a un acuerdo sobre ella. Los menores sufren más cuando la forma de custodia ha sido establecida sin el mutuo acuerdo de las partes.

(35) SAP de Les Illes Balears, Sección 5.ª, de 29 de junio de 2005. Ponente: Jaume MASSANET I MORAGUES. Número de sentencia: 291/2005. Número de recurso: 2/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 145538/2005.

«Se atribuirá la guarda y custodia por periodos alternos de dos semanas a uno y otro, de los progenitores, que principiarán y terminarán en domingo... En cuanto a la atribución de la vivienda familiar se ha de tener muy en cuenta que es propiedad por mitades partes indivisas de ambos cónyuges aquí litigantes y los pactos que ambos copropietarios efectuaron es que la casa debía de venderse. ...lo más conveniente es que dicho pacto se lleve a efecto, por cuanto se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que se pretende por la Sala es precisamente evitar las ocasiones en que los mismos pudieran producirse. No se efectúa pues asignación alguna del domicilio que fue conyugal».

SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 18 de octubre de 2006. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 557/2006. Número de recurso: 438/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 213722/2006. «...esta Sala considera que debe mantenerse la sentencia de instancia, toda vez que si bien es verdad que puede considerarse más necesitada de protección la esposa, no lo es menos que el verdadero interés más digno de protección lo es la menor y al haberse acordado la custodia compartida ambos padres, al liquidar la sociedad de gananciales, con la parte que le corresponda, podrá atender a tal necesidad, lo que impide que se atribuya de forma indefinida su uso a la esposa, como la misma pretende, ni tampoco limitada a un solo año, como solicita el recurrente, siendo más acorde a todas las anteriores circunstancias lo señalado en la sentencia de instancia, procediendo por ello el mantenimiento de la sentencia en este punto».

(36) Esta solución tiene dos problemas fundamentales a juicio de MORENO VELASCO y GAUDET (MORENO VELASCO, Víctor, y GAUDET, John, «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados

tencias que tras determinar el régimen de custodia compartida, y que lo hacen cada seis días (37), o por semanas (38), trimestres (39), cuatrimestres (40), o semestres (41) (donde se pretende que la custodia sea equivalente de manera que los menores siempre tienen unas mismas condiciones de espacio, distancia al colegio, proximidad a amigos y actividades), hacen un reparto equitativo del bien más valioso que suelen tener las familias que es el de la vivienda familiar,

Unidos», en *Diario La Ley*, núm. 7179, Sección Tribuna, de 21 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-183, Editorial LA LEY. LA LEY 11689/2009). Y ello porque a su juicio: Es la opción más cara porque la familia debe soportar el mantenimiento de tres viviendas. Y sobre todo cuando cada cónyuge rehace su vida con otra pareja pueden producirse conflictos derivados de la convivencia de la nueva pareja con los hijos en la vivienda familiar.

(37) Custodia compartida de los hijos por periodos alternos de seis días con cada progenitor en base a que el padre, de cada doce días, trabaja seis. El uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos y se asigna dicho derecho a los padres cada seis días, mientras conviven con los menores. Se mantendrá dicha situación hasta que se proceda a la venta del inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales. En base a ello, los alimentos se pactan asumiendo por cada progenitor los gastos ordinarios que generen los hijos durante el tiempo que estén bajo su guarda y custodia. Distribución al 50 por 100 de los gastos extraordinarios. Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.

(38) Fijación de un régimen de custodia compartida por semanas alternas. Atribución de su uso al hijo y al cónyuge correspondiente según el turno de estancias. Abono por mitad de las cuotas del préstamo hipotecario. Juzgado de Primera Instancia, número 20 de Palma de Mallorca, sentencia de 22 de enero de 2010, proc. 394/2009. Ponente: Julio ÁLVAREZ MERINO. Número de sentencia: 36/2010. Número de recurso: 394/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2103/2010.

(39) Custodia compartida de los hijos por periodos trimestrales alternos (coincidentes con las evaluaciones escolares). Se acuerda el uso alternativo por los progenitores de la vivienda familiar durante los trimestres en los que les corresponde la custodia de los hijos, al menos hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación, a uno de los cotitulares. En base a ello los gastos ordinarios de los niños serán asumidos por cada progenitor durante los periodos que asuma su cuidado. Ingreso por cada uno de ellos de una suma mensual en una cuenta mancomunada para afrontar los gastos de estudios y sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social. Abono por mitad de los gastos extraordinarios. Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco DE ASÍS SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011.

(40) Se otorga la guarda y custodia compartida de los hijos por cuatrimestres, y se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los menores en cada periodo, en base a ello, los alimentos se concretan en el abono de la pensión a favor de los hijos por el cónyuge que no tenga en el momento la guarda y custodia. Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007.

(41) Atribución de la custodia compartida por semestres. Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar de forma exclusiva a los hijos y por extensión y semestres alternos al progenitor que tenga la guarda y custodia. Autorización al otro progenitor para que resida durante ese semestre en otra vivienda del matrimonio en tanto no se venda. Abono por mitad por ambos cónyuges de los gastos de mantenimiento y servicios de las dos viviendas. Cuantía de la pensión a favor de los hijos y a cargo del progenitor no custodio. Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, sentencia de 3 de octubre de 2008, proc. 585/2008. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 585/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158938/2008.

asignándoselo al cónyuge en cuya compañía queden durante ese periodo. De esta manera son los padres los que se trasladan al domicilio cuyo uso tiene atribuido el menor quien nunca varía de domicilio y así se evitan tener dos casas y duplicidades de materiales. Ocurre lo mismo cuando la ruptura no es matrimonial, sino que estamos ante una ruptura de pareja de hecho (42).

Hay otro grupo de sentencias que tras atribuir a ambos progenitores la custodia compartida, se atribuye el uso del domicilio familiar a uno de los progenitores, el padre o la madre. La atribución del uso a uno de ellos puede deberse a diferentes motivos como económicos, de salud, adaptación de la vivienda a un discapacitado... Mientras el otro progenitor constituye otro hogar, al que los menores se trasladan durante el tiempo de estancia que le corresponde con ellos.

A efectos prácticos y visto desde fuera este tipo de custodia compartida se asemeja bastante con la custodia en exclusiva con un régimen amplio de comunicación y estancias (43). La doctrina entiende que, en este caso, es más justo que el progenitor que se queda en la vivienda familiar contribuya al pago del alquiler de la vivienda que debe ocupar el otro progenitor y que ambos contribuyan a los gastos de la vivienda familiar. En estos casos es necesario que el domicilio del progenitor al que no se le otorga el uso de la vivienda familiar debe estar lo más cerca posible de la misma a fin de que resulte viable la custodia compartida. De hecho los tribunales (44) no la han otorgado si los

(42) En este caso estamos ante la ruptura de una unión no matrimonial en la que se atribuye la custodia compartida del hijo fijada en una alternancia semanal, con visitas intersemanales diarias de una hora, salvo los fines de semana, hasta que el hijo menor cumpla los tres años. Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Alicante, sentencia de 15 de noviembre de 2005, proc. 432/2005. Ponente: Susana Pilar MARTÍNEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 432/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 315516/2005. Dado que el padre percibe o va a percibir un salario superior al de la madre en casi el doble y en virtud del principio de proporcionalidad en la contribución a los alimentos, el padre no debe pasar a la madre pensión alguna, aunque sí ha de satisfacer los gastos escolares y extraescolares, y gastos extraordinarios en general, que no sean gratuitos en función del organismo europeo para el que trabaje la madre, percibiendo la madre en su integridad las subvenciones que por tenencia o estudios de hijos se otorguen por dicho organismo.

En esta unión no matrimonial se atribuye la guarda y custodia compartida del hijo común por semanas con el fin de reforzar los aspectos evolutivos y madurativos del menor en relación con su padre. No constituye un impedimento para ello la denuncia presentada por la madre contra él por delitos de malos tratos y amenazas al haberse acreditado su absolución en vía penal. La asignación del uso de la vivienda familiar se otorga a la madre, y por ello los alimentos serán asumidos por cada progenitor durante el periodo de convivencia.

(43) Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, sentencia de 19 de julio de 2007, proc. 1034/2006. Ponente: Emilia Marta SÁNCHEZ ALONSO. Número de sentencia: 574/2007. Número de recurso: 1034/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 122485/2007. «Otorga la guarda y custodia compartida por ser el sistema más favorable y beneficioso para las menores y que ha sido avalado por el Ministerio Fiscal. Desde la separación el padre alquiló una vivienda cerca de las hijas, que han manifestado su deseo de relacionarse con su padre. La recomendación del informe psicosocial respecto a la fijación de un régimen de visitas es tan amplio viene a suponer un régimen de guarda compartida».

Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007. Guarda y custodia compartida de los hijos por cuatrimestres. Atribución de su uso al cónyuge en cuya compañía queden los menores en cada periodo.

(44) SAP de Huelva, Sección 1.ª, sentencia de 30 de marzo de 2007. Ponente: Francisco BELLIDO SORIA. Número de sentencia: 52/2007. Número de recurso: 75/2007. Jurisdicción:

domicilios se encuentran en ciudades lejanas ya que se perturba la tranquilidad del hijo (45).

El uso de la vivienda familiar se puede atribuir al padre de los menores (46) o a la *madre* (47).

CIVIL. LA LEY 57451/2007. En este supuesto no es adecuado para el menor, como razona la sentencia, que se acuerde un régimen de custodia compartida, en primer lugar porque los padres no viven en la misma localidad, pero incluso si ello fuese así el menor estaría cada pocos días cambiando de entorno en domicilios diferentes, lo que no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria tanto ocupacional como de descanso, por ello se ha de reservar esta forma de custodia compartida de forma excepcional y sobre todo teniendo en cuenta que el menor sería el que no cambiaría de casa y entorno, sino los padres, lo que ni siquiera se ha planteado por el recurrente, de tal forma que este primer alegato de su recurso debe ser rechazado al no ser lo más adecuado para el menor.

(45) Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *Diario La Ley* (LA LEY), núm. 7504, de 8 de noviembre de 2010. Doctrina. Referencia: D-339. LA LEY 12539/2010.

(46) Concesión de la custodia compartida en atención al superior interés de los hijos. Se atribuye el uso de la vivienda familiar al padre. El inmueble es de su propiedad exclusiva y la madre posee un domicilio adecuado, y además, este extremo ha sido tenido en cuenta a los efectos de fijar la cuantía de la pensión de alimentos que el padre ha de satisfacer a la madre. Los alimentos serán de su parte. TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 3 de marzo de 2010, recurso: 152/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010. Consideración del hecho de que en los supuestos de custodia compartida, los hijos han de poseer por duplicado, en el domicilio de cada progenitor, prácticamente todos los objetos esenciales y básicos para su bienestar y para su desarrollo integral.

Se otorga a ambos progenitores la guarda y custodia compartida de los tres hijos comunes por entender que tal medida es la que mejor protege el interés de los menores. Pese a la custodia compartida se atribuye al marido el uso y disfrute del domicilio que fue familiar que adquirió tras producirse la separación conyugal con lo percibido por la venta del que entonces era domicilio conyugal, y fue intitulada a su exclusivo nombre, contrayendo a su vez un préstamo hipotecario, cuyas cuotas de amortización afronta y afrontará en lo sucesivo en exclusiva, habiendo durado la nueva convivencia conyugal poco más de tres años. La esposa percibió una cantidad semejante a la de su esposo tras la venta del domicilio común, decidiendo adquirir otros bienes distintos a una propiedad, no pudiendo ahora obligar al marido a buscar de nuevo una vivienda en la que residir. Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008 Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.

Para el abono de gastos ordinarios se aperturará una cuenta corriente a nombre de los dos progenitores, fijándose la cantidad que ingresará cada uno de ellos, teniendo en cuenta que el marido es titular de una vivienda y que la esposa carece de ella. Para el abono de los gastos extraordinarios se tendrá en cuenta la naturaleza propia del gasto a realizar y la anuencia o no de los progenitores para su realización. Los de origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico se acordara su realización por ambos progenitores o, en su defecto, hubiesen sido autorizados judicialmente, por mitad de iguales partes. Los que tengan un origen lúdico y académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores, o con la autorización judicial supletoria, serán abonados por aquel que determine su realización. Las cuotas mensuales de amortización del préstamo personal contraído por ambos cónyuges serán satisfechas entre los dos por mitad de iguales partes hasta su completa satisfacción.

(47) Se acuerda el establecimiento de la guarda y custodia compartida por ser el sistema más favorable y beneficioso para las menores y que ha sido avalado por el Ministerio Fiscal. Desde la separación el padre alquiló una vivienda cerca de las hijas, que han manifestado su

La atribución a la madre es el supuesto más frecuente: por ejemplo, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008, es interesante porque concreta el criterio del TSJ de Cataluña respecto a la aplicación de la custodia compartida, y afirma que la norma aplicable a la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia compartida es el apartado *a)*, y no el *b)*, del artículo 83.2 del Código de Familia. Precepto que contempla el caso de que haya hijos y en el que se faculta a los órganos jurisdiccionales para que adopten la solución más adecuada en función de la situación fáctica resultante como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial (48). En este supuesto se asigna el uso de la vivienda familiar a la esposa por considerarse más necesitado de protección de su interés y del de las hijas comunes —respecto de la menor de edad se ha acordado la custodia compartida y la mayor de edad es económicamente dependiente y vive con la madre, quien goza de una situación económica menos holgada que el padre— (49).

deseo de relacionarse con su padre. Fijación de una contribución alimenticia a cargo de ambos progenitores mediante el ingreso mensual en una cuenta mancomunada de la cantidad que estimen necesaria y en defecto de acuerdo, de la cantidad que judicialmente se fija en 350 € por cada una de las hijas. Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, sentencia de 19 de julio de 2007, proc. 1034/2006. Ponente: Emilia Marta SÁNCHEZ ALONSO. Número de sentencia: 574/2007. Número de recurso: 1034/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 122485/2007.

Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009. En esta sentencia se acuerda la custodia compartida por semanas alternas en el domicilio de cada uno de los progenitores atendiendo a la edad de los menores (doce y quince años), al reducido horario laboral del padre que le permite estar más tiempo con sus hijos, y a la voluntad de los niños de permanecer el mismo tiempo con ambos progenitores. Todo ello independientemente de la existencia de conflictividad entre los litigantes por resultar la misma más beneficiosa para los menores. Asunción por cada progenitor de los gastos alimenticios y de vestido que generen los menores mientras convivan con cada uno de ellos, y abono por el padre, considerando la inferior capacidad económica de la madre, de los gastos de educación en sentido amplio y de la mutua sanitaria. Estimación de la acción de división de la cosa común y asignación de su uso a la esposa hasta la liquidación del bien.

(48) El TSJ de Cataluña se pronuncia «en el sentido de que en las situaciones de guarda y custodia compartida, para la atribución del domicilio familiar, es aplicable, en todo caso, el apartado *a)* del artículo 83.2 del Codi de Família».

«...una vez resuelta cuál es la norma aplicable al caso que aquí nos ocupa, las consecuencias de su aplicación no son las pretendidas por la parte recurrente, es decir, “la atribución del uso del domicilio familiar a la hija menor y que los padres vayan alternando la convivencia en dicha vivienda en cada periodo temporal que disfruten de la custodia de la hija”, pues ello no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida. Pero es más, el legislador catalán en el artículo de constante referencia, el 83.2.a) del Codi de Família, ya contempla los supuestos en que la guarda de los hijos/as no se atribuya a uno solo de los progenitores —como en el de autos—, en cuyo caso establece: “Si la guarda dels fills es distribueix entre els cònjuges, resol l'autoritat judicial”. Es decir, en tales casos, se faculta a los órganos jurisdiccionales para que adopten la solución más adecuada sobre la atribución del uso del que en su día constituyó el hogar conyugal, en función, obviamente, de la situación fáctica resultante como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial...».

(49) TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 5 de septiembre de 2008, recurso: 134/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008. Se acuerda el abono por cada progenitor de los gastos cotidianos de las hijas durante el tiempo que permanezca con ellas y el señalamiento de una pensión alimenticia a cargo del padre en base a la regla de

Los cambios legislativos producidos en el Derecho Foral de Aragón han originado algún caso en el que se revoca la atribución de la guarda y custodia de los hijos a la madre decidida en la instancia y confirmada en apelación, y se reafirma la operatividad del criterio preferente de la custodia compartida, que debe aplicarse siempre que ambos progenitores estén capacitados y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual para el menor. Se concreta la custodia compartida de ambos progenitores por mitad de cursos escolares. Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre con un límite temporal, quien abonará los gastos derivados de tal uso y por mitad de los dimanantes de la titularidad (50).

VII. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto puede comprobarse como la Jurisprudencia, desde 2005, otorga generalmente en la modalidad de custodia compartida la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos, y los padres son los que se alternan en su uso, trasladándose a vivir a ella en los periodos que les corresponde la guarda (ya sea semanalmente, por trimestres, cuatrimestres o mitad de año).

Este tipo de custodia, como hemos visto, impone que se dispongan en realidad de tres viviendas, la familiar, y la que cada progenitor utiliza cuando no tienen la guarda de los hijos. O en el mejor de los casos, pueden ser dos las viviendas a utilizar, la familiar, y la otra que comparten los progenitores en los periodos que no les toca la guarda de los hijos (51).

la proporcionalidad en el pago de alimentos. En este supuesto hay una clara superioridad de los recursos económicos del padre frente a los de la madre.

(50) Artículo 81. Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar:

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.
2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.
3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.
4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.
5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.

TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011. Además se acuerda el uso del trastero a ambos progenitores de forma conjunta. No se fija una pensión de alimentos a favor del menor dado que cada progenitor atenderá sus gastos ordinarios durante el periodo que le corresponda.

(51) Como es el supuesto contemplado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, sentencia de 3 de octubre de 2008, proc. 585/2008. Ponente: Ángel Luis

En ambos casos la solución es bastante antieconómica, pues es difícil mantener simultáneamente dos o tres inmuebles. Independientemente de los conflictos que puedan surgir por la posesión de los mismos.

Hay jurisprudencia que ve con recelo esta atribución del uso alternativo de la vivienda (52), pero hay otra que la ve como la mejor solución (53). En estos

CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 585/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158938/2008 (se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar de forma exclusiva a los hijos y por extensión y semestres alternos al progenitor que tenga la guarda y custodia. Autorización al otro progenitor para que resida durante ese semestre en otra vivienda del matrimonio en tanto no se venda. Abono por mitad por ambos cónyuges de los gastos de mantenimiento y servicios de las dos viviendas).

O el de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, sentencia de 19 de julio de 2007, proc. 1034/2006. Ponente: Emilia Marta SÁNCHEZ ALONSO. Número de sentencia: 574/2007. Número de recurso: 1034/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 122485/2007 (desde la separación el padre alquiló una vivienda cerca de las hijas, que han manifestado su deseo de relacionarse con su padre).

(52) Por ejemplo: vid. la TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 5 de septiembre de 2008, recurso: 134/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008, donde se rechaza la atribución alternativa de la vivienda familiar por la incomodidad que supone. En este caso, la solución era relativamente fácil porque se atribuye el uso de la vivienda a la esposa porque el padre cuenta con una «superioridad de los recursos económicos».

También la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de febrero de 2008, recurso: 518/2007. Ponente: M.^a Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 133/2008. Número de recurso: 518/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 27936/2008 deniega la atribución del uso del domicilio a los hijos menores, indicando que la alternancia de los padres es perturbadora, siendo viable solo en momentos muy determinados como el periodo inmediato a la separación y de forma temporal.

En el mismo sentido, la SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 29 de junio de 2005. Ponente: Jaume MASSANET I MORAGUES. Número de sentencia: 291/2005. Número de recurso: 2/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 145538/2005 (se ha de tener muy en cuenta que la vivienda familiar es propiedad por mitades partes indivisas de ambos cónyuges aquí litigantes y los pactos que ambos copropietarios efectuaron es que la casa debía de venderse. ...lo más conveniente es que dicho pacto se lleve a efecto, por cuanto se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios...).

Estos posibles conflictos se tienen en cuenta incluso para determinar si se establece o no la guarda y custodia compartida, como en la SAP de Huelva, Sección 1.^a, sentencia de 30 de marzo de 2007. Ponente: FRANCISCO BELLIDO SORIA. Número de sentencia: 52/2007. Número de recurso: 75/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 57451/2007 (en este supuesto no es adecuado para el menor, como razona la sentencia, que se acuerde un régimen de custodia compartida porque los padres no viven en la misma localidad, pero incluso si ello fuese así, el menor estaría cada pocos días cambiando de entorno en domicilios diferentes, lo que no es aconsejable para su desarrollo emocional y para su actividad diaria tanto ocupacional como de descanso...).

(53) El Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007 (se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los menores en cada periodo, en base a ello, los alimentos se concretan en el abono de la pensión a favor de los hijos por el cónyuge que no tenga en el momento la guarda y custodia).

Juzgado de Primera Instancia, número 20 de Palma de Mallorca, sentencia de 22 de enero de 2010, proc. 394/2009. Ponente: Julio ÁLVAREZ MERINO. Número de sentencia: 36/2010. Número de recurso: 394/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2103/2010 (se atribuye su uso al hijo y al cónyuge correspondiente según el turno de estancias. Abono por mitad de las cuotas del préstamo hipotecario).

últimos casos, se suele establecer un límite o plazo máximo (tres o cinco años) en los que se liquide definitivamente la vivienda familiar (54):

- Si la vivienda familiar es privativa de un cónyuge, la solución más respetuosa con el derecho de dominio del cónyuge es la atribución del uso al mismo, siempre que quede garantizado el derecho de habitación de los hijos cuando estén bajo la custodia del otro cónyuge (55). La cuestión surge cuando dicho derecho no puede ser garantizado, en ese caso es posible que el juez disponga la atribución del uso por periodos alternos. O que se atribuya temporalmente del uso exclusivo al cónyuge no titular (56).

Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010 (el uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos y se asigna dicho derecho a los padres cada seis días, mientras conviven con los menores. Se mantendrá dicha situación hasta que se proceda a la venta del inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales).

Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011 (se acuerda el uso alternativo por los progenitores de la vivienda familiar durante los trimestres en los que les corresponde la custodia de los hijos, al menos hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación, a uno de los cotitulares).

(54) Vid. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009 (estimación de la acción de división de la cosa común y asignación de su uso a la esposa hasta la liquidación del bien...).

También el TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 15 de diciembre de 2011, recurso: 17/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011 atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre con un límite temporal, quien abonará los gastos derivados de tal uso y por mitad de los dimanantes de la titularidad.

En la misma línea, vid. la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 18 de octubre de 2006. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 557/2006. Número de recurso: 438/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 213722/2006 («...esta Sala considera que debe mantenerse la sentencia de instancia toda vez que si bien es verdad que puede considerarse más necesitada de protección la esposa, no lo es menos que el verdadero interés más digno de protección lo es la menor y al haberse acordado la custodia compartida ambos padres, al liquidar la sociedad de gananciales, con la parte que le corresponda, podrá atender a tal necesidad, lo que impide que se atribuya de forma indefinido su uso a la esposa, como la misma pretende, ni tampoco limitada a un solo año, como solicita el recurrente, siendo más acorde a todas las anteriores circunstancias lo señalado en la sentencia de instancia, procediendo por ello el mantenimiento de la sentencia en este punto»).

Además, hay que tener en cuenta también, que tras la ruptura matrimonial o pareja de hecho, los progenitores necesitan rehacer su vida con nuevas parejas, o reconstituyan otra nueva familia con el nacimiento de más hijos. Y en estos casos es obvio que el cambio rotatorio periódico y continuo de domicilio será una nueva fuente de conflictos.

(55) La atribución de la vivienda se otorga al progenitor custodio, conforme al artículo 96 del Código Civil, y dado que ambos comparten la custodia deberá entregarse a aquel que es propietario de la misma —el padre—. SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 17 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 31/2012. Número de recurso: 1051/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8312/2012.

(56) En los supuestos de gran disparidad en la situación económica de los cónyuges puede darse el caso de que se pacte la custodia compartida de los menores y se atribuya temporalmente y en exclusiva la vivienda al cónyuge no titular.

- En algunas ocasiones el Juez no atribuye el uso de la misma a ninguno de los dos progenitores, a fin de que se adopten medidas necesarias para la realización del bien inmueble que ha constituido la vivienda familiar (ya sea vendiéndose o adjudicándose a uno de los cónyuges, su arrendamiento o venta a terceros), solución que puede ser ventajosa en caso de que la vivienda esté además gravada con hipoteca (57).

Vid. la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de julio de 2007, recurso: 531/2006. Ponente: Ana María HORTENSIA GARCÍA ESQUIUS. Número de sentencia: 358/2007. Número de recurso: 531/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 175408/2007 (donde se atribuye la guarda y custodia de la hija menor, Alejandra, a la madre, en régimen de patria potestad compartida, y se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en Sant Feliu de Llobregat, la esposa y a la menor, aunque es privativa del padre en atención a los mayores ingresos de este); o la SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de noviembre de 2005, recurso: 618/2005. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 618/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 218602/2005 (en la que se atribuye la custodia compartida por semanas, la AP revoca la sentencia de instancia donde no se hacía atribución del derecho de uso de la vivienda, y atribuye a la esposa el uso por un plazo temporal de cinco años, por la menor capacidad económica de la esposa).

(57) Vid. la SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 29 de junio de 2005. Ponente: Jaume MASSANET I MORAGUES. Número de sentencia: 291/2005. Número de recurso: 2/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 145538/2005. «En cuanto a la atribución se ha de tener muy en cuenta que el mismo es propiedad por mitades partes indivisas de ambos cónyuges aquí litigantes y los pactos que ambos copropietarios efectuaron en documento privado de fecha 5 de febrero de 2003, obrante al folio 20, en cuyo pacto quinto acordaron que la casa debía de venderse.

Entiende la Sala que es lo más conveniente que dicho pacto se lleve a efecto, por cuanto se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituiría una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que se pretende por la Sala es precisamente evitar las ocasiones en que los mismos pudieran producirse.

No se efectúa, pues, asignación alguna del domicilio que fue conyugal».

Vid. «Atribución de su uso a la esposa hasta que se proceda a la realización económica del inmueble. Supuesto en el que los cónyuges han acordado un régimen de custodia compartida sobre los hijos. No existen razones que justifiquen su asignación con exclusividad a uno de los progenitores sin otra limitación en el tiempo que la mayoría de edad o la independencia económica de los hijos. Ambos pueden cubrir la necesidad de vivienda de los menores, si bien la situación económica de la madre, con unos ingresos sensiblemente inferiores a los del padre, justifica que temporalmente se le atribuya el uso de la vivienda. Se rechaza la pretensión subsidiaria del marido de que se asigne el uso de la vivienda a los niños y de que sean los padres los que alternativamente se trasladen a la misma cuando les corresponda la guarda de los hijos. Esta medida es fuente inagotable de conflictos y solo parece viable en momentos muy determinados, como pueden ser los inmediatos a la separación y siempre de forma temporal, siendo así que, en el caso, ni siquiera en esos momentos valoraron los esposos la posibilidad de alternar el domicilio».

Y la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, sentencia de 31 de octubre de 2007, proc. 1/2007. Ponente: Carles TORTRAS BOSCH. Número de recurso: 1/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 329927/2007. Abono por mitad de los gastos extraordinarios y de forma alterna de los escolares mensuales (en este caso estamos ante la ruptura de una unión no matrimonial en la que se atribuye la custodia compartida y se asigna el uso de la vivienda familiar a la madre, y por ello los alimentos serán asumidos por cada progenitor durante el periodo de convivencia).

Curiosa resulta la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 26 de mayo de 2008. Ponente: Margarita BLASA NOBLEJAS NEGRILLO. Número de sentencia: 358/2008. Número de recurso: 501/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105324/2008, porque tras establecer que «las partes

- La solución más problemática es la que tiene lugar cuando la vivienda familiar pertenece a un tercero que la ha cedido en precario a un cónyuge para que la ocupara con su familia durante el matrimonio. Tras la ruptura (matrimonial o de hecho) surge el problema de si el Juez atribuye el derecho de uso de la misma a un progenitor distinto de la línea genealógica o amistad distinta de la del cedente, provocará que se ejercite por este la acción de desahucio por precario (58).

han acordado la custodia compartida de manera que los menores permanecerán con cada progenitor una semana, y los periodos vacacionales se dividirán en periodos iguales. La vivienda familiar, y este punto ambos están de acuerdo, precisa de determinadas reformas para mejorar su habitabilidad y comodidad, pero no es lo mismo proceder al gasto de reforma que al de nueva adquisición. Las partes pueden, eso sí, en cualquier momento, pactar otra fórmula sobre el uso de la vivienda, pero en la actualidad la Sala considera más adecuado mantener en el uso a la madre e hijos».

Y en cierta medida advierte el juzgador que: «Ahora bien, la medida de división de la cosa común que también resuelve la sentencia, no tiene porqué afectar a la subsistencia del derecho de uso el cual puede mantenerse indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debería garantizar la subsistencia de esta medida por tratarse de un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad mediante la correspondiente nota (art. 2.2 LH). La subsistencia del derecho, en este caso, solo podría ser modificada por la voluntad de los interesados o por decisión judicial (STS de 27-12-99)».

(58) Vid., últimamente la SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 15 de marzo de 2011. Ponente: Francisco José GOYENA SALGADO. Número de sentencia: 101/2011. Número de recurso: 272/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278040/2011». En primera instancia se establece una custodia compartida de los hijos por ambos padres con una distribución de convivencia quincenal. Se atribuye a doña Rosana el uso y disfrute de la vivienda familiar. Resolución que fue apelada por el padre, teniendo en cuenta además que existen otras dos viviendas.

El juzgador afirmó: «el apelante tiene, hoy por hoy, asegurado su derecho a vivienda, así como a tener consigo en una vivienda digna a los hijos, cuando así le corresponda en el turno de atribución de la guarda y custodia compartida. La vivienda cuyo uso solicita y así se concede en esta instancia, la disfruta en virtud de un título habilitante para ello: el precario, no debiendo olvidarse que así la han disfrutado mientras ha durado el matrimonio, no siendo en vano que los titulares dominicales no dejan de ser los padres de don Porfirio, y abuelos de los menores, que van a disfrutar también del uso de la que fuera vivienda familiar, sin duda con el beneplácito de los dueños. Para el caso de que los padres de don Porfirio decidieran extinguir el precario, el apelante podrá instar la oportuna modificación de medidas para solicitar lo que a su derecho interese».

SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 21 de octubre de 2010. Ponente: Francisco CARRILLO VINADER. Número de sentencia: 536/2010. Número de recurso: 659/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 210969/2010. Vivienda (propiedad de la madre del progenitor del menor) ocupada por su hijo y su familia, cuyo uso fue atribuido en proceso de divorcio a la esposa y al hijo común respecto del que se pactó una custodia compartida, previéndose la alternancia de los padres en la casa para cuidar del menor. Tenencia por la esposa demandada de un título (contrato de comodato) que justifica su uso. Conocimiento y conformidad de la demandante con el pacto. Supuesto en el que no se está ante un mero uso del inmueble como vivienda, sino ante una distribución del uso del mismo entre el padre y la madre para atender al hijo común, que es el que realmente resulta beneficiario del uso, lo que permite calificar dicho uso como concreto y determinado, y no genérico, y por tanto como comodato, siendo su duración mientras el hijo no tenga independencia económica y precise las atenciones de los padres, cumpliéndose también el requisito de tiempo cierto.

En el caso que vamos a indicar, se adjudicaba a la exnuera de la demandante el uso de la que fue vivienda conyugal, incluido el tiempo en que los dos hijos del matrimonio y nietos de la actora, menores de edad, convivan con la misma (se estableció un régimen de custodia compartida).

En este caso sería deseable inclinarse por no atribuir el uso de la vivienda familiar a ninguno de los dos progenitores.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel-Damián: «Custodia compartida», en *Abogados de Familia* (LA LEY). Revista número 61. Tercer trimestre de 2011. Sección: Tribuna Abierta. LA LEY 13691/2011.
- GAUDET, John; MORENO VELASCO, Víctor: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados Unidos», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 7179. Fecha de publicación: 21 de mayo de 2009. Sección: Tribuna. Aniversario de la publicación: XXX. Referencia: D-183. LA LEY 11689/2009.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 7537. Fecha de publicación: 29 de diciembre de 2010. Doctrina. Referencia: D-408. LA LEY 15167/2010.
- «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7529, Sección Doctrina, de 16 de diciembre de 2010, año XXXI, Ref. D-380, Editorial LA LEY. LA LEY 14038/2010.
 - «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 60. Fecha de publicación: Segundo trimestre de 2011. Sección: Tribuna Abierta. LA LEY 12968/2009.

Dice la SAP de Les Illes Balears, Sección 5.ª, de 27 de mayo de 2009. Ponente: Mateo Lorenzo RAMÓN HOMAR. Número de sentencia: 184/2009. Número de recurso: 226/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105622/2009, que «en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista.

No obstante, «el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, pues no genera, por sí mismo, un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda».

- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», en *Actualidad Civil* (LA LEY). Revista número 10. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 31 de mayo de 2011. Sección: A Fondo, págs. 1131 a 1146. Tomo: 1. LA LEY 6638/2011.
- LATHROP, Fabiola: «Regulación de la guarda y custodia compartida en el Código Civil», en *Custodia compartida de los hijos. Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Doctrina, de 29 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-231, Editorial LA LEY. LA LEY 12921/2009.
- MORENO VELASCO, Víctor, y GAUDET, Jonh: «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y Estados Unidos», en *Diario La Ley*, núm. 7179, Sección Tribuna, de 21 de mayo de 2009, año XXX, Ref. D-183, Editorial LA LEY. LA LEY 11689/2009.
- PÉREZ GALVÁN, María: «Vivienda familiar y crisis de pareja. Atribución del derecho de uso», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 7711. Fecha de publicación: 7 de octubre de 2011. Sección: Tribuna. Referencia: D-372. LA LEY 15802/2011.
- PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia», en *Diario La Ley* (LA LEY). Revista número 7206. Fecha de publicación: 29 de junio de 2009. Sección: Tribuna. Referencia: D-234. LA LEY 12967/2009.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *Diario La Ley* (LA LEY), núm. 7504, de 8 de noviembre de 2010. Doctrina. Referencia: D-339. LA LEY 12539/2010.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS DEL TC, TS, DE LOS TSJ, DE LAS AP, Y DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Pleno, Auto 161/2011, de 22 de noviembre de 2011, recurso: 3859/2011. Número de Auto: 161/2011. Número de recurso: 3859/2011. LA LEY 250207/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 961/2011. Número de recurso: 1784/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7717/2012.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de septiembre de 2011. 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 1 de abril de 2011. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 14453/201.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2011, recurso: 141/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 191/2011. Número de recurso: 141/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9107/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 614/2009. Número de recurso: 200/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184085/2009.
- STS de 22 de abril de 2004. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 310/2004. Número de recurso: 1738/1998. LA LEY 1161/2004.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2003. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 719/2003. Número de recurso: 884/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2569/2003.

- STS de 4 de abril de 1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de recurso: 1396/1993. LA LEY 8512/1997.
- STS de 18 de octubre de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. LA LEY 133/1995.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 11 de diciembre de 1992. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 1554/1990. LA LEY 12901/1992.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 28 de febrero de 2012. Ponente: ARQUE BESCOS, Julián Carlos. Número de sentencia: 94/2012. Número de recurso: 633/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11365/2012.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 11 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 1220/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8319/2012.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 9 de enero de 2012. Ponente: M.^a José REYES LÓPEZ. Número de sentencia: 8/2012. Número de recurso: 988/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8648/2012.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de enero de 2012. Ponente: María José REYES LÓPEZ. Número de sentencia: 5/2012. Número de recurso: 1145/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8334/2012.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, sentencia de 17 de enero de 2012. Ponente: Julián Carlos ARQUE BESCOS. Número de sentencia: 33/2012. Número de recurso: 561/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6521/2012.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2012. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 31/2012. Número de recurso: 1051/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8312/2012.
- SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 15 de marzo de 2011. Ponente: Francisco José GOYENA SALGADO. Número de sentencia: 101/2011. Número de recurso: 272/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278040/2011.
- SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 21 de octubre de 2010. Ponente: Francisco CARRILLO VINADER. Número de sentencia: 536/2010. Número de recurso: 659/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 210969/2010.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 27 de mayo de 2009. Ponente: Mateo Lorenzo RAMÓN HOMAR. Número de sentencia: 184/2009. Número de recurso: 226/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105622/2009.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 26 de mayo de 2008. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO. Número de sentencia: 358/2008. Número de recurso: 501/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105324/2008.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de febrero de 2008, recurso: 518/2007. Ponente: M.^a Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 133/2008. Número de recurso: 518/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 27936/2008.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de julio de 2007, recurso: 531/2006. Ponente: Ana María HORTENSIA GARCÍA ESQUIUS. Número de sentencia: 358/2007. Número de recurso: 531/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 175408/2007.
- SAP de Huelva, Sección 1.^a, sentencia de 30 de marzo de 2007. Ponente: Francisco BELLIDO SORIA. Número de sentencia: 52/2007. Número de recurso: 75/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 57451/2007.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de febrero de 2007. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 127/2007. Número de recurso: 820/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53774/2007.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 102/2007. Número de recurso: 1002/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1474/2007.

- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 18 de octubre de 2006. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 557/2006. Número de recurso: 438/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 213722/2006.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de noviembre de 2005, recurso: 618/2005. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 618/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 218602/2005.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, de 29 de junio de 2005. Ponente: Jaume MASSANET I MORAGUES. Número de sentencia: 291/2005. Número de recurso: 2/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 145538/2005.
- TSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 15 de diciembre de 2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Número de sentencia: 13/2011. Número de recurso: 17/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 258491/2011.
- TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 3 de marzo de 2010. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 9/2010. Número de recurso: 152/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2102/2010.
- TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. Número de sentencia: 49/2009. Número de recurso: 38/2009. Jurisdicción: CIVIL LA LEY 307253/2009.
- TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 5 de septiembre de 2008. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 31/2008. Número de recurso: 134/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116202/2008.
- TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 31 de julio de 2008, recurso: 72/2007. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2008. Número de recurso: 72/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 116201/2008.
- Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, sentencia de 8 de abril de 2011, proc. 389/2010. Ponente: Francisco de Asís SERRANO CASTRO. Número de sentencia: 223/2011. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14602/2011.
- Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010, recurso: 512/2010. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 512/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109976/2010.
- Juzgado de Primera Instancia, número 20 de Palma de Mallorca, sentencia de 22 de enero de 2010, proc. 394/2009. Ponente: Julio ÁLVAREZ MERINO. Número de sentencia: 36/2010. Número de recurso: 394/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2103/2010.
- Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Granollers, sentencia de 8 de octubre de 2009, proc. 258/2009. Ponente: Erika ÁVILA MARTÍN. Número de recurso: 258/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 278419/2009.
- Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Palma de Mallorca, sentencia de 10 de marzo de 2009, proc. 1113/2008. Ponente: Joaquín María ANDRÉS JOVEN. Número de sentencia: 125/2009. Número de recurso: 1113/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91994/2009.
- Juzgado de Primera Instancia, número 8 de Gijón, sentencia de 3 de octubre de 2008, proc. 585/2008. Ponente: Ángel Luis CAMPO IZQUIERDO. Número de recurso: 585/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158938/2008.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1 de Barcelona, sentencia de 31 de octubre de 2007, proc. 1/2007. Ponente: Carles TORTRAS BOSCH. Número de recurso: 1/2007. Jurisdicción: PENAL. LA LEY 329927/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, sentencia de 19 de julio de 2007, proc. 1034/2006. Ponente: Emilia Marta SÁNCHEZ ALONSO. Número de sentencia: 574/2007. Número de recurso: 1034/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 122485/2007.

- Juzgado de Primera Instancia, número 2 de San Javier, sentencia de 22 de junio de 2007, proc. 424/2006. Ponente: Lourdes PLATERO PARADA. Número de recurso: 424/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 304676/2007.
- Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Gavá, sentencia de 24 de julio de 2006, proc. 172/2006. Número de sentencia: 113/2006. Número de recurso: 172/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 293983/2006.
- Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Alicante, sentencia de 15 de noviembre de 2005, proc. 432/2005. Ponente: Susana Pilar MARTÍNEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 696/2005. Número de recurso: 432/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 315516/2005.

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Reglamento (CE), número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, en vigor desde el 1 de marzo de 2005 [arts. 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23].
- Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170).
- Codi de Família de Catalunya aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio.
- Ley autonómica valenciana 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón».

RESUMEN

CUSTODIA COMPARTIDA USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La reforma de 2005 del Código Civil, que introduce la custodia compartida, no regula de forma expresa la atribución del uso de la vivienda y ajuar, de ahí que sea conveniente acudir al párrafo 2.º del artículo 96 del Código Civil, que indica que «el juez resolverá lo procedente» sobre el uso de la vivienda familiar quienes han aportado medidas novedosas.

Como la autonomía de la voluntad es amplia, los progenitores pueden jugar con la atribución del uso de la vivienda familiar y con ello compensar también los gastos de alimentos y los gastos extraordinarios, dando lugar a un reparto más equitativo de las cargas económicas, y evitándose los problemas que originan los impagos de las prestaciones alimenticias.

ABSTRACT

SHARED CUSTODY USE OF THE FAMILY HOME

The 2005 Civil Code reform introduces shared custody but fails to state expressly how use of the home and household goods is to be assigned. Article 96.2 of the Civil Code provides a good rule of thumb: «The court will decide accordingly» on the use of the family home.

Since there is wide scope for free will, the parents may schedule use of the family home to offset maintenance and extraordinary expenses, thus making for a fairer distribution of economic burdens and avoiding the trouble caused by failure to pay maintenance promptly.

Judicial decisions vary in how they assign use of the family home. Either they give use of the family home directly to the child and whichever parent temporarily holds custody of the child (in

Las decisiones judiciales varían a la hora de otorgar la atribución del uso de la vivienda familiar pues o directamente se entregará al hijo y al progenitor que temporalmente tenga la custodia (alternándose), o se entregará a aquel que es propietario de la misma, o al progenitor más necesitado a fin de garantizar el derecho de habitación del hijo. Siempre se puede pactar con carácter temporal, hasta que proceda la liquidación de la sociedad y con un límite máximo.

alternating succession), or they give it to the parent who owns the home or to the needier parent (in order to guarantee the child's right to shelter). Temporary agreements can always be made (subject to a maximum limit), until the time comes to liquidate the marital partnership.

1.3. Derechos reales

LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ADSCRIPCIÓN AL CULTO DE UN INMUEBLE (*)

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. LUGAR DE CULTO COMO FINCA REGISTRAL: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO A EFECTOS REGISTRALES.—II. LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN DE LOS LUGARES DE CULTO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PERTENECIENTES A LA IGLESIA CATÓLICA.—III. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ADSCRIPCIÓN AL CULTO DE UN INMUEBLE.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. LUGAR DE CULTO COMO FINCA REGISTRAL: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO A EFECTOS REGISTRALES

La expresión «lugares de culto» abarca supuestos tan distintos como iglesias, capillas, oratorios, sinagogas, mezquitas, templos, etc. Esta denominación es hoy la comúnmente aceptada por la doctrina, ya que tiene un fundamento legal, pues es utilizada en los principales cuerpos legislativos (1), con preferencia

(*) Se recoge en este artículo la idea principal de la necesidad de la inscripción del destino cultural de los lugares de culto, de cuya inscripción en general ya se trató de forma desarrollada en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad», en *Ius Canonicum*, vol. 52, núm. 103, 2012, págs. 75-116.

(1) Véase, por ejemplo, artículo 2.2 LOLR; acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979; y en el artículo 2.1 de los acuerdos

a otras similares como «edificios de culto», «templos» o «lugares sagrados» que, en algún momento, se referían a la misma realidad. Pero, ¿qué son los lugares de culto? ¿A qué corresponde esta denominación? ¿Qué tienen en común todos estos lugares? La función o finalidad a la que se destinan: el culto.

En efecto, un lugar de culto, según RODRÍGUEZ BLANCO (2), es «un edificio o local dedicado al culto», siendo precisamente esa función y destino principal y continuado lo que le caracteriza; el desarrollo en su interior de actividades culturales es lo que lo identifica como tal. En este sentido, la STS de 3 de enero de 1979 afirma que «por edificio destinado al culto se entiende todo aquel, cualquiera que sea su titularidad dominical (pública o privada) y su denominación (templo, iglesia, capilla, oratorio, etc.) que se encuentra adscrito al menester de celebrar ceremonias religiosas con independencia de su periodicidad».

Por eso, lugares de culto propiamente dichos, no son aquellos en los que, a pesar de desarrollarse en los mismos ciertas actividades culturales, su destino o función principal no es el culto, como ocurre con cementerios o escuelas o salas habilitadas *ad hoc*, etc. Por el contrario, no pierden su consideración como lugares de culto aquellos inmuebles en los que, además de actividades culturales, se desarrollen otras actividades no religiosas, como conciertos, conferencias, etc., siempre que estas sean de carácter residual o accesorio.

Además, y como también recoge RODRÍGUEZ BLANCO (3), para ser lugar de culto no es necesario que ese edificio o local sea absolutamente independiente, sino que puede estar inmerso en otro edificio, o como dependencia aneja al mismo, piénsese, por ejemplo, en capillas u oratorios dentro de otros edificios como hospitales, cárceles, aeropuertos, casas particulares, etc.

En general, un lugar de culto está abierto al público, y podemos decir que, de alguna forma, son edificios para un uso público a los que accede un gran número de personas; aunque nada impide que tengan un uso privado, cuando su acceso se restringe a un pequeño grupo de personas (4).

El establecimiento de un lugar de culto, o lo que es lo mismo, la destinación de un edificio o local al culto depende únicamente de la Iglesia o confesión que lo destina. Es decir, su establecimiento, como señala el artículo 2.2 LOLR, es una de sus facultades propias, siendo el Estado absolutamente incompetente en esta materia, debido precisamente a la aconfesionalidad del Estado recogida en el artículo 16 CE. Las confesiones religiosas son las únicas competentes para decidir y determinar el carácter religioso de un establecimiento. Cómo un local o edificio pasa de ser tal a ser un lugar de culto es distinto según las diferentes confesiones o iglesias, pues queda sometido a su potestad y al ordenamiento confesional correspondiente, limitándose el Estado a otorgar ciertos efectos jurídicos-civiles a esos establecimientos ya erigidos como tales por las confesiones religiosas.

específicos con distintas confesiones (evangélica, israelita e islámica), de 10 de noviembre de 1992 con FEREDE, FCI y CIE.

(2) RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico sobre los lugares de culto*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pág. 21.

(3) RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Libertad religiosa y confesiones», *ob. cit.*, pág. 23.

(4) En este sentido, MORENO ANTÓN, M., «El tratamiento urbanístico de los lugares de culto: a propósito del proyecto de Ley de Cataluña sobre centros de culto o de reunión con fines religiosos», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, RGDCEE, Iustel, 17, 2008, pág. 7.

En concreto, por ejemplo, en la Iglesia católica, un edificio pasa a ser lugar de culto, a través de la *deputatio ad cultum*, que se lleva a cabo normalmente por la dedicación o bendición del mismo, tal y como parece deducirse del c. 1205 CIC, aunque también es posible establecer un lugar de culto a través de la licencia del Ordinario (cc. 1223 y 1226 CIC, relativos a los oratorios y capillas). Desde ese momento, el edificio es lugar de culto, está destinado al mismo, y queda afecto a ese destino cultural, que solo puede variarse y suprimirse a través de un acto de la propia Iglesia (desacralización), pues es la única que puede «suprimir» esa destinación que le da su estatus especial.

Para las confesiones religiosas que firmaron los acuerdos de 1992, el establecimiento de lugares de culto viene determinado por el artículo 2 de los respectivos convenios, en los que se define qué se entiende por lugares de culto y cuáles son los requisitos para su establecimiento (5). No se puede olvidar que son las confesiones las únicas competentes para certificar dicha condición, variando quién deba certificar según la confesión de que se trate.

Por eso, y siguiendo en este punto también a RODRÍGUEZ BLANCO (6), podemos decir que sobre un lugar de culto recaen tres potestades: la eclesiástica, la estatal y la dominical; pues una cosa es quién destine y regule su función cultural; otra, el sometimiento de los lugares de culto a la normativa estatal como límite del ejercicio del derecho fundamental de la libertad religiosa; y otra, a quién pertenece dicho inmueble, que es independiente de su destino cultural. Un lugar de culto, por tanto, lo es con independencia de su titularidad dominical, pues no es esta potestad la que sirve para reconocerlos, sino su función cultural principal, tal y como hemos dicho.

Pues bien, partiendo de estas ideas, ahora debemos delimitar el objeto concreto de nuestro estudio: los lugares de culto como objeto de inscripción registral. De este modo, analizados los lugares de culto, únicamente como objeto de inscripción, como fincas registrales, hemos de concluir lo siguiente:

- Un lugar de culto, como objeto de inscripción, es un bien inmueble que debe constituir una finca registral. Ese inmueble puede ser un edificio o local, pero siempre deberá ser independiente, constituir finca registral propia y por tanto ser capaz de abrir folio registral nuevo y autónomo.
- Por eso, solo vamos a analizar los locales o edificios independientes, sin que nuestro estudio alcance a esos lugares inmersos en otras fincas, pues en esos casos se inscribirán como tales fincas (hospitales, centros penitenciarios, fincas particulares, etc.), y no habrá una forma de practicar la inscripción distinta de la de la finca que los acoge; ya que al tratarse de un accesorio, anejo o parte integrante de la finca registral matriz, su inscripción no reviste particularidad alguna respecto de la de aquella.
- Además, lo que determina la inscripción de esos lugares de culto es la potestad dominical, a quién pertenecen, debido a que el derecho de propiedad es el verdadero objeto de la publicidad registral. Luego, los lugares

(5) Véase artículo 2 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992, de 10 de noviembre); el artículo 2 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Federación de Comunidades Judías de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre); y el artículo 2 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

(6) RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico sobre los lugares de culto», *ob. cit.*, págs. 106-124.

de culto interesan al Registro solamente desde la perspectiva de la titularidad dominical, aunque, como luego diremos, no es posible desconocer su destino cultual por la trascendencia jurídico-real que ello tiene.

- Precisamente, como consecuencia de esa potestad dominical, pueden variar los requisitos para la inscripción de un lugar de culto en el Registro, pues no es lo mismo un inmueble de culto de la Iglesia católica, que el de un particular, o de otra confesión.
- El carácter de inmueble independiente y principal, la potestad dominical del mismo, junto con su destino cultual, son las claves de una inscripción diferenciada.

Con estas precisiones, nos atrevemos a afirmar que un lugar de culto como objeto de inscripción registral será aquel edificio o local independiente destinado al culto, que puede abrir folio en el Registro, con independencia de quién sea su titular dominical, pero siendo este el dato más relevante a efectos registrales, pues hará variar la forma, procedimiento y requisitos de su inscripción.

En definitiva, lugar de culto es la finca registral destinada a culto de cualquier confesión religiosa.

II. LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN DE LOS LUGARES DE CULTO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PERTENECIENTES A LA IGLESIA CATÓLICA

Definidos de esta forma los lugares de culto, hoy no cabe duda de la posibilidad de su inscripción. Todos los lugares de culto pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, tal y como se desprende de los artículos 4, 19 y 20 RH.

El artículo 4 RH afirma que «serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y por tanto, los de las Administraciones Públicas y los de las entidades civiles y eclesiásticas». La titularidad dominical de una entidad o confesión religiosa no es óbice para su inscripción en el Registro y, siempre que la misma tenga personalidad jurídica reconocida, podrá practicar la inscripción de ese bien inmueble destinado al culto, a su nombre.

Pero esto no ha sido siempre así. Hay que recordar que, antes de la reforma del RH de 1998, el antiguo artículo 5 RH exceptuaba de inscripción a los bienes de dominio público, los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público, las servidumbres legales de utilidad pública o comunal, y los templos destinados al culto católico. Es decir, no había que inscribir los lugares de culto de la Iglesia católica.

Creemos que el artículo 5 RH, ya derogado, no recogía una prohibición expresa a la inscripción de los bienes de la Iglesia católica (7), sino más bien se inclinaba por la no necesidad de inscripción de los templos de culto, pues, hasta entonces, la notoriedad de los templos católicos y su uso común, de acceso abierto a una pluralidad de fieles, similar a un uso público, hacían innecesaria su inscripción. La razón de su no inscripción radicaba en que se trataba de bienes cuya titularidad dominical era notoria y conocida por todos, y por eso no necesitaban de inscripción para obtener publicidad, a la vez que sobre ellos existía un uso común, similar al que concurría en el resto de bienes excluidos de inscripción del artículo 5 RH.

(7) Como lo demuestra el hecho de que en la práctica sí se inscribieron templos, capillas e iglesias de culto católico antes de la reforma de 1998 RH dependiendo, en la mayoría de los casos, de la interpretación que de este precepto hacía el registrador competente.

En efecto, las razones que la doctrina ha esgrimido para excluir la inscripción de estos bienes, han sido tradicionalmente las siguientes, siguiendo en este punto a RUANO ESPINA (8) y lo que recoge de MÍNGUEZ y PUENTE:

- a) La notoriedad de los templos de culto católico (9).
- b) La similitud a los bienes de dominio público, por su función o destino cultural que implica cierto uso generalizado o público de los mismos (10).
- c) La confesionalidad del Estado que otorgaba un privilegio a la Iglesia católica, eximiendo de la inscripción de dichos bienes (11).

La DGRN, en Resolución de 31 de marzo de 1982, justificó esta excepción en razones de «uso general por todos los fieles», y de la titularidad de la Iglesia católica sobre ellos. De este modo, solo los lugares de culto pertenecientes a las entidades jerárquicas de la Iglesia católica (normalmente iglesias), con un acceso abierto y, por tanto uso general de los fieles, son los que quedaban excluidos de inscripción, sin que se pudiera extender esta exclusión a los lugares destinados al culto católico de titularidad privada o pertenecientes a otras entidades públicas y uso restringido a unos particulares (por ejemplo, capillas u oratorios) (12).

Compartimos la tesis de esta resolución en el sentido de que hace hincapié en la diferencia entre la titularidad dominical —potestad dominical—, y la potestad eclesiástica, que ya hemos puesto de relieve, siendo la primera lo verdaderamente relevante para el Registro de la Propiedad. No obstante, no puede olvidarse a efectos de inscripción la función o destino específico de estos inmuebles, que es lo que precisamente les otorga diferencias en el sistema registral, ni la posibilidad

(8) RUANO ESPINA, L., *Régimen Jurídico Registral de los bienes de las confesiones religiosas y su tratamiento jurisprudencial*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 118-119.

(9) MÍNGUEZ, S., y PUENTE, J., «Consideraciones sobre el régimen jurídico registral de las entidades religiosas», en *Ponencias y comunicaciones presentadas en el II Congreso Internacional de Derecho Registral*, II, Madrid, 1974, págs. 693 y 696-697. Se inclinan por la tesis de la apariencia notoria, debido en la mayoría de los casos a la verticalidad de las construcciones anteriores, que hacía superflua la inscripción, pues era reconocido por todos como pertenecientes a la Iglesia católica.

(10) CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 992, y PALOS ESTAUN, A., «Inmatriculación en el Registro de la Propiedad de los bienes de la Iglesia», en *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 51, 2001, pág. 804; estos autores ponen el énfasis en el carácter sagrado de tales inmuebles, lo que les excluye del comercio de los hombres, asimilándolo en cierto modo a los bienes de dominio público (CHICO), o a su función social que también les equipara a dichos bienes (PALOS). En otro sentido, RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Libertad religiosa y confesiones», *ob. cit.*, págs. 347-349, afirma que la falta de inscripción de los lugares de culto de la Iglesia católica se debe más a su asimilación con los bienes de uso y servicio público que a otra cosa, rechazando que su no inscripción se derive de su carácter de *res sacra*, ni mucho menos de un privilegio anticonstitucional.

(11) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 126, consideraba que esta excepción era un privilegio a la Iglesia católica derivado de la confesionalidad del Estado español anterior a la CE de 1978, y que por lo tanto, hoy hay que suprimirlo.

(12) La RDGRN, de 31 de marzo de 1982, afirma respecto a los bienes de la Iglesia, que «al igual que los del Estado, Provincia o Municipio, cabía la distinción establecida para estos últimos bienes entre los destinados a un uso general de todos los fieles, y que por su misma naturaleza deberían estar excluidos de la inscripción, y aquellos otros bienes de la propiedad privativa que serían inscribibles».

del acceso restringido o abierto a los mismos, que es lo que les confiere un uso privado o general, asimilándolos a los bienes de dominio público.

En cualquier caso, y como hemos dicho, la reforma de 1998 modificó este artículo y, en la actualidad, sí se permite la inscripción de bienes de dominio público y de templos de la Iglesia católica, lo cual nos parece muy acertado, ya que, a pesar de ser los lugares de culto, en general, de propiedad notoria, la falta de inscripción les privaba de protección registral, y por tanto, disminuía la seguridad jurídica. Esto colocaba, en consecuencia, a la Iglesia católica en situación de inferioridad con respecto a otras confesiones, al no poder conseguir los beneficiosos efectos derivados de la inscripción registral, tal y como afirmaba la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de reforma del Reglamento Hipotecario.

En este sentido, la RDGRN de 12 de enero de 2001, declaró la posibilidad de inscripción de los templos de culto católico, basándose, precisamente, en el artículo 14 CE, ya que si se permitía la inscripción de templos de otras Confesiones, también debería poder inscribirse los de la Iglesia católica. En concreto se basó en «la proscripción del trato discriminatorio por razón de religión no legitimado constitucionalmente —cfr. art. 14 CE, cuya recta interpretación ha de impedir que se prohíba la inscripción de templos destinados al culto católico y, en cambio, se permita la de los destinados al culto propio de cualquier otra confesión religiosa—».

Por lo tanto, lo que en un primer momento podría haberse considerado como un privilegio de no inscripción (13), se convirtió en una desventaja clara para la Iglesia católica, pues al no poder inscribir sus bienes inmuebles destinados al culto católico, se le privaba de la defensa efectiva de su titularidad dominical y de la posibilidad de hacerla oponible *erga omnes*, poniéndola en una situación de clara desventaja o inferioridad con respecto a otras confesiones religiosas que sí podían hacerlo. Ya que, como afirma CORRAL, la inscripción, hoy en día, no puede entenderse como una carga, de la que pretenda librarse a la Iglesia católica en virtud de un trato preferente derivado de la anterior confesionalidad del Estado español, sino una ventaja que no puede obviarse, pues «la inscripción registral produce como fundamental efecto el beneficiarse del principio de publicidad con todas sus consecuencias sustantivas, principalmente el principio de fe pública registral. Las personas inscriben sus propiedades en el Registro de la Propiedad por dos razones fundamentales: para gozar de una mayor seguridad jurídica en su adquisición, es decir, para beneficiarse de los efectos que produce la fe pública registral, y para poder acceder al crédito territorial, para entendernos, para que el banco le dé un préstamo hipotecario» (14).

Por eso, desde nuestro punto de vista, fue buena y lógica la reforma del Reglamento Hipotecario suprimiendo la exclusión de inscripción de los templos de la Iglesia católica. La reforma hipotecaria ha dado la vuelta totalmente a la situa-

(13) En este sentido, considera que la no inscripción de estos bienes es un privilegio de la Iglesia católica basado en la confesionalidad del Estado de la época anterior (GARCÍA GARCÍA, J. M.); otros consideran que se trata de cierto privilegio, por tratarse de bienes fuera del comercio de los hombres (VENTURA-TRAVERSET y GONZÁLEZ, A.), o por ser *res sacra* (GARCÍA CANTERO, G.), o por la propia notoriedad de la propiedad de los mismos a favor de la Iglesia católica (CHICO Y ORTIZ, J. M.).

(14) CORRAL MARTÍNEZ, J., «Aspectos civiles, registrales y tributarios de la Urbanística de culto en *Urbanística del culto*», en *Libro homenaje al profesor doctor José M.ª Urteaga Embil* [CORRAL SALVADOR, C., S.-J. (coord.)], Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pág. 24.

ción existente: Se ha pasado de ser un pretendido privilegio de la Iglesia católica —evitar la «carga» de inscribir—, a todo lo contrario, una discriminación por el hecho de que no pudieran hacerlo, en aras al nuevo orden constitucional y los principios de igualdad (art. 14 CE), y la aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE), en él consagrados.

Como consecuencia de esta reforma reglamentaria, se ha producido un aumento importantísimo en las inmatriculaciones de lugares de culto por parte de la Iglesia católica, ya que, al suprimirse esa excepción, se ha aprovechado para inscribir e inmatricular todos aquellos bienes que anteriormente podían ser rechazados, según la interpretación que del antiguo artículo 5 RH hacía cada Registrador.

Se ha procedido, por tanto, a inmatricular edificios de culto católico con muchos años de existencia y de pertenencia a la Iglesia católica que, sin embargo, no habían accedido al Registro hasta ahora.

En consecuencia, si en la actualidad todos los bienes de culto se pueden inscribir, en las siguientes líneas queremos destacar la importancia, no solo de hacerlos llegar al Registro, sino de que en el mismo quede constancia de su especial destino cultural, por las importantes consecuencias que ello tiene.

III. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ADSCRIPCIÓN AL CULTO DE UN INMUEBLE

El destino o función de culto de un edificio o local, lo convierte en lugar de culto, y le imprime un carácter distintivo que modifica, en parte, su régimen jurídico.

Un lugar de culto tiene un estatuto y régimen diferente en ciertos aspectos al de otro inmueble que no esté adscrito a dicho fin, pues por una parte dicha función le supone ciertas ventajas, o tratamientos diferenciados (por ejemplo, exenciones a nivel fiscal, o del seguro decenal), y en otras supone una clara limitación al dominio de su titular; en el sentido de que ve limitadas sus facultades dominicales, por ejemplo, la de destinación, o incluso impone limitaciones a los terceros que entren en relación con dichos inmuebles, pues deben respetar dicha función, y esto implica limitar también su actuación sobre aquellos.

Todo ello nos lleva a defender, desde estas líneas, la necesidad de que la función cultural, el destino al culto de esos determinados inmuebles, se haga constar en el Registro, pues solo así ese carácter será conocido por todos y, por lo tanto, se hará oponible a terceros, imponiendo el correspondiente deber de respeto o abstención de las situaciones jurídicas oponibles, siendo estas la función principal del Registro de la Propiedad (15).

En efecto, los lugares de culto, precisamente por su especial destino, tiene un régimen jurídico especial que debe conocerse. Este régimen se caracteriza por lo siguiente:

(15) Defienden, asimismo, la necesidad de la constancia registral de la adscripción al culto de un inmueble: RUANO ESPINA, L., *Régimen jurídico-registral de los bienes de las confesiones religiosas y su tratamiento jurisprudencial*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 179-181, y LÓPEZ ALARCÓN, M., «Régimen patrimonial de las confesiones religiosas», en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1984, págs. 737-864; DÍAZ FRAILE, J., «Titularidad registral y entidades públicas», en *Las reformas de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 21 (13-42).

1. El carácter cultural de un inmueble supone una limitación de dominio, pues el titular ve mermada su facultad de disposición, al no poder ejercitar la facultad de destinación propia del titular dominical. Esto es así porque, como ya dijimos en las primeras líneas, son las confesiones religiosas quienes establecen el lugar de culto, y le otorgan tal destino, siendo el Estado incompetente en esta materia. Ellas son las que deben certificar ese destino, y ellas son las únicas que pueden poner fin al mismo. La Iglesia católica mediante la desacralización de los lugares sagrados (c. 1212 y 1222 CIC) (16), y las otras confesiones mediante una declaración o certificación aseverando que el inmueble ha perdido ese carácter cultural. Si alguien adquiere un lugar de culto, debe saber cuál es su destino, y que no puede cambiarlo unilateralmente, porque, precisamente, una cosa es la potestad dominical y otra la eclesiástica, que debe respetar y no puede suprimir, sin más y sin previa declaración, por parte de la Confesión correspondiente.
2. Los lugares de culto gozan de inviolabilidad en los términos establecidos en las leyes (17). La inviolabilidad protege, como afirma RODRÍGUEZ BLANCO (18), «varios bienes jurídicos de naturaleza personal —intimidad, sentimientos religiosos y ejercicio de culto—. Por eso, al ser la intimidad uno de los bienes jurídicos protegidos, sus consecuencias jurídicas deben equipararse a la inviolabilidad del domicilio, lo que implica, entonces, que la inviolabilidad de los lugares de culto supone la prohibición de entrada de fuerzas públicas y la necesidad del consentimiento de la autoridad eclesiástica o auto judicial para su Registro. De igual forma, la inviolabilidad supone que los poderes públicos deben adoptar medidas que puedan evitar la entrada de personas ajenas al lugar de culto, y también el castigo de las conductas que atenten contra el mismo.
3. Igualmente, los lugares de culto gozan de un régimen especial con respecto a ciertas actuaciones de la administración: no pueden ser expropiados sin ser oídos antes los representantes de la propia Confesión (autoridad eclesiástica para la Iglesia católica, la Comisión permanente de FEREDE, el Secretario General de CIJ) (19).

(16) Los supuestos de pérdida del carácter sagrado que se recogen son: destrucción total o en gran parte del inmueble, o la utilización del lugar de culto para usos profanos de forma permanente (c. 1212 CIC), y reducción permanente del lugar de culto a usos profanos por decreto del ordinario (c. 1222 CIC).

(17) Véase artículo II.5. Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede: Los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las leyes. No podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado. En caso de su expropiación forzosa, será antes oída la autoridad eclesiástica competente. Y artículo 2.2 del Acuerdo de cooperación entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), del Acuerdo de cooperación entre el Estado español y la Federación de Comunidades Judías de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre), y del Acuerdo de cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

(18) RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Libertad religiosa y confesiones», *ob. cit.*, págs. 115-123.

(19) Artículo II.5. Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, y artículo 2.3 de los Acuerdos de Cooperación entre el Estado español y las otras confesiones religiosas de 1992.

4. Tampoco puede demolerse un edificio de culto sin ser previamente privado de su carácter sagrado o cultural, es decir, requiere de esa desafectación previa, en todo caso, y para todas las confesiones (20).
5. Además, las mezquitas o lugares de culto islámicos tampoco pueden quedar sujetas a ocupación temporal, o a las servidumbres que impone el artículo 119 de la Ley de Expropiación Forzosa.
6. No se pueden olvidar las peculiaridades que presenta la prescripción adquisitiva de los lugares de culto. El c. 1269 CIC afirma que las cosas sagradas (y entre ellas los lugares de culto), si pertenecen a personas privadas, pueden adquirirse por prescripción por otras personas privadas, pero no puede cambiarse su destino y dedicarse a usos profanos. Si pertenecieran a una persona jurídica eclesiástica pública, solo cabe la prescripción de aquellas por otra persona jurídica eclesiástica pública. Estos datos tienen especial relevancia a efectos registrales, pues en el primero se limita la facultad de destino del nuevo propietario, y en el segundo se establece una limitación subjetiva en la adquisición de un lugar de culto, que impediría la inscripción de la usucapión ganada por una persona privada o de otro tipo.
7. El artículo 606.3 LEC afirma que son inembargables «los bienes sacros y los destinados al culto de las religiones legalmente registradas». Está claro que los lugares de culto, como bienes inmuebles, tienen gran valor, y podrían ser un objeto de embargo importante, si bien la LEC decide excluirlos de tal posibilidad. Eso sí, condiciona la inembargabilidad a que estén adscritos a una religión legalmente registrada; entendemos que se refiere a la pertenencia a una Confesión religiosa con personalidad jurídica reconocida, es decir, de las que tienen firmado Acuerdos con el Estado. Desde el punto de vista registral, y a la vista de este peculiar efecto del lugar de culto, se hace totalmente imprescindible que esa adscripción se haga constar en el Registro, pues es la única forma de informar y hacer oponible su inembargabilidad a terceros, evitando, así, embargos nulos. Si llegara al Registro de la Propiedad una anotación de embargo sobre estos bienes, y en el Registro aparecieran adscritos a tal fin cultural, creemos que el Registrador debería rechazar la práctica de la anotación preventiva de embargo (21), pero, sin embargo, si no consta tal adscripción, practicaría una anotación de un embargo que sería nulo y que en puridad no debería tener acceso al Registro.
8. Por otra parte, las declaraciones de obra nueva de construcciones de edificios de culto están exentas de la constitución del seguro decenal (que exige el art. 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación —LOE—, de forma obligatoria para toda construcción destinada a vivienda), por su destino cultural. Circunstancia que debe conocer el Registrador, pues si no, en la calificación de la escritura de obra nueva terminada, apreciará la falta de este requisito y rechazará su inscripción.

(20) Véase artículo II.5. Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, y los artículos 2.4 de los Acuerdos de Cooperación entre el Estado español y las otras confesiones religiosas de 1992, ya citados.

(21) Sobre el embargo de los lugares de culto, véase RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Libertad religiosa y confesiones», *ob. cit.*, págs. 254-257, que incluso antes de la aprobación de la nueva LEC 2000, se inclinaba por la inembargabilidad de los lugares de culto, atendiendo a la función social que desempeñan.

9. Por último, y como otro rasgo de su especial régimen jurídico, hay que recordar que las transmisiones patrimoniales que tengan por objeto lugares de culto están exentas de tributación por ITP, AJD, tal y como establecen los artículos 4.1.C) AAE y en los artículos 11.3.c) de los Acuerdos de 1992 con la FEREDE, la FCJ y la CIE. No se puede olvidar que la razón de esta exención es el destino de esos bienes; es decir, es su adscripción al culto lo que les hace merecedores de tal exención (22). De igual forma, los lugares de culto, sus dependencias y locales anejos están exentos de IBI, del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los terrenos de naturaleza urbana (la plusvalía) y de las contribuciones especiales, todo ello en virtud de los acuerdos suscritos con las distintas confesiones que acabamos de citar, y de la Disposición Adicional 9.^a de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre. Es necesario, una vez más, que el Registrador conozca que las fincas que se transmiten son objetos de culto pues, si no, exigirá la correspondiente liquidación de estos impuestos, requisito previo para practicar cualquier inscripción.

Todo esto nos lleva a pensar que el destino al culto, la adscripción cultural de un inmueble, supone una verdadera alteración del régimen jurídico de dicho inmueble, dotándole de un estatuto especial, que debe ser conocido por terceros, pues modifica el régimen jurídico general de los inmuebles en ciertos aspectos.

Es decir, la adscripción a este uso peculiar, el culto, debe ser conocida por todos y en definitiva oponible *erga omnes*; sugerimos y defendemos que esa adscripción debe constar en el Registro de la Propiedad, ya que en el mismo deben inscribirse, y ese es su verdadero objeto, todas las situaciones jurídicas inscribibles; es decir, todo aquello que deba ser oponible a terceros, y entre ellas no cabe duda que se encuentra la adscripción al culto (23). No solo los derechos reales son objeto de inscripción, sino todo aquello que deba ser oponible a terceros, y que afecte a una titularidad inmobiliaria, es decir, que suponga cierta alteración en su régimen y que deba ser conocido por todos; y ahí encaja perfectamente la posibilidad de inscribir la adscripción al culto.

Además, no podemos olvidar que ya se hacen constar en el Registro otras adscripciones de uso y demás circunstancias informativas que conciernen a la finca inscrita que deben ser conocidas por todos, como son ciertas limitaciones medioambientales (24), urbanísticas o afecciones fiscales que, sin ser derechos

(22) En este sentido, véase GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., «Régimen económico, patrimonial y fiscal», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, AA.VV., Eunsa, 6.^a ed., Pamplona, 2007, pág. 226, tal y como recoge el artículo 45.1.a), apartados b) y d) del Real Decreto Legislativo 171993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

(23) En este sentido, recogiendo el verdadero objeto del Registro y de la publicidad registral, PÉREZ GARCÍA afirma que deben inscribirse todas aquellas situaciones o circunstancias que deban ser oponibles, independientemente de su carácter de derecho real o personal; e incluso son y deben ser objeto de inscripción, y por tanto de publicidad, situaciones que ni siquiera son derechos, pero que deben ser conocidas por terceros, porque les afectan o tienen cierta trascendencia jurídico-real, por ejemplo, las sentencias sobre incapacitación, demandas, condiciones suspensivas o resolutorias, modificaciones formales de fincas, etc. PÉREZ GARCÍA, M., *Derechos personales y Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

(24) El Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración

reales, deben inscribirse por afectar a terceros, ya que suponen alteración o limitación en la disposición de esos bienes.

La adscripción al culto puede llegar al Registro a través de una nota marginal, desde luego podría tratarse de una nota con carácter meramente informativo, de las que facilitan una publicidad-noticia, pues son las destinadas a recoger aquellos sucesos que afectan al inmueble o derecho y que deben ser conocidos; sirven, por tanto, para dar a conocer a terceros la condición de lugar de culto del inmueble concreto. Pero, incluso, podríamos plantearnos si esa nota marginal podría ser también una nota de modificación jurídica, pues son las destinadas a dar publicidad a un acontecimiento que impulsa o determina un cambio real, o influye en el proceso de dicho cambio, o advierte de una condición en una finca inmatriculada. Es en este último supuesto donde encajaría la nota marginal de adscripción al culto.

Además, podemos sostener su admisión por similitud con lo que disponía el anterior artículo 17.3 RH con respecto a las adscripciones a un servicio público de los bienes de las Administraciones Públicas que se encontraban inscritos en el Registro (25). La adscripción al culto cumple una función similar a las allí previstas, al asignar un determinado inmueble a un servicio social, o semipúblico, siempre que el inmueble pertenezca a una entidad o confesión con personalidad jurídica, a semejanza de lo que se establecía en dicho artículo.

Por otra parte, el título en virtud del cual deben llegar al Registro esas adscripciones al uso cultural, entendemos que será el certificado que unilateralmente emita la Confesión o entidad religiosa, pues, como ya hemos dicho, solo a ella le compete certificar dicho extremo (art. 2 LOLR). Este certificado servirá como documento auténtico, de los recogidos en el artículo 33 RH; eso sí, deberá ir acompañado, como siempre, de la certificación del Registro de Entidades Religiosas (RER) que demuestre la personalidad jurídica de la entidad que solicite la inscripción.

Por otra parte, como está prevista la anotación de los lugares de culto en el RER (art. 2.5 del Acuerdo con la FCI, y el art. 2.4 con la CIE), creemos que cuando estos lugares de culto estén anotados en dicho Registro, también podría acompañarse al certificado de la confesión religiosa la certificación del RER en la que conste que ese lugar de culto está allí inscrito, como documento complementario que acompaña la inscripción. Esta certificación solo se entiende como documento complementario, pues al ser el RER un registro meramente administrativo, sus certificaciones y sus asientos no hacen fe de lo que recogen,

de suelos contaminados regula en su artículo 8 la publicidad registral de suelos contaminados (desarrollando la previsión contenida en el art. 27 de la Ley de Residuos de 21 de abril de 1998) y tipifica diferentes tipos de notas marginales, recogiendo esta circunstancia a través de nota marginal-noticia.

(25) Nos referimos a la redacción del artículo 17.3 y 4 RH, tras la modificación del RH de 1998, que establecía lo siguiente: 3. «En las inscripciones —de los bienes inmuebles que pertenezcan a las Administraciones Públicas— podrá hacerse constar el organismo o servicio al que se hallen adscritos los bienes...», el punto 4 añadía que «con posterioridad a la inscripción de los bienes podrá también hacerse constar a través de nota marginal los cambios de adscripción de los bienes de las Administraciones Públicas a los diversos órganos de las mismas». Esta redacción quedó sin efecto tras la STS de 31 de enero de 2001, que anuló el nuevo artículo 17 RH, volviendo a su redacción anterior. En la actualidad en el artículo 17.3 RH, se dice que «en la inscripción a favor del Estado podrá hacerse constar el organismo o servicio público a que se hallaren adscritos los bienes». Es decir, no se menciona la nota marginal, pero creemos que es el asiento destinado a ello, y creemos que se puede seguir sosteniendo la posibilidad de inscribir las adscripciones a un servicio determinado por esta vía.

ni hacen prueba de su contenido frente a terceros, sino que son meros indicios informativos, que sirven solamente a esos efectos (26).

En definitiva, abogamos por la necesidad de la constancia registral de la adscripción al culto de los bienes inmuebles, pues la misma modifica sustancialmente su régimen jurídico, y por tanto debe ser conocida por todos (27).

IV. CONCLUSIONES

1. Los lugares de culto son bienes inmuebles en los que desarrollar de forma permanente la actividad cultural, el establecimiento de los mismos, solo se consigue de forma plena si se consigue hacer oponible a terceros tanto su titularidad dominical como su propia condición de lugares destinados a culto, a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad.
2. Los lugares de culto no solo pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, sino que consideramos que dicha inscripción es necesaria. Ya no se excepciona su inscripción ni para los de culto católico.
3. Pero, además de su inscripción como cualquier finca, sostenemos la necesidad de hacer constar en el folio registral del inmueble su adscripción al culto, pues ese peculiar destino le confiere un régimen jurídico especial, en cuanto supone limitaciones dominicales para el titular, para los terceros adquirentes y goza de determinadas exenciones fiscales y requisitos legales.
4. Proponemos de *lege ferenda*, la registración de tal condición a través de una nota marginal de modificación jurídica, o al menos de carácter meramente informativo, siendo el título que la justifica el certificado de erección de la propia entidad religiosa, más la certificación de anotación del lugar de culto en el Registro Entidades Religiosas, en su caso.
5. Por lo tanto, y de este modo, comprobamos que el Registro de la Propiedad se convierte en elemento clave de la defensa de un lugar de culto, pieza fundamental en el derecho de establecimiento —y mantenimiento— de los lugares de culto.

V. BIBLIOGRAFÍA

CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 992.

CORRAL MARTÍNEZ, J.: «Aspectos civiles, registrales y tributarios de la urbanística de culto», en *Urbanística del culto. Libro homenaje al profesor doctor José M.^a*

(26) Sobre la eficacia de las anotaciones de los lugares de culto en el RER, véase a RUANO ESPINA, L., «Régimen jurídico-registral de los bienes de las confesiones...», *ob. cit.*, págs. 177-179; RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Libertad religiosa y confesiones», *ob. cit.*, págs. 359-363; LÓPEZ ALARCÓN, M., «Régimen patrimonial, confesiones religiosas», en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, pág. 758.

(27) De hecho, y como ya hemos dicho, no son ajenas al Registro inscripciones de este tipo, que no suponen exactamente modificaciones jurídico-reales, pero de las que debe quedar constancia porque afectan al desenvolvimiento del inmueble: afecciones urbanísticas, medioambientales, fiscales, etc.

- Urteaga Embil [CORRAL SALVADOR, C., S-J. (coord.)], Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, págs. 23-45.
- DÍAZ FRACLE, J.: «Titularidad registral y entidades públicas», en *Las reformas de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 13-42.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: «Régimen económico, patrimonial y fiscal», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, AA.VV., Eunsa, 6.^a ed., Pamplona, 2007.
- LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Régimen patrimonial de las confesiones religiosas», en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1984, págs. 737-864.
- MÍNGUEZ, S., y PUENTE, J.: «Consideraciones sobre el régimen jurídico registral de las Entidades Religiosas», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas en el II Congreso Internacional de Derecho Registral, II*, Madrid, 1974, págs. 683-712.
- MORENO ANTÓN, M.: «El tratamiento urbanístico de los lugares de culto: a propósito del proyecto de Ley de Cataluña sobre centros de culto o de reunión con fines religiosos», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, RGDC EE, Iustel, 17, 2008.
- PALOS ESTAUN, A.: «Inmatriculación en el Registro de la Propiedad de los bienes de la Iglesia», en *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 51, 2001, págs. 801-814.
- PÉREZ GARCÍA, M.: *Derechos personales y Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M.: *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico sobre los lugares de culto*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.
- RUANO ESPINA, L.: *Régimen Jurídico Registral de los bienes de las confesiones religiosas y su tratamiento jurisprudencial*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 3 de enero de 1979.
- STS de 31 de enero de 2001.
- RDGRN de 31 de marzo de 1982.
- RDGRN de 12 de enero de 2001.

RESUMEN

LUGARES DE CULTO
INSCRIPCIÓN ADSCRIPCIÓN
AL CULTO
NOTA MARGINAL

Las peculiares características de los inmuebles destinados al culto, les confieren un régimen jurídico especial. Por eso, es necesario que el destino o carácter cultural de estos inmuebles quede reflejado en el Registro de la Propiedad,

ABSTRACT

PLACES OF WORSHIP
REGISTRATION AS A PLACE
OF WORSHIP
MARGINAL NOTE

Property used as a place of worship has certain unique features entitling it to a special legal procedure. For that reason, it is necessary for some record to be made in the property registry, in the form of a marginal note, when arrangements

a través de una nota marginal. Se defiende en este trabajo la necesidad de la constancia registral de dicha adscripción al culto y la forma en que esta debe realizarse, después de haber analizado qué es un lugar de culto a efectos registrales y examinado su posibilidad de inscripción.

are made to set property aside for use as a place of worship. This paper looks at what a place of worship is, as far as registration is concerned, and how places of worship may be registered. It then defends the need to register such arrangements and the way in which such arrangements must be made.

1.4. Sucesiones

**LEGADOS, REVOCACIÓN TÁCITA Y ENTREGA DEL OBJETO:
ENAJENACIÓN FORZOSA MEDIANTE AMPLIACIÓN DE CAPITAL Y
RENUNCIA PREVENTIVA AL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE**

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ
*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

y

ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT
Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. REVOCACIÓN DE UN LEGADO Y VOLUNTAD TÁCITA DEL TESTADOR: LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL ARTÍCULO 869 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. LA INEFICACIA DEL LEGADO Y SU REVOCACIÓN: REVISIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL EXAMEN DE LA VOLUNTAD EXPRESA O PRESUNTA DEL TESTADOR Y LA LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA: 1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE OCTUBRE DE 1930: LAS FACULTADES PRIVATIVAS DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA CORRESPONDEN A LA SALA SENTENCIADORA. LA ENAJENACIÓN DE LA COSA LEGADA, AL HABER SIDO REALIZADA CON INTERVENCIÓN DEL LEGATARIO Y PARA SU MAYOR CONVENIENCIA, NO SUPONE LA INEFICACIA DE DICHO LEGADO. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1986. LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA FORZOSA COMO SUPUESTO DE TRANSMISIÓN VERIFICADA EN TOTAL AUSENCIA DE LA VOLUNTAD REVOCATORIA DE LEGADO DE COSA DETERMINADA DISPUESTO POR EL TESTADOR: SUBROGACIÓN LEGAL DE UNA FINCA POR OTRA. 3. PARA QUE SE ENTienda REVOCADO EL LEGADO, LA ENAJENACIÓN O TRANSFORMACIÓN DE LA COSA HA DE HABERSE PRODUCIDO POR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 13 DE JUNIO DE 1994. 4. LA SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2011, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA: LA VENTA NECESARIA, A FIN DE SALVAGUARDAR SUS BIENES Y SU LEGADO, ES EQUIPARABLE A LA EXPROPIACIÓN FORZOSA Y NI INVALIDA EL LEGADO, NI ROZA LOS DERECHOS DEL LEGATARIO. 5. LA DONACIÓN DEL BIEN LEGADO, ENCUBIERTA MEDIANTE COMPRAVENTA SIMULADA, DETERMINA LA REVOCACIÓN DEL LEGADO, AUNQUE EL BIEN VUELVA AL PATRIMONIO DEL CAUSANTE: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, DE 19 DE MAYO DE 2011. 6. LA INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL

CAUSANTE Y LA REVOCACIÓN DEL LEGADO: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE ENERO DE 2006 Y DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2007.—III. LAS FUNDACIONES COMO PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS LEGITIMARIAS: NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN DE GESTIÓN DE SU PATRIMONIO. FUNDACIÓN *MORTIS CAUSA* Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 14 DE MARZO DE 2012: 1. CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE GESTIÓN DEL PATRIMONIO DE LA FUNDACIÓN: ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS PATRIMONIALES. 2. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOMETIDOS A AUTORIZACIÓN O COMUNICACIÓN AL PROTECTORADO. 3. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE HERENCIAS, LEGADOS Y DONACIONES. 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 14 DE MARZO DE 2012: EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EFECTUADO POR EL PROPIO ACCIONISTA ÚNICO AL DISPONER UN LEGADO DE UN PALACIO PARA UNA FUNDACIÓN QUE SE HABRÍA DE CONSTITUIR A SU MUERTE BAJO EL PATRONATO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA: EL IMPERIO DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA INEFICACIA Y REVOCACIÓN DEL LEGADO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. REVOCACIÓN DE UN LEGADO Y VOLUNTAD TÁCITA DEL TESTADOR: LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL ARTÍCULO 869 DEL CÓDIGO CIVIL

Sabido es que el régimen común aplicable a los legados está contenido en los artículos 858 a 891 del Código Civil, integrados en el Libro III, Título III «De las sucesiones», Capítulo II «De la herencia», Sección décima «De las mandas y legados». En particular y dado el objeto de este artículo, conviene tener presente el tenor literal del artículo 869 que concreta las tres vías genéricas de ineficacia de esta disposición testamentaria: «El legado quedará sin efecto: 1.º Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía. 2.º Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda solo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa. 3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860» (1).

Las dificultades interpretativas de estos preceptos han sido destacadas por la mejor doctrina, si el Profesor LACRUZ BERDEJO subrayaba la parquedad normativa

(1) Vid. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992); FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Pamplona, 2009, 3.^a ed., págs. 1057 y sigs.; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5, Barcelona, 1999; ALBALADEJO GARCÍA, «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, I, 2, Madrid, 1998, 2.^a ed.; OSSORIO SERRANO, «Comentario al artículo 870 del Código Civil», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2126 y sigs.; vid., también, FERNÁNDEZ PACHECO, «Los legados de crédito y de liberación de deuda», en *RDP*, 1979, págs. 1 y sigs.; GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *RCDI*, 497, 1973, págs. 781 a 810.

sobre la validez o invalidez del legado y la aplicabilidad de las previsiones sobre la institución de heredero (2), ALBALADEJO resolvía que el transcrito artículo 869 se circunscribe al legado de cosa específica y determinada propia del testador; ya que «se sigue, sin lugar a dudas, de que los tres casos que contempla en sus apartados (transformación por el testador de la cosa, enajenación por aquel o perecimiento de esta) solo se explican partiendo de que la cosa legada sea específica y determinada propia del testador. En efecto: En cuanto al primero y al segundo, son supuestos de revocación tácita del legado, como después se demostrará con detalle, revocación que se presume por la ley en los casos en que el testador transforma la cosa o la enajena. Ahora bien, la revocación no habría por qué presumirla si la cosa no fuese propia del testador. Eso, por un lado. Y, por otro: ¿cómo va a prever la ley el supuesto de que el testador transforme o enajene la cosa sino partiendo de que es suya?, y ¿cómo si no es específica y determinada va a saberse que transforma o enajena la legada?» (3).

Subsisten asimismo las clásicas incertidumbres y equívocos en torno a las declaraciones de voluntad tácitas (4) y las presunciones inferidas en sede judicial frente a las legales establecidas, en este caso, en el artículo 869. En este sentido, decía ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «para que implique voluntad presunta de revocación del legado, la enajenación de la cosa legada ha de ser voluntaria (...) aparte de los casos antes indicados de revocación total o parcial del testamento que contiene la disposición de los legados, la ley presume o infiere, tratándose de legados de cosa específica, la intención o voluntad del testador de revocarlos de ciertos hechos realizados por el propio causante» (5).

En las siguientes líneas, de las denominadas causas de ineficacia del legado, nos centraremos en la revocación prevista en el segundo punto del artículo 869, por cuanto advierte que «si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella», el legado quedará sin efecto.

Las controversias judiciales sobre esta revocación —haya sido declarada de forma expresa por el causante o tácita mediante la realización de ciertos negocios— dimanar de las resistencias de los herederos en hacer entrega del legado en cuestión. Resulta especialmente ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2012, habida cuenta de que el legatario es, precisamente, la fundación que tras el fallecimiento del causante constituye el Ayuntamiento de Barcelona, beneficiaria de un importante y valioso conjunto inmobiliario. Los herederos gravados se niegan a la entrega del objeto del legado, dirimiendo la resolución judicial que la cosa salió del patrimonio del causante, pero no como revocación tácita, toda vez que la enajenación no fue materializada por el testador.

(2) *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992), pág. 321.

(3) «Artículo 869», en *Comentarios al Código Civil, Tomo XII, vol. 1.º: artículos 858 a 891 del Código Civil*, Madrid, 1998, 2.ª ed.

(4) «Las declaraciones tácitas consistirían en la realización de actos u observancia de ciertas conductas que, aunque no estén dirigidos principal y directamente a manifestar el ánimo negocial, permiten deducir la existencia de este» (LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2011, 17.ª ed., pág. 380).

(5) *Derecho de Sucesiones*, III, Barcelona, 1994, pág. 98.

II. LA INEFICACIA DEL LEGADO Y SU REVOCACIÓN: REVISIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL EXAMEN DE LA VOLUNTAD EXPRESA O PRESUNTA DEL TESTADOR Y LA LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE OCTUBRE DE 1930: LAS FACULTADES PRIVATIVAS DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA CORRESPONDEN A LA SALA SENTENCIADORA. LA ENAJENACIÓN DE LA COSA LEGADA, AL HABER SIDO REALIZADA CON INTERVENCIÓN DEL LEGATARIO Y PARA SU MAYOR CONVENIENCIA, NO SUPONE LA INEFICACIA DE DICHO LEGADO

La mencionada resolución desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada, condenada, a su vez, a entregar los legados mediante sustitución del solar legado por otros, toda vez que la enajenación efectuada por el testador no puede ser entendida como causa de ineficacia del legado, ya que a la venta concurrió e intervino el propio legatario.

Dice así: «en orden al primero de los motivos del recurso, que no han sido infringidos en la sentencia recurrida ni el artículo 869, en relación con el 1214, ambos del Código Civil, y el último, sobre prueba de las obligaciones, ni los preceptos del Derecho romano, aplicable en Cataluña, que, como *Instituta*, se invocan, por lo que se contrae a la materia de legados, porque oponiéndose la recurrente doña M., en concepto de heredera, a la entrega de tres solares por vía de legado, que, como pago de legítima, hiciera a su hermano don A., el padre de ambos, don A. C. V., en su testamento de 12 de abril de 1924, se formula la negativa, mediante la especie de que, no hallándose en la herencia el objeto único, específicamente designado en la aludida disposición testamentaria, que consistía en el solar número 38 de la manzana 207 del pueblo de Santa Coloma de Gramanet, no podía ser sustituido arbitrariamente, puesto que el solar legado lo enajenó el causante en el periodo comprendido entre su testamento y su muerte, ocurrida el 30 de octubre de 1925, enajenación que dejaba sin efecto el repetido legado, a tenor de dicho artículo 869, e implicaba, por tanto, la inexistencia del mismo y la revocación tácita de la voluntad del testador, sin que, por otra parte, justificara el legatario, según exigía el Derecho justinianeo, que tal enajenación no se realizó con intención o ánimo de hacer ineficaz aquel legado; pero como la Sala sentenciadora estima, en virtud de sus facultades privativas de apreciación de pruebas, que el común causante, don A. C. V., no había enajenado la cosa legada, ni menos con ánimo o intención de que el legado quedara sin efecto, sino que el acto realizado por el mismo consistió en simple sustitución, equivalente a permuta, por los solares números 1, 7 y 8, manzana 522, del propio término de Santa Coloma de Gramanet, realizada por mayor conveniencia del testador y del legatario, con intervención de este, y adicionados aquellos al inventario por la propia heredera; y que los solares permutados eran aproximadamente de igual valor, con una exigua diferencia, otorgando don A. C. y don A. de R., en 14 de marzo de 1925, los contratos de adquisición por V. de dichos solares, que existían en el caudal relicto; y tal estimación de pruebas no se combate en legal forma, ya que tan solo se invoca el número 1.º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil en este motivo del recurso; que es visto carece de eficacia, a los efectos de la casación pretendida, toda vez que no existió revocación tácita de la manda, porque aun cuando se estimara erróneo el criterio de que no hubo enajenación propiamente dicha, siempre resultaría que faltó la intención conjunta que la propia recurrente deriva de la *Instituta* en este motivo, y más, teniendo en cuenta que el legado se hizo, como inherente al propio derecho del legatario, por tratarse del pago de su legítima».

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1986. LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA FORZOSA COMO SUPUESTO DE TRANSMISIÓN VERIFICADA EN TOTAL AUSENCIA DE LA VOLUNTAD REVOCATORIA DE LEGADO DE COSA DETERMINADA DISPUESTO POR EL TESTADOR: SUBROGACIÓN LEGAL DE UNA FINCA POR OTRA

En el supuesto de autos se ventila, entre otras cuestiones, la pertinencia o no de la doctrina sobre la enajenación forzosa y la sustitución de un legado de cosa propia por un legado de cosa ajena. Al tratarse de la aplicación de la concentración parcelaria y pese a que se produce una transmisión forzosa de una finca por otra, la resolución entiende que se ha producido una subrogación objetiva *ope legis*, y no la transformación de un legado de cosa propia por un legado de cosa ajena, lo cual, por cierto, produciría la poco afortunada consecuencia de traer aparejados más problemas que ventajas al legatario.

En su virtud, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 1986, declara que la concentración parcelaria produce una subrogación legal del objeto primitivo del legado, consistente en la finca sobre la que se aplica la concentración, por la finca de reemplazo, toda vez que se ha producido una declaración de voluntad tácita: «El fundamento del fallo desestimatorio se halla ante todo en afirmar la desaparición de las fincas rústicas legadas, lo que extinguiría el legado conforme a la Ley 252 del Fuero de Navarra y al artículo 879 del Código Civil. A juicio de la Audiencia, no subsisten las fincas legadas en la finca resultante de las operaciones de la concentración parcelaria por haberse formado la dicha finca de reemplazo con las mismas y con otras de la indudable propiedad de Arsenio. La concentración parcelaria “produce una subrogación real y dineraria o equivalencia económica, es decir, sustitución o reemplazo del objeto del derecho real por un *id quod interest* en valores concretos fundiarios o abstractos monetarios” (considerando segundo, al final); aclarándose más adelante (considerando cuarto), “que la finca adjudicada no supone una permuta con las legadas, pues figuran en la concentración otras cuya disposición no fue reservada, sino una subrogación de otra por aquellas que no pueden ser identificadas y que hay que tenerlas por inexistentes”. El otro fundamento se halla en atribuir a la madre “un cambio de voluntad en cuanto a la disposición” de las fincas cuestionadas, ello a partir de que “no puede afirmarse que la testadora, madre de los litigantes, desconociera el expediente” de concentración, lo cual, según la Audiencia, “le obligaba (a la madre) a una declaración expresa de sustitución del legado por el equivalente en la finca adjudicada al hijo, y al no hacerlo así es indudable que, al menos implícitamente, se producía un cambio de voluntad en cuanto a la disposición”, ya que “las fincas legadas no existían al momento del fallecimiento de la testadora” y “máxime si se tiene en cuenta que en la escritura de protocolización se adjudica la finca resultante al demandado que tiene inscrito su dominio desde 1979, hecho que no podía desconocer la madre, que convivió con él hasta su fallecimiento en 1978”».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2006, declara la procedencia de la estimación del recurso de casación interpuesto y, por ende, casa y anula la sentencia dictada el 28 de febrero de 1999 por la Sala Civil de la Audiencia Provincial de Zamora. De modo que procede la revocación de los legados dispuestos por el causante en favor de los legatarios por la donación posterior a los mismos de las cosas legadas, los cuales deben colacionar las donaciones en su herencia, manteniendo en lo demás el fallo de instancia.

3. PARA QUE SE ENTIENDA REVOCADO EL LEGADO, LA ENAJENACIÓN O TRANSFORMACIÓN DE LA COSA HA DE HABERSE PRODUCIDO POR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 1994

Sienta la doctrina lo siguiente: «existe conformidad absoluta en que la donación *mortis causa* de la porción del solar y edificio efectuada por el padre a sus hijos se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria por expresa disposición contenida en el artículo 620 del Código Civil. Y que, por ello, se han de aplicar las normas correspondientes a los legados de cosa específica. Lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869 del Código Civil es la voluntad tácita del donante *mortis causa* o testador, expresada por medio de una transformación o enajenación de la cosa. Las enajenaciones de carácter forzoso, como hechos independientes de la voluntad del testador, no pueden tener carácter revocatorio porque les falta el elemento en el cual basar la presunción de que el causante quiso revocar el legado. Ejemplo característico de enajenación forzosa que no extingue el legado es la expropiación forzosa. La enajenación por expropiación forzosa convierte la cosa en una suma de dinero que no permite incluirla en el apartado 3.º del artículo 869 del Código Civil, puesto que la cosa no ha perecido aunque el derecho real sobre ella se ha transformado. La intervención del donante en el trámite del justiprecio de la expropiación no significa enajenación voluntaria. No hay incongruencia cuando en la demanda se pide la declaración del derecho al dinero y el pronunciamiento de que la demandada lo pagara directamente y la sentencia no accede a la segunda petición acordando que las cantidades reconocidas deberán ser reclamadas a la comunidad hereditaria, entendiendo que debe ser respetadas las normas de la partición de la herencia» (6).

De conformidad a lo que prevé el artículo 890 del Código Civil, «quedan sin efecto los legados de cosa si el testador la transforma (apdo. 1.º del artículo), la enajena por cualquier título o causa (apdo. 2.º) o si la cosa perece en vida del testador (apdo. 3.º). La doctrina cuando estudia el precepto es unánime al establecer una primera conclusión: es imprescindible que la enajenación o

(6) «A) En 1975 los demandantes don Iván, don José Ramón y la demandada, hermana de los anteriores, doña Elsa, en unión del padre de todos ellos, don José Augusto, otorgaron escritura de división de propiedad común y fraccionamiento de tal propiedad conforme a la ley, respecto a un edificio sito en Alonsotegui-Baracaldo procedente de las herencias de doña Elvira y don Alberto, correspondiendo el 40,569 por 100 a don José Augusto, otro 40,569 por 100 a doña Elsa, y un 6,288 por 100 a cada uno de los tres hijos de doña Elsa, don José Ramón y don Iván. B) En la misma fecha, el padre, don José Augusto, hizo una donación *mortis causa* en favor de don José Ramón y don Iván de diversos elementos del terreno y edificio correspondientes a su 40,569 por 100 de participación. C) El Ayuntamiento de Baracaldo expropió la finca y con los propietarios se llegó al justiprecio de 12.036.188 pesetas, que se pagarán a plazos y de cuyos pagos hay una cantidad de 4.882.961 pesetas que fue incluida en las percibidas por doña Elsa y es objeto de reclamación en el presente litigio por los dos actores que entienden que les corresponde. D) La demanda formulada contra doña Victoria y su esposo terminó en segunda instancia con sentencia cuya parte dispositiva estimó parcialmente la apelación y en parte también la demanda, y declaró «revocar y revocamos la citada resolución en todos sus extremos y con acogimiento parcial de la demanda se declara que los actores recurrentes, don Iván y don José Ramón son dueños por mitad e iguales partes de la cantidad de 4.882.961 pesetas, las cuales deberán ser reclamadas a la comunidad hereditaria en el procedimiento correspondiente, no haciéndose especial pronunciamiento tanto de las costas causadas en la primera instancia como en las de esta alzada».

transformación de la cosa se produzca voluntariamente por el testador (o por representante autorizado o por tercero sin poder, pero cuya actuación haya sido ratificada por el propietario). Esta voluntad naturalmente que es la voluntad presunta, pues para la expresa tienen a su alcance el camino de la revocación del testamento o de la donación, que como se sabe son disposiciones esencialmente revocables (art. 737). Que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869 del Código Civil es la voluntad tácita del donante *mortis causa* o testador expresada por medio de una transformación o enajenación de la cosa (7), se desprende incluso del propio texto del artículo cuando dice que la vuelta de la cosa al dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato, no hace recuperar la fuerza al legado. Una segunda conclusión, también generalmente admitida por la doctrina, es la que afirma que las enajenaciones de carácter forzoso, como hechos independientes de la voluntad del testador, no pueden tener carácter revocatorio porque les falta el elemento en el cual basar la presunción de que el causante quiso revocar el legado. Ejemplo característico de enajenación forzosa que no extingue el legado es la expropiación forzosa (ejemplo de transformación no voluntaria puede ser la concentración parcelaria). Debe añadirse que la enajenación por expropiación forzosa, hecho

(7) Por su parte, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 27 de octubre de 2010, «así, lo esencial es determinar, en primer lugar, si el contrato llamado de arras, celebrado por los apoderados de la señora María Rosario con los compradores antes citados, era un auténtico negocio traslativo en el que se hubiese plasmado la voluntad transmisiva de la causante, pues lo que el artículo 306 del Código de Sucesiones establece, a este respecto, es un tipo de revocación tácita, a partir de la presunción de que el testador que enajena el bien que ha atribuido en legado lo hace con intención de dejar sin efectos dicho legado. En coherencia con ello, por tanto, tiene eficacia revocatoria del legado todo negocio de enajenación, gratuita u onerosa, en el que se plasme de manera definitiva la voluntad de desprenderse de ese bien, aun cuando dicho negocio pudiese estar afectado de nulidad. No tienen tal efecto, sin embargo, los negocios de enajenación en los que la voluntad de enajenar no es definitiva sino claudicante, de manera que el transmitente puede “deshacer”, mediante redención, por ejemplo, en la venta a carta de gracia, los efectos traslativos, recuperando el objeto enajenado, así como tampoco tienen efecto revocatorio los negocios de enajenación no voluntarios, pues lo decisivo no es que el bien salga definitivamente o no del patrimonio del causante, sino que este tenga la voluntad definitiva de extraerlo de su patrimonio, deduciéndose de esa voluntad excluyente la intención, lógicamente, de revocar el legado. Es por ello que, por tanto, tampoco cabrá considerar como revocatorios del legado los negocios transmisivos de carácter voluntario pero que adolezcan de una causa de nulidad derivada de un vicio o defecto en la voluntad de enajenar. En tal caso, y con independencia del efecto invalidante de tal vicio o defecto respecto de la transmisión, lo que se pone en evidencia es la ausencia de una auténtica y válida intención revocatoria». Contra esta resolución se interpone recurso de casación, inadmitido por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sala Civil y Penal), de 23 de junio de 2011. Advierte esta última que, «puesto que el debate se ha centrado, como no podía ser de otra forma, en el artículo 306 del Código de Sucesiones, que establece la revocación tácita de un legado por la enajenación onerosa o gratuita del objeto del mismo por parte del causante. En definitiva, no ha existido controversia alguna respecto a que en el testamento de la señora Maite se dispuso un legado de un bien inmueble en favor de los actores. Lo que la Audiencia ha resuelto es que ese legado fue revocado tácitamente por la voluntad de la testadora, que puso a la venta el objeto del mismo a través de sus apoderados antes de su muerte, estimando que el contrato de arras suscrito contenía un verdadero acto de enajenación por parte de la causante, cuya voluntad personal de vender, tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda, estimaron probada por los medios de prueba practicados».

que se produce sin la voluntad del expropiado, convierte la cosa en una suma de dinero que no permite incluirla en el apartado 3.º, puesto que la cosa no ha perecido aunque el derecho real sobre ella se ha transformado, como sucede con otras transformaciones de cosas sujetas a otros derechos reales (vid. art. 519 sobre expropiación de cosa dada en usufructo)» (8).

4. LA SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 2011, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA: LA VENTA NECESARIA, A FIN DE SALVAGUARDAR SUS BIENES Y SU LEGADO, ES EQUIPARABLE A LA EXPROPIACIÓN FORZOSA Y NI INVALIDA EL LEGADO, NI ROZA LOS DERECHOS DEL LEGATARIO

El asunto de autos resulta de la controversia sobre el legado, que la madre de ambas partes en litigio hace, de la mitad indivisa de una finca en favor de uno de sus hijos quien, adicionalmente, era propietario de la otra mitad. La demanda pretende la ineficacia de este legado, siendo desestimada en primera instancia y en la apelación interpuesta por el demandante.

La finca objeto de legado había quedado afectada por el correspondiente plan urbanístico y a la vista de la envergadura de la inversión que se precisaba para integrarse «en el proceso constructivo y la ya muy avanzada edad de la señora Mariola (noventa años), se optó por la permuta de la finca a Construcciones y Promociones Díaz Fernández, S. L., a cambio de un precio importe (533.550 € para la madre y 66.450 € para el demandado), además varias viviendas para madre e hijo en propiedad y en usufructo, tal como tuvieron a bien aceptar. Esta permuta se realizó ante el notario señor González Gómez al protocolo número 100, en fecha 18 de enero de 2007, actuando el demandado por sí y con poder de representación de la madre de 8 de septiembre de 2006. La escritura de Aceptación y Adjudicación de la herencia paterna y la escritura de permuta de la finca objeto del legado son de la misma fecha. En la primera está presente el actor, además su madre, el demandado y de los abogados y el notario, y la segunda la efectúa el demandado en su propio nombre y en el de su madre con poder de representación. La señora Mariola nunca manifestó en ninguno de estos actos su intención de revocar el legado que desde treinta y seis años atrás tenía testado a favor de su hijo León. El actor, a su vez, vendió o permutó su propia finca a la misma constructora, dado que tampoco quería ser partícipe del proceso constructivo».

De modo que «la finca objeto de legado se encontraba afectada por su integración en el plan urbanístico, estudiada la situación, los propietarios tenían ante sí o bien hacer aportación de cuotas de pago para el desarrollo de las obras de urbanización del plan, la subsiguiente construcción de las viviendas con la complejidad y cuantía económica que ello representa (obsérvese que según el perito señor Ramón, y los testigos señor Virgilio y señor Juan María, entre otros manifestan que los gastos que ello implicaban superaban el millón y medio de euros). De no hacerlo así se procedería a la expropiación de la finca. Atiéndase a la declaración del testigo señor Antón, secretario y abogado de la Junta de Compensación, quien manifestó en juicio que tal extremo (expropiación si no

(8) Vid., sobre estos aspectos, DÍAZ FRAILE, «Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias», en *ADC*, LIV-2, 2001.

se incorporaban a la Junta) se le hace saber a los propietarios más pequeños. Y don Virgilio, que manifestó que construir era muy costoso y que de no hacer aportación de cuotas y proceder a construir, lo inevitable es la expropiación».

A la vista de estos hechos queda acreditada tanto la voluntad de la testadora de favorecer con este legado a su hijo León, como que la enajenación de la finca exclusivamente resulta de haber sido afectada por el plan urbanístico. Ante dicha permuta, el otro hijo insta la ineficacia del legado, en aplicación estricta del segundo punto del artículo 869 del Código Civil, que establece que: «El legado quedará sin efecto: 2.º) Si el testador enajena, por cualquier título o causa la cosa legada o parte de ella...».

La sentencia de apelación desestima el recurso, ratificando la sentencia desestimatoria de instancia, no procediendo la ineficacia del legado previsto en la Disposición Segunda del testamento de 8 de agosto de 1971. «Petición que no ha de prosperar por cuanto de lo expuesto *up supra* lo que ha quedado acreditado es una clara voluntad de la señora Mariola de favorecer en su sucesión al demandado dejándole la parte que a ella le corresponde la finca descrita con cargo a la mejora y si fuera necesaria al de libre disposición (entonces tercios a la fecha del testamento —ahora cuartos a la fecha de sucesión—). En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador. La voluntad real y no la aparentemente manifestada. Es impensable que la madre de los litigantes mantenga favorecido a un hijo durante más de treinta y seis años (hijo ya favorecido en la herencia paterna) y meses previos a su muerte cambie su voluntad por el hecho de que se vea forzada y en la necesidad de enajenar la cosa legada. La permuta se verificó para evitar una segura expropiación que inevitablemente sería desventajosa para los propietarios que no podían integrarse en la Junta. En todas las vicisitudes alrededor de este negocio jurídico estuvo presente el actor —y es más, el mismo actuó con su finca en idéntico sentido—. La señora Mariola —ajena a términos jurídicos— es más que seguro desconocía el artículo 869.2.º del Código Civil, y actuando con presencia de sus dos hijos y expertos en Derecho (abogados, notarios) se dio por sentado que “la parte que legaba a su hijo León (y que se veía abocada a permutar)” sería sustituida por su equivalencia económica (en dinero y en bienes). No cabe interpretar una voluntad revocatoria presunta, que por cierto no puede presumirse de acto alguno sino todo lo contrario. Obsérvese que la escritura de Aceptación y Adjudicación de la herencia paterna, en la que comparecen madre e hijos, es de la misma fecha que la escritura de permuta y parece hecha *ad hoc* para poder realizar la permuta y evitar así la expropiación (como también hizo el actor respecto a su propia finca). Solo cuando aparezca claramente que la voluntad del testador es distinta de la manifestada podrá prescindirse de la interpretación literal de los términos empleados por el testador. Pues bien, resulta probado que la voluntad de doña Mariola era la de favorecer al demandado, y así la mantuvo durante más de tres decenios, sin que pueda ser contravenida por las circunstancias imprevisibles que se manifestaron meses antes de su fallecimiento. La venta necesaria, a fin de salvaguardar sus bienes y su legado, es equiparable a la expropiación forzosa y por ende no inválida el legado, ni roza los derechos del legatario».

5. LA DONACIÓN DEL BIEN LEGADO, ENCUBIERTA MEDIANTE COMPRAVENTA SIMULADA, DETERMINA LA REVOCACIÓN DEL LEGADO, AUNQUE EL BIEN VUELVA AL PATRIMONIO DEL CAUSANTE: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, DE 19 DE MAYO DE 2011

En este caso es apelada la sentencia del Juzgado de 1.^a instancia e instrucción número 2 de Tui, de fecha 26 de julio de 2010, pretendiendo el recurrente la pervivencia jurídica del legado de la finca, contenido en el testamento materno, en aducida concordancia con la voluntad de la causante.

Y dice la sentencia de la Audiencia Provincial que, «en el plano fáctico se demuestra la realidad del citado legado incorporado a testamento otorgado el 17 de diciembre de 1997 (f. 26 vuelto), así como de la posterior formalización por la testadora de escritura de compraventa de 14 de julio de 1998 sobre el mismo bien inmueble en favor del anterior legatario, aquí recurrente (fs. 116 ss.). Dicha compraventa fue declarada simulada y ficticia —por carecer de precio y *traditio*— en sentencia de esta propia Sección de la Audiencia de Pontevedra, dictada el 4 de diciembre de 2008 (fs. 205 ss.). En interpretación de los artículos 6.4 y 633 del Código Civil considera con acierto el órgano judicial que la mentada compraventa constituye en realidad una donación encubierta, debiéndose entender, en cumplimiento del artículo 869.2 del Código Civil, que la transmisión mediante tal donación comportó mutación de voluntad de la testadora, desencadenante de la revocación del legado inicial. Así lo deja sentado la STS de 24 de enero de 2006, citada en la resolución impugnada, cuando, interpretando los artículos 675 y 869.2 del Código, concluye con toda claridad que los legados dispuestos por el testador quedan revocados si con posterioridad dona las mismas cosas legadas a los propios legatarios, ya que la enajenación por el testador de la cosa legada, por cualquier título o causa, implica un cambio de su voluntad. También la STS de 19 de noviembre de 2007 reafirma la estudiada efectiva revocación y causa objetiva de extinción del legado, aunque después volviera a integrarse en su patrimonio. La argumentación recurrente, basada esencialmente en la pretendida prevalencia de una voluntad de la testadora no corroborada en el tiempo, y en una selectiva e interesada interpretación del taxativo artículo 869.2 del Código, en nada empaña los atinados razonamientos jurídicos de la sentencia, cuyo contenido se confirmará íntegramente —incluida la condena en costas de acuerdo al aplicable criterio del vencimiento recogido en el art. 394.1 LEC—, desestimándose plenamente, en suma, la apelación».

En idéntico sentido ya se había pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 8 de octubre de 2010.

En el asunto de autos, sobre la petición de condena de los demandados al pago de cantidad, dice la resolución de la Audiencia: «El artículo 869 del Código Civil establece que el legado quedará sin efecto si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda solo sin efecto respecto a la parte enajenada. Y precisa que si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa. Como indica la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2007, “se trata de una causa objetiva de extinción del legado, pues si el testador dispuso libremente de la cosa para legarla a quien tuvo por conveniente en el momento de otorgar el testamento, igual libertad de disposición conserva para, con posterioridad, poder enajenarla en vida, a título oneroso o gratuito, a quien tuviere por conveniente, lo que la propia ley interpreta como una efectiva revocación del legado hasta el extremo de, aunque

después volviera a integrarse en su patrimonio, el legado habría quedado sin efecto, salvo el caso de que dicha reintegración se produzca por pacto de retroventa". En el mismo sentido, las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de fechas 13 de junio de 1994 y 24 de enero de 2006. La enajenación comporta una causa objetiva de extinción del legado, que no se puede entender rehabilitada sino por nueva disposición testamentaria porque la transmisión de derechos por causa de muerte solo tiene lugar mediante testamento (sucesión testada) o por disposición legal (sucesión intestada), conforme establece el artículo 658 del Código Civil, y sin que produzcan efecto alguno los papeles privados que aparezcan después de la muerte del causante si no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo (art. 672 del CC). Así pues, revocado el legado con la enajenación, como causa objetiva de extinción del legado, las notas manuscritas del testador sobre su intención futura no son disposiciones testamentarias eficaces, en tanto en cuanto no son actos de disposición de sus bienes sino solo anuncios de lo que pudieran ser sus intenciones en un momento dado, pero sin expresión de voluntad testamentaria. Las cartas que han sido aportadas dejan entrever la intención del causante de transmitir una suma de dinero (o parte de ella) que pudo haber obtenido con la venta del inmueble objeto del legado, pero solo la voluntad del causante expresada en testamento tiene eficacia transmisiva de sus bienes o derechos después de su muerte. El legado otorgado en el testamento es de cosa cierta y determinada, y no cabe su sustitución, porque no existe previsión legal y porque —de admitirla— estaríamos introduciendo una excepción a lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 869 del Código Civil: si el testador no quiso otorgar nueva disposición testamentaria, no podemos entender legado el dinero obtenido como consecuencia de la venta del inmueble objeto del legado dispuesto en el último testamento otorgado. La jurisprudencia es clara, como ya hemos indicado, sin que sea óbice lo dispuesto en la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de fecha 28 de octubre de 1930, que se cita en el recurso, porque, como se indica en la sentencia de ese mismo Alto Tribunal de fecha 13 de junio de 1994, esa sentencia se apoya en el Derecho catalán: "Aplicando la anterior doctrina (no aparece jurisprudencia aplicable al caso, pues no lo es la sentencia de 28 de octubre de 1930, que se apoyó en Derecho catalán)". Por lo tanto, la enajenación del inmueble legado es causa objetiva de su extinción, siendo de todo punto ineficaz la voluntad del causante no expresada por medio de testamento notarial u ológrafo».

6. LA INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE Y LA REVOCACIÓN DEL LEGADO: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE ENERO DE 2006 Y DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2007

La primera de las sentencias trae causa de la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Toro estimatoria, parcialmente, de la demanda interpuesta por don Donato y doña Luisa frente al resto de los coherederos de la herencia de su padre don Donato. En su virtud, ha lugar a la partición hereditaria interesada, revocándose distintos legados de cosas específicas dispuestos por el causante en su testamento notarial abierto otorgado en favor de sus hijos, puesto que con posterioridad se las había donado. A su vez, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue apelada por los actores y por los demandados doña Melisa y don José Manuel, revocándose la sentencia recurrida en los puntos referentes a alguno de los legados que después de ordenarse se transformaron en donaciones por el propio causante.

En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2006, dice sobre «el motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción por interpretación errónea del artículo 675 del Código Civil, porque la sentencia recurrida considera que la voluntad del causante, expresada en el testamento, debe marcar los actos posteriores de carácter dispositivo que el mismo efectúe hasta el momento de su fallecimiento, por lo que cualquier acto contrario a lo que en su día ordenó, necesitaría una revocación expresa del testamento, si dispusiera de cualquier bien que en el mismo figurase como objeto de legado. El motivo se estima porque hay una evidente contradicción con el artículo 869 del Código Civil al mantener que el legado de cosa inmueble, dispuesto por el testador, sigue subsistiendo pese a haber donado con posterioridad la misma cosa al legatario, ya que no se probó la voluntad revocatoria. La contradicción no puede sustentarse racionalmente en que la donación es el pago anticipado del propio legado, pues el causante nada debe al legatario. El artículo 869 del Código Civil determina los casos en que el legado queda sin efecto, y en número 2.º señala la enajenación por el testador de la cosa, por cualquier título o causa. Esa enajenación implica un cambio de su voluntad. Si la cosa se hubiera legado antes al mismo donatario, es evidente que su intención fue la de no esperar a su fallecimiento para que aquel se haga propietario de la misma (art. 882 del CC), sino que lo sea desde la donación».

En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2006, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Julia, doña Luisa y don Carlos José, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Zamora con fecha 28 de febrero de 1999. Dicha resolución de segunda instancia es casada y anulada parcialmente «con referencia al punto D) del fallo de la misma. En su lugar declaramos la revocación de los legados dispuestos por el causante en favor de los legatarios por la donación posterior a los mismos de las cosas legadas, los cuales deben colacionar las donaciones en su herencia».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2007, ventila el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, Provincia de Castilla, Congregación de Salesianos, Inspectoría Salesiana de San Juan Bosco, Congregación de Hermanitas de los Ancianos Desamparados, entre otros.

En el asunto de autos, constan los hechos fundamentales que han dado lugar al litigio en el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia impugnada y son, en síntesis, los siguientes: «a) Doña Araceli falleció el día 5 de octubre de 1989, viuda, sin descendientes ni ascendientes, habiendo estado casada con don Paulino, de quien había sido heredera testamentaria, el cual le había encargado que a su muerte dedicase los bienes que le transmitía a determinados fines, pero sin establecer una sustitución fideicomisaria; b) Doña Araceli otorgó último testamento abierto ante el Notario de Albacete, don José Martínez Cullel, en fecha 26 de enero de 1987, en cuya *cláusula primera* ordenó expresamente los siguientes legados: “Las fincas llamadas Casa de la Peña y Venta de Peñacárcel, que adquirió por herencia de su esposo, las lega en la siguiente forma, cumpliendo así los deseos del mismo: 1.º Ochocientos almudes para la Orden Hospitalaria de los Hermanos de San Juan de Dios de Chamartín de la Rosa, en Madrid, de niños enfermos; 2.º Trescientos cincuenta almudes para el Colegio de Padres Salesianos de María Auxiliadora de la Ronda de Atocha de Madrid; 3.º Trescientos cincuenta almudes para el Asilo Residencia de Ancianos Desamparados de Albacete; 4.º El edificio de la finca Casa de la Peña, con todas sus pertenencias, lo lega a las tres instituciones nombradas en los tres apartados inmediatos anteriores 1.º, 2.º

y 3.º por partes iguales entre ellas; 5.º Cuatrocientos almudes para sus sobrinas carnales Sofía y Ángela, por partes iguales entre ellas; 6.º El edificio de la finca Venta de Peñacárcel, con todas sus pertenencias como casas de señores, de aniaqueros y de guardas, graneros, cocheras, muebles, enseres, aperos, conreo como tractores y maquinaria, para sus antedichas sobrinas Sofía y Ángela, por partes iguales entre ellas”».

Se trata de una causa objetiva de extinción del legado, pues si el testador dispuso libremente de la cosa para legarla a quien tuvo por conveniente en el momento de otorgar el testamento, igual libertad de disposición conserva para, con posterioridad, poder enajenarla en vida, a título oneroso o gratuito, lo que la propia ley interpreta como una efectiva revocación del legado hasta el extremo de, aunque después volviera a integrarse en su patrimonio, el legado habría quedado sin efecto, salvo el caso de que dicha reintegración se produzca por pacto de retroventa. Partiendo de la anterior consideración, no puede alegar el legatario que se ve privado del legado por tal motivo la existencia de fraude alguno pues el artículo 6.4 del Código Civil requiere para su aplicación que se persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él y el hecho de que el testador deje sin efecto un legado, haciendo uso de su libertad de disposición, no comporta la persecución de ninguno de tales resultados. Si, como ocurre en el presente caso, la causante dispuso de los bienes legados, tras haber otorgado testamento, para aportarlos a una sociedad anónima que se constituyó con su propio nombre, operando una verdadera enajenación de los mismos al aportarlos al patrimonio de una sociedad sin infracción alguna de lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil, que se dice infringido, no cabe hablar de abuso de la personalidad jurídica o de levantamiento del velo, pues la doctrina desarrollada doctrinal y jurisprudencialmente en torno a ello tiene por finalidad evitar el fraude y el perjuicio de los derechos de terceros y los actores carecían de derecho alguno frente a la testadora para exigir la efectividad de tales legados. No se ha eludido la aplicación del artículo 659 del Código Civil, que se limita a establecer que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, porque la testadora no tenía que eludir la aplicación de precepto alguno para excluir de su sucesión el legado conferido en el testamento y actuó libremente al dejar fuera de su patrimonio —y, por tanto, de su herencia— determinados bienes; ni cabe hablar de simulación en la constitución de la sociedad que, además, si diera lugar a la nulidad del negocio, únicamente implicaría la restitución de tales bienes al caudal relicto de la causante, pero nunca haría revivir el legado, que ya había quedado sin efecto por aplicación de lo dispuesto en el artículo 869.2.º del Código Civil. En consecuencia, no pueden estimarse infringidos los artículos que se citan, sin que se haya razonado expresamente en el recurso sobre la infracción de las normas de la Ley de Sociedades Anónimas que igualmente se dicen vulneradas, ni se ha resuelto en contra de la doctrina jurisprudencial sobre el fraude de ley por las razones ya apuntadas».

«Lo cierto es que se produjo el supuesto contemplado en el artículo 869.2.º del Código Civil, que produce la extinción del legado, en tanto que la causante dispuso de los bienes previamente legados para aportarlos a una sociedad mercantil que se constituía con su nombre, en cuyo patrimonio social se integraron, la cual estaba llamada a perdurar por su propia naturaleza. Pero, además, posteriormente dispuso de sus acciones a favor de otros sobrinos distintos de los actores, lo que no se acomoda con la actuación de simulación que se dice la cual, sin duda, habría comportado el mantenimiento de los bienes en el propio patrimonio de la causante. De igual modo cabe reiterar aquí que no basta la declaración de

nulidad del negocio para que haya de revivir el legado, que quedó sin efecto por razón de lo dispuesto en el artículo 869.2.º del Código Civil».

III. LAS FUNDACIONES COMO PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS LEGITIMARIAS: NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN DE GESTIÓN DE SU PATRIMONIO. FUNDACIÓN *MORTIS CAUSA* Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 14 DE MARZO DE 2012

1. CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE GESTIÓN DEL PATRIMONIO DE LA FUNDACIÓN: ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS PATRIMONIALES

Conviene tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2012, reitera la línea jurisprudencial vista hasta ahora, si bien con la especialidad —entre otras cuestiones— de la personalidad jurídica del demandante. Se trata de una Fundación constituida *mortis causa*.

Por tanto, las siguientes notas estarán destinadas a recoger el panorama de la regulación del régimen de gestión patrimonial contenido en los artículos 19.2, 21, 22 y 28 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que atribuye al patronato la administración y disposición del patrimonio en la forma establecida en los estatutos y con sujeción a lo establecido en la ley. Ello implica cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integren el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos (9).

Dado que las fundaciones son patrimonios adscritos a fines de interés general, la Ley exige que sus actividades respondan a determinados principios de actuación que podemos concretar siguiendo a ORTIZ VAAMONDE en los siguientes: el principio básico es el cumplimiento de los fines —principal misión de toda fundación— que se traduce en la obligación concreta de destinar a sus fines, como mínimo, el 70 por 100 de las rentas netas que obtenga deducidos los impuestos.

Otro principio fundamental que ha de inspirar la gestión de las fundaciones es el de información, que se traduce en dar cuenta de sus fines y actividades a beneficiarios y posibles interesados que tienen derecho a saber que existe una fundación que puede aportarles algún provecho. También es importante el principio de imparcialidad y no discriminación que implica que la fundación debe atender a sus fines de interés general sin establecer discriminaciones por razón de sexo, raza, religión, nacimiento o cualesquiera otras que puedan afectar a sus posibles beneficiarios. Además, los patronos al administrar el patrimonio deben ajustarse a los principios de economicidad de la gestión —que implica obtener el mayor rendimiento económico minimizando los costes— y del equilibrio financiero— que supone que entre el activo y el pasivo exista un equilibrio que permita mantener estable toda la estructura.

Uno de los objetivos perseguidos por la Ley de Fundaciones 50/2002 —como señala su Exposición de Motivos— ha sido flexibilizar el sistema de gestión patrimonial previsto en la Ley 30/1994, sustituyendo en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa del protectorado por la simple comunicación de la enajenación o gravamen según el tipo de bienes de que se trate, al tiempo que

(9) Vid., por todos, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I. Parte General y Derecho de las personas*, Madrid, 2011, 17.ª ed., y bibliografía allí citada.

se sigue regulando la posibilidad de «autocontratación» que exige autorización del protectorado para que los patronos puedan contratar con la fundación tanto si lo hacen en nombre propio o de un tercero.

2. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOMETIDOS A AUTORIZACIÓN O COMUNICACIÓN AL PROTECTORADO

Se requerirá la previa autorización del protectorado para enajenar de forma onerosa o gratuita, así como para gravar bienes o derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (10). Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales: Cuando la vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del patronato o de un tercero que aporte dichos bienes y derechos y, cuando la vinculación se contenga en una resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial.

En estos supuestos, el protectorado concederá autorización si existe «justa causa debidamente acreditada». Entendemos con SANTOS MORÓN que dado que la finalidad última del sistema de autorización es evitar la posible descapitalización de la fundación, para autorizar la enajenación o el gravamen contemplados en el artículo 21.1, el protectorado deberá guiarse por los siguientes criterios: *a)* Tratándose de una enajenación onerosa, será necesario que el negocio resulte objetivamente beneficioso para la entidad, lo que exige comparar el valor del mercado del bien con el valor de la contraprestación ofrecida; *b)* Tratándose de una transmisión gratuita —por definición perjudicial desde el punto de vista estrictamente económico—, deberá también tenerse en cuenta el valor de mercado del bien para conocer con exactitud el montante de la pérdida patrimonial que la enajenación comporta, así como la función que el bien puede desempeñar en relación con el cumplimiento de los fines fundacionales.

Por otro lado, solo será necesaria comunicación al protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles posteriores a su realización para los restantes actos de disposición no sujetos a autorización, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural declarados por la Administración General del Estado o por las Comunidades Autónomas y los actos de gravamen cuyo importe sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado (11).

(10) Vid., artículo 21.1 LF.

(11) Vid., artículo 21.3 de la Ley 50/2002 y artículo 17 del Reglamento 1337/2005 de Fundaciones. En la normativa autonómica las leyes de fundaciones que imponen una menor injerencia del protectorado en la gestión patrimonial al establecer el régimen de comunicación son: La Ley 12/1994, de 17 de junio, del País Vasco, que en su artículo 22.1 articula un sistema de comunicación al protectorado que ejerce un control *ex-post* de los actos y negocios celebrados por el protectorado. La Ley 1/1998, de 2 de marzo, de la Comunidad de Madrid, en su artículo 16 exige la comunicación al protectorado no solo en los casos de enajenación o gravamen, sino también cuando se acuerde la transacción o el compromiso en árbitros de equidad sobre los bienes integrantes de la dotación fundacional no vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o que representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación. La Ley 2/1998, de 6 de abril, de Canarias, que sustituye en su artículo 13 la autorización del protectorado por la comunicación previa (30 días de antelación) para los actos de enajenación, gravamen y transacción que tengan como objeto los bienes que integran la dotación fundacional, están directamente vinculados al

3. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE HERENCIAS, LEGADOS Y DONACIONES

El artículo 22 de la Ley 50/2002, regula la aceptación de herencias, legados y donaciones por parte de las fundaciones. La aceptación de herencias se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario, prohibiendo así su aceptación pura o simple. La mayoría de las leyes autonómicas imponen el beneficio de inventario (12).

La fundación, al aceptar la herencia a beneficio de inventario, queda obligada solamente hasta donde alcanza el valor de los bienes hereditarios recibidos por la herencia y no responderá de las deudas y cargas con sus bienes propios. Con ello se pretende evitar que por recibir una herencia se ponga en peligro total o parcialmente el patrimonio de la fundación.

Por otro lado, se establece la responsabilidad de los patronos frente a la fundación en el caso de pérdida del beneficio de inventario por los actos de ocultación del inventario o por los actos dispositivos previstos en el artículo 1024 del Código Civil, en concreto: si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

Tratándose de legados y donaciones, el artículo 22.2 de la Ley 50/2002 admite que la fundación pueda aceptar legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias siempre que el Patronato lo comunique al protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo este ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si la aceptación ha sido lesiva para la fundación. Cautela lógica por otra parte, pues en el caso de donaciones o legados sin carga es importante analizar el contenido de la obligación asumida de manera que no suponga una desviación del fin fundacional.

Especialmente criticable es para algunos autores la alusión que realiza la Ley de Fundaciones a las donaciones remuneratorias, sometiéndolas al mismo régimen de comunicación que las donaciones modales u onerosas, y que se debe en buena parte a las dificultades de interpretación que suscita el artículo 622 del Código Civil, a cuyo tenor, «las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto».

Si la donación remuneratoria es aquella que se hace a una persona por sus méritos o para recompensar servicios que no constituyen deudas exigibles

cumplimiento de los fines fundacionales o representen un valor superior al 30 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance. Y la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de la Comunidad de Cataluña, impedía en su artículo 13 la posibilidad de efectuar enajenaciones a título gratuito si bien no exigía autorización ni comunicación alguna cuando se tratase de enajenar o gravar bienes a título oneroso. Este régimen fue alterado por el libro tercero del Código Civil de Cataluña, por el que se redefinieron las funciones de control preventivo del protectorado y, en concreto, la inclusión de la autorización previa. Recientemente ha sido, de nuevo, modificado este sistema mediante la Ley 7/2012, de 15 de junio. En su virtud, el artículo 333.1 flexibiliza este régimen y sustituye la autorización por la «declaración responsable». En las restantes Leyes autonómicas se mantienen ambos regímenes de autorización o comunicación según los casos.

(12) Tal es el caso del artículo 14.1 de la Ley de Fundaciones de Canarias (2/1998, de 6 de abril); artículo 38.1 de la Ley catalana (5/2001, de 2 de mayo); artículo 30.1 de la Ley de Régimen de las Fundaciones de Interés Gallego (12/2006, de 1 de diciembre) y del artículo 22.6 de la Ley valenciana. Como excepciones podemos citar la Ley madrileña (1/1998, de 2 de marzo), la Ley de Castilla y León (13/2002, de 15 de julio) y la del País Vasco (12/1994, de 17 de julio).

(art. 619 CC), y la modal es aquella que impone una carga, la primera supone siempre un enriquecimiento para el donatario, mientras que la segunda puede no ser beneficiosa para la fundación, ello dependerá de cuál sea la carga impuesta. Por lo que las donaciones remuneratorias deberían tener el mismo régimen que las donaciones puras, no siendo necesario poner en conocimiento del protectorado su aceptación.

No parece ser esta la opinión del Consejo de Estado que en su dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Fundaciones, de 9 de julio de 2002, señala: «podría parecer suficiente la inclusión de las donaciones onerosas, ya que las remuneratorias, desde el punto de vista del donatario, no contienen ninguna especialidad, al ser, según el artículo 619 del Código Civil, las que se hacen a una persona “por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles”. No obstante lo anterior, el artículo 622 de dicho Código añade que: “las donaciones con causa onerosa se regirán por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del gravamen impuesto” y, si bien parte de la doctrina considera que se debe a un error y que realmente dicho artículo se refiere solo a las donaciones con causa onerosa, existen otras interpretaciones que equiparan el servicio remunerado al gravamen impuesto al donatario en la donación modal o con carga» (13).

Por otro lado, el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/2002, regula la repudiación o renuncia de herencias, donaciones y legados con cargas, que deberá ser comunicada al protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes a la realización de tal acto, siendo responsables los patronos de dicha acción. Así pues, dado que solo es precisa la comunicación al protectorado para aceptar donaciones y legados con cargas y para repudiar donaciones y legados puros, la no aceptación de una donación onerosa o la repudiación de un legado modal puede llevarse a cabo sin necesidad de que el patronato lo ponga en conocimiento del protectorado.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 14 DE MARZO DE 2012: EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EFECTUADO POR EL PROPIO ACCIONISTA ÚNICO AL DISPONER UN LEGADO DE UN PALACIO PARA UNA FUNDACIÓN QUE SE HABRÍA DE CONSTITUIR A SU MUERTE BAJO EL PATRONATO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA: EL IMPERIO DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

En el Fundamento Primero, el ponente aclara y sistematiza la intrincada situación patrimonial y societaria de las partes implicadas. Así dice: «Debe partirse del testamento que otorgó el causante, padre de las codemandadas doña Belinda, doña Isabel, doña Celsa y doña Soledad, don Gervasio, domiciliado en Suiza, testamento de fecha 20 de abril de 1988, en que manifestó que su sucesión se regía “en todo lo posible, por el Derecho suizo”, lo que modificó en la ampliación de testamento ante el mismo notario suizo, de 29 de marzo de 1989,

(13) En la normativa autonómica, la regulación de la aceptación de herencias, legados y donaciones con cargas es semejante a la normativa estatal, aunque con algunos matices. La Ley gallega (12/2006, de 1 de diciembre) exige en su artículo 30.2 comunicación expresa al protectorado para la aceptación de legados y donaciones con carga y para la repudiación de herencias, donaciones o legados sin carga; la Ley catalana (5/2001), en su artículo 38 no exigía autorización para aceptar donaciones o legados, aunque sean onerosos, y la Ley vasca (12/1994), en su artículo 21 se limita a disponer que la aceptación o repudiación de legados y donaciones, sean puros u onerosos, deberá ser comunicada al protectorado.

en que expresa “que toda mi sucesión debe regirse por mi derecho patrio de Cataluña”. En dicho testamento nombra herederas a sus cuatro hijas mencionadas y dispone de una serie de legados en el apartado 4; uno de ellos es el objeto del litigio y reza así: *c) la finca de Barcelona, número ... pasará, incluyendo el parque y jardín, así como el palacio en el número con todo su contenido completo, a una fundación que llevará mi nombre. La fundación tendrá como finalidad la conservación y mantenimiento de estas instalaciones y su visita y aprovechamiento útil por el público bajo el patronato de la ciudad de Barcelona*».

Por su parte, «el mencionado testador falleció el 9 de mayo de 1991 y el Ayuntamiento de Barcelona constituyó la FUNDACIÓN JULIO MUÑOZ RAMONET, demandante en el presente proceso, que reclama la declaración de la validez de este legado y su cumplimiento. El objeto del legado atribuido a dicha Fundación es un conjunto inmobiliario, con un contenido inventariado de altísimo valor, era propiedad y lo sigue siendo, de la entidad Culturarte, S. A., también codemandada. La titularidad de todas las acciones de esta sociedad anónima correspondía al mismo causante don Gervasio, en el momento de otorgar testamento. En fecha 16 de febrero de 1991, este dirigió carta a Culturarte, S. A., con el siguiente texto: *Muy señores míos: en mi condición de accionista de esa sociedad, hago constar que mis hijas doña Belinda, doña Isabel, doña Celsa y doña Soledad, a quienes tengo concedidos poderes para que me representen como a tal en los actos y Juntas de la compañía, se hallan autorizadas para acordar los aumentos de capital que estimen procedentes, y renuncio y acepto que los derechos de suscripción de las ampliaciones de capital que se produzcan sean suscritas por mis hijas doña Belinda, doña Isabel y doña Celsa exclusivamente, pudiendo las mismas llevar a cabo la suscripción y desembolso a su cargo en la forma que acuerden, reservando a mi favor los derechos de usufructo vitalicio de tales ampliaciones en el momento de la suscripción, o en documento aparte. Para que conste, libro la presente en fecha de hoy*. Las mencionadas cuatro hijas, en virtud de los poderes que les había otorgado el 3 de diciembre de 1990, tras celebrar junta general de accionistas, que acordó ampliar el capital social, suscribieron las nuevas acciones, todas menos una que suscribió INTERSERVI, S. L., sociedad cuya titularidad de las participaciones las tenían totalmente ellas, también codemandada, con lo cual pasaron a gozar tras la muerte del causante, del total control de la sociedad propietaria de los bienes inmuebles y muebles objeto del legado».

Se deduce de todo lo anterior que la Fundación sea quien reclame «la entrega del objeto del legado. Formuló demanda interesando la declaración de la validez y eficacia del mismo y la condena a las hijas del causante a su entrega, inmuebles y muebles, con sus frutos e intereses y, en su caso, que los adquieran a su costa y los entreguen o, de no ser posible, al pago de su valor o estimación; condena asimismo a las sociedades anónimas a hacer todo lo necesario para la efectividad de la entrega de los legados».

5. LA CALIFICACIÓN DEL LEGADO COMO DE COSA ESPECÍFICA PROPIA DEL TESTADOR: NO SE ESTIMA LA ALEGADA REVOCACIÓN TÁCITA

Siguen los Fundamentos Jurídicos de la sentencia, afirmando con claridad que «toda la polémica litigiosa se ha centrado en el legado, en la medida en que la misma ha llegado ante esta Sala por razón de los recursos interpuestos por las partes codemandadas; la Fundación demandante ha aceptado la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Esta sentencia ha calificado el *legado como de*

cosa específica propia del testador ex artículo 882 del Código Civil, aplicando al caso la *doctrina del levantamiento del velo* y negando la alegada *revocación del legado*, tanto por interpretar la voluntad del causante plasmada en su testamento, conforme al artículo 675 del Código Civil como por negar la existencia de revocación tácita contemplada por el artículo 869.2.º del Código Civil y por las sentencias de 13 de junio de 1994, 24 de enero de 2006 y 19 de noviembre de 2007».

«Es más que discutible la calificación de *legado de cosa propia específica del testador*, ya que la titularidad dominical de esta era de la entidad CULTURARTE, S. A., cuya totalidad de las acciones pertenecía al testador. Aplicando la *doctrina del levantamiento del velo*, la sentencia de la Audiencia Provincial ha entendido que el objeto del legado era cosa propia de este. La parte demandante, FUNDACIÓN JULIO MUÑOZ RAMONET se ha aquietado ante esta calificación, ya que la Audiencia Provincial ha confirmado el fallo estimatorio de la demanda, contenido en la sentencia de primera instancia. Las partes demandadas, recurrentes en casación, han orientado la defensa de sus pretensiones, que niegan el cumplimiento del legado bajo esta calificación. En consecuencia, esta Sala no la combate, sino que debe aceptarla y partir de la misma».

«Lo cual plantea el problema de la posible *revocación tácita* del mismo, que contempla —como se ha apuntado— la que se produce *por la enajenación de la cosa legada*, conforme dispone el artículo 869.2.º del Código Civil. El caso de autos se produce porque las herederas del testador, sus cuatro hijas, en virtud del poder de representación que les había sido otorgado por este y tras la renuncia del mismo a su derecho de suscripción preferente, habían hecho una importante ampliación de capital y suscribieron las acciones, quedando la gran mayoría en su titularidad y restando una pequeña parte en el causante, de quien son herederas. Lo cual en ningún caso puede ser considerado una revocación tácita de legado. En primer lugar, porque es revocatoria la enajenación voluntaria del testador, pero solo la hecha por él; así lo dice expresamente la norma citada: *si el testador enajena...* y la jurisprudencia ha conectado esta revocación tácita con la voluntad del testador; la sentencia de 13 de junio 1994 dice: «...lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869 del Código Civil es la voluntad tácita del donante *mortis causa* o testador...», y la de 24 de enero de 2006 añade que: «...no se probó la voluntad revocatoria... esta enajenación implica un cambio de su voluntad». En segundo lugar, porque —en relación con lo anterior— la sentencia de instancia ha declarado rotundamente que el testador nunca tuvo voluntad de revocar el legado; dice literalmente que «la voluntad del señor Gervasio nunca fue enajenar los bienes y objetos del legado en favor de tres de sus cuatro hijas». Y añade: «El señor Gervasio otorgó testamento disponiendo, como propios, porque lo eran, de todos los bienes que integraban su patrimonio y gestionaba a través de un entramado societario. No lo modificó, pudiendo hacerlo, y no enajenó bien alguno del legado instituido en favor de la Fundación, pues todos los bienes permanecieron tras su muerte en el mismo entramado societario, gestionado a partir de ese momento por sus hijas en su propio beneficio, a través de las personas de su confianza. En consecuencia, el legado nunca fue revocado, y todas las demandadas deberán respetar la voluntad del señor Gervasio, como se dispone en la sentencia recurrida, pues las sociedades no son terceras de acuerdo con los principios de buena fe y equidad, y así debe entenderse para evitar el abuso de derecho o su ejercicio antisocial». La cuestión que se plantea cuando la cosa sale del patrimonio del causante pero no como revocación tácita, es decir, por enajenación hecha no por el testador, qué sucede con el cumplimiento del legado: debe entenderse que el legado, al

no ser revocado, subsiste y no pierde su eficacia, por lo cual los herederos gravados deberán entregar la cosa legada si es posible y, de no serlo, su precio o estimación de la misma. No cabe obviar el texto del mencionado artículo 869.2.º del Código Civil: *si el testador enajena* (la cosa legada) *el legado queda sin efecto*; por lo cual *a sensu contrario*, si el testador no enajena, porque no fue el propio testador el que enajenó, el legado mantiene su eficacia. Este es el caso presente y la solución dada por la sentencia de instancia».

IV. APRECIACIONES FINALES SOBRE LA INEFICACIA Y REVOCACIÓN DEL LEGADO

Es constante la línea jurisprudencial sobre el imperio de la voluntad del causante en el ámbito del Derecho Sucesorio y su aplicación práctica en cuantos asuntos dejen margen suficiente para su materialización. Es el caso de la revocación de legados y la interpretación que deba darse a ciertos actos ante los cuales el artículo 869 presume el concurso de intención revocatoria. Con todo, existe práctica unanimidad doctrinal y jurisprudencial, referida a que procederá la revocación del legado, siempre y cuando la enajenación sea en el ejercicio de su libérrima voluntad del disponente testamentario y, muy especialmente, que dicha transmisión haya sido realizada por el testador. A mayor abundamiento, procederá la aplicación de la teoría del levantamiento del velo si quien ha evidenciado el concurso de dichos entramados societarios ha sido precisamente el testador. Por tanto, podría resultar razonable que en aquellos supuestos en que no se cause perjuicio a un tercero, la directa consecuencia del levantamiento del velo beneficie al testador y socio único en varias entidades. Aunque a fuer de ser sinceros, en las sentencias de contraste no se pone en tela de juicio la licitud de estos entramados por no haberlo hecho la contraparte procesal.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA: «Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dirs.), Madrid, 1998, 2.ª ed.
- ÁLLI TURRILAS: *La Fundación, ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, Estados Unidos, Alemania y Francia)*, Madrid, 2012.
- CASA GARCÍA: «La fundación empresa», en OLIVENCIA, FERNÁNDEZ NOVOA y JIMÉNEZ DE PARGA (Dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil, XVIII*, Madrid, 2009.
- DÍAZ FRAILE: «Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias», en *ADC*, LIV-2, 2001.
- EMBED IRUJO: «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, Madrid, 2010.
- ECHEVARRÍA DE RADA: «La revocación del legado por enajenación de la cosa legada durante la *vacatio testamenti*», en *BMJ*, núm. 2051, págs. 4561 y sigs.

- GARCÍA CANTERO: «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *RCDI*, 497, 1973, págs. 781 a 810.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), Pamplona, 2009, 3.^a ed., págs. 1030 a 1067.
- GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Tomo II, Madrid, 1865, 7.^a ed.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA: *El legado de cosa ajena*, Madrid, 1985.
- «13 de junio de 1994. Donación *mortis causa*; equiparación al legado. Revocación del legado por enajenación posterior de la cosa legada —expropiación forzosa—, subrogación real. Pago del legado», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 36, págs. 1135 a 1144.
- HERNÁNDEZ GIL: *Revocación tácita de los legados: notas sobre el artículo 869.2 del Código Civil*.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992).
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, I, Parte general y Derecho de la persona*, Madrid, 2011, 17.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2011, 7.^a ed.
- POUS DE LA FLOR, LEONSEGUI GUILLLOT, DEL RÍO COBIÁN (Dir.): *Gestión y administración de fundaciones*, Prólogo de Javier Nadal, Madrid, 2012.
- LÓPEZ JACOISTE: «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *RDP*, 1965, pág. 567 y sigs.
- MORENO QUESADA: «El cumplimiento del legado de cosa ajena», en *ADC*, 1961, pág. 615 y sigs.
- MOREU BALLONGA: *El legado genérico en el Código Civil*, Madrid, 1991, 1.^a ed.
- MOZO BRAVO: «El legado de inmueble específico y determinado», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, t. I, Madrid, 1988, pág. 443 y sigs.
- O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho Civil. Tomo 5 (Derecho de Sucesiones)*, Barcelona, 1999.
- ORTIZ VAAMONDE: *Fundaciones. Cien preguntas clave y sus respuestas*, Madrid, 2002.
- PÉREZ ÁLVAREZ: «Comentario crítico de “El legado genérico en el Código Civil”, de José Luis Moreu Ballonga, Madrid, 1991», en *RCDI*, 612, 1992, pág. 2252 y sigs.
- PIQUER MARÍ: «La revocación tácita de legados por venta de cosa legada: de Q. Mucio Escevola a Pomponio», en *Revista General de Derecho Romano*, 13, 2009.
- ROCA SASTRE: *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- TAPIA: *Febrero novísimo, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, tomo primero, Valencia, 1828.
- VIVAS TESÓN: «La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2004 (*RJ* 2004/1027)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 13, 2004, págs. 335 a 346.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 28 de octubre de 1930.
Sentencia de 29 de septiembre de 1986.
Sentencia de 13 de junio de 1994.

Sentencia de 24 de enero de 2006.
Sentencia de 19 de noviembre de 2007.
Sentencia de 14 de marzo de 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Auto de Catalunya (Sala Civil y Penal), de 23 de junio de 2011.

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sentencia de León, de 8 de octubre de 2010.
Sentencia de Tarragona, de 27 de octubre de 2010.
Sentencia de Pontevedra, de 19 de mayo de 2011.
Sentencia de A Coruña, de 19 de julio de 2011.

RESUMEN

**REVOCACIÓN DE LEGADOS:
VOLUNTAD DEL TESTADOR
FUNDACIONES MORTIS CAUSA
Y SOCIEDADES UNIPERSONALES**

Estas líneas abordan de entre las denominadas causas de ineficacia del legado, la revocación prevista en el segundo punto del artículo 869 por cuanto advierte que «si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella» el legado quedará sin efecto. Las controversias judiciales sobre esta revocación —haya sido declarada expresamente por el causante o tácita mediante la realización de ciertos negocios— dimanan, con frecuencia, de las resistencias de los herederos en hacer entrega del legado. Resulta especialmente ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2012, habida cuenta de que el legatario es, en particular, la fundación que tras el fallecimiento del causante constituye el Ayuntamiento de Barcelona, a la que el propio causante había designado beneficiaria de un conjunto inmobiliario de elevado valor. Los herederos gravados se niegan a la entrega del objeto del legado, evidenciándose en los hechos declarados

ABSTRACT

**REVOCATION OF INHERITANCE:
TESTATOR'S WISHES
FOUNDATIONS MORTIS CAUSA
AND SINGLE PROPRIETORSHIPS**

A certain case of grounds for devise invalidity is addressed, that of revocation as provided for in article 869.2, which warns, «If the testator disposes of the devised or bequeathed thing or part thereof by any title or for any cause», the legacy, devise or bequest becomes void. Judicial controversies over revocation under these circumstances —whether revocation is declared expressly by the testator or effected tacitly by the performance of certain acts— frequently stem from the heirs' unwillingness to hand over the inheritance. The Supreme Court's ruling of 14 March 2012 is especially illustrative. The legatee there is a foundation created by the City of Barcelona after the testator's death, which foundation the testator himself named beneficiary of an extremely valuable collection of real estate. The aggrieved heirs refuse to hand over the devise. On the evidence of the officially proved findings of fact, it is held that, although the thing left the estate of the deceased, it did not do

probados que si bien la cosa salió del patrimonio del causante, no fue como revocación tácita. La singularidad reside en que dicha enajenación no fue materializada por el testador, sino por una de las numerosas sociedades de las que era accionista único. Al margen de la dudosa calificación de esta disposición como legado de cosa específica del testador, la sentencia ratifica la uniforme línea jurisprudencial sobre la revocación tácita y el imperio de la voluntad del causante.

so as a tacit revocation. The singular feature of the case is that the disposal was not actually effected by the testator, but by one of the numerous companies in which he was the sole shareholder. The doubtful classification of this provision as a devise of a specific thing by the testator aside, the ruling ratifies the uniform line of jurisprudence on tacit revocation and the rule of the decedent's wishes.

1.5. Obligaciones y Contratos

EL CONTRATO A FAVOR DE PERSONA POR DESIGNAR: SU RÉGIMEN JURÍDICO, EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN Y SUS EFECTOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctoranda EEES en Derecho

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y CONCEPTO.—II. FINALIDAD PRÁCTICA.—III. CONTRATOS QUE ADMITEN LA CLÁUSULA «PARA PERSONA A DESIGNAR»: 1. MODALIDADES CONTRACTUALES QUE ADMITEN ESTA CLÁUSULA. 2. CONTRATOS QUE NO LA ADMITEN.—IV. NATURALEZA JURÍDICA: 1. TEORÍA DEL CONTRATO CONDICIONAL. 2. TEORÍA DEL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. 3. TEORÍA DE LA CESIÓN DEL CONTRATO. 4. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN.—V. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN: 1. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES. 2. REQUISITOS FORMALES. 3. ACEPTACIÓN DEL DESIGNADO.—VI. EFECTOS: 1. DURANTE LA PENDENCIA. 2. EFECTOS DESPUÉS DE LA ELECCIÓN DEL DESIGNADO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO Y CONCEPTO

Dedicamos este trabajo al estudio del contrato para persona a designar, la posibilidad de atribuir a un tercero los beneficios o resultados dimanantes de un contrato forma parte de un amplio ámbito potencial de la relación contractual que hoy en día, nadie cuestiona. El contrato para persona a designar presenta una particularidad con relación a las demás figuras jurídicas con las que puede tener alguna concomitancia: el promitente desconoce la identidad de aquel con quien va a quedar vinculado definitivamente.

Este contrato consiste en que una de las partes intervinientes, llamada estipulante, manifiesta a la otra, denominada promitente, que contrata «para sí o para

persona a designar», de manera que una vez hecha la designación, la persona elegida ocupa *ex tunc* la posición de parte contractual, asumiendo los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, y desplazando de esta manera a quien lo designó, el cual queda desligado del contrato (1).

Se trata más que de un contrato *per se*, de una cláusula que se puede incorporar a un contrato, lo que se justifica por el artículo 1255 del Código Civil, y que introduce en el esquema negocial una modificación subjetiva que afecta a su régimen jurídico y a su funcionamiento.

Ha sido muy poco estudiada en la doctrina a lo que se suma la inexistencia de una regulación positiva de esta figura contractual en Derecho común, solo ha sido contemplada en las leyes procesales e hipotecarias en su modalidad de venta en pública subasta. La Compilación Foral de Navarra regula esta figura en su Ley 514, denominándola «contrato con facultad de subrogación» (2) y encuentra su fundamento en el principio de libertad contractual, ya que todo el Derecho navarro se basa en la primacía de la voluntad privada manifestada en la regla *paramento fuero vienze*. Esta cláusula puede insertarse en cualquier contrato que, por su naturaleza jurídica, admita una modificación subjetiva.

En ordenamientos jurídicos como el italiano y el anglosajón sí se contempla esta figura (3), la cual también encuentra acomodo en el Proyecto del Código

(1) Es significativa la descripción de contrato para persona a designar que nos ofrece la SAP de Pontevedra de 28 de enero de 2003: «Se trata del contrato que consiste en que uno de los contratantes, llamado estipulante, se reserva la facultad o la posibilidad de designar en un momento posterior y dentro de un plazo al efecto prefijado o determinado a una tercera persona —que en el momento de la celebración del contrato es desconocida o ha quedado indeterminada— la cual ocupará en la relación contractual el lugar del estipulante, desligándose este de la misma. Para su plena efectividad se requiere, ineludiblemente, que la designación del tercero —que en ningún caso podrá relegarse a tiempo indefinido o *sine die*— se haga dentro del plazo estipulado para ello por las partes o del expresamente señalado por la ley, de tal modo que, transcurrido el expresado plazo, bien sea este convencional o legal, sin que se realizase la designación o *electio* de dicho tercero —o sin que se realizase la designación de forma regular y eficaz—, el estipulante queda como único contratante y como definitivo obligado. Por el contrario, si la designación del tercero se hace regular y eficazmente y dentro del plazo establecido, se entenderá que el designado ha sido el único contratante y el estipulante quedará desligado de la relación jurídica y desaparecerá de la escena como si nunca hubiere estipulado».

(2) Ley 514: «Puede concertarse un contrato con facultad, para cualquiera de las partes, de designar posteriormente la persona que deba subrogarse en sus derechos y obligaciones. El otro contratante, en cualquier momento, podrá requerir a quien esté facultado para que haga la designación dentro del plazo máximo de un año y un día, a contar del requerimiento, a no ser que en el contrato, o por Ley, se hubiere establecido otro término.

La declaración que designe la persona deberá notificarse a la otra parte dentro del plazo. Hecha la notificación, la persona designada se subroga en los derechos y asume las obligaciones de la parte que le designó, con efecto desde el momento de la celebración del contrato.

Si dentro del plazo no se notificare la designación de persona, el contrato producirá todos sus efectos entre las partes que lo celebraron».

(3) Conforme a sus orígenes se reguló por primera vez en el Código francés de Procedimiento Civil, pasando luego al Código italiano de igual clase. En la actual doctrina alemana se admite sobre la base de una representación basada en las circunstancias, así en las ventas realizadas en los grandes almacenes se considera legitimado para hacer reclamaciones, no a la persona que pagó la mercancía sino a la que la exhibe junto con el ticket de compra. También se regula en el artículo 452 del Código Civil portugués de 1966.

Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, en concreto su regulación está tipificada en los artículos 70 y 71 (4). La previsión es oportuna, ya que de no reservarse de modo expreso esta facultad a favor de cualquiera de las partes, el tercero o el destinatario real del contrato, no podrían hacer valer el cumplimiento del mismo en su favor; sino que sería necesario un nuevo convenio de cesión de derechos y obligaciones a favor del mismo.

La especialidad que se contempla consiste en que cualquiera de las partes se reserva la facultad de designar el sujeto que debe adquirir los derechos y asumir las obligaciones que derivan del contrato. Tal cláusula puede mencionarse ya en los tratos preliminares e insertarse en el contrato final; cabe formularla en cualquier momento anterior a la perfección del contrato, incorporándose como cláusula adicional en la antefirma o en cláusula posterior complementaria.

Tal facultad pertenece a la autonomía de la voluntad contractual y, en principio, corresponde a ambas partes contractuales, pero se excluye en los contratos que no pueden ser concluidos por medio de representante o en aquellos en los que es imprescindible la identificación de los contratantes efectivos en el momento de la conclusión del contrato. Insertada válidamente dicha cláusula, hay un plazo de ocho días, siempre que las partes no hayan convenido un plazo diferente, para comunicar a la otra parte el nombre de la persona designada, aplicándose las reglas del artículo 21 de dicho Código sobre presunciones de conocimiento. La designación no surte efecto si no va acompañada de la aceptación expresa de la persona designada a menos que con anterioridad hubiera otorgado poder expreso al respecto.

Como requisito *ad substantiam* se exige que tanto para notificar la designación como para aceptarla se utilice la misma forma que en el contrato. De la misma forma si tanto la legislación del lugar de celebración como la del país donde deba cumplirse el contrato, exigen una forma determinada, la misma deberá ser observada para perfeccionar aquellos actos.

Una vez hecha válidamente la designación de la persona que deba sustituir al contratante, esta adquiere en exclusiva los derechos y asume las obligaciones que derivan del contrato desde el mismo momento en que este ha sido celebrado. Pero, por el contrario, si la indicación de la persona designada no ha sido correctamente efectuada en el plazo fijado por la ley o por las partes, el contrato produce definitivamente sus efectos entre los contratantes originarios.

II. FINALIDAD PRÁCTICA

La cláusula «por sí o para persona a designar» nace como consecuencia de la expansión del tráfico comercial, motivada por el desarrollo económico y social que tuvo lugar en distintas partes de Europa. Fue en Italia donde tiene su origen, y posteriormente genoveses y venecianos la utilizaron en sus relaciones

(4) El artículo 70 bajo la rúbrica: «Reserva de designación y modalidades de la declaración», dice en su párrafo primero: «Hasta el momento de la conclusión del contrato, una parte se puede reservar la facultad de indicar, más adelante, la persona que adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones nacidas del contrato. Tal facultad no existe en los contratos que no pueden ser concluidos por medio de representante o en aquellos en los que es imprescindible la identificación de los contratantes efectivos en el momento de la conclusión del contrato».

comerciales con los españoles (5); sin embargo, su desarrollo técnico tiene lugar en Francia, especialmente en la época y zona geográfica del *droit coutumier*.

Las diversas causas que motivaron su origen explican las numerosas finalidades que se pueden alcanzar con este tipo de contratación. En primer lugar, cabe mencionar un motivo social y económico, ya que en esa época personas de elevada condición social intentaban no intervenir directamente en las ventas públicas y recurrían a un hombre de confianza que se reservaba el derecho de designar ulteriormente al verdadero adquirente. De esta manera, se evitaba colocarlas ante una situación que pusiera de manifiesto su falta de medios para pujar en una subasta hasta lograr el remate y se conseguía evitar que el vendedor pidiera un precio más alto en consideración a su riqueza personal (6). En segundo lugar, una razón pragmática facilitó el uso de esta práctica en el ámbito de las ventas privadas, ya que se consideraba esta operación como una sola transmisión, con la consiguiente ventaja que ello conllevaba (7). Una vez producida la designación, el sujeto elegido entraba en la relación jurídica con efectos *ex tunc* y desaparecía el estipulante o intermediario.

En una primera etapa, la estipulación para persona a designar exigía un mandato expreso entre el estipulante y el designado. Posteriormente, se entendió que dicho mandato no era esencial y que podía sustituirse con la aceptación posterior del elegido. Actualmente, se considera esta figura como un instrumento de la actividad intermediaria o de la circulación indirecta de las situaciones jurídicas obligatorias (8).

Las circunstancias anteriormente expuestas nos revelan que en nuestro ordenamiento jurídico, el punto de partida del contrato, «por sí o para persona a designar» está vinculado a las ventas judiciales en pública subasta en las que se facultaba al eventual adjudicatario de los bienes subastados a ceder el remate a una tercera persona. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 introdujo en su artículo 1499 (9), la posibilidad del rematante de ceder el remate a un tercero, admitiendo esta posibilidad en las subastas públicas tanto de bienes muebles como inmuebles, y la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, regula esta materia en su artículo 647.3 (10), señalando que la cesión se verificará me-

(5) DE CASTRO, «Contrato para persona a designar», en *ADC*, 1952, pág. 1369, dice que Salgado se ocupa de este contrato no porque fuese corriente en España, sino porque los españoles se veían envueltos en juicios de quiebras de comerciantes italianos, entre los que esta manera de contratar era frecuente.

(6) SERRANO Y SERRANO, «El contrato a favor de persona a designar hasta la primera mitad del siglo XIX», en *Discurso de apertura del curso de 1956-1957*, Universidad de Valladolid, 1956, pág. 88.

(7) La ventaja de no tener que satisfacer dos impuestos permitió la extensión de esta figura a otros países.

(8) NAVARRO MICHEL, M., *El contrato para persona a designar. Nuevas perspectivas*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 24.

(9) Este artículo fue objeto de progresivas adaptaciones encaminadas a poner freno a los posibles abusos de los llamados «subasteros», mediante la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de la reforma procesal.

(10) El artículo 647.3 de la LEC (modificado por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial) señala: «Sólo el ejecutante podrá hacer la postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo

dante comparecencia ante el secretario judicial con asistencia del cesionario, que deberá aceptarla, previa o simultáneamente al pago del precio del remate.

La cesión del remate tiene ahora una doble limitación objetiva y subjetiva. Desde el punto de vista objetivo, queda excluida la posibilidad de ceder el remate en las subastas de bienes inmuebles, novedad importante respecto a la legislación anterior que permitía ceder el remate no solo en las subastas de bienes muebles sino también en la de inmuebles.

La limitación subjetiva establece que solo el ejecutante puede ceder el remate, al que se le reconoce también la posibilidad de reservarse la facultad de ceder el bien no solo cuando se le adjudica el bien en pública subasta, sino también cuando solicita la adjudicación de los bienes embargados. En algunas ocasiones, el acreedor se ve obligado a pedir la adjudicación del bien en la tercera subasta para evitar la enajenación del patrimonio del ejecutado a un precio irrisorio, tan bajo que ni siquiera sirve para cubrir la deuda. Como no quiere adquirir bienes, sino ser resarcido dinerariamente de su crédito, se reserva la facultad de ceder el bien a un tercero. Si finalmente encuentra a un comprador interesado en adquirir el bien, esta venta tiene una serie de ventajas económicas, sobre todo de tipo fiscal en relación con la venta ordinaria.

Por su parte, la referencia normativa hipotecaria a la cesión del remate se encuentra tipificada en los artículos 681 a 698 de la LEC, bajo la rúbrica: «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados», que han sustituido a los artículos 131 y 132 de la LH. En relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, el artículo 236.h) 4 RH (11) permite que la adjudicación a favor del ejecutante o el remate a favor del mismo o de un acreedor posterior pueda hacerse a calidad de ceder a un tercero. Tanto la doctrina (12) como la jurisprudencia (13) reconocen que la cesión del remate es una modalidad del contrato por persona a designar.

Y una manifestación más de la importancia práctica de esta figura ha sido señalada por DE CASTRO, el cual señala como finalidad a cubrir la exención de responsabilidad del estipulante por los vicios de la cosa vendida, «es posible utilizar la cláusula de reserva para que produciéndose los efectos contractuales entre promitente y designado eximirse el estipulante de responsabilidad por los vicios de la cosa vendida y del riesgo de insolvencia del designado» (14).

ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalente. La misma facultad tendrá el ejecutante en los casos en que se solicite la adjudicación de los bienes embargados con arreglo a lo previsto en esta ley».

(11) El artículo 236.h) 4 del RH dice: «Sólo la adjudicación a favor del ejecutante o el remate a favor del mismo o de un acreedor posterior podrá hacerse a calidad de ceder a un tercero. El rematante que ejercitare esta facultad habrá de verificar dicha cesión mediante comparecencia ante el Notario ante el que se celebró la subasta, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla y todo ello previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate».

(12) BALLESTER GINER, E., «Cesión del remate», en *RDP*, 1988, pág. 351, lo encuadra dentro del artículo 1210 del Código Civil, como una forma de pago por tercero interesado que da lugar a la subrogación.

(13) Vid STS de 18 de febrero de 1994, cuya doctrina ha sido recogida en la STS de 23 de febrero de 2004 y en la STS de 8 de febrero de 2005. También podemos mencionar las SSTs de 22 de noviembre de 2006 y de 2 de marzo de 2007, entre otras.

(14) DE CASTRO, *op. cit.*

III. CONTRATOS QUE ADMITEN LA CLÁUSULA «PARA PERSONA A DESIGNAR»

La cláusula «por sí o por persona a designar» es susceptible de ser aplicada en cualquier contrato que por su naturaleza jurídica admita una modificación subjetiva, pero también hay otros con los que por su naturaleza intrínseca, dicha cláusula es incompatible. Vamos a estudiar en este epígrafe ambos tipos de contratos.

1. MODALIDADES CONTRACTUALES QUE ADMITEN ESTA CLÁUSULA

La práctica contractual nos demuestra que la reserva de la facultad de designación tiene lugar, normalmente, en el contrato de compraventa o su correspondiente contrato preliminar (15). Su aplicabilidad no está limitada a este tipo contractual, pero fuera de él, su aplicación será bastante escasa, ya que la finalidad que justifica que las partes celebren un contrato para persona a designar, es que la sustitución subjetiva tiene efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato, lo cual permite eludir la carga fiscal de la doble transmisión y otros gastos derivados de ello.

La característica esencial del contrato con cláusula «por sí o para persona a designar» es que la prestación en que consiste su cumplimiento es fungible, es decir, para el promitente es, en principio, indiferente la persona que va a ocupar la posición de la otra parte contractual.

A) *El contrato de compraventa: el contrato privado de compraventa elevado a escritura pública a favor de persona que se designará*

El contrato de compraventa es el tipo paradigmático de contrato para persona a designar. Lo normal es que la facultad de designar a otra persona para que

(15) Como señala VALLET DE GOYTISOLO: «Los casos más frecuentes en la práctica de contratos a favor de persona que se designará o por persona a designar se refieren a la compraventa, la opción de compra y la promesa de contratar», en *Contrato de compraventa a favor de persona a determinar*, AAMN, 1954, pág. 559. En el mismo sentido se pronuncian DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, se refieren a los contratos de compraventa, opción o promesa bilateral de compra y venta como aquellos en que suele reservarse el estipulante la facultad de designación, en *Sistema de Derecho Civil*, II, cit., pág. 91 y sigs. En relación a un supuesto calificado de compraventa con reserva de designación de la persona a favor de quien se había de otorgar la correspondiente escritura pública, la STS de 3 de diciembre de 1999, señala que dicho contrato lo era «con la cláusula tan frecuente, admisible y admitida de persona para designar» y, sobre un caso de compraventa en que se había precisado en el documento privado que la escritura pública correspondiente se otorgaría cuando se abonase el precio, a nombre de la persona que se designará, la STS de 5 de octubre de 2007 expresa ser el «caso frecuente». En la STS de 14 de abril de 2005, el comprador de unas naves en documento privado crea dos sociedades ficticias y las hace constar como compradoras en las posteriores escrituras públicas, el TS concluye que tal actividad daba lugar a la simulación fraudulenta de poner las fincas a nombre de otro para sustraerlas a la acción de los acreedores, no habiendo lugar, como pretendía el recurrente, a la «realización del contrato por persona a designar».

La STS de 27 de junio de 2003 contempla el supuesto de que también es aplicable dicha cláusula a la dación en pago, cuya función es asimilable a la compraventa.

ocupe su posición contractual se reserve al comprador y, aunque nada impide pactarla a favor del vendedor, en la práctica será inusual. Se ha intentado justificar esta hipótesis en base a la validez de la venta de cosa ajena: si es admisible vender cosa ajena debe aceptarse también que el vendedor se reserve la facultad de designar a un tercero. Considero que ambos supuestos no son comparables y, sin embargo, para el vendedor de cosa ajena, la inclusión de esta cláusula en el contrato puede facilitar la transmisión de la propiedad de la cosa desde el verdadero propietario hasta el adquirente.

En la práctica contractual diaria es frecuente el contrato de compraventa celebrado en documento privado, que incluye una cláusula en virtud de la cual se faculta al comprador a pedir el otorgamiento de escritura pública a favor de persona distinta, que se designará en un momento posterior. Se trata de un contrato de mucho arraigo en Navarra (16), las partes celebran un contrato de compraventa, ya perfeccionado, y el ejercicio de la facultad de designación conlleva la sustitución del comprador original por otra persona con efectos retroactivos, quedando el vendedor vinculado a la elección que haga aquel. La particularidad en este caso consiste en que el plazo de designación no queda fijado expresamente, sino que se vincula a la ocurrencia de un hecho: la elevación del contrato a escritura pública.

Los distintos supuestos que se han planteado en la práctica han sido calificados por el TS de diferente manera, así la sentencia de 21 de noviembre de 1997, lo califica de contrato atípico denominado «para persona que se designará». En otros casos ha sido encuadrado dentro de la estipulación a favor de tercero, así la STS, de 13 de mayo de 1983, analizaba un contrato de compraventa que incluía un pacto en virtud del cual el vendedor se comprometía a otorgar la escritura pública de compraventa del piso a favor del comprador o de la persona que este designara, una vez que hubiera hecho efectivo el pago total del precio convenido.

B) *La venta a plazos de bienes muebles*

La Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, contiene algunas referencias a la facultad de una de las partes contractuales de ceder el contrato a otra persona, así en su artículo 7.9 contempla entre las circunstancias que deben constar obligatoriamente en el contrato, «la facultad de cederlo a favor de persona aún no determinada, cuando así se pacte». Una vez celebrado el contrato de compraventa, el vendedor puede tener interés en ceder el contrato, pendiente solo el pago del precio restante (17), el designado asumirá la posición de financiar la venta, para lo cual puede solicitar la cesión de la reserva de dominio (18).

(16) El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 9 de junio de 1991, señala que el contrato con facultad de subrogación es muy frecuente en los contratos privados de viviendas o locales en construcción con precio aplazado donde se pacta la designación del definitivo comprador al elevar el documento a público.

(17) GARCÍA SOLÉ, F., *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 148 y sigs., explica que esta norma está prevista para las operaciones denominadas de financiación a vendedor, bien cuando la financiación se concierta simultáneamente a la operación de venta, bien cuando se lleva a cabo posteriormente.

(18) Como señala GARCÍA SOLÉ, *op. cit.*, pág. 158, la reserva de dominio puede ser objeto de cesión al designado *ex* artículo 7.10, siempre que no se haga de forma aislada, sino

La Ordenanza para el Registro de la venta a plazos de bienes muebles, de 19 de julio de 1999, contempla entre las menciones obligatorias, cuando se pacte, la cesión de la posición contractual que cualquiera de las partes se reserve a favor de un tercero, con expresión del nombre o razón social y domicilio de este cuando sea determinado, y prevé que: «podrá estipularse la reserva de la facultad de cesión a favor de persona aún no determinada» (19). La DGRN ha aprobado un modelo tipo de contrato de venta a plazos con una cláusula, recogiendo la posibilidad de ceder el crédito a persona indeterminada, y también otro que recoge la modalidad de la cesión de derechos a persona determinada, denominado «contrato de venta a plazos de bienes muebles con financiación». En ambos casos, será de aplicación el artículo 11 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, que establece el régimen de las excepciones oponibles por el consumidor en caso de que el concedente del crédito lo haya cedido, señalando que el consumidor tendrá derecho a oponer frente al cesionario las mismas excepciones que le hubiesen correspondido frente al acreedor originario, incluida en su caso, la excepción de compensación *ex* artículo 1198 del Código Civil.

C) *La opción mediatoria*

El contrato de opción (20) también puede llevar aparejada la cláusula «por sí o para persona a designar», en cuyo caso estamos en presencia de una opción mediatoria (21). Este contrato puede ser objeto de sustitución subjetiva, siempre que alguna de las partes se haya reservado expresamente esta facultad y las dos facultades que corresponden al optante operan de la siguiente manera: por un lado, la facultad de designar a un tercero ajeno al contrato para que ocupe su posición de estipulante, y por otro, la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa, que determina el despliegue del iter contractual. En esta opción mediatoria existen dos plazos: el plazo de ejercicio de la facultad de designación (del contrato para persona a designar) y el plazo de ejercicio de la opción (del contrato de opción). Evidentemente, aquel deberá ser inferior a este, para que el elegido pueda tener tiempo de aceptar la designación y de ejercitar la opción, dentro del plazo fijado a tal efecto.

Si el estipulante ejercita el derecho de opción, ya no podrá después ejercitar la facultad de designación, ya que se trata de un acto incompatible.

vinculada a la cesión del crédito. El vendedor podrá ceder o no los derechos derivados de la reserva de dominio, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 1528 del Código Civil en materia de cesión de créditos, que contempla la transmisión automática de los derechos accesorios.

(19) La Ordenanza señala en su artículo 21 que, en caso de cesión de derechos posterior a la presentación del contrato al Registro, se formalizará y remitirá un nuevo impreso con referencia al anterior más la diligencia de cesión.

(20) La STS de 2 de junio de 2009 señala que el contrato de opción puede también concluirse mediante la figura doctrinal y jurisprudencialmente admitida del contrato a favor de persona a designar.

(21) Como señala OSSORIO GALLARDO, la doctrina suele distinguir entre opción directa, en la que el titular de la opción y el interesado en el contrato principal son la misma persona y la opción mediatoria, en la que el titular de la opción es un mero intermediario que tan solo desea obtener la ventaja que supone el derecho de opción para transmitírselo a un tercero, que será el verdadero interesado en el contrato principal.

Si después de exigir la eficacia del contrato interesa a alguna de las partes transmitir su posición contractual a otra persona podrá hacerlo, pero a través de la cesión del contrato, salvo que en el mismo contrato de opción una de las partes se haya reservado la facultad de designar a un tercero en el ulterior contrato definitivo.

Puede tener ciertas ventajas para las partes celebrar un contrato de opción de compra para persona a designar frente a un contrato de compraventa para persona a designar. Por un lado, la opción tiene acceso al Registro de la Propiedad, *ex* artículo 14 del RH, con las consiguientes ventajas que ello conlleva de oponibilidad *erga omnes* (22). Por otro lado, el estipulante no está obligado en esta fase al cumplimiento de la obligación de pago del precio, ya que se ha perfeccionado el contrato de opción pero no el de compraventa, mientras que el estipulante en el contrato de compraventa, por sí o por persona a designar, está obligado a pagar el precio y el promitente puede exigírselo, ya que la compraventa en ese momento ya es perfecta.

Se ha discutido si la opción de compra puede ser objeto de cesión, la jurisprudencia (23) admite dicha posibilidad, siempre que el concedente de la opción haya prestado su consentimiento y, finalmente, señalar que la opción mediatoria puede tener acceso al Registro de la Propiedad (24).

D) *La permuta*

La doctrina ha discutido si es admisible esta cláusula en el contrato de permuta, los que niegan esta posibilidad aducen el argumento de interdependencia entre las dos transmisiones, ya que la permuta exige el intercambio de cosa por cosa y no parece admisible que un tercero pueda subrogarse en la posición contractual de un permutante, adquiriendo una cosa a cambio de otra que no ha enajenado, puesto que el designado no sería el enajenante de la cosa que adquiere el otro.

Frente a este argumento me inclino por entender que es admisible esta cláusula en el contrato de permuta, aunque conviene delimitar claramente el momento en que se producen los efectos reales de la transmisión de la propiedad. La jurisprudencia italiana después de una primera etapa en la que rechazaba la validez del contrato de permuta con la cláusula de «por sí o para persona a designar», ha ido evolucionando hasta aceptar dicha posibilidad, pero solo en relación con las permutas con efectos obligatorios, como la permuta de cosa futura, sin admitir la permuta con efectos inmediatos en la que se produce una transmisión de la propiedad de los bienes intercambiados.

(22) La STS de 10 de septiembre de 1998 señala que la inscripción otorga naturaleza real al derecho de opción y su oponibilidad *erga omnes*, pero «la inscripción no produce cierre registral, ya que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción puede enajenar o gravar la cosa. El alcance *erga omnes* significa que cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, esta surte efecto contra ese comprador».

(23) SSTs de 9 de octubre de 1987 y de 22 de febrero de 1990.

(24) RDGRN de 7 de diciembre de 1978 y de 1 de abril de 1981.

2. CONTRATOS QUE NO ADMITEN ESTA CLÁUSULA

Existen diferentes modalidades contractuales que no admiten la cláusula que estamos analizando, todos ellos tienen como denominador común que no se pueden trasladar a «la persona a designar» los efectos derivados del contrato de que se trate, ya sea por motivos objetivos o subjetivos (*intuitu personae*).

No admite dicha cláusula los contratos unilaterales, sean gratuitos u onerosos, ya que su funcionamiento típico presupone un negocio con prestaciones recíprocas; tampoco la admiten los contratos *intuitu personae* en los que las cualidades individuales o subjetivas de la persona tienen una especial relevancia en la formación y ejecución del contrato. Cuando la consideración de la persona constituye la causa de la obligación, ello tiene tres consecuencias: primera, que el error en la persona es causa de nulidad del contrato; segunda, que el pago o cumplimiento no puede ser hecho por un tercero y, tercera, que el contrato no es transmisible ni por acto *inter vivos* ni *mortis causa*.

En el caso de que el contrato esté ya ejecutado, la ejecución puede ser total o parcial. Si las dos partes del contrato han cumplido su prestación correspondiente, el contrato queda consumado y, por lo tanto, no tiene ningún sentido ejercitar la facultad de designar a un tercero para que ocupe una relación contractual que ha quedado extinguida. En el caso de la ejecución parcial, depende de quién ha cumplido su obligación, si es el estipulante nada impide el ejercicio de la facultad de designación. No se trata de una mera cesión de crédito porque se transmite algo más que un crédito, la posición del estipulante que incluye no solo ese crédito, sino también los derechos potestativos derivados de la relación jurídica. Si el que ha cumplido su obligación es el promitente, hay que tratar de que sea compatible con el ejercicio de la facultad de designación posterior y tener en cuenta los efectos retroactivos que necesariamente genera el contrato para persona a designar.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Uno de los aspectos más controvertidos del contrato para persona a designar es el relativo a su naturaleza jurídica, ya que la modificación subjetiva que caracteriza este contrato dificulta su determinación. Las diferentes posturas que se han seguido son las siguientes:

1. TEORÍA DEL CONTRATO CONDICIONAL

Se ha intentado explicar el funcionamiento del contrato celebrado para persona a designar equiparándolo al contrato condicional, pero aunque en algunos casos produce efectos similares a este, existen importantes diferencias dogmáticas entre ambas figuras.

En primer lugar, la condición introduce en el contrato un elemento de incertidumbre en torno a la producción de efectos, que no existe en el contrato para persona a designar que produce efectos en todo caso y la única duda es la relativa a la posibilidad de sustitución subjetiva de una de las partes de la relación contractual. Los sujetos están perfectamente determinados desde el inicio de la relación contractual, con la posibilidad de que uno de ellos sea sustituido por otro, no estamos ante un supuesto de indeterminación subjetiva, sino de deter-

minabilidad alternativa de los elementos subjetivos del contrato, sin necesidad de que se celebre un nuevo convenio entre las partes.

En segundo lugar, el contrato condicional no atribuye un derecho pleno, sino un derecho eventual o una expectativa, por el contrario, en el contrato para persona a designar las partes no tienen una mera expectativa sino un derecho actual: el promitente puede exigir el cumplimiento del contrato, y el estipulante puede exigir a aquel la ejecución de su prestación contractual.

En tercer lugar, para calificar el contrato para persona a designar como contrato condicional habría que especificar ante qué tipo de condición nos encontramos: potestativa, causal o mixta, con el inconveniente, en este caso, de que la condición que consiste en el ejercicio hábil de la facultad de designación parece depender de una de las partes del contrato, por lo que sería una condición potestativa prohibida por el artículo 1115.1 del Código Civil, por depender de la exclusiva voluntad del deudor. Pero en realidad los efectos penden no solo de la voluntad del estipulante sino de otros hechos ajenos a ella como son la existencia previa de un poder conferido al estipulante o la aceptación de la persona designada (25).

Además hay que tener en cuenta, que la elección de la persona que va a ocupar la posición de parte contractual no es un elemento accidental del negocio, a diferencia de la condición, sino que es un elemento constitutivo del negocio mismo que configura su régimen jurídico.

Para tratar de evitar estos inconvenientes y explicar los problemas que genera el contrato para persona a designar, se han propuesto otras construcciones como la teoría del doble contrato de ENRIETTI (26), que entiende que reúne dos contratos en virtud de dos declaraciones de voluntad: un contrato entre promitente y estipulante y otro entre promitente y designado, celebrado con el estipulante, que ha actuado en nombre ajeno. El primer contrato estaría sujeto a una condición resolutoria potestativa y el segundo es un negocio de formación sucesiva que se perfecciona y completa con el ejercicio de la facultad de designación por parte del estipulante. Este contrato se encuadra en la categoría de los contratos *cum incerta persona*, cuyos ejemplos más significativos son el contrato en el cual el mediador no manifiesta el nombre de su cliente, y el contrato en el que una persona actúa en representación de un sujeto incierto.

Considero que esta teoría propugnada en Derecho italiano no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, ya que, en definitiva, yuxtapone las dos tesis extremas de la condición y la representación y hace quebrar la unidad estructural del contrato para persona a designar al descomponer la relación contractual en varios elementos.

2. TEORÍA DEL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Las funciones económicas desenvueltas por el contrato para persona a designar han hecho que se haya caracterizado a esta modalidad contractual como

(25) Díez-PICAZO considera que, prohibida la condición potestativa que queda al arbitrio de una de las partes, no será nula «aquella otra en que la condición suponga un ingrediente de voluntad del deudor que no haga a esta última exclusiva», en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 351.

(26) ENRIETTI, «Contratto per persona da nominare», en *Novissimo Digesto italiano*, t. IV, 1959, pág. 672 y sigs.

un supuesto de contrato a favor de tercero (27) o, al menos, asimilable al mismo (28), pero considero que no es posible asimilar ambas figuras por los motivos que expongo a continuación.

El contrato a favor de tercero constituye una excepción al principio de relatividad del contrato *ex* artículo 1257.1 del Código Civil: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos». Sin embargo, ello no impide que en el contrato las partes estipulen que una de ellas realizará una prestación a favor de una tercera persona ajena al contrato; el tercero no solo resulta beneficiado de la prestación pactada a su favor, sino que además tiene derecho a exigir su cumplimiento.

Esta es una de las diferencias fundamentales con el contrato que estamos analizando en este trabajo, ya que en la estipulación a favor de tercero se atribuye de forma directa un derecho a una persona que no ha participado ni directa ni indirectamente en su formación, y que no adquiere la condición de parte contractual, es siempre extraño aunque acepte la estipulación convenida a su favor (29), por ello no se le exigen los requisitos de existencia y de capacidad de obrar en el momento de celebración del contrato.

En el contrato para persona a designar, el tercero designado tampoco ha participado en la perfección del contrato, pero una vez que ha aceptado su designación se convierte en parte contractual y, por tanto, se le exige tener capacidad de obrar y existencia.

La segunda diferencia radica en el contenido de la prestación, ya que el contrato a favor de tercero tiene por objeto la creación de un derecho de crédito exigible por un tercero al promitente, pero no impone obligaciones a su cargo; por el contrario, el contrato para persona a designar implica no solo derechos sino también obligaciones a cargo del designado (30).

(27) La diferenciación técnica que existe entre el contrato a favor de tercero y el contrato para persona a designar no se contradice con la posibilidad de que en el primero de ellos se inserte una cláusula de reserva de nombrar ulteriormente a la persona del tercero beneficiado por la estipulación, que de esta manera estaría inicialmente indeterminado pero podría ulteriormente determinarse y, en este sentido, ser determinable a través de la nominación.

(28) Así resulta de la STS de 13 de mayo de 1983, con ocasión de la venta en documento privado de un piso, que preveía que el vendedor otorgaría la escritura pública de compraventa a favor del comprador o de la persona que este indicara una vez que hubiera hecho efectivo el precio total convenido. La escritura pública de venta se otorgó a favor de la hija del estipulante y del esposo de esta, formalizándose el documento notarial a nombre de los dos y procediéndose después a su inscripción registral. En el inicial contrato privado se consideró que se trataba de una convención «creadora de una adquisición a favor de tercero creadora de una atribución de dominio correspondiente a los aludidos designados», declarando que la atribución a favor de tercero puede hacerse «tanto cuando venga determinado en el contrato *nominatim*, o según circunstancias, o bien resultar de ulterior designación del promisorio, como ha ocurrido en el presente caso».

(29) En este sentido, MUÑIZ ESPADA, E., «Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pág. 1980; y NAVARRO MICHEL, M., *op. cit.*, pág. 98 y sigs.

(30) Se ha señalado que la redacción del artículo 1257.2 del Código Civil parece indicar que la estipulación a favor de tercero produce efectos obligatorios, sin embargo, es admisible que el contrato y la prestación derivada de él tenga por objeto constituir cualquier otro tipo de relación patrimonial o producir un efecto jurídico real.

MARTÍN BERNAL, J. M., ha señalado que este efecto jurídico real no puede ser nunca la transmisión de la propiedad, porque en nuestro ordenamiento la sola declaración de volun-

La tercera diferencia se basa en el papel del estipulante en el iter contractual, en el contrato para persona a designar queda desvinculado del contrato, una vez que se ha designado a un tercero que asume su posición contractual con efectos retroactivos; por el contrario, en el contrato a favor de tercero, el estipulante no desaparece ni se modifica su condición de parte contractual por el hecho de haber pactado una estipulación a favor de tercero.

La cuarta diferencia radica en la función atribuida a la aceptación del tercero: en el contrato para persona a designar, la aceptación supone que desde ese momento queda vinculado y se producen los efectos derivados del contrato en la esfera jurídica del previamente designado que acepta; en el contrato a favor de tercero, la aceptación del designado implica la producción de determinados efectos y a partir de ese momento la declaración de voluntad emitida adquiere el carácter de irrevocable, pero los derechos se adquieren con anterioridad a la emisión de la aceptación. En definitiva, la aceptación, en este último caso, es condición de eficacia no de existencia de la estipulación.

El TS, en algunas ocasiones, ha considerado como supuestos de estipulación a favor de tercero, casos que en base a todo lo que hemos expuesto se podrían calificar como contrato para persona a designar. En este sentido, podemos citar las SSTs de 18 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1983 y 14 de abril de 1986, entre otras.

3. TEORÍA DE LA CESIÓN DEL CONTRATO

El contrato para persona a designar y la cesión del contrato tienen algún punto en común y desempeñan una función económica similar, pero es importante no confundir ambas figuras. Tienen en común la modificación subjetiva, es decir, uno de los sujetos es sustituido por una persona ajena que no ha intervenido en la celebración del contrato, pero ello no afecta al contenido de dicho contrato que queda inalterado (31). El nuevo sujeto asume los mismos derechos y obligaciones que el anterior, pero la relación contractual es la misma tanto antes como después de la designación (32).

Pero existen diferencias fundamentales que justifican un tratamiento separado. En primer lugar, es distinto el momento a partir del cual se producen los efectos de la modificación subjetiva. Así, los efectos de la cesión del contrato se producen *ex nunc*, a partir del momento en que se produce la cesión, mientras que en el contrato para persona a designar se producen *ex tunc*, es decir, se retrotraen al momento de la celebración del contrato; en este la sustitución elimina a quien antes ocupaba esa posición contractual, mientras que en la cesión del

tad no es suficiente para producir dicho efecto, por lo que tendría que quedar limitado a los derechos reales *in re aliena*, aunque también respecto de ellos las dificultades para que se produzca el efecto jurídico real sin la colaboración del adquirente difícilmente se puede salvar, en *La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 199 y sigs.

(31) En este sentido, SSTs de 26 de noviembre de 1982, 23 de octubre de 1984, 5 de marzo de 1994 y las SSTSJ de Navarra, de 27 de enero de 1998 y de 16 de febrero de 1998.

(32) Como señala Cristóbal MONTES, si no hay sustitución íntegra en su posición de parte contractual, tendremos «más que una genuina sucesión en el contrato, la accesión o adhesión de un tercero a un contrato que permanece centrado todavía en los sujetos que inicialmente lo concluyeron», en *La cesión del contrato*, ADC, 1985, pág. 851.

contrato, tiene lugar una sucesión de la posición contractual pero no desaparece la figura del cedente.

En segundo lugar, la posibilidad de designar a un tercero en la cesión de un contrato surge legalmente, mientras que en el contrato para persona a designar surge convencionalmente. En principio, todo contrato es susceptible de ser transmitido a otro, si se dan los requisitos necesarios para ello, pero la facultad de designar solo existe cuando el estipulante se ha reservado expresamente esta facultad. La facultad de designar a un tercero se agota en su ejercicio, sin embargo, en la cesión de contrato, esta posibilidad puede repetirse tantas veces como sea necesario, siempre que concurren los requisitos necesarios para ello.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 9 de junio de 1991, ha señalado las diferencias y puntos en común entre el contrato con facultad de subrogación y la cesión del contrato: «La diferencia entre dichas instituciones deriva de que, en el contrato con facultad de subrogación se prevé o se autoriza la posible designación de un tercero, en sustitución de uno de los estipulantes iniciales, como parte...; por el contrario, en la cesión de contrato, no se ha previsto tal transmisión, concertándose el negocio, con carácter inicial de firme, entre los primeros estipulantes y el tercero que sustituye a uno de ellos (normalmente el comprador, en el contrato tipo de compraventa), aparece posteriormente, quizá por necesidades económico-fiscales idénticas a las del caso anterior (evitación de una segunda venta, con gastos de doble titulación y de duplicidad en el pago de impuestos que ello pueda suceder)».

Ha sido discutido por la doctrina la cuestión relativa a los consentimientos necesarios para que tenga lugar la cesión del contrato y su incidencia en relación con la validez o eficacia del mismo. Un sector doctrinal considera que los consentimientos indispensables para que la cesión de contrato pueda tener lugar son los de cedente y cesionario, pero hay que tener en cuenta que para que la cesión sea eficaz frente al contratante cedido será necesario su consentimiento. Otro sector doctrinal entiende que el consentimiento de ese contratante cedido es un elemento constitutivo de la cesión, que no se limita a dotar de eficacia a un acto existente y válido por sí mismo. El TS exige para que tenga lugar la perfección de la cesión del contrato, «la concurrencia de tres declaraciones de voluntad, estructurándolo como un negocio trilateral, en el que si una cualquiera de las tres faltare, la cesión sería inexistente, ya que el cedido no solo interviene en el momento de la eficacia del contrato sino además y antes en el de su constitución» (33). En todo caso, el consentimiento del contratante cedido puede ser expresado preventiva, simultánea o posteriormente.

4. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

La posición más tradicional encaja el contrato para persona a designar en el fenómeno representativo, existiendo algunos aspectos semejantes a la representación directa y otros a la indirecta. Una vez que se ha producido la designación y ha sido aceptada, la eficacia del contrato para persona a designar es similar a la representación directa: el designado (representado) es parte contractual desde el momento de la celebración del contrato y los efectos obligacionales y reales

(33) En este sentido, se pronuncian las SSTs de 26 de noviembre de 1982, 23 de octubre de 1984, 4 de febrero de 1993 y la STSJ de Navarra, de 16 de febrero de 1998, entre otras.

pasan directamente del promitente al designado, sin pasar por las manos del estipulante (representante).

Por otra parte, en algunos aspectos se asemeja a la representación indirecta. Las partes que celebran el contrato pueden no ser las personas que finalmente quedan vinculadas, pero hay dos diferencias importantes. La primera diferencia radica en la previsibilidad del hecho: así, en la representación indirecta, una vez celebrado el contrato, aparece una persona hasta ahora desconocida reclamando los efectos del contrato sin que el otro contratante haya sabido nada de su existencia; en el contrato para persona a designar, el promitente conoce perfectamente el fenómeno que puede tener lugar en caso de que se ejercite oportunamente la facultad de designación.

La segunda diferencia se basa en los sujetos que van a ser considerados partes del contrato. En el contrato para persona a designar, la persona designada, desde el momento en que acepta, deviene parte contratante sustituyendo al contratante originario; no solo recibe los efectos del contrato directamente evitando el doble traspaso que tiene lugar en la representación indirecta, sino que pasa a ocupar la posición de parte contractual.

Los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL) dedican su capítulo tercero a la representación, que consta de tres secciones: disposiciones generales, representación directa y representación indirecta. El artículo 3:101 especifica el objeto y la finalidad de la representación que queda delimitada de la siguiente manera: Primero, solo se regula «el poder de un representante o de otro intermediario para vincular a su principal en relación con el contrato celebrado con un tercero», excluyendo la actuación material o jurídica del intermediario que no sea contractual. Segundo, no regula las facultades representativas conferidas por la ley o por una autoridad judicial o administrativa. Finalmente, no regula la relación interna entre el representante y su principal.

Los PECL han llegado a una solución de compromiso entre el Derecho continental y el Common Law. Siguiendo las reglas del Derecho continental, el contrato celebrado entre el intermediario y el tercero les vincula solo a ellos. Pero para llegar a una conciliación entre los dos sistemas, los PECL contienen una serie de reglas que permiten la acción directa entre principal y tercero, ya que el sistema del Common Law concede acciones recíprocas entre ambos en situaciones en las que la actuación representativa no ha sido revelada.

Analizadas las diferentes posiciones jurídicas que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del contrato para persona a designar, podemos señalar que algunas se limitan a describir funcionalmente la mecánica sustitutoria, pero no explican suficientemente el por qué el tercero designado adquiere la posición de parte en una relación contractual a la que era ajeno en el momento de su celebración. La dificultad de precisar la naturaleza jurídica de este contrato reside en el hecho de que en él se engloban dos fenómenos distintos: el que se basa en la representación y el que gira en torno a la mediación o intermediación.

Por estas razones, MUÑIZ ESPADA (34) considera que para que esta figura jurídica responda mejor a su función económica deberían cumplirse dos premisas fundamentales:

1. Que el contrato se presente como unidad.
2. Y que la parte que se reserve la facultad de nombrar quede efectivamente vinculada hasta la efectiva designación del tercero y su correspondiente

(34) MUÑIZ ESPADA, E., *op. cit.*, pág. 1992.

aceptación. Originariamente la relación contractual quedaría establecida entre estipulante y promitente, el estipulante es parte del contrato y quedaría vinculado, en principio, al cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio. Y una vez que se designe y acepte el tercero, queda desligado del contrato como si nunca hubiera estipulado, pasando el tercero a ocupar su lugar adquiriendo con efectos retroactivos.

V. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN

1. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES

A) *En relación con el estipulante*

El estipulante tiene una posición jurídica resoluble: si ejercita oportunamente la facultad de elección queda desligado de la relación jurídica como si nunca hubiera formado parte de ella, por el contrario, si no ejercita esta facultad, su posición jurídica se consolida definitivamente. Existen dos posibilidades: exigir los requisitos de capacidad solo cuando se convierta definitivamente en parte del contrato, o bien exigirlos en el momento de celebración de dicho contrato. Entiendo que es más acertado examinar la capacidad del estipulante en el momento de celebración del contrato, ya que en ese momento ya es parte contractual y es necesario que reúna los requisitos específicos exigidos para contrato en particular.

La capacidad del estipulante debe analizarse en función del tipo de contrato de que se trate. Si el estipulante incapaz, por minoría de edad o incapacitación, celebra un contrato por sí o por persona a designar y designa a un tercero en tiempo y forma hábiles, esta elección puede ser considerada como confirmación del contrato, ya que el artículo 1311 del Código Civil, permite la confirmación tácita del negocio anulable, y teniendo en cuenta que el designado no puede invocar la falta de capacidad para sustraerse de su posición contractual. Si el estipulante no ejercita la facultad de designación, consolida su posición de parte contractual, aplicándose las normas propias de los contratos concluidos por incapaces: el contrato puede ser válido y eficaz, pero con una eficacia claudicante.

En cuanto a las prohibiciones de contratar, hay que tener en cuenta el artículo 1459 del Código Civil, en virtud del cual el estipulante no podrá designar a alguna de las personas señaladas en este artículo, que prohíbe adquirir por compra «por sí ni por persona alguna intermedia». En caso de contravención, la venta será nula de pleno derecho o anulable en función de las razones de orden público o interés particular que justifican la prohibición.

B) *En relación con el designado*

El estipulante debe elegir a una persona que tenga la capacidad necesaria para el tipo de contrato de que se trate, no puede designar a un incapaz o a una persona que esté incurso en una prohibición legal para contratar (35), ya que el

(35) La STS de 19 de mayo de 1998 contempla un supuesto en que la cesión del remate en procedimiento judicial sumario fue impugnada por incurrir en el supuesto de hecho del artículo 1459.5 del Código Civil.

designado no es solo un tercero en cuyo favor se celebra un contrato, sino que será parte contractual y por lo tanto se le exige que tenga capacidad de obrar. Se discute en qué momento debe tener la capacidad necesaria: en el momento de la celebración del contrato desde la designación o desde la aceptación. Un sector de la doctrina italiana representado por ENRIETTI, considera que al tener el designado que asumir retroactivamente los derechos derivados del contrato, tiene que tener capacidad para contratar desde el momento de la perfección del contrato. Otros entienden que la capacidad del designado debe tenerse en el momento en que se emite la aceptación, ya que hasta entonces no queda vinculado, opinión por la que me inclino.

2. REQUISITOS FORMALES

Para que la designación produzca sus efectos, deberá hacerse cumpliendo los requisitos de tiempo y forma preceptivos.

A) *Forma de la designación*

El estipulante que celebra un contrato para sí o para persona a designar tiene la facultad de designar a una tercera persona, que pasa a asumir los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual (36). En mi opinión, estamos ante una facultad, ya que se trata de atribuir a una persona cierta posibilidad de actuación que, sin embargo, carece de autonomía. Esta facultad de designación se ejercita mediante una declaración de voluntad unilateral del estipulante, declaración recepticia que debe ser notificada al promitente, ya que este debe conocer con quién va a quedar vinculado en cuanto a los efectos y cumplimiento del contrato.

Esta designación no está sujeta a requisitos de forma, salvo que las partes hayan establecido alguna en el contrato. Pero si el contrato celebrado exige forma solemne, la designación debe hacerse en la misma forma. Debe ser pura y simple, lo importante es que el promitente no se vea perjudicado por un cambio en el contenido de las prestaciones pactadas con el estipulante, por modificaciones que él introduzca en el momento de la designación, ya que el tercero debe subrogarse en su misma posición jurídica.

En el caso de las subastas públicas, se había planteado la duda relativa a si para la inscripción en el Registro de la Propiedad, era suficiente el auto de adjudicación con la aceptación del cesionario o si era necesaria escritura pública. El artículo 674 de la LEC nos dice: «Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el secretario judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al 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

(36) El artículo 1401 del Código Civil italiano la califica expresamente de «facultad», pero no todos los autores italianos están conformes con esta calificación, algunos como ENRIETTI la califican como derecho potestativo, y otros como SANTORO PASSARELLI consideran que se trata de un acto negociado.

inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. 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».

Por su parte, el artículo 133 de la LH dice: «El testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la LEC. El mandamiento judicial de cancelación de cargas y el testimonio del auto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación».

B) *Plazo de ejercicio de la designación*

En principio, las partes tienen libertad para fijar el plazo dentro del cual el estipulante debe ejercitar la facultad de designación. Si no se ha señalado plazo, no podemos entender que el ejercicio de la facultad sea indefinido, sino que más bien pasado un plazo razonable, el promitente puede considerar como definitivo contratante al estipulante, ya que lo contrario acarrearía una gran inseguridad jurídica. En todo caso, y en defecto de acuerdo entre los interesados, el promitente puede solicitar a la autoridad judicial que lo establezca.

Otros autores consideran que la elección deberá hacerse dentro del término que tenga el estipulante para cumplir la obligación contractual (37), sin que podamos confundir el plazo de ejercicio de la facultad de designación con el plazo de prescripción de la acción para demandar el cumplimiento del contrato que, a falta de otro más específico, es de quince años *ex* artículo 1964 del Código Civil.

El plazo beneficia al estipulante, entendido en el sentido en que la función económica del contrato para persona a designar es tener un plazo de tiempo para pensar si conviene al estipulante asumir personalmente las consecuencias de la relación contractual o bien quedar desligado de la misma ejercitando la facultad de designación en beneficio de un tercero. Pero si el plazo es excesivamente amplio o no se determina, puede encubrir una cesión del contrato con el fin de evadir impuestos.

En la Compilación de Navarra, en defecto de plazo establecido legal o convencionalmente, la Ley 514 establece un plazo máximo de un año y un día, a contar desde el requerimiento del promitente, planteándose la duda de si no se produce el requerimiento cuando finaliza el plazo. Por su parte, la STSJ de Navarra, de 9 de junio de 1991, señala en una interpretación *contra legem*, que se debe fijar un plazo para la designación por razones de seguridad jurídica, opinión que comparto.

La cuestión relativa al plazo es importante, por las consecuencias prácticas que de ello se derivan en el orden tributario, ya que si la elección se hace dentro de plazo se considera una sola transmisión, y dos en caso contrario, lo que genera la obligación de pagar un doble impuesto de transmisión.

(37) MARTÍN BERNAL, J. M., «Si no se ha estipulado plazo, deberá ser hecha la designación antes del transcurso del término señalado para el cumplimiento de la obligación», *op. cit.*, pág. 297.

3. ACEPTACIÓN DEL DESIGNADO

Para que la designación sea válida es necesario que la acepte la persona designada, en el contrato que estamos analizando, la aceptación es un requisito de eficacia para que el contrato pueda producir efectos frente a tercero, ya que sin ella el designado no asume los derechos y obligaciones derivados de su posición contractual y el estipulante no puede quedar desligado de la relación contractual.

En el caso del contrato a favor de tercero, el TS exige la aceptación como *conditio iuris* para que pueda surgir el derecho del tercero, ya que nadie puede adquirir un derecho sin su consentimiento (38).

La aceptación puede hacerse con libertad de forma en base al principio general que rige en materia de contratos *ex* artículo 1278 del Código Civil, aunque para que la aceptación pueda acreditarse frente a quien se opone a ella es aconsejable que conste por escrito.

Se ha discutido si sería admisible una aceptación parcial o condicional, en principio, el contrato constituye un todo homogéneo que no puede ser aceptado por partes, el designado solo puede aceptar o no aceptar, pero no puede introducir modificaciones al contrato inicialmente celebrado por las partes. El contrato celebrado con la reserva de la facultad de designación puede ser a término o condicional, pero la designación no.

El estipulante debe poner en conocimiento del designado el contenido del contrato y sus circunstancias para que este pueda aceptar con conocimiento de causa, pudiendo incurrir en responsabilidad contractual por falta de información y, si hubiese mala fe por su parte, el designado podría llegar a impugnar su aceptación por dolo o error.

Podemos calificar la aceptación como un acto jurídico (39) unilateral y recepticio destinado al promitente. La aceptación del designado, comunicada al estipulante, es válida e irrevocable, pero se necesita la notificación al promitente como requisito de eficacia, aunque no de validez de designación. A partir de este momento, las dos partes contratantes saben definitivamente a quién exigir el cumplimiento de la obligación.

VI. EFECTOS

1. DURANTE LA FASE DE PENDENCIA

Entendemos por fase de pendencia la que media entre la celebración del contrato para persona a designar y el ejercicio de la facultad de elección. En esta fase, el contrato ya existe y es válido si concurren los requisitos del artículo 1261 del Código Civil y, por lo tanto, produce efectos, pero se discute si esta eficacia es inmediata o diferida.

El estipulante y el promitente, que celebran un contrato por sí o para persona a designar, son partes desde el momento en que el contrato se perfecciona y, por tanto, pueden exigir su cumplimiento desde entonces. Este contrato no es un

(38) SSTs de 8 de mayo de 1975, de 6 de marzo de 1989.

(39) NAVARRO MICHEL, M., «Aunque algunos autores lo califican de negocio jurídico, en puridad no llega a ser un negocio jurídico, ya que el designado no tiene autonomía para determinar las consecuencias de su aceptación, que están fijadas de antemano por los contratantes originales», *op. cit.*, pág. 144.

contrato imperfecto ni de formación sucesiva (40), por lo que no es necesaria para su perfección la designación y aceptación por parte del designado. Así entendido, algunos autores defienden la eficacia inmediata del contrato (41). El argumento utilizado mayoritariamente por la doctrina italiana para defender esta posición radica en la teoría de la condición resolutoria, en virtud de la cual, el contrato «será exigible desde luego» *ex* artículo 1113 del Código Civil, aunque luego haya que traspasar los efectos producidos entre estipulante y designado.

Si el contrato entre estipulante y promitente está sometido a condición resolutoria, los efectos se producen inmediatamente, sin perjuicio de su posterior resolución cuando se ejercite la facultad de designación. Si se defiende la eficacia inmediata del contrato, la designación de tercero puede generar dificultades al liquidar el estado posesorio y al producirse el traspaso de propiedad al designado. Para evitar esta eficacia inmediata, las partes pueden establecer una condición suspensiva vinculada a la designación, de manera que los efectos del contrato no sean exigibles hasta que se produzca la designación.

Otra tesis es partidaria de suspender los efectos del contrato hasta el ejercicio de la facultad de designación, por entender que la producción de efectos inmediatos sería incompatible con la funcionalidad del contrato, que está destinado a la producción de efectos en la esfera jurídica del tercero designado por el estipulante. Los autores que son partidarios de esta eficacia diferida sostienen que la naturaleza jurídica del contrato por sí o para persona a designar se asimila al fenómeno representativo. También se puede defender esta suspensión de efectos mediante el mecanismo de la condición suspensiva, entendiendo que durante la fase de pendencia, los efectos del contrato quedan en suspenso y el acreedor condicional, que es titular de un derecho eventual, solo puede solicitar medidas conservativas de su derecho *ex* artículo 1121 del Código Civil, no de ejecución.

Además de estas posiciones que defienden la eficacia inmediata y diferida del contrato, existen también posturas intermedias, que a través de la interpretación del contrato, intentan desglosar qué situaciones son inmediatamente exigibles y cuáles no, frente a la consideración de las mismas como un todo unitario.

En principio, el contrato para persona a designar no despliega sus efectos definitivos con plenitud, desde el momento en que cabe la posibilidad de sustitución subjetiva de una de las partes contractuales. No se trata de que uno de los sujetos esté indeterminado, ya que desde el primer momento se sabe quiénes son, lo que ocurre es que uno de ellos puede dejar de ser parte mediante la designación de un tercero que pasaría a ocupar su posición jurídica y ante la eventualidad de que esto se produzca, los efectos definitivos del contrato permanecen en suspenso. Esto no implica que el contrato no sea válido, ni evita la producción de los efectos generales que produce todo contrato desde el momento de su perfección, como son la vinculación entre las partes, la existencia de obligaciones para cada una de las partes absteniéndose de realizar actos que pueden perjudicar la eventual designación o la imposibilidad de revocar el contrato cada uno de los sujetos intervinientes sin mutuo acuerdo.

(40) No es un contrato de formación sucesiva porque no existe aquí la situación de absoluta incertidumbre sobre el nacimiento del negocio y de la relación jurídica que caracteriza la formación sucesiva.

(41) Esta tesis es seguida por STOLFI, BETTI, VECHI, BIANCA, DE NOVA, entre otros.

2. EFECTOS DESPUÉS DE LA ELECCIÓN DEL DESIGNADO

Una vez que el estipulante ha ejercitado su facultad de designación, el contrato que estamos estudiando desarrolla sus efectos propios: desaparece el estipulante, que queda desligado de la relación jurídica, ocupando su posición el designado con efectos retroactivos. Vamos a analizar las relaciones entre las tres partes intervinientes en el contrato.

A) *Relación entre estipulante y promitente*

La posición jurídica del promitente no se ve alterada por la modificación subjetiva que se produce en la relación contractual; una vez celebrado el contrato, surgen los efectos propios derivados del mismo: nace a favor del estipulante la facultad de designación y la correlativa obligación del promitente de asumir la elección realizada por el estipulante. En principio, el estipulante tiene libertad para elegir al tercero, sin otros límites que los generales del ordenamiento y no es necesaria la aprobación del promitente de la persona elegida, como requisito de eficacia de la designación. Ello no impide que las partes puedan establecer límites convencionales al ejercicio de ese poder de elección, estableciendo líneas directrices que han de guiar la elección, pero si el promitente no ha puesto ningún límite ni ha hecho ninguna exclusión en el contrato, luego no podrá rechazar a ningún elegido.

La posición del estipulante podemos calificarla de interina, en la medida en que solo consolida definitivamente su posición si no ejercita su facultad de designación, si no lo hace en tiempo hábil, o si renuncia expresa o tácitamente mediante la realización de actos incompatibles con la designación. Cuando esta tiene lugar, el estipulante queda desvinculado de la relación contractual, ocupando su lugar el designado con efectos retroactivos. No obstante, esta regla general puede tener alguna excepción: cuando las partes, en base al artículo 1255 del Código Civil, así lo pactan y acuerdan que el estipulante siga vinculado y cuando la designación recae en una persona que por sus cualidades personales o económicas pueda perjudicar los intereses del promitente, puede seguir vinculado el estipulante a modo de garante del cumplimiento de las obligaciones.

B) *Relación entre designado y promitente*

En la relación contractual derivada de este contrato, el promitente queda vinculado con una persona distinta de aquella con la que celebró el contrato, pero que pasa a ocupar su misma posición contractual con efectos retroactivos. Esta retroactividad es uno de los elementos esenciales de esta figura jurídica, que la diferencian como hemos visto en este trabajo, del contrato a favor de tercero o de la cesión del contrato.

El tercero designado adquiere, además de los derechos y obligaciones propios del contrato, otros derechos y obligaciones propios de su posición contractual, como pueden ser la acción de saneamiento por vicios o por evicción, las acciones de anulabilidad, o la acción de rescisión por lesión.

La retroactividad que hemos mencionado no tendrá lugar en los casos en los que la propia naturaleza del contrato impida el juego de esta figura, como ocurre en los contratos de tracto sucesivo, en los que el vencimiento de determinadas prestaciones y su cumplimiento van extinguiendo estas obligaciones periódicas

sucesivas y la entrada de un nuevo sujeto que sustituye al anterior produce efectos *ex nunc*, con las dificultades que ello comporta para diferenciar este supuesto del de cesión de contrato autorizada previamente. En esta modalidad contractual de prestaciones duraderas se produce igualmente la desvinculación del estipulante, pero no con eficacia retroactiva.

El promitente puede oponer al designado las excepciones inherentes a la naturaleza de la obligación y las que le sean personales, y lo mismo a la inversa.

C) *Relación entre estipulante y designado*

La relación existente entre estipulante y designado es importante para comprender el funcionamiento de la designación, aún cuando solo tenga efectos internos y no produzca efectos frente al promitente.

La designación puede ser sin encargo previo o en virtud de un encargo anterior. En cuanto a la primera, el estipulante puede no tener una relación jurídica con el designado que sea anterior a la celebración del contrato para persona a designar, sino que una vez celebrado este, puede ofrecer a la persona que elija el programa de prestación en qué consiste este contrato. Si no encuentra a ninguna persona a quien hacer la oferta, el estipulante consolida su posición contractual.

La obligación fundamental del estipulante es situar al designado en su misma posición contractual; para el exacto cumplimiento de esta obligación hay que tener en cuenta, que conlleva la obligación de conservar la cosa, de entregarla con sus frutos ya que el acreedor tiene derecho a los frutos desde que nace la obligación de entregarla y la obligación de entregar los accesorios de la cosa, aunque no hayan sido mencionados en el contrato, incluyendo todos los documentos que sean necesarios para ejercitar los derechos derivados del contrato. Además de estas obligaciones, el estipulante tiene derecho a reclamar al designado otras prestaciones, diferentes según el tipo de contrato de que se trate: en la compraventa, por ejemplo, el pago del precio que él mismo adelantó al promitente.

En cuanto a la designación en virtud de un encargo previo, el contrato para persona a designar puede ocultar el fenómeno de mandato no representativo. El mandante encarga a una persona la adquisición o venta de un bien, pero si quiere mantener oculta su identidad, pacta con el mandatario que actúe en nombre propio. Uno de los mecanismos que permitiría resolver los problemas derivados de esta actuación del mandatario *pro nomine* es precisamente el contrato para persona a designar. El mandatario que celebra en nombre propio un contrato con un tercero, si se reserva la facultad de designar a otra persona para que ocupe su posición jurídica con efectos retroactivos, podrá después designar al mandante que ha permanecido oculto durante la primera etapa contractual para que ocupe su posición jurídica. Hasta entonces ha actuado el mandatario (estipulante) en interés de su mandante (el tercero), pero sin revelar la identidad de este y actuando formalmente en nombre propio.

De esta forma, se producen los efectos que quería el mandante, entre otros, ocultar su identidad en el momento de la celebración del contrato, para después asumir las consecuencias derivadas de ese contrato, adquiriendo la propiedad por vía del tercero. Tras la celebración del contrato, al mandatario le bastará ejercitar la designación nombrando al mandante y, aceptando este, todos los efectos de la gestión recaen en su esfera jurídica, quedando el mandatario desvinculado. Se evita así el problema de la doble transmisión que es el escollo del mandato no representativo.

Así lo indicaba DE CASTRO (42): «Lo que puede suceder hoy es que la cláusula de reserva sirva para facilitar y ampliar la eficacia de la representación indirecta u oculta. La facilita en cuanto prepara la prueba de la existencia previa del poder; la amplía porque la relación directa entre promitente y designado se extiende de la transmisión de bienes a la relación obligatoria, liberándose el estipulante de la vinculación, en que si no se encontraría aún al descubrirse el poder *ex* artículo 1717 del Código Civil».

El criterio que sigue la jurisprudencia es que aunque «los derechos adquiridos por el mandatario *pro nomine* en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio, esa titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante» (43). Pero también hay que tener en cuenta que existe jurisprudencia contradictoria a esta posición, además de las dificultades probatorias que podemos encontrarnos, dificultades que se pueden resolver utilizando el mecanismo funcional del contrato para persona a designar. La única especialidad de este contrato como instrumento al servicio del mandato sin representación afecta a la relación interna, en el sentido de que el ejercicio de la facultad de designación dejaría de ser una facultad para convertirse en una obligación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER GINER, E.: «Cesión del remate», en *Revista de Derecho Privado*, 1988, pág. 347 y sigs.
- BLASCO GASCÓ, F.: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *El contrato a favor de tercero. El seguro de vida*, Cálamo, Producciones Editoriales, Mataró, 2005.
- CARBALLO FIDALGO, M.: «El contrato en favor de tercero», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2000, págs. 1697 a 1727.
- CRISTÓBAL MONTES: «La cesión del contrato», en *ADC*, 1985, pág. 850 y sigs.
- DE CASTRO: «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, pág. 1379.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Reflexiones sobre el momento de la perfección y la invalidez del contrato celebrado a favor de persona que se designará (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2007)», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 68, 2008, págs. 507 a 544.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I. *Introducción. Teoría del contrato*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, y t. II. *Las relaciones obligatorias*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A.: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- ENRIETTI, E.: «Contrato per persona da nominare», en *Novissimo Digesto italiano*, t. IV, Turín, 1959.
- GANDOLFI, G.: *Código europeo de contratos. Academia de Pavía*, ed. Reus, Madrid, 2009.

(42) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 1377.

(43) SSTs de 16 de mayo de 1983, de 14 de octubre de 1989, y de 18 de enero de 2000, entre otras.

- GARCÍA CANTERO, G.: *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, ed. Reus, Madrid, 2002.
- GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 1999.
- LUNA SERRANO, A.: *El contrato para persona por designar y la cláusula de reserva de nombrar*, ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- MARTÍN BERNAL, J. M.: *La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- MUÑOZ ESPADA, E.: «Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 654, septiembre-octubre de 1999, págs. 1971 a 2007.
- «Contrato con persona a designar», en AA.VV., *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 323 a 336.
- NAVARRO MICHEL, M.: *El contrato para persona a designar. Nuevas perspectivas*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- RAMS ALBESA, J.: *Las obligaciones alternativas*, Montecorvo, Madrid, 1982.
- SERRANO Y SERRANO, I.: *El contrato a favor de persona a designar hasta la primera mitad del siglo XIX*, Universidad de Valladolid, 1956.
- TALMA CHARLES: *El contrato de opción*, Barcelona, Bosch, 1996.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Contrato de compraventa a favor de persona a determinar», en *AAMN*, 1954.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de diciembre de 1964.
- STS de 8 de mayo de 1975.
- STS de 26 de noviembre de 1982.
- STS de 13 de mayo de 1983.
- STS de 23 de octubre de 1984.
- STS de 14 de abril de 1986.
- STS de 9 de octubre de 1987.
- STS de 6 de marzo de 1989.
- STS de 22 de febrero de 1990.
- STS de 14 de febrero de 1993.
- STS de 18 de febrero de 1994.
- STS de 5 de marzo de 1994.
- STS de 21 de noviembre de 1997.
- STS de 19 de mayo de 1998.
- STS de 10 de septiembre de 1998.
- STS de 3 de diciembre de 1999.
- STS de 27 de junio de 2003.
- STS de 23 de febrero de 2004.
- STS de 8 de febrero de 2005.
- STS de 22 de noviembre de 2006.
- STS de 2 de marzo de 2007.
- STS de 5 de octubre de 2007.
- STS de 2 de junio de 2009.
- STS de 22 de abril de 2010.
- STS de 17 de septiembre de 2010.
- STS de 14 de junio de 2011.

- STSJ de Navarra, de 9 de junio de 1991.
- STSJ de Navarra, de 27 de enero de 1998.
- STSJ de Navarra, de 16 de febrero de 1998.
- RDGRN de 7 de diciembre de 1978.
- RDGRN de 1 de abril de 1981.
- SAP de Pontevedra, de 28 de enero de 2003.
- SAP de Madrid, de 1 de diciembre de 2011.

RESUMEN

CONTRATO PARA PERSONA
A DESIGNAR.
NATURALEZA JURÍDICA
EJERCICIO DE LA FACULTAD
DE DESIGNACIÓN. EFECTOS

Dedicamos este trabajo a analizar una figura contractual en virtud de la cual una de las partes contratantes, llamada estipulante, expresa a la otra —promitente—, que contrata «para sí o para persona que designará», es decir, se reserva la facultad de designar en un momento posterior y dentro del plazo establecido al efecto a una tercera persona, la cual, una vez hecha la designación, ocupará la posición de parte contractual, asumiendo los derechos y obligaciones derivados del contrato y desplazando de este al estipulante que queda desligado de la relación jurídica.

Estudiamos su interés jurídico y económico actual, la problemática en torno a su naturaleza jurídica, el ejercicio de la facultad de designación, así como los efectos del contrato en sus distintas etapas, tanto en la fase de pendency como en la fase posterior, una vez hecha la elección del designado.

ABSTRACT

CONTRACT FOR A PERSON YET
TO BE APPOINTED.
LEGAL NATURE
EXERCISE OF THE POWER
OF APPOINTMENT. EFFECTS

There exists in contract law a concept wherein one of the parties to a contract, termed «the stipulator», states to the other, «the promisor», that he enters the contract «for himself or for a person» yet to be appointed. That is, the stipulator reserves the power to appoint a third person at some later time within the established deadline. This appointee will then become a party to the contract in the stipulator's place and assume the stipulator's rights and obligations under the contract, whereupon the stipulator is released from the legal relationship.

A close look is taken at the current points of legal and economic interest this concept has to offer, the problems of its legal nature, the exercise of the power of appointment and the effects of the contract in its different states, in the pendency phase as well as after the appointee's selection.

1.7. Concursal

CONSECUENCIAS LEGISLATIVAS DEL AUTO DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS TRAS EL REAL DECRETO-LEY 8/2011, Y LA LEY 37/2011, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL.—III. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS: 1. OBJETO DEL REAL DECRETO-LEY. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3. MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA INMOBILIARIA: A) *La moderación de los intereses moratorios*. B) *La sujeción al Código de Buenas Prácticas*: a) Ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas al que se adhirió la entidad financiera; b) Consecuencias jurídicas de la adhesión de la entidad de crédito al Código de Buenas Prácticas; c) Contenido del Código de Buenas Prácticas: a') Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias; b') Medidas complementarias; c') Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual; d) Publicidad del Código de Buenas Prácticas; e) Naturaleza jurídica del Código de Buenas Prácticas. 4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN. DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL. 5. ACCESO AL ALQUILER DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR DESAHUCIOS Y SUJETAS A MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN (1)

Una vez que se produjo en España el pinchazo de la burbuja inmobiliaria (imposibilidad de los deudores de hacer frente a los créditos contraídos, contracción del crédito y bajada del precio de la vivienda), las viviendas que hace tres años valían 100 han pasado a valer 70 u 80. Su precio se devalúa constantemente como consecuencia del hundimiento de la demanda. Ello afecta gravemente a las hipotecas, ya que en muchas ocasiones el importe del crédito garantizado por la hipoteca y que se utilizó para la compra del inmueble, ha pasado a ser superior al valor de la misma, es decir, su precio actual de mercado. De donde resulta que, en caso de no poder hacer frente el deudor al pago de las cuotas

(1) Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático Emérito de la UCM, Doctor don Joaquín José RAMS ALBESA.

del préstamo, fundamentalmente como consecuencia de situaciones de desempleo, este se encontrará en la imposibilidad de vender el inmueble, y en caso de ejecución de la hipoteca, la venta en subasta pública no bastará para satisfacer totalmente la parte del crédito hipotecario todavía pendiente de devolución (2). *Es más, en la mayoría de los casos la subasta queda desierta* (3), *con el resultado final de que el acreedor se adjudicaba la finca por la mitad del valor de tasación* (art. 671 LEC), según la interpretación mayoritaria en los Tribunales, perdiendo el deudor la vivienda, y siguiendo respondiendo de la diferencia entre el importe de la adjudicación y una deuda que para entonces se habrá incrementado significativamente por la acumulación de intereses de demora (extraordinariamente elevados, en muchas ocasiones por encima del 20 por 100) (4) y de las también elevadas costas de la ejecución (art. 671 LEC, en relación con el art. 579 del mismo cuerpo legal, 105 LH y 1911 CC).

La problemática expuesta dio lugar a un intenso debate doctrinal (vid., la bibliografía que citamos más adelante en el Epígrafe V) y en los Tribunales, sobre la interpretación de los artículos 579 y 671 LEC. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 (AC 2011/1) y el Auto de 16 de marzo de 2011, de la misma Audiencia y Sección (JUR 2011/113669), iniciaron una novedosa línea jurisprudencial seguida por el Auto de

(2) Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La campanada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011 (BIB 2010/3222). Se ha dicho que la subida de los tipos de interés y los sistemas de amortización creciente originaron, en un primer momento, una subida de las cuotas que muchos afrontaron con dificultad, pero cuando a ello se unió la pérdida del empleo de alguno o de todos los deudores, de cuyo salario dependía el pago de la hipoteca, la situación se hizo insostenible. La solución en tal caso podría ser vender la vivienda, pero la caída de los precios, el estancamiento del mercado, la restricción de la financiación y lo elevado de la deuda de la que prácticamente no se había amortizado nada y aumenta exponencialmente con las cuotas impagadas y con los intereses de demora, hacían imposible la venta. Lógicamente, el vendedor, que no es capaz de pagar las cuotas, no puede amortizar la diferencia y nadie va a comprar si la cantidad que tiene que pagar para cancelar la hipoteca es superior al precio convenido.

(3) La razón obedecía, probablemente, a que el que compra en subasta quiere comprar a un precio inferior al valor de mercado, y habiéndose devaluado la vivienda hasta un 30 por 100, la postura equivalente a un 70 por 100 del valor de tasación (regla 1.ª del art. 670), era *equivalente al valor real de mercado. En esas condiciones y debiendo depositar un 30 por 100 del valor de tasación, esto es, una cantidad muy importante en relación con la postura final que el postor estuviera dispuesto a ofrecer, teniendo presente la devaluación de la vivienda, la concurrencia en subasta era muy difícil.*

(4) Señala MADRIDEJOS que «a lo exiguo del valor por el que la finca se adjudica al acreedor hay que añadir el incremento de la deuda originaria como consecuencia de unos intereses de demora y de unas costas derivados de un procedimiento de ejecución demasiado largo, entre uno o dos años, en el mejor de los casos, y caro. Así es perfectamente posible que el que compró con financiación del 100 por 100 en el año 2007, en lo más alto de la burbuja inmobiliaria, y dejó de pagar, al quedar en paro, en 2009, se encuentre en 2011 con que después de la ejecución y tras ser desahuciado de su vivienda, la cantidad no satisfecha de la que queda respondiendo, ahora a cambio de nada, sea *igual o superior a la cantidad que inicialmente recibió*». En opinión del autor, habría que limitar para el futuro los intereses de demora, como se ha hecho con los créditos al consumo. Y en cuanto a las operaciones preexistentes, *habría base legal para considerar que tales cláusulas son nulas por abusivas al originar un claro desequilibrio entre las partes* (MADRIDEJOS, A., «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37, pág. 24).

16 de septiembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.^a) (AC 2011/2172); Auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado de Instrucción, número 3 de Torrejón de Ardoz (JUR 2012/59745); Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.^a, de 1 de febrero de 2012, y Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado de 1.^a Instancia, número 8 de Valladolid (JUR 2012/94253), en el sentido de que la adjudicación del inmueble hipotecado al acreedor salde la deuda hipotecaria, si el valor de aquel según la tasación inicial, causalmente tenido en cuenta para la concesión del crédito, es superior al importe actual de la deuda hipotecaria. Igualmente, fue planteada una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 579, 695 y 698 de la LEC (Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010), por posible vulneración de los artículos 9.3, 24 y 47 de la CE, que si bien fue inadmitida por el Pleno del TC (Auto núm. 113/2011, de 19 de julio, RTC 2011/113), dio lugar a un voto particular del Magistrado Eugeni GAY MONTALVO.

Estas Resoluciones, así como el debate doctrinal suscitado, han dado lugar a una intervención triple del legislador. Por un lado, como analizaremos en el primer epígrafe, se ha modificado el procedimiento de ejecución hipotecaria (arts. 579 y 671 LEC, fundamentalmente) así como se ha aumentado la cuantía del salario inembargable cuando la ejecución debe proseguir como ejecución ordinaria sobre otros bienes del deudor, distintos del inmueble hipotecado subastado (art. 579 en relación con el art. 105 LH y 1911 CC). En segundo lugar, *si bien con un ámbito de aplicación extraordinariamente reducido*, se ha dictado el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que con un carácter retroactivo, como veremos, permite a ciertos deudores hipotecarios, moderar los intereses moratorios y reestructurar su deuda en términos asumibles para los mismos. Tanto esta nueva norma como las modificaciones de la LEC a que hemos hecho antes alusión, *dejan a salvo el artículo 105 LH (salvo en la tercera medida prevista en el Código de Buenas Prácticas regulado en el Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, que prevé la posibilidad de la dación en pago extintiva de la totalidad de la deuda hipotecaria, sea cual sea el valor de mercado actual del inmueble y el importe de la deuda hipotecaria pendiente).* Dicho artículo 105 LH señala que la garantía hipotecaria no altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor, siendo este precepto precisamente el objeto del debate doctrinal y jurisprudencial, pues sus consecuencias, como ya expusimos en trabajos anteriores, se han dejado particularmente sentir con la expansión y posterior pinchazo de la burbuja inmobiliaria. De modo que, según una interpretación exclusivamente literal de lo dispuesto por el legislador, *los problemas planteados por dicho precepto subsisten (seguirá siendo posible perseguir otros bienes del deudor si la ejecución hipotecaria no basta para satisfacer el crédito), aunque, desde luego, algo mitigados, según se deducirá de lo expuesto en el epígrafe II, para los deudores hipotecarios no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012.*

En un tercer plano, y pensando en las hipotecas futuras, el legislador ha dado ciertas disposiciones tendentes a incrementar la transparencia y prudencia en la contratación, así como la información del consumidor. Así se deduciría del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (5),

(5) Artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible:

1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así

desarrollado por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que se dicta también de conformidad

como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo *prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos* a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.

Igualmente, *de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.*

2. *Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo.* Estas normas tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, podrán tener el contenido siguiente:

a) Normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos, incluyendo prácticas que favorezcan:

- 1.º *Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.*
- 2.º *La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales.*
- 3.º *La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.*
- 4.º *La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.*
- 5.º *La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor.*
- 6.º *El respeto de las normas de protección de datos.*

b) Normas sobre la prestación a los consumidores de los restantes servicios bancarios distintos de los de inversión, en especial respecto a la contratación de depósitos y a las comunicaciones que permitan el seguimiento de las operaciones realizadas por dichos clientes.

c) La información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, incluyendo las que deben figurar en las páginas electrónicas de la entidad cuando se ofrezcan servicios por esa vía o por otras de comercialización a distancia, todo ello para asegurar que aquella refleje de forma explícita y con la necesaria claridad los elementos más relevantes de los productos contratados.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela.

con el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (6). Lo que mostraría que la preocupación por la información que debe darse al usuario no es novedosa, sino que *ya estaba presente en el ordenamiento jurídico*. También las Comunidades Autónomas han

(6) Artículo 48.2 Ley 26/1988:

«2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, *con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:*

- a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y *dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contratados por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos.*
- b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito.
- c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y *den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comuniquen o dé a conocer su modificación.*
- d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización».

Este artículo fue desarrollado por la Orden de 12 de diciembre de 1989 (BOE-A-1989-29754), sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito, completada por la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE-A-1994-10577). Ambas Órdenes han sido derogadas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, antes citada, que sustituye la regulación de aquellas por la contenida en su Capítulo II, Título III, sobre «Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios». Esta Orden entra en vigor el 29 de julio de 2012, según establece la Disposición Final 5.^a de la misma. En esta nueva regulación se prevé la existencia de una *Ficha de Información Precontractual*. Desarrollando la Orden de 12 de diciembre de 1989, se dictó la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE-A-1990-23233).

El viernes 6 de julio de 2012 se ha publicado en el *BOE* la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

En la Exposición de Motivos, la Circular señala que la Orden de 12 de diciembre de 1989 y la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, «ha constituido hasta la fecha —con las diversas modificaciones y actualizaciones de las que han sido objeto— el marco regulador básico de la actuación de las entidades de crédito en su relación con la clientela. No obstante, la evolución legislativa ha puesto de manifiesto cómo la normativa común o general de transparencia bancaria española ha ido quedando paulatinamente obsoleta».

La presente Circular, sustituyendo a la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, pretende desarrollar la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

iniciado una labor legislativa en esta dirección, destacando la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid (BOCM, de 2 de abril de 2012).

Al panorama legislativo anterior hay que añadir la existencia de una *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*, y para cuya transposición, en opinión de los expertos, no serán necesarias grandes modificaciones en el Derecho español (7),

«De esta manera, mediante el conjunto formado por ambas normas —la Orden y la Circular—, se pretende configurar un nuevo marco de conducta, que deberá regir en lo sucesivo las relaciones entre [los clientes de los servicios bancarios] y las entidades de crédito».

(7) Hacía referencia al «*Código de conducta voluntario sobre la información precontractual para los préstamos de vivienda* [C (2001) 477]», el apartado 16 del Libro Verde «El Crédito hipotecario en la UE», presentado por la Comisión (Bruselas, 19 de julio de 2005; COM (2005) 327final) [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0327es01.pdf].

Apartado 16 del Libro Verde:

«El Código de conducta ha creado, a través de la *Ficha informativa estandarizada europea* (ESIS), un precedente para tipificar la información precontractual a escala de la UE. La Comisión ha iniciado un estudio del Código, que incluye un estudio exterior que indicaba que la aplicación, en ese momento, no era satisfactoria. La Comisión aguardará el resultado de esta consulta para tomar decisiones finales sobre el Código. Pero deben abordarse las siguientes preguntas:

- ¿El Código de conducta debería ser reemplazado por legislación vinculante o debería seguir siendo voluntario?
- ¿Qué información debería darse a los consumidores? Debe encontrarse un cuidadoso equilibrio entre la deficiencia informativa y el exceso de información.
- La Comisión considera fundamental que la información precontractual se facilite en una etapa que permita al consumidor ver opciones y comparar ofertas. ¿Puede identificarse una etapa común de este tipo en la UE, dadas las diferencias en las tradiciones y legislaciones de los Estados miembros?
- ¿Debería un régimen de provisión de información aplicarse solo a los prestamistas o también a otros tales como los intermediarios? ¿Cómo puede garantizarse el cumplimiento de un régimen de este tipo (vinculante/voluntario)?»

Igualmente el «Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE» [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0807:FIN:ES:PDF>] (Bruselas, 18 de diciembre de 2007, COM (2007) 807 final), señalaba en su página 8:

«Pese al importante papel desempeñado por el Código de Conducta para los Créditos Vivienda [Acuerdo Europeo relativo a un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para Créditos Vivienda, 5-3-2001] (en lo sucesivo, “el Código”), el nivel y la calidad de la información sobre los créditos hipotecarios que actualmente se facilita a los consumidores varía aún entre los Estados miembros. La Comisión considera, de un lado, que el Código está algo obsoleto y, de otro, que no ha servido para sustituir plenamente a normas vinculantes. La adhesión al Código no es óptima [véase, por ejemplo: *European Agreement on a Voluntary Code of Conduct on Pre-contractual Information for Home Loans: Second Progress Report on Implementation in the European Union, European Banking Industry Committee*, 13-12-2005, que confirmó que aunque la adhesión al Código y su aplicación está próxima al 100 por 100 en algunos mercados, en otros la situación es menos satisfactoria; y *Monitoring the Update and Effectiveness of the Voluntary Code of Conduct on Pre-contractual Information for Home Loans, Institute for Financial Services*, 17-6-2003] y no existen mecanismos eficaces de control y garantía de aplicación, lo que afecta a la credibilidad que le otorgan los consumidores. Además, ciertas divergencias de aplicación en distintos países, por ejemplo, por lo que atañe a cuándo debe entregarse al consumidor la «ficha europea

así como la publicación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, mediación que podrá aplicarse en caso de imposibilidad por el deudor de hacer frente a las cuotas del préstamo hipotecario.

En el presente trabajo nos proponemos analizar prioritariamente el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, dejando para ulteriores estudios una valoración más detallada del nuevo marco normativo, así como de las posibles vías que el ordenamiento jurídico vigente deja abiertas al deudor hipotecario, para la defensa de su posición.

II. SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS TRAS EL REAL DECRETO-LEY 8/2011 Y LA LEY 37/2011, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

Como ya indicamos, estas normas constituyen un primer tipo de medidas adoptadas por el legislador como respuesta a la problemática planteada.

En la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011, 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, el Gobierno señalaba: «Por otra parte, la situación específica del mercado inmobiliario en España plantea situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago. Frente a esta situación, el Gobierno considera necesario adoptar *medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizan sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectos; manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos [o sea, el art. 105 LH y la posibilidad de perseguir otros bienes del deudor hipotecario, si la realización de la hipoteca no basta para saldar la deuda hipotecaria]* y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario [el mercado secundario de bonos, cédulas y participaciones hipotecarias, obligaciones emitidas por los bancos con la garantía de los préstamos hipotecarios concedidos y mediante el cual se capta ingresos por las entidades bancarias que a su vez pueden permitirles la concesión de nuevos créditos hipotecarios en el mercado primario]». El Real Decreto, como más adelante indica su Exposición de Motivos, pretende evitar cualquier elemento de incerteza en la regulación de la ejecución hipotecaria (pues ello es lo que sostiene todo el sistema hipotecario, el mercado primario y secundario, y en definitiva, la mayor parte de la actividad bancaria).

«Por lo tanto, en primer lugar, como medida de protección económica, social y jurídica de la familia (principio constitucional rector de la política social y económica), y para que las familias que han perdido su vivienda como consecuencia de una ejecución hipotecaria, no se vean privadas de un mínimo vital que garantice sus necesidades más esenciales y la posibilidad de superar en el corto plazo

de información normalizada», han planteado dificultades [*Mortgage Industry and Consumer Dialogue Final Report*, 20-12-2006]».

su situación económica, se eleva *el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria [por lo tanto, judicial o extrajudicial], sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado. “Si bien con carácter general, el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el salario mínimo interprofesional (SMI) a partir de este real Decreto-ley y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, se eleva ese mínimo hasta el 150 por 100 del SMI y un 30 por 100 adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores a dicho SMI”*».

De manera que el artículo 1 del Real Decreto-ley, que sustituye al artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (Disposición Derogatoria del Real Decreto-ley 8/2011) queda redactado de la siguiente manera:

«En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la LH, 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 LEC se incrementará en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario, o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley».

Como el Real Decreto-ley entraba en vigor el día de su publicación, esto es, el 7 de julio de 2011, y las leyes no tienen retroactivo si no dispusieron lo contrario (art. 2 LEC y 2.3 CC), hasta el 6 de julio de 2011, resultaba de aplicación el umbral de inembargabilidad definido en el artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, y a partir del 7 de julio de 2011 el nuevo umbral de inembargabilidad. Ahora bien, para los procesos de ejecución forzosa posteriores a una ejecución hipotecaria, basados en la misma deuda, *que estuviesen en curso al entrar en vigor el nuevo umbral de inembargabilidad (y por lo tanto, para aquellos deudores que tienen todavía sus cuentas corrientes embargadas porque aún no han satisfecho la deuda hipotecaria), dicho umbral les resultará aplicable, pues parece que ese es el espíritu del precepto, aunque no se establezca una retroactividad expresa*, por lo que sería de aplicación el espíritu de las Disposiciones Transitorias del Código Civil (art. 4.3), que admitían *retroactividad en lo favorable, incluso de grado medio*. Así pues, si el deudor hipotecario tuviera embargadas sus cuentas corrientes por el acreedor (entidad crediticia), el juzgado ya no podría retener más allá de lo establecido según el nuevo umbral de inembargabilidad, a partir del 7 de julio de 2011. Lo dicho es igualmente congruente con el espíritu de la Disposición Transitoria sexta de la LEC 2000, según la cual: «los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley *se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante*».

La segunda de las medidas por la que opta el Real Decreto-ley, con la finalidad de mejorar las subastas de los bienes inmuebles hipotecados, pasa por la modificación de la LEC, *«para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente»*.

Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación. Se establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total (esto es, incluso en el caso de que la deuda tenga un importe inferior a dicho porcentaje, caso en que el acreedor para hacerse con el bien, debería abonar la diferencia), y ello con el fin de evitar el despojo del deudor».

Además, «para mejorar la eficacia de las subastas permitiendo una mayor concurrencia de pujas y, por ende, posibilitando la fijación de un precio más justo, se reduce hasta el 20 por 100 el depósito exigido a los postores para participar en una subasta. De este modo, se facilitaría la presencia de postores y la mejor adjudicación de los bienes hipotecados, se equipararía el importe de este depósito con el previsto por la propia ley para los bienes muebles y se recuperaría el porcentaje que sobre este punto ya establecía la LEC desde 1881» (8).

El Real Decreto-ley ha procedido, pues, a modificar el artículo 669.1, 670.4.2.º y 671 de la LEC, de modo que las reglas para la celebración de la subasta de inmuebles hipotecados (art. 691.4.º LEC), quedarían del siguiente modo:

«Artículo 670. *Aprobación del remate. Pago. Adjudicación de los bienes al acreedor:*

1. Si la mejor postura fuera igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el secretario judicial responsable de la ejecución, mediante decreto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate a favor del mejor postor. En el plazo de veinte días, el rematante habrá de consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate.
2. Si fuera el ejecutante quien hiciere la mejor postura igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, aprobado el remate, se procederá por el secretario judicial a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas y, notificada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere.
3. Si solo se hicieren posturas superiores al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio aplazado, se harán saber al ejecutante quien, en los veinte días siguientes, podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 del valor de salida. Si el ejecutante no hiciere uso de este derecho, se aprobará el remate a favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma.

(8) Sin embargo, según especialistas en la materia, parece que la medida ha tenido un efecto nulo en cuanto a incrementar la participación en las subastas que siguen quedando desiertas.

4. Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos siempre que esta cantidad sea superior al 60 por 100 de su valor de tasación y a la mejor postura.

Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este último caso, contra el decreto que aprueba el remate cabe recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución. Cuando el secretario judicial deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente.

5. Quien resulte adjudicatario del bien inmueble, conforme a lo previsto en los apartados anteriores, habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos.
6. Cuando se le reclame para constituir la hipoteca a que se refiere el número 12.º del artículo 107 de la LH, el secretario judicial expedirá inmediatamente testimonio del decreto de aprobación del remate, aun antes de haberse pagado el precio, haciendo constar la finalidad para que se expide. La solicitud suspenderá el plazo para pagar el precio del remate, que se reanudará una vez entregado el testimonio al solicitante.
7. En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, podrá el deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas.
8. Aprobado el remate y consignado, cuando proceda, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se dictará decreto de adjudicación 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».

«Artículo 671. *Subasta sin ningún postor:*

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor

de tasación (por lo que deberá abonar la diferencia si la deuda a saldar es inferior al 60 por 100 del valor de tasación).

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado» (9).

Dado que la nueva redacción de estos artículos entró en vigor el 7 de julio de 2011, y que no se prevé régimen transitorio alguno expreso, puede pensarse que la ley no tiene efectos retroactivos o bien que resultaría de aplicación lo dispuesto en la Disposición Transitoria 6.^a de la LEC 2000, que reguló el tránsito de la LEC 1881 a la LEC 2000, en lo relativo a ejecución forzosa: «los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella (léase en el Real Decreto-ley) para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante». De modo que si aún no se verificó la adjudicación al rematante o acreedor, podrían aplicarse las nuevas normas sobre celebración de la subasta, más beneficiosas para el deudor hipotecario.

Las medidas de reforma de la LEC anteriores se complementan con las introducidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE de 11 de octubre de 2011). En la Exposición de Motivos se indica que la norma trata de aclarar aspectos relativos a la relación entre ejecución especial hipotecaria y la ordinaria, precisando la forma en que la ejecución especial, dirigida contra determinados bienes, pasa a convertirse en general, dirigida contra todo el patrimonio de los responsables.

En este sentido, se modifica el artículo 579 LEC, que pasa a tener la siguiente redacción: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria, se estará a lo dispuesto en el Capítulo V de este Título («De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados»). Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda (por ejemplo, fiadores) y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

En el artículo 4.37 de la Ley 37/2011, se incorpora una Disposición Adicional sexta a la LEC 2000, bajo la rúbrica *Adjudicación de bienes inmuebles*. En esta disposición se introduce una disposición aclaratoria (interpretación auténtica del legislador por norma posterior del mismo rango que la aclarada) del artículo 670 y 671 LEC, tal como quedó su redacción tras ser modificados por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. El tenor de dicha Disposición Adicional es el siguiente:

«En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la Sección VI del Capítulo IV del Título IV del Libro III («Subasta de bienes inmuebles») y siempre que las subastas en las que no hubiere

(9) En su redacción originaria, el artículo 671 señalaba que: «si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos» (esto es, por ejemplo, por un 10 por 100 del valor de tasación, tal y como se interpretaba mayoritariamente). Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, se indicaba que la adjudicación podría pedirse por cantidad «igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos».

ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, en los términos previstos en la mencionada *Sección y para los citados inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor*, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiera presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura».

Es decir, el artículo 671 pasa a ser norma especial para las adjudicaciones de vivienda habitual del deudor, se produzcan en el seno de una ejecución ordinaria o de una ejecución hipotecaria, y se recupera la antigua norma contenida en dicho precepto desde la redacción que le dio la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, trasladándola a la Disposición Adicional para las adjudicaciones sobre bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual.

Idéntica ha sido la solución prevista por el legislador para el artículo 670.4.2.º LEC, que queda como norma especial para el caso de ejecución de la vivienda habitual del deudor, recuperándose la norma contenida antiguamente en dicho párrafo (redacción originaria), a través de esta nueva Disposición Adicional introducida a la LEC, para ejecuciones de bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual (10).

De acuerdo con la Disposición Transitoria única de la Ley 37/2011 que señala: «los procesos que estuvieren en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la presente ley [1 de noviembre de 2011 (Disposición Final 3.ª)], continuarán sustanciándose hasta que recaiga sentencia en dicha instancia conforme a la legislación procesal anterior». A sensu contrario, *puede entenderse que todos los procesos de ejecución en curso, se tramitarán con arreglo a la presente ley, desde el momento en que se encuentren, esto es, para ellos se recupera la vieja normativa. Si tal se hace con los procedimientos ejecutivos sobre bienes inmuebles diversos de la vivienda habitual, hay que pensar que para aquellos que recaían sobre la vivienda habitual y estaban en curso al entrar en vigor el Real Decreto-ley 8/2011, la solución debe ser la misma, máxime cuando esta norma tenía por finalidad la protección del deudor hipotecario. Ello desde luego, coloca a los deudores hipotecarios con ejecuciones pendientes o que vean que se abre frente a ellos una ejecución hipotecaria, en una situación considerablemente mejor que la que se desprendía de la normativa derogada, aunque no suficiente.*

(10) La reforma introducida en materia de ejecución se complementa con la nueva redacción que la Ley 37/2011 da al artículo 651 de la LEC, relativo a la adjudicación de bienes muebles al ejecutante en la subasta de bienes muebles: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 30 por 100 del valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

En ningún caso, ni aun cuando actúe como postor rematante, podrá el acreedor ejecutante adjudicarse los bienes, ni ceder el remate o adjudicación a tercero, por cantidad inferior al 30 por 100 del valor de tasación.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esta facultad, el Secretario Judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

III. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

1. OBJETO DEL REAL DECRETO-LEY

El Real Decreto-ley tiene por objeto la adopción de medidas encaminadas a paliar la situación en que se encuentran los *deudores hipotecarios sin recursos*, esto es, aquellos que «como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica, prolongada en el tiempo, han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios *concertados para la adquisición de su vivienda*» (Exposición de Motivos, párrafo 1.º). Como consecuencia de los procesos de ejecución, estos deudores quedan privados de su vivienda, y además quedan sujetos a serios problemas para su sustento en condiciones dignas, dada su situación de desempleo y la subsistencia de su responsabilidad patrimonial personal (arts. 105 LH y 1911 CC). Para solventar esta situación, el Gobierno considera de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 Const.), promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para que los *españoles puedan disfrutar de una vivienda digna y adecuada* (arts. 47 y 53.3 Const.).

A tal fin, se arbitran dos tipos de medidas (art. 1): medidas conducentes a la reestructuración de la deuda hipotecaria, de quienes padecen *extraordinarias dificultades* para atender su pago [moderación de los intereses moratorios (art. 4) y sujeción al Código de Buenas Prácticas (art. 5 y Anexo)] y la flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria (art. 12). La Exposición de Motivos subraya (párrafo 3.º), que estas medidas *dejan a salvo los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, entre ellos el artículo 105 LH, que solo en algún caso particular, como veremos, podrá dejarse sin efecto*.

El Real Decreto-ley pretende ir más allá de las medidas del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, *pues sus medidas se habían considerado insuficientes por muchos*, como reconoce la Exposición de Motivos del nuevo Real Decreto-ley 6/2012. Se trata pues, de que el deudor, o bien *conserva su vivienda* mediante una reestructuración viable de la deuda hipotecaria, o bien que *pierda la vivienda*, pero cancelando toda la deuda hipotecaria (dación en pago liberatoria), esto es, limitando su responsabilidad a la vivienda hipotecada. En el fondo de ambas medidas late la aplicación de la cláusula de origen medieval *rebus sic stantibus*, *si bien su aplicación se articula a través de un Código de Conducta de adhesión voluntaria para el acreedor*. Esto es, el deudor (parte perjudicada por la variabilidad) puede exigir la modificación de los términos del contrato de préstamo hipotecario por *variación imprevista y extraordinaria de las circunstancias básicas del mismo*, siempre que su acreedor se haya adherido al Código de Buenas Prácticas que se regula en el Anexo del Real Decreto-ley 6/2012.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de las medidas previstas en el Real Decreto-ley viene determinado en el artículo 2. Dichas medidas son de aplicación a contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria *sobre la vivienda familiar* (art. 3), *siempre que se haya solicitado el préstamo o crédito para su adquisición* (art. 3.1.d) y *que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión definido en el artículo 3*, y *que el contrato esté vigente a la fecha de la entrada en vigor*

del Real Decreto-ley (11 de marzo de 2012). Por lo tanto, no será de aplicación a contratos de préstamo hipotecario concertados a partir del 12 de marzo de 2012, inclusive (contratos futuros); ni a contratos de préstamo hipotecario que, aunque vigentes el 11 de marzo de 2012, tengan por objeto bienes inmuebles distintos de la vivienda familiar, *ni a deudores hipotecarios que no se encuentren situados en el umbral de exclusión, aunque atraviesen graves dificultades económicas, ni a contratos consumados por el cumplimiento voluntario o forzoso antes del 11 de marzo de 2012*. La norma tiene, pues, un limitado ámbito de aplicación como podremos comprobar en estas líneas, lo que constituye su principal inconveniente.

Se exceptúan las medidas contenidas en los artículos 12 (relativo al procedimiento de ejecución extrajudicial sobre la vivienda habitual del deudor), y 13 (relativo a la preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos) que son de aplicación general. *El Real Decreto-ley tiene, pues, un marcado carácter retroactivo.*

La definición del *umbral de exclusión (social)* se verifica en el artículo 3 de la norma. La norma pretende, según expresa el legislador en la Exposición de Motivos (párrafo 3.º) que «los beneficiarios (de la mayoría de las medidas establecidas) sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia». ¿Se establece, pues, por lo menos la dación en pago, en beneficio de aquellos deudores que *nunca o muy difícilmente podrán abonar el crédito*? Eso podría parecer. Ahora bien, esta práctica de dación en pago liberatoria ya la estaban aplicando las entidades financieras respecto de la población inmigrante, como indicamos en anteriores trabajos. ¿Será este, entonces, el colectivo que en mayor medida se beneficie de la dación en pago? ¿No supondría ello una discriminación negativa hacia la población autóctona? En definitiva, ¿se atiende verdaderamente el objetivo señalado en la Exposición de Motivos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para que los *españoles puedan disfrutar de una vivienda digna y adecuada* (art. 47 y 53.3 Const.)?

El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca *sobre su vivienda habitual*, se encontrará situado en el umbral de exclusión cuando concurren en él las circunstancias siguientes:

- a) Todos los miembros de la familia carecen de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, esto es, se encuentran en situación de desempleo. El Real Decreto-ley entiende 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 (11). Esta circunstancia se acreditará por el deudor ante la entidad

(11) El legislador insiste en equiparar situaciones no equiparables como el matrimonio 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

acredora presentando los certificados expedidos por el Servicio Público de Empleo competente acreditativos de la situación de desempleo de los miembros de la unidad familiar *residentes en la vivienda hipotecada*. En el caso de trabajadores por cuenta propia sin rentas, se aportará el certificado expedido por la AEAT. Además se deberán aportar los certificados indicados en el artículo 3.2.d) y e). De la norma parecería desprenderse literalmente que si el cónyuge del deudor (también el separado de hecho) tiene ingresos derivados del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, el deudor hipotecario no quedaría incluido en el umbral de exclusión. En cambio, quedaría incluido en el umbral de exclusión aunque la pareja de hecho no inscrita sí que los tuviera. Como esta interpretación no resulta razonable, hay que entender que si la pareja de hecho no inscrita tiene tales ingresos, también el deudor hipotecario quedaría al margen del Real Decreto-ley 6/2012.

Por otro lado, no tiene sentido que el deudor divorciado o separado legalmente, reciba mejor trato que el que se encuentra en situación de normalidad matrimonial, pues si su consorte recibe ingresos en aquellos casos, no se tendrán en cuenta a efectos de considerarle a él situado en el umbral de exclusión. Como esta situación resulta discriminatoria para la familia en situación de normalidad matrimonial y particularmente para sus hijos, se impone una interpretación correctora en sentido estricto, en el sentido de que los ingresos de cualquiera de los cónyuges en situación de normalidad matrimonial no impiden que el deudor hipotecario esté situado en el umbral de exclusión (como no lo impiden los ingresos del cónyuge separado legalmente o del cónyuge divorciado) siempre que la cuota hipotecaria a abonar resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba la familia [art. 3.1.b)].

En todo caso, el sistema, como se ha señalado, «es sorprendente, pues parece presumir la obligación de todos los miembros de la unidad familiar de contribuir con todos sus ingresos y todo su patrimonio al pago de la deuda. Mientras que en el Real Decreto-ley 8/2011, la existencia de miembros sin ingresos favorecía al deudor (permitiéndole incrementar el salario inembargable), ahora es la existencia de miembros con ingresos lo que le perjudica» (12). Además es contraproducente exigir que todos los miembros de la familia carezcan de rentas del trabajo o de actividades económicas, pues «en un país con un alto porcentaje de trabajo sumergido (agravado por la crisis), exigir ese requisito desincentiva el empleo o autoempleo legal» (13).

- b) Que la cuota hipotecaria que deba abonar el deudor hipotecario resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Es difícil precisar qué ha querido indicar aquí el legislador. Dado que es preciso que todos los miembros

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.

(12) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2012 (núm. 42), pág. 42.

(13) *Op. cit.*, pág. 43.

de la unidad familiar estén en situación de desempleo o no perciban rentas derivadas de actividades económicas, el legislador debe referirse a ingresos procedentes de prestaciones sociales por desempleo abonadas por la Seguridad Social o mutualidades de previsión social, que actúen como alternativa al Régimen de autónomos. Además podría tratarse de rentas procedentes de capital mobiliario u otras, bastando en todo caso, que la cuota hipotecaria a abonar fuese superior al 60 por 100 de todos los ingresos netos.

- c) En todo caso, se hace imprescindible acreditar que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales *suficientes* con los que hacer frente a la deuda, pues si se diere esta circunstancia, *no se encontraría el deudor en el umbral de exclusión. ¿Quiere significar el legislador que es preciso, para la aplicación de las medidas del Real Decreto-ley, carecer de cualquier otro bien o derecho que permitiese una amortización total o incluso parcial del crédito? O dicho de otra manera, ¿puede retener el deudor hipotecario o su familia, bienes o derechos patrimoniales aptos para una amortización parcial, pero no suficientes para una amortización total, y al mismo tiempo solicitar la aplicación de las medidas del Real Decreto-ley? Desde nuestro punto de vista, es la equidad (art. 3.2 CC) y la evitación de la exclusión social del deudor y su familia (fin del legislador y ratio legis de la norma) la que nos permitirá determinar en el caso concreto, si el deudor cumple o no este requisito, aun reteniendo ciertos bienes o derechos patrimoniales, excluidos los bienes tasados como legalmente inembargables (arts. 605, 606 y 607 LEC en relación con el art. 609), que evidentemente puede retener sin más consideraciones. Lo dicho se corresponde con el espíritu del artículo 606.1.º in fine de la LEC, donde se señala que también serán inembargables «otros (bienes) que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia».* Este requisito y el anterior se acreditará con los certificados señalados en el artículo 3.2.b) y c), entre otros.
- 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. De este requisito se desprende la imposibilidad de que el deudor hipotecario sea titular de otros inmuebles urbanos destinados a vivienda no habitual o incluso a segundo domicilio y al mismo tiempo, sea considerado deudor en umbral de exclusión social. Deberá presentarse para acreditar los extremos exigidos, las escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria, así como los certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con el deudor hipotecario [art. 3.2.c) y f)].
- e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales (por ejemplo, un tercero ajeno al núcleo familiar ha hipotecado bienes en garantía del préstamo que recibió el deudor) o personales (avales de parientes) o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c). Si bien una interpretación exclusivamente literal podría hacer pensar que la existencia de *cualquier otra garantía real* excluye la situación de umbral de exclusión para el deudor, la Exposición de Motivos señala que el umbral de exclusión es sensible igualmente a la situación económica de los demás miembros de la unidad familiar, *así como de los titulares*

de las garantías personales o reales que, en su caso, existiesen. Por ello, en el caso de existir otras garantías reales inmobiliarias, para que el deudor hipotecario se encuentre fuera del umbral de exclusión, será preciso que *también se encuentre fuera del mismo dicho tercero garante.* Aunque este no es deudor hipotecario y solo soporta la responsabilidad real derivada de la hipoteca sobre sus bienes inmuebles, hay que pensar que la *ratio* de la norma es dispensar una protección especial a quien padece una ejecución hipotecaria (aunque sea por deuda ajena) que afecta a su *vivienda familiar*, encontrándose al mismo tiempo en una situación particularmente precaria que le acerca a la exclusión social. Por lo tanto, *si las circunstancias del artículo 3.1 del Real Decreto-ley concurren en dicho tercero* [si bien parece que no se hace preciso que todos los miembros de su familia se encuentren en la situación descrita en la letra a) del art. 3.1], *entendemos que el deudor principal podrá ser incluido en el ámbito de aplicación de la norma, aunque exista esa garantía real inmobiliaria adicional, y de este modo, evitar la ejecución de la vivienda familiar del tercero garante.*

En el caso de los fiadores, la cuota hipotecaria deberá ser superior al 60 por 100 de los ingresos netos de cualquier procedencia que perciba la unidad familiar, no siendo imprescindible que los miembros de la unidad familiar se encuentren en situación de desempleo o sin ingresos procedentes de la actividad económica, pero sí que se dé la circunstancia del artículo 3.1.c). Evidentemente, si la norma busca evitar la exclusión social del deudor principal, y asegurarle una vivienda digna, hay que entender que no puede querer la exclusión social del fiador, por lo que implícitamente la norma estaría estableciendo la *inembargabilidad de la vivienda habitual del fiador* [arg. ex art. 3.1.c) que habla de «otros bienes», luego distintos de la vivienda habitual]. Podría, pues, el fiador conservar su vivienda habitual, siempre que concurren los requisitos señalados en el artículo 3.1.b) y c), y ser el deudor principal considerado en el umbral de exclusión (evitando ello la ejecución de la vivienda familiar del fiador). En todo caso, aunque no se dieran los requisitos indicados en el fiador y por ello el deudor hipotecario no pudiera recurrir a las medidas del Real Decreto-ley, debiendo deudor hipotecario y fiador, en su caso, soportar la ejecución de sus bienes, pienso que cabría ejercitar la acción de nulidad de las cláusulas predispuestas (condiciones generales de la contratación) que obligan al consumidor a presentar fiadores, y obtenida la nulidad, *ejercitar los derechos reconocidos en el Real Decreto-ley 6/2012*, siendo considerado el deudor hipotecario en el umbral de exclusión. A mi juicio, y salvo mejor opinión fundada en Derecho, habiendo asumido las entidades financieras *riesgos innecesarios* (concretamente el de minusvaloración de la garantía real como consecuencia de una caída generalizada de los precios, dada la sobrevaloración que hacían de la vivienda, base del crédito concedido), y *habiendo querido salvarlos a través de este tipo de garantías personales* (art. 1911 del CC y presentación de fiadores), en términos generales, cualquier cláusula de este tipo es nula (art. 8.2 LCGC en relación con el art. 88 del Texto Refundido LGDCU, y arts. 9 y 10 LCGC) (14). El problema radica en que el ejercicio de tal acción de

(14) A mi juicio, tales garantías personales añadidas a la hipotecaria sobre la vivienda del deudor principal pueden considerarse abusivas por desproporcionadas (art. 88 del Real

nulidad en un procedimiento independiente no paralizaría la ejecución hipotecaria, entendiendo literal y taxativamente los artículos 695 y 698 LEC, si bien quizá podría articularse como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria.

En todo caso, entiendo que no debería haber exigido el legislador que «no existan otras garantías personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c)». Inclusive, según cual sea la naturaleza del Código de Conducta a que pueden adherirse las entidades financieras voluntariamente, y que incorpora la definición del umbral de exclusión del artículo 3 del Real Decreto, cabría accionar legalmente contra este requisito (inexistencia de fiadores) del umbral de exclusión, para que no fuese exigible. Para acreditar el requisito del artículo 3.1.e) comentado, sería imprescindible aportar, entre otros, los documentos justificativos a que alude el artículo 3.2.f), así como los certificados enunciados en el artículo 3.2.b), c), d) y e), referidos al fiador y a los miembros de su familia.

- f) En el caso de que existan codeudores *que no formen parte de la unidad familiar (por ejemplo, cónyuge separado legalmente, padres del deudor, hijos del deudor que no residen con la familia, etc.)*, deberán estar incluidos en las circunstancias: a) (desempleo o no percepción de rentas derivadas de actividades económicas por dichos deudores y sus familias); b) y c), considerando el Real Decreto-ley, a efectos de delimitación del umbral de exclusión, que su vivienda familiar es un bien inembargable [art. 47 CE; *ratio legis* del Real Decreto-ley 6/2012; y *arg. ex art.* 3.1.c)], y siendo incluido el deudor hipotecario que solicita las medidas del Real Decreto-ley en el umbral de exclusión.

Además de acreditar los extremos anteriores, para que un deudor hipotecario pueda ser considerado en el umbral de exclusión deberá efectuar (junto a los codeudores y a los garantes reales o personales) *una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 3 del Real Decreto-ley*, según el modelo aprobado por la Comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas [art. 3.2.g) y 6.4]. Esta exigencia se complementa con la previsión del artículo 7.1: «El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo (art. 4: moderación de los intereses moratorios) como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, *será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar*». El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma (art. 7.2). El artículo 7.3 dispone además que «también incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, *busque situarse o mantenerse en el umbral*

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias), y dado que la presunción de que no existe desproporción en los contratos de financiación de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica es *iuris tantum*, podría destruirse a base del argumento antes indicado.

de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas (lo que sería un fraude de ley), correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito». De acuerdo con el artículo 6.4 del Código Civil, en relación con el artículo 7.1 y 2 del Real Decreto-ley, la medida de la responsabilidad del deudor vendrá determinada por el artículo 7.2 del Real Decreto-ley.

3. MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA INMOBILIARIA

La norma que comentamos prevé dos tipos de medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria: la moderación de los intereses moratorios (art. 4) y la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

A) La moderación de los intereses moratorios

De acuerdo con el artículo 1108 del Código Civil, «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 CC), no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos (como intereses de demora), y a falta de convenio, en el interés legal». Estos intereses moratorios solo se deben a instancia de parte (STS de 5 de abril de 1994).

El artículo 4 del Real Decreto-ley dispone, a propósito de los intereses moratorios, que «en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será como máximo (hubiese pacto al respecto, o se aplicase, en su defecto, el interés legal fijado cada año en la Ley de Presupuestos del Estado, que ha sido de un 4 por 100 en 2010 y en 2011) el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo». Evidentemente, si la aplicación del interés moratorio pactado o la aplicación del interés legal determinasen una cuantía global por intereses de demora inferior a la resultante de aplicar la norma del artículo 4, no sería de aplicación este precepto, que fija un máximo y no un mínimo al interés de demora. En todo caso, como la entidad bancaria o la financiera se encuentra obligada a moderar el interés moratorio, con el máximo indicado, cabe que las partes puedan pactar (art. 1255 en relación con el art. 4 Real Decreto-ley), un nuevo interés de demora inferior al límite legalmente establecido, otorgándose al deudor la iniciativa en la negociación, por la vía de acreditar los requisitos del artículo 3. En todo caso, el pacto no es absolutamente libre en su determinación, sino que tratándose de una resolución de un caso en aplicación exclusiva de la equidad (*moderación*), deberán tenerse en cuenta las circunstancias concretas del deudor solicitante.

Para la aplicación de esta medida no será preciso que la entidad haya suscrito el Código de Buenas Prácticas recogido en el Anexo del Real Decreto-ley, pues el artículo 4 no se refiere a tal exigencia. Tampoco parece que sea preciso que el deudor cumpla los requisitos del artículo 5.2 del Real Decreto-ley. No será de aplicación, en todo caso, dicha moderación del interés moratorio a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley. Por lo tanto, quedan excluidos deudores que no cumplan los requisitos del artículo 3, a

pesar de que puedan encontrarse en una situación económica difícil, los contratos que se celebren a partir del 12 de marzo de 2012, así como a contratos consumados por cumplimiento voluntario o ejecución forzosa a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, pues ya no se encontrarían vigentes. La medida es aplicable, en todo caso, cualquiera que sea el momento o trámite de la ejecución.

Cabe preguntarse si el artículo 4 del Real Decreto-ley fija un *dies a quo* a partir del cual aplicar la medida de moderación, o quiere significar simplemente que para aplicar la medida será precisa la iniciativa del deudor hipotecario. A nuestro juicio, el artículo 4 se refiere a esto último, aplicándose la medida de moderación *retroactivamente, desde la fecha en que comenzó a devengarse el interés de demora con arreglo al artículo 1100 del Código Civil*, pues ello se deduciría del artículo 2 del Real Decreto-ley al señalar que «las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a (la vida de) los contratos ... que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor», habiéndose establecido una retroactividad, no de grado mínimo [como se desprendería de entender que el art. 4 fija un *dies a quo*, que en todo caso, debería admitir la retroactividad para los intereses moratorios devengados a partir del 11 de marzo de 2012 (fecha de entrada en vigor de la norma)], sino, por lo menos, *de grado medio (intereses moratorios devengados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley y cuyo pago se exige después)*, pues ello se desprendería de los principios que presidían las Disposiciones Transitorias del Código Civil, aptas para resolver los problemas de Derecho Transitorio a falta de disposiciones expresas del legislador (arts. 4.3 y 1.4 CC) cuando es claro el espíritu retroactivo de la norma (art. 2.3 CC), las cuales admitían *retroacciones en lo favorable, y de grado mínimo y, en algún caso, de medio*.

La solución legal es más favorable al deudor que la que aplicaba la jurisprudencia, la cual, en general, recurría al criterio del artículo 20 de la Ley de Crédito al Consumo, aplicando 2,5 veces el interés legal.

B) Sujeción al Código de Buenas Prácticas

El Real Decreto-ley comentado regula en su Anexo un Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. El artículo 5 del Real Decreto-ley regula los requisitos de sujeción al mismo.

El Código es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. La adhesión, pues, no está pensada para personas físicas o jurídicas que de manera no profesional hubiesen concedido un préstamo o crédito hipotecario (art. 7 en relación con el art. 5.1), si bien cabría que estas aplicasen voluntariamente las medidas del Código, de acuerdo con el deudor (arts. 1255 CC y 1203.1.º y 1204 del CC que permiten la novación de las obligaciones).

Dichas entidades comunicarán su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En los diez primeros días de cada uno de los cuatro trimestres en que se divide el año natural, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de las entidades adheridas durante el trimestre anterior, en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *BOE*, para que la adhesión pueda llegar a conocimiento de los clientes de la entidad (art. 5.3). La adhesión de la entidad se entenderá producida por un plazo de dos años

(a contar desde la publicación de la lista trimestral de entidades adheridas en el BOE) y prorrogable automáticamente por periodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad adherida, notificada a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera con una antelación mínima de tres meses al fin del plazo de los dos años, o al fin del año prorrogado automáticamente.

Según la Resolución de 10 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por la que se publican las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (BOE de 12 de abril de 2012), 88 entidades financieras se han adherido ya al Código de Buenas Prácticas de un total de 35 Cajas de Ahorro; 81 Cooperativas de Crédito; 77 Bancos españoles; 54 Oficinas de Representación de Bancos extranjeros; 80 Bancos extranjeros comunitarios y 8 Bancos extranjeros extracomunitarios, cifras estas que integran el listado completo de las entidades financieras que operan en España (15).

a) **Ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas al que se adhirió la entidad prestataria**

La aplicación del Código, de acuerdo con el artículo 5.2, se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas *cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de una serie de valores*: 200.000 euros (para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: caso, por ejemplo, de Madrid o Barcelona); 180.000 euros para municipios entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes (caso de los municipios del área metropolitana de Madrid y Barcelona); 150.000 euros para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes y 120.000 euros para municipios de hasta 100.000 habitantes. A efectos de la determinación del número de habitantes de un municipio, se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal. *Estos valores máximos para el precio de adquisición no resultan aplicables en el caso de solicitar la moderación de los intereses moratorios.*

El artículo 7 señala, por su parte, que el contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de *aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores (art. 3) y contratos (art. 2) a los que se refiere este Real Decreto-ley*, no procediendo, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo (aplicación analógica) o interpretativo (interpretación extensiva o correctora en sentido estricto), a ningún otro ámbito. Si bien la norma prohíbe la extensión de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, *a otro ámbito distinto del delimitado por ella misma*, lo que no prohíbe la norma es la *interpretación extensiva del concepto de deudor situado en el umbral de exclusión, pues ello es un concepto definido fuera del Código, en el articulado del Real Decreto-ley, y al que se remite el contenido del Código. Es más, entendemos que la atención a la finalidad de la norma exige entender incluidos en dicho umbral de exclusión supuestos no comprendidos en la literalidad de la letra, pero sí en el espíritu de la norma.* Tampoco prohíbe el Decreto que los Tribunales adopten Resoluciones como la del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010,

(15) <http://www.mejoresbancos.es/entidades> —financieras— en España.

pues tales resoluciones tendrían por fundamento argumentos diversos de una posible aplicación analógica del Código de Buenas Prácticas.

Ahora bien, la propia norma prevé que las entidades adheridas podrán *potestativamente aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo*. Pero ello queda a la libre voluntad de la entidad prestataria, no pudiendo ser impuesto judicialmente, por vía de interpretación o aplicación analógica.

b) Consecuencias jurídicas de la adhesión de la entidad de crédito al Código de Buenas Prácticas

El artículo 5.4 señala que desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, *serán de obligada aplicación para las entidades crediticias las previsiones del Código de Buenas Prácticas. La aplicación de dichas previsiones dará lugar a la novación del contrato*. Cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite. La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados (16).

Señala la Exposición de Motivos (párrafo 4.º), que «con la aplicación de las medidas contenidas en el citado Código... se facilita y promueve la implicación del sector financiero español en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación económica y social de muchas familias».

El cumplimiento del Código de Buenas Prácticas, por parte de las entidades adheridas, será supervisado por una Comisión de control constituida al efecto. Dicha Comisión estará integrada por cuatro miembros, uno en representación de la Asociación Hipotecaria Española, otro nombrado por el Banco de España, que actuará como Secretario, otro nombrado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y otro nombrado por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa que presidirá la Comisión y tendrá voto de calidad. Teniendo presente que de acuerdo con el artículo 8 del Texto Refundido de la LGDCU es derecho básico de los consumidores y usuarios, «la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas», así como «la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión», para que no se produzcan tales situaciones, se hace necesario entender que también forma parte de dicha Comisión

(16) Dicho artículo 4.3 indica: «Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores».

un representante del Consejo de Consumidores y Usuarios, como órgano nacional de representación institucional de los consumidores y usuarios, que integra a las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico que sean más representativas (art. 38 del Texto Refundido LGDCU).

La Comisión de control determinará sus normas de funcionamiento y se reunirá cada vez que sea convocada por su Presidente, por propia iniciativa (del Presidente) o a instancia de dos de sus miembros. Además, pienso que deberá reunirse a instancia del representante del Consejo de Consumidores y Usuarios, siempre que este así lo pida, para hacer efectivos los derechos básicos de los consumidores enunciados en el artículo 8 del Texto Refundido (pues lo contrario supondría una situación de inferioridad, subordinación e indefensión de los consumidores y usuarios).

La Comisión estará, asimismo, facultada para establecer su propio régimen de convocatorias.

Para la válida constitución de la Comisión a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de decisiones, será necesaria la asistencia de, al menos, tres de sus miembros, siempre que entre ellos figure el Presidente. Sus acuerdos se adoptarán por mayoría de sus miembros, teniendo el Presidente voto de calidad.

A efectos de que se verifique el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas, las entidades adheridas remitirán al Banco de España, con carácter trimestral, la información que les requiera la Comisión de control. Esta información incluirá, en todo caso, el número, volumen y características de las operaciones solicitadas, así como de las ejecutadas y de las denegadas en aplicación del Código.

La norma prevé también que se podrán formular ante el Banco de España las reclamaciones derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas, las cuales recibirán el mismo tratamiento que las demás reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al Banco de España.

El Banco de España remitirá a la Comisión de control las informaciones requeridas por esta que hayan remitido las entidades adheridas, así como las reclamaciones tramitadas conforme a lo previsto en el artículo 6.6. Dicha información será recibida y evaluada por la Comisión de control, la cual *publicará semestralmente un informe en el que evaluará el grado de cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. Dicho informe deberá publicarse para información de los consumidores, por lo menos, en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En todo caso, la imposición de posibles sanciones administrativas, ante las reclamaciones formuladas, es potestad del Banco de España* (17).

c) Contenido del Código de Buenas Prácticas

Señala el legislador en la Exposición de Motivos que «el citado Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de

(17) Parece ser, sin embargo, que en opinión de la Defensora del Pueblo, el sistema de quejas ante el Banco de España no funciona en términos aceptables («Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo»).

una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización. En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. Y, finalmente, *si ninguna de las dos medias anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera*, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible».

Detallamos a continuación las medidas incluidas en el Código de Buenas Prácticas, siguiendo para ello el ANEXO incorporado al Real Decreto-ley.

a') Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias

Todo deudor hipotecario incluido en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley (art. 2 en relación con el art. 3 Real Decreto-ley), que se encuentre en las circunstancias del artículo 5.2 del Real Decreto-ley, *esté incurso o no en un proceso de ejecución, si bien en este caso, antes de que se haya publicado el último de los anuncios de la subasta* (art. 691.2 y 4 en relación con los arts. 667, 668, 646, 645 y 655.2 LEC), puede solicitar y obtener de la entidad acreedora adherida la *reestructuración de la deuda hipotecaria al objeto de reducir su esfuerzo hipotecario a límites asumibles para su viabilidad financiera a medio y largo plazo*. Para ello, junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley, a que hemos hecho antes mención. *En el plazo de un mes desde dicha presentación de la solicitud y documentación complementaria, la entidad deberá notificar al deudor su ofrecimiento de un plan de reestructuración, indicando cómo se ejecutará y qué consecuencias financieras tendrá para el deudor*. Para la elaboración del plan, la entidad acreedora aplicará conjuntamente las siguientes medidas: una carencia en la amortización de capital de cuatro años; una ampliación del plazo de amortización hasta un total de cuarenta años, a contar desde la concesión del préstamo; una reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por 100 durante el plazo de carencia. Si bien el deudor en su solicitud puede optar por una carencia o un plazo menores, en cambio el banco no tiene posibilidad de no aceptar la solicitud o aplicar unos parámetros distintos de los establecidos por el Código [salvo que él los hubiese mejorado en su propio Código de Conducta (art. 5.8) y el deudor no hubiera manifestado una voluntad distinta]. Adicionalmente, las entidades acreedoras podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor. *Ahora bien, esta potestad no podrá nunca utilizarse o entenderse de manera que quede en manos de la entidad acreedora, la aplicación a los concretos deudores de una u otra de las tres medidas del Código de Buenas Prácticas [esto es, no podrá, por ejemplo, reunificar las deudas de modo que no se alcance una reestructuración viable en los términos del art. 2.a)], forzando al deudor a otra solución. Será imprescindible, pues, contar con la voluntad del deudor para tal reunificación*. Al notificar el plan de reestructuración la entidad deberá advertir, en su caso, del carácter inviable del plan. Según el artículo 2.a) del Anexo, se entiende por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60 por 100 de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. En el caso del carácter

viable del plan, la entidad acreedora advertirá de que, en todo caso, si en un futuro resultara inviable, el deudor podría solicitar las medidas complementarias del artículo 2 del Anexo. Si durante los diez años posteriores a la aprobación del plan, se solicitase la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario, ello no conllevará costes por compensación. La notificación del plan de reestructuración y la aplicación del mismo si es viable deberá producirse en el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud por el deudor hipotecario.

b') Medidas complementarias

Si el plan de reestructuración notificado no es viable en los términos indicados antes, o entendiendo que es viable la entidad, el deudor hipotecario demostrase lo contrario, o bien, cuando siendo inicialmente viable, posteriormente resultase inviable dada la situación económico financiera del deudor y su familia (pues la cuota hipotecaria mensual que pagasen superase en un determinado momento el 60 por 100 de los ingresos de la unidad familiar, al haber estos disminuido con relación al momento en que se aceptó la reestructuración), podrá solicitarse una quita en el capital pendiente de amortización, *la cual podrá ser aceptada o rechazada por la entidad acreedora en el plazo de un mes, a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración y consiguiente solicitud de la quita.*

Para determinar la quita, la entidad empleará uno de los siguientes métodos de cálculo: reducción en un 25 por 100; reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas sobre el total de las debidas; reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido. Teniendo presente, por un lado, que parece que el conceder la quita es facultativo para la entidad financiera y por otro, que la medida de dación en pago de la vivienda habitual (tercera medida), puede ser solicitada por el deudor hipotecario cuando la reestructuración y las medidas complementarias no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2 del anexo (es decir, incluso con una aceptación de una quita por parte de la entidad bancaria, la cuota hipotecaria mensual resulta superior al 60 por 100 de los ingresos que percibe la unidad familiar), entiendo que debiendo conjugarse los artículos 2 y 3 del Anexo hay que interpretar que *no puede producirse el resultado de que la quita resulte viable y no sea aceptada por la entidad, pues en tal caso al deudor hipotecario no le queda la alternativa de la dación en pago, según la literalidad del artículo 3.a) del Anexo. Si la quita es viable debe ser aceptada por la entidad crediticia, si bien pudiendo optar por una quita mayor o menor entre las viables, y en esto radicaría su libertad de decisión.* Por otro lado, si aplicando un método de cálculo la quita es viable y según otro método no lo es, *no puede quedar al arbitrio de la entidad bancaria el provocar o no, la dación en pago de la vivienda, aceptando la quita no viable, pues ello supondría que el cumplimiento de los contratos (dado que puede entenderse que desde la adhesión de la entidad bancaria, las cláusulas de su Código de Conducta forman parte de los contratos a los que dicho Código puede aplicarse, facultando el propio contrato al deudor para obtener su novación en determinadas circunstancias o la dación en pago) se deja al arbitrio de uno de los contratantes y un abuso de posición dominante, colocando al deudor en situación de inferioridad y subordinación, cosa no querida por el artículo 8 del Texto Refundido de la LGDCU, ni tampoco por el Real Decreto-ley.*

Si, no obstante, dando otra interpretación al artículo 2 y 3 del Anexo, que no comparto, se entiende por quita o medida complementaria no viable en los términos del artículo 3.a), *una quita no querida por la entidad crediticia*, en tal caso, *siempre quedaría al deudor hipotecario la alternativa de la dación en pago*.

Ahora bien, sea cual fuere la interpretación más adecuada de la norma (que en todo caso será la que responda al *favor debitoris* en el caso concreto, principio general del Derecho en el ámbito de las obligaciones), entiendo que vulneraría el espíritu del Real Decreto-ley y del Código de *Buenas Prácticas* el que las entidades crediticias hicieran uso de su facultad de aceptar o no la quita solicitada, *para determinar en el caso concreto, según sus concretas conveniencias, la procedencia o no de la dación en pago*. Tal práctica entendemos que constituirá un abuso de derecho y una vulneración del principio de que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7 del CC). *Parece pues, que pese al tenor literal del artículo 2 del Anexo, la facultad de la entidad no es absoluta, debiendo establecerse una negociación con el deudor hipotecario*.

El artículo 2.b) del Anexo señala que, en todo caso, se acepte o no la quita por la entidad, se notificará al deudor los resultados obtenidos según el método de cálculo aplicado.

En el apartado 2.c) se indica que esta medida *también podrá ser solicitada por aquellos deudores hipotecarios [incluidos en el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas (arts. 2, 3 y 5.2 y 7 del Real Decreto-ley)] que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta*. Como estos deudores no pueden acceder ni a la reestructuración de la deuda (art. 1 del Anexo), ni a la dación en pago [art. 3.a) y e) del Anexo], entiendo que, en todo caso, *deberá aceptarse la quita solicitada (pues de lo contrario estarían excluidos del ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, lo que no se compagina con el hecho de que el Anexo les tenga presentes) y aplicarse el método de cálculo de la misma más favorable (favor debitoris)*.

La condonación también podrá ser solicitada, *estando obligada a concederla la entidad crediticia*, por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión y en el artículo 5.2 del Real Decreto-ley, no habiendo podido lograr una reestructuración viable de la deuda, y estando o no inmersos en procedimientos de ejecución en los que todavía no se han publicado todos los anuncios para la subasta, *no pueden optar por la dación en pago porque la vivienda está grabada con cargas posteriores [art. 2.c) y 3.e) del Anexo]*. Entiendo que, en todo caso, la entidad financiera deberá aceptar la quita solicitada pues, de lo contrario, *personas situadas en el umbral de exclusión quedarían al margen del Código de Buenas Prácticas*, lo que no parece ser la voluntad del Real Decreto-ley, ni del Código, *que tiene como finalidad reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores. En este caso, también debería aplicarse el método de cálculo más favorable (favor debitoris, ya que no es posible acceder a la dación en pago)*. Esta interpretación se apoya también en el argumento de que son los apartados a) y b) del artículo 2 los que se refieren a la «facultad para aceptar o rechazar» y a que la entidad «decida o no conceder dicha quita», mientras que el apartado c) no hace mención a tal facultad, *por lo que se puede deducir que, en tal caso, la quita es forzosa para la entidad si el deudor la solicita*.

La reestructuración de la deuda (art. 1) o la aceptación de la quita (art. 2), provocan una *novación* de la obligación (arts. 1203.1.º y 1204 CC) y la terminación del proceso de ejecución en curso, en su caso.

c') Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual

Según la Exposición de Motivos, *la dación en pago de la vivienda familiar es una medida residual, para el caso de que ninguna de las dos medidas anteriores logre reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera.*

Señala el artículo 3.a) del Anexo que *en el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración y siempre que en el procedimiento de ejecución que pueda estar en curso no se haya ya anunciado (terminado de anunciar) la subasta, ni la vivienda esté grabada con cargas posteriores a la hipoteca, los deudores incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 y 3 en relación con el artículo 5.2 del Real Decreto-ley, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2 del Anexo, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado 3.* En tales casos, la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando *definitivamente cancelada la deuda.* Esto es, *la entidad no puede realizar una nueva tasación del inmueble reajustada a la baja, cancelando parcialmente la deuda y exigiendo el crédito pendiente sobre otros bienes del deudor, sino que acepta que el bien valía lo que se tasó inicialmente, y por lo tanto extingue la deuda porque, o bien vale más la vivienda, según dicha tasación, que el crédito pendiente (luego este se extingue), o si el crédito pendiente supera el 100 por 100 del valor de tasación la entidad reasume el riesgo que voluntariamente aceptó.* En este sentido el artículo 3.b) señala que *«la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda».* El problema radica en que *es posible que el deudor haya pagado una importante parte del crédito hipotecario, y que, junto a ello, el derecho español prohíbe el pacto comisorio (art. 1859 CC), prohibición cuyo espíritu alcanza a que las daciones en pago se verifiquen en determinadas condiciones que supondrían un enriquecimiento injusto para el acreedor hipotecario (18).* De modo que entiendo que en tales casos, como justa compensación por la pérdida de su vivienda, el deudor hipotecario debería recibir sobre las cantidades ya abonadas, una cantidad *proporcional a la pérdida de valor* que ha sufrido la vivienda con respecto a la tasación inicial base del crédito hipotecario. De este modo, Banco y deudor soportan la devaluación de la vivienda (19).

(18) En este sentido argumenté en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo de 2011.

(19) Esta solución era la que traté de definir en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.

Se trata de aplicar una especie de pacto marciano corregido. El pacto marciano consiste, *strictu sensu*, en establecer, al constituirse la obligación, que el acreedor se adjudicará la cosa, valorada con arreglo a criterios objetivos, *limitándose a compensar el valor de aquella con el de la deuda, en la concurrencia de ambos y con abono de la eventual diferencia en más.* Este pacto era admitido en la legislación de Partidas (Partidas 5, 5, 41 y 5, 13, 12). Si en el caso presente, tomamos como valor objetivo el valor de tasación inicial (que es lo que postula el Real Decreto-ley) y establecemos que el acreedor debe abonar la diferencia entre

El deudor podrá solicitar la dación en pago, tanto en el caso de que inicialmente el plan de reestructuración o la quita no resultasen viables, como en el caso de que no resultasen después, por ser su cuota hipotecaria mensual superior al 60 por 100 de los ingresos de la familia, siempre que perdure la situación de umbral de exclusión. Es decir, la novación del contrato y la vigencia y cumplimiento del contrato novado no impedirán que si el cumplimiento posteriormente deviene inviable, pueda solicitarse la dación en pago, siempre que concurren todos los requisitos señalados inicialmente, incluido el de que la solicitud se verifique dentro de plazo. Si bien el precepto indica que la solicitud de la dación en pago debe verificarse dentro de los doce meses siguientes a la solicitud inicial de reestructuración [art. 3.a) en relación con 1.c) y 2.a)], hay que pensar que ello es así para el caso de que ni la reestructuración ni la quita resulten inicialmente viables. Si siendo viable una u otra, con posterioridad se produce la inviabilidad, habrá que entender que el plazo de doce meses corre desde que se acredite a la entidad crediticia la inviabilidad *sobrevenida*. Esta interpretación resulta más razonable que entender, en todo caso, que la solicitud debe presentarse en el plazo de los doce meses desde la solicitud inicial, pues si bien cabría pensar que el legislador ha podido querer que la situación de los deudores hipotecarios en relación con las entidades crediticias sea resuelta de forma definitiva en un plazo que considera razonable (doce meses) para que quede determinada la viabilidad financiera del deudor o por el contrario su inviabilidad, lo cierto es que dada la inestable situación económica que indudablemente también tiene presente el legislador, es preferible entender dicho plazo en el sentido más amplio posible, como en la interpretación propuesta.

El requisito de que la vivienda no tenga cargas posteriores «va a excluir de su aplicación a una gran parte de los deudores en dificultades, que en muchos casos habrán dejado de pagar otras deudas, y por tanto tendrán embargos anotados con posterioridad a la hipoteca. La norma trata de evitar que el acreedor no solo tenga que dar carta de pago de toda la deuda, sino que además se quede con la finca gravada a favor de un tercero. Por ello entiendo que solo se excluye la aplicación de la norma cuando la carga posterior sea a favor de un tercero. De otra forma sería imposible aplicarla en los casos frecuentes en que existen segundas cargas a favor del mismo Banco, se impediría la reunificación de deudas que parece promover el punto 1 del Código de Buenas Prácticas, y además se prestaría al fraude, pues si el Banco tiene otro crédito le bastaría iniciar una ejecución y anotar un embargo para impedir la dación en pago» (20).

El artículo 3.c) prevé que en el caso de que el deudor así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago (que extinguirá, en su caso, el procedimiento de ejecución), *podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en*

dicho valor y el importe de la deuda, cuando esta es considerablemente inferior porque se ha pagado una parte importante del crédito, el peso de la caída del valor de la vivienda, recaería totalmente en el acreedor. *Pero si establecemos que en tal caso, el deudor reciba, sobre las cantidades que abonó, una compensación que guarde proporción con la pérdida de valor experimentada por la vivienda, ambos, deudor y acreedor soportan dicho peso. Hay que entender que una dación en pago en beneficio del acreedor no está admitida en el Derecho español por la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 CC), pero que el espíritu del pacto marcano impediría una dación en pago en condiciones de beneficio exclusivo del deudor.*

(20) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2012 (núm. 42), pág. 45.

concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por 100.

El artículo 3.d) prevé que las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión. Parece que dicha colaboración podría prestarla el deudor que permanece en la vivienda arrendada, el cual, en contraprestación por la incomodidad que supone permitir la visita del piso por posibles compradores, tiene derecho a tal compensación económica. Pero incluso podría extenderse lo previsto en este artículo al deudor que presentara a la entidad crediticia un posible comprador, siempre que queden excluidas maniobras fraudulentas por parte del deudor hipotecario, con vistas a obtener esa participación en la plusvalía que genere la transmisión.

d') Publicidad del Código de Buenas Prácticas

El artículo 4 del Anexo se refiere a la publicidad del Código de Buenas Prácticas, al señalar que las entidades crediticias garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes.

Hay que tener en cuenta que el Código de Buenas Prácticas, que debe difundir la entidad, no es siempre necesariamente el Código del Anexo del Real Decreto-ley, sino que podría ser *su propio Código de Buenas Prácticas*. Esto es, *podría interpretarse que el Código del Anexo es un Código-marco, y un Código de mínimos, una vez que es aceptado. Esto es, que no puede ser contravenido, pero que puede ser mejorado por la entidad crediticia al amparo del artículo 5.8 del Real Decreto-ley, en el sentido de ser aplicado a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y 5.2 del Real Decreto-ley o bien en el sentido de mejorar las previsiones del mismo (o una combinación de ambas posibilidades)*. Dicho Código particular podría ser presentado por las entidades crediticias *en el momento de manifestar su adhesión al Código marco* y ser publicado junto con la lista trimestral de entidades adheridas, por lo menos, en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. Evidentemente, las reclamaciones que pueden presentarse ante el Banco de España por incumplimiento del Código de Buenas Prácticas, debe ir referido al Código de Buenas Prácticas de la entidad, y el seguimiento del cumplimiento del Código por parte de la Comisión de control, debe referirse también a dicho Código. Ahora bien, si se entiende que esta interpretación es posible, *el problema fundamental radica en que el legislador habría dejado en manos de las entidades crediticias, y por lo tanto, de declaraciones de voluntad unilaterales a las que él confiere el valor de hechos jurídicos productores de obligaciones, la solución de la problemática generada a los deudores hipotecarios por la expansión y posterior pinchazo de la burbuja inmobiliaria, cuando la problemática ha sido creada en buena medida por la entidad que emite la declaración de voluntad, la cual va a resolverla en los términos que le resulten más beneficiosos. A mi juicio, la solución de esta problemática no puede quedar al arbitrio de Códigos de Conducta elaborados por las entidades crediticias, sino que exige la intervención en distintos ámbitos y en términos imperativos del legislador, con soluciones idénticas para todos los deudores hipotecarios, sin realizar discriminaciones en función de factores sociales, pues ello contraría la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y produce soluciones no objetivamente adecuadas para un problema creado sino subjetivamente adecuadas en función de una discriminación previa.*

d) Naturaleza jurídica del Código de Buenas Prácticas

Un interesante problema que se plantea es qué va a suceder si acreedor adherido al Código de Buenas Prácticas y deudor situado en el umbral de exclusión y en el ámbito del artículo 2 y 5.2 del Real Decreto-ley, discuten sobre la concurrencia de los requisitos que legitiman al deudor para solicitar la aplicación del Código. *Ello plantea el problema de la eficacia jurídica del Código una vez firmado*. Parece que no bastaría con que el deudor plantease una reclamación ante el Banco de España. La norma deja claro que si bien la adhesión al Código es voluntaria, la aplicación de sus previsiones es obligatoria (arts. 5.1 y 5.4 del Real Decreto-ley), hasta el punto de que las partes se pueden compeler a la formalización en escritura pública de la novación resultante de la aplicación de las previsiones del Código. En cuanto a la dación en pago, resulta obligatoria para la entidad aceptarla y cancelar la deuda. *Por tanto, novación y dación en pago son obligatorias y exigibles en juicio*.

Partiendo de dicha premisa, podemos preguntarnos por la naturaleza de la obligación: ¿es una obligación contractual, legal, etc.?

En opinión de ROYO-VILLANOVA, «el carácter de la obligación puede que haya de calificarse de contractual, pues parte de una libre adhesión al Código, que supone una oferta de contrato a todos sus deudores, que estos pueden aceptar presentando la solicitud al Banco, siempre que cumplan los requisitos de la norma. Esa oferta tiene además una publicidad legal (5.3) y una vigencia obligatoria de dos años (art. 5.6)» (21). Se trataría de una oferta de contrato novatorio que se acepta al presentar la solicitud al Banco.

Podría pensarse también, que la adhesión al Código por parte de la entidad, supone *ex lege*, una incorporación a cada uno de los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación del Código, del clausulado del propio Código de Buenas Prácticas, de modo que el deudor, amparado en dicho clausulado contractual exige el cumplimiento de una obligación asdel contrato, cual es novarlo, cuando se den determinadas circunstancias. De modo que *ex lege*, cada particular contrato pasaría a tener un *clausulado normativo que regularía una posible novación futura*.

Podría considerarse que la adhesión al Código de Buenas Prácticas es un hecho jurídico del cual, *la ley hace nacer directamente obligaciones para el adherente* (art. 1089 CC, en relación con el art. 5.4 del RD), siendo la ley semiimperativa, pues el Código de Buenas Prácticas puede mejorarse, como dijimos antes, pero no contravenirse.

En todo caso, sea una u otra la interpretación más acertada, lo que es innegable es que en este caso, la adhesión al Código de Buenas Prácticas, por parte de la entidad crediticia, *produce derecho y acción a favor del deudor hipotecario* (art. 5.4 RD), *no cabiendo aquí la discusión doctrinal sobre si los Códigos de Conducta (y en concreto, este Código regulado), constituyen o no declaraciones de voluntad unilateral que generen obligaciones para el declarante, como lo haría el negocio jurídico de fundación o el testamento, pues la ley que regula el Código de Buenas Prácticas determina claramente su carácter obligatorio tras la adhesión*.

(21) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2012 (núm. 42), pág. 43.

4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN. DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

El artículo 12 del Real Decreto-ley introduce un procedimiento de ejecución extrajudicial *especial para caso de tratarse el bien hipotecado de la vivienda habitual del deudor*. Esto es, a la ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulada en el artículo 129 de la LH y sujeta al procedimiento previsto en los artículos 234 a 236.o) del Reglamento Hipotecario, se le introducen *ciertas especialidades, en el caso de que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor*.

Estas especialidades podrán aplicarse con carácter general (art. 2 del Real Decreto-ley). Por lo tanto, *a contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre o no situado en el umbral de exclusión, que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley (11 de marzo de 2012) o que se celebren con posterioridad*. La clara retroactividad del Real Decreto-ley comentado invita a traer como Derecho supletorio a la Disposición Transitoria 6.^a de la LEC (arts. 2 y 4 LEC), de manera que los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor el Real Decreto-ley se regirán por lo dispuesto en este para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante. En todo caso, será preciso, si se pretende iniciar un procedimiento extrajudicial ajustado a las nuevas especialidades, que en la escritura de constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor (hipoteca que pudo ser constituida para la adquisición de la vivienda o para otros fines), se haya pactado la venta extrajudicial (ante Notario) del bien hipotecado conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada (art. 129 LH y arts. 234.1 y 2 RH), siempre que se cumplan también los requisitos del artículo 235 RH.

En la Disposición Final tercera del Real Decreto-ley, se prevé el desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial, señalándose que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley (o sea, antes del 11 de septiembre de 2012), el Gobierno aprobará las normas reglamentarias precisas *con el fin de simplificar el procedimiento de venta extrajudicial*, las cuales incorporarán, entre otras medidas, la posibilidad de subasta electrónica. Pero entre tanto, mientras tales medidas no se aprueben, resultarán de aplicación los artículos 234 a 236 del RH con las especialidades previstas en el artículo 12 de este Real Decreto-ley, para el caso de tratarse el bien hipotecado de la vivienda habitual del deudor.

Se indica, en primer lugar, que la realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una *única subasta (como ocurre con la subasta judicial), para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca*. Con esta especialidad pensamos que el legislador se refiere a que el tipo será «el valor pactado o tasado para la concesión del crédito hipotecario», aunque difiera del que se fijó como tipo de salida (cfr. art. 234.1.1.º), siempre que aquel valor sea superior. De otro modo no tendría sentido el establecimiento de dicha especialidad. Hay que pensar que el legislador trata de asegurar el máximo valor de realización del bien, dado que estamos inmersos en una normativa de protección a los deudores hipotecarios con dificultades para hacer frente a las cuotas hipotecarias del préstamo que grava su vivienda habitual.

Novedad destacada también es la relativa a que la realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una *única subasta* frente a las tres previstas anteriormente. En la primera el tipo era el pactado en la escritura de constitución de hipoteca; en la segunda el tipo era el 75 por 100 del correspondiente a

la primera, y la tercera se celebraba sin sujeción a tipo. Además el RH no señalaba expresamente cuál era el valor de adjudicación del bien hipotecado para el acreedor hipotecario en la tercera subasta [art. 236.g) y 7.1.º RH en relación con 236.i), 3 y 4 y 236.k) 1 y 2].

En esa única subasta que se regula ahora, si se presentan posturas por un importe igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura.

Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por 100 del tipo señalado para la subasta, *podrá el deudor presentar, en el plazo de diez días, tercero que mejore la postura*, ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación (nótese lo que dijimos antes sobre que el valor de tasación fijado para la concesión del crédito sería el que serviría de tipo para la subasta siempre que fuese superior a un hipotético tipo fijado a efectos de salida en subasta), *o que aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante*.

Transcurrido el expresado plazo sin que el deudor del bien presente dicho tercero, *el acreedor podrá pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación*.

Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, *siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos*.

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, *podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación*.

Si el acreedor no hiciere uso de esta facultad se estará a lo previsto en el artículo 236.n) RH (el Notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda).

Parece que con esta reforma el legislador ha querido aproximar en alguna medida las reglas de la subasta del procedimiento ejecutivo hipotecario extrajudicial y del procedimiento ejecutivo hipotecario judicial, tal como resulta de las reformas que explicamos en el epígrafe II del trabajo, pues *se establece que el acreedor solo podrá adjudicarse el bien hipotecado por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación*.

5. ACCESO AL ALQUILER DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR DESAHUCIOS Y SUJETAS A MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Para aquellas personas que hubieren sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, *con posterioridad al 1 de enero de 2012 (por ejemplo, en el caso de ejecuciones hipotecarias a las que no pudo aplicarse el Código de Buenas Prácticas por haberse anunciado ya la subasta, o por no entrar en el ámbito de los arts. 3 y 5.2 del Real Decreto-ley, o por no haberse adherido la entidad crediticia acreedora a dicho Código)* se prevé en el artículo 13 que *podrán ser beneficiarios de las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, siempre que presenten la solicitud de ayuda en un plazo no superior a seis meses desde que se produjo el lanzamiento. Dichas personas tendrán la consideración de colectivo con derecho a*

protección preferente para el acceso a las ayudas, en los términos establecidos en el artículo 1.2 del citado Real Decreto (22).

Si bien el precepto marca una fecha (1 de enero de 2012) a partir de la cual, si se produce el lanzamiento de la vivienda familiar, podrá optarse a dichas ayudas, teniendo presente que el artículo 2 del Real Decreto-ley indica que el artículo 13 es de aplicación general, o sea, tanto para contratos en vigor el 11 de marzo de 2012, como contratos no vigentes en dicha fecha (sin marcar limitación en cuanto a estos), entiendo que a dichas ayudas también podrá acceder las familias desahuciadas antes del 1 de enero de 2012, pues lo contrario supondría un trato discriminatorio carente de justificación.

Dichas ayudas podrán obtenerlas también los solicitantes que suscriban un contrato de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de la dación en

(22) Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre:

Artículo 38. Condiciones de los beneficiarios.

1. Para obtener las ayudas a los inquilinos, el solicitante deberá:

- a) Ser titular de un contrato de arrendamiento de vivienda, formalizado en los términos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
- b) Ocupar la vivienda como domicilio habitual y permanente, con las excepciones que establezcan, en su caso, las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.
- c) Tener unos ingresos familiares que no excedan de 2,5 veces el IPREM. A estos efectos, se computarán los ingresos de todos los titulares del contrato de arrendamiento.

2. Tendrán preferencia en el acceso a estas ayudas los colectivos con derecho a protección preferente relacionados en el apartado 2 del artículo 1 de este Real Decreto, y los que determinen las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

3. No podrá concederse la ayuda cuando el solicitante:

- a) Sea titular de otra vivienda, con las excepciones que establece la letra a) del apartado 1 del artículo 3, y las que determinen las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.
- b) Fuera ya beneficiario de esta ayuda, o de la renta básica de emancipación regulada en el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre.
- c) Tuviera parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad o de afinidad con el arrendador de su vivienda habitual.
- d) Sea socio o partícipe de la persona jurídica que actúa como arrendador.

Artículo 39. Cuantía y gestión de la ayuda.

1. Las ayudas a las que se refiere esta sección consistirán en una subvención cuya cuantía máxima anual será del 40 por 100 de la renta anual que se vaya a satisfacer, y con un límite de 3.200 euros por vivienda, con independencia del número de titulares del contrato de arrendamiento.

2. La duración máxima de esta subvención será de dos años, siempre que se mantengan las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento inicial del derecho a la ayuda.

3. No se podrá obtener nuevamente esta subvención hasta transcurridos, al menos, cinco años desde la fecha de su reconocimiento, con independencia de la fecha de concesión de otras ayudas establecidas por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, con cargo a sus presupuestos.

4. La subvención se hará efectiva al beneficiario, bien directamente por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, o bien por estas a través de la agencia o sociedad pública que se encargue de la gestión del arrendamiento.

5. Dentro de los límites de ingresos y de la cuantía máxima de subvención, establecidos en este Real Decreto, podrán establecerse requisitos adicionales a los beneficiarios y graduarse dichos límites y cuantía, en los casos y en la forma que establezcan la normativa de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, cuando sus ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), determinados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre (art. 14).

En cuanto a los contratos de arrendamiento que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas con la entidad financiera que recibe el bien hipotecado en dación en pago, quedan sujetos a un régimen especial de aplicación de la LAU de 1994, esto es, se consideran contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la LAU 1994, en todo, excepto a lo previsto en sus artículos 9 (relativo al plazo mínimo de duración del contrato de arrendamiento de vivienda) y 18 (relativo a la actualización de la renta), con las especialidades detalladas en la Disposición Adicional Única del Real Decreto-ley 6/2012.

Dichas especialidades consisten en lo siguiente:

1. La duración de estos contratos de arrendamiento de vivienda será de dos años, sin derecho a prórroga, salvo acuerdo escrito de las partes.
2. La renta durante el periodo de dos años quedará establecida de conformidad con los parámetros del Código de Buenas Prácticas: la renta anual ascenderá al 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación [apartado 3.c) del Anexo]. Transcurrido dicho plazo y durante las prórrogas que pudieran haberse pactado, la renta habrá de quedar determinada conforme a criterios de mercado, aplicando para su actualización el artículo 18 LAU, directamente o por analogía. *Evidentemente hay que entender que la renta inicialmente fijada según lo previsto en el apartado 3.c) del Anexo deberá ser inferior a la que correspondería según valor de mercado, pues este parece ser el espíritu del precepto. De lo contrario, si fuese superior, el negocio encubriría una continuación en el pago de unos intereses de una deuda que ha quedado extinguida por la dación en pago, por lo que dicha renta no sería admisible, debiendo reducirse por debajo del valor de mercado según exigiría el espíritu del precepto.*
3. A los seis meses de producido el impago de la renta sin que este se haya regularizado en su integridad, el arrendador podrá iniciar el desahucio del arrendatario, caso en el que el arrendador podrá exigir el pago de las rentas adeudadas más el interés de demora del 20 por 100 devengado en el plazo de los dos años a que se refiere el [art. 3.c) del Anexo], siempre que el impago de la renta se hubiese verificado dentro de los dos años primeros de vigencia del contrato. Queda la duda de si el periodo de regularización de seis meses establecido en beneficio del arrendatario, es para la regularización de la renta exclusivamente, o también de las cantidades adeudadas como interés de demora, esto es, si durante dichos seis meses los intereses devengados no devienen exigibles (son condonados) si hay regularización de las rentas, o por el contrario deben abonarse para entenderse producida la regularización.
4. Transcurrido el plazo de dos años de duración del contrato, si el arrendatario no desalojara voluntariamente la vivienda, el arrendador podrá iniciar el procedimiento de desahucio por expiración del contrato. En el mismo se reclamará como renta impagada la renta de mercado correspondiente a los meses en los que la vivienda hubiera estado ocupada indebidamente.

IV. CONCLUSIONES

1. Las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011 y la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, si se entiende que contemplan un régimen transitorio acorde con las Disposiciones Transitorias del Código Civil (art. 4.3) y Disposición Transitoria sexta de la LEC 2000, para el umbral de inembargabilidad y con arreglo a la misma Disposición Transitoria 6.^a de la LEC y Disposición Final 3.^a de la Ley 37/2011, para las normas relativas a la subasta, *colocan a los deudores hipotecarios con ejecuciones pendientes o que se inicien frente a ellos, en una situación considerablemente mejor que la que se desprendía de la normativa derogada.*
2. El Real Decreto-ley 6/2012 establece unas extraordinarias limitaciones en cuanto a la aplicación del Código de Buenas Prácticas: umbral de exclusión muy estricto (art. 3), hipotecas que recaigan sobre viviendas cuyo precio de adquisición no supere ciertos límites (art. 5.2); contratos vigentes a la fecha de su entrada en vigor (art. 2); entidades adheridas (art. 7); solicitud antes de que se termine de anunciar las subasta si el proceso de ejecución hipotecaria está en curso (para la reestructuración de deudas y para la dación en pago); inexistencia de cargas posteriores sobre la vivienda (para la dación en pago). Aunque la norma pretenda proteger a los deudores con menos recursos y que están prácticamente en situación de exclusión social, como dice ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *deja fuera a la práctica totalidad de los adquirentes en la época de precios más altos que son los que están en mayores dificultades, pues por ejemplo, en el año 2006, el precio medio de una vivienda de 70 metros cuadrados era superior al límite legal en todos y cada uno de los barrios de Madrid y Barcelona, de modo que con estas limitaciones se penaliza a las personas que viven en familia y que, por tanto, necesitan una vivienda mayor, y por tanto, más cara, por modesta que sea. Por lo tanto, muchísimas familias en situación de riesgo de exclusión social, como familias sin ingresos cuya vivienda tiene un valor superior al máximo, o en las que trabaje algún miembro de la familia, pero con sueldo bajo, van a quedar fuera del ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas. Ello no significa que la norma sea inútil, pero sí insuficiente, dada la existencia de más de 5.600.000 parados (24,4 por 100 de la población activa, de los cuales, un 1,7 por 100 son los que tienen a todos los miembros de la familia en paro y, por lo tanto, son los únicos potencialmente susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación de la norma) y casi 9 millones de hipotecas constituidas entre 2000 y 2008.*
3. La moderación de los intereses moratorios, si bien tiene un ámbito de aplicación mayor (umbral de exclusión, pero sin necesidad de que la entidad crediticia haya suscrito el Código de Buenas Prácticas y sin necesidad de estar en las circunstancias del artículo 5.2; en cualquier momento de la ejecución; retroactividad de grado medio de la medida) no resuelve el problema de los ya pagados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, y que la doctrina denunciaba como abusivos, por lo que el deudor únicamente podría recurrir al amparo de la Ley Azcárate, de represión de la usura.
4. Es innegable que el debate doctrinal y jurisprudencial ha propiciado cambios legislativos que mejoran la situación del deudor hipotecario, pero todo dependerá también, de cómo sea interpretado por los Tribunales el régimen transitorio aludido en la 1.^a Conclusión y el Real Decreto 6-2012.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P.: *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Dación en pago hipotecaria», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril, 2011.
- «Todos al rescate del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre, 2011.
- «De nuevo en apoyo del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril, 2012.
- «La ejecución extrajudicial tras el Real Decreto-ley 6/2012», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril, 2012.
- ÁLVAREZ-SALA, J.: «Una hipoteca para tiempos de crisis», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre, 2011.
- BASSOLS COMA, M.: «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones Públicas ante situaciones de vulnerabilidad social (desahucio y ejecución hipotecaria y urbanística)», en *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (coord.: Francisco LÓPEZ MENUDO), 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La campanada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011 (BIB 2010/3222).
- CARRASCO PERERA, Á.: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842/2012, BIB 2912/891.
- CASADO ROMÁN, J.: «Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto-ley», en *Diario la Ley*, núm. 7697, lunes, 19 de septiembre de 2011.
- CASTILLA CUBILLAS, M.: «La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios», en *Actualidad Civil*, núm. 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2011.
- CUENA CASAS, M.: «Familia y concurso de acreedores. Capítulo 30», en *Tratado de Derecho de la Familia* (coord.: YZQUIERDO TOLSADA, M., y CUENA CASAS, M.), vol. IV, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.
- «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125, año XXXI, enero-marzo de 2012.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2012.
- DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2010. Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre, 2011, núm. 87.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal», en *Diario la Ley*, núm. 7492, 2010.
- «Dación en pago y reintegración concursal», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord.: Francisco de Paula BLASCO GASCÓ), vol. I, 2011 (Tomo I).
- GARCÍA MEDINA, J.: «Alternativas a la subasta», en *Diario la Ley*, núm. 7324, 2010.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «La protección de los deudores hipotecarios sin recursos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 840, 2012, BIB 2012/606.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, págs. 1678 a 1695.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: «Ejecución hipotecaria y dación en pago (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre, 2011.
- IRURZUN, F.: «La última jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de propiedad», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, de 13 de octubre de 2010.
- «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo-abril de 2011.
- «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre de 2011.
- «El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero, 2012.
- GÓMEZ TABEADA, J.: «La dación en pago, ¿qué hay de los impuestos?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 42.
- GONZÁLEZ FABRE, R.: «Dación en pago: ¿por qué y cómo?», en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*. Tomo 264, núm. 1358, 2011.
- JUAN GÓMEZ, M.: «Necesaria interpretación sistemática del artículo 671 de la LEC», en *Diario la Ley*, núm. 7622, miércoles, 4 de mayo de 2011.
- MADRIDEJOS, A.: «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio, 2011, núm. 37.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R.: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726.
- MARTÍN PASTOR, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito: a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 2011.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A.: «Vía de salida para los activos financieros de los bancos», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre, 2011.
- MELÉNDEZ HUELÍN, O.: «Derecho Concursal y normativa contable del Banco de España: provisiones por insolvencia y alternativas al Concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 10/2009.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la reforma del sistema hipotecario. Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda, Madrid, 29 de octubre de 2008)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729.

- MIREIA, I.: «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria?: la dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 94, 2009.
- MOCHÓN, F.: «La ejecución hipotecaria y la dación en pago», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero, 2012.
- NASARRE AZNAR, S.: «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727.
- PÉREZ HEREZA, J.: «¿Apoyo al deudor hipotecario?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, octubre-diciembre, 2011.
- PEDEMONTE, J. L.: «La vivienda habitual como dación en pago en los procedimientos hipotecarios», en *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 117, 2011.
- PÉREZ HEREZA, J.: «Propuestas para la protección del deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero, 2012.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español: reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 2011.
- PÉREZ MEDINA, A.: «Dación en pago: la casa a cambio de cancelar la hipoteca», en *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, núm. 159, 2011.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: «El trago de las ejecuciones hipotecarias», en *Temas para el debate*, núm. 201-202 (agosto-septiembre), 2011.
- ROJAS, L.: «Legislar sobre la limitación de responsabilidad», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37.
- ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R.: «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos números 111/10 (AC 2011/1) y 4/2011 (AC 2011/40) de las secciones segunda y tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra (BIB 2011/331)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.
- SACRISTÁN DE MIGUEL, R., y VILCHES VILELA, V.: «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las operaciones hipotecarias: ¿es conforme a derecho el Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010?», en *Economist & Iuris*, vol. 19, núm. 149, 2011.
- SAENZ-SANTURTÚN, J.: «Dación en pago en el concurso de acreedores», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 41, enero-febrero, 2012.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- ATC, núm. 113/2011, de 19 de julio (RTC 2011/113).
- STS de 5 de abril de 1994.
- SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 (AC 2011/1).
- AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 16 de marzo de 2011 (JUR 2011/113669).
- AAP de Girona, Sección 2.ª, de 16 de septiembre de 2011 (AC 2011/2172).
- AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012.
- AJI, núm. 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012 (JUR 2012/59745).
- AJI, núm. 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012 (JUR 2012/94253).

RESUMEN

**EJECUCIÓN HIPOTECARIA
REESTRUCTURACIÓN
DE LA DEUDA HIPOTECARIA
DACIÓN EN PAGO**

La polémica doctrinal y jurisprudencial suscitada en particular a partir de la SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, ha dado lugar a una intervención triple del legislador. Por un lado, se ha modificado el procedimiento de ejecución hipotecaria y se ha aumentado la cuantía del salario inembargable cuando la ejecución debe proseguir como ejecución ordinaria sobre otros bienes del deudor, distintos del inmueble hipotecado subastado. En segundo lugar, se ha dictado el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. En un tercer plano, y pensando en las hipotecas futuras, el legislador ha dado ciertas disposiciones tendentes a incrementar la transparencia y prudencia en la contratación, así como la información del consumidor, a partir del artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible. En el presente trabajo, centrado particularmente en el estudio de las dos primeras intervenciones legislativas, se pone de relieve la mejora que dicha intervención, propiciada por la jurisprudencia, ha producido en la situación de los deudores hipotecarios.

ABSTRACT

**MORTGAGE FORECLOSURE
MORTGAGE DEBT
RESTRUCTURING
SURRENDER IN LIEU
OF PAYMENT**

The uproar aroused in scholarship and case law particularly by the ruling of Section 2 of the Navarra Provincial Court of 17 December 2010 has given rise to three legislative developments. First, the mortgage foreclosure procedure has been changed and a larger amount of wages is now immune to attachment when foreclosure is carried over into proceedings against other assets the borrower owns besides the auctioned, mortgaged property. Second, Royal Decree Law 6/2012 of 9 March on urgent measures to protect distressed mortgage borrowers has been enacted. Third, with future mortgages in mind, certain legislative provisions have been made to increase consumer information and transparency and prudence in contracts, on the basis of section 29 of the Sustainable Economy Act. The former two legislative developments are subjected to particularly close examination, and emphasis is placed on how mortgage borrowers' situation is improved by the development, which was in turn fostered by case law.

CESIÓN DE BIENES EN CONCURSO DE ACREEDORES
E INSCRIPCIÓN REGISTRAL» (1)

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Profesora Titular de Derecho Civil (UNED)

SUMARIO: I. DIMENSIÓN HISTÓRICA Y CONTEMPORÁNEA DE LA CESIÓN DE BIENES: 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: PRISIÓN POR DEUDAS Y CESIÓN DE BIENES. 2. FUNCIÓN SOCIOECONÓMICA DE LA CESIÓN DE BIENES. 3. DIFERENCIAS RESPECTO A FIGURAS AFINES: DACIÓN EN PAGO, ADJUDICACIÓN EN PAGO, ADJUDICACIÓN PARA PAGO. 4. CESIÓN VOLUNTARIA Y CESIÓN JUDICIAL: LOS CONVENIOS CONCURSALES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES. 5. OBJETO Y SUJETOS DE LA CESIÓN DE BIENES.—II. LA CESIÓN DE BIENES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES: 1. LA PROHIBICIÓN DEL CONVENIO DE CESIÓN EN LA LEY 22/2003. 2. LA POSIBILIDAD DE ACORDAR UNA CESIÓN DE BIENES A TRÁVES DE UN CONVENIO EXTRAJUDICIAL. 3. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 38/2011 Y LA CESIÓN DE BIENES A LOS ACREEDORES PRIVILEGIADOS.—III. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y LA DACIÓN EN PAGO DE CRÉDITOS CONCURSALES: LA RESOLUCIÓN DE 27 DE FEBRERO DE 2012.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. DIMENSIÓN HISTÓRICA Y CONTEMPORÁNEA DE LA CESIÓN DE BIENES

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INSTITUCIÓN: PRISIÓN POR DEUDAS Y CESIÓN DE BIENES

Según el Derecho histórico de las *Partidas*, la cesión de bienes tiene lugar cuando el demandado ha sido condenado a pagar una deuda en juicio por acción personal o cuando se ha procedido a la ejecución de la sentencia condenatoria, y no tiene medios suficientes para pagarla. Se solicitará por el propio deudor alegando que «desampara» o abandona sus bienes y los cede a favor de sus acreedores. Se realizará un inventario de todos los bienes y de todos los acreedores y si la solicitud fuese admitida por el juez, entregará todo su patrimonio salvo su vestido ordinario y aquella parte de sus bienes que necesitase para vivir según su estado. El resto del patrimonio servirá para pagar a determinados acreedores: ascendientes respecto de descendientes y viceversa; marido respecto a mujer y al contrario; miembros de una compañía de comercio entre sí; el «aforrador o manumisor» respecto a su «aforrado o manumitido» (2).

(1) Este estudio tiene su origen en un previo trabajo de la autora, titulado *Cesión de bienes*, elaborado para la Enciclopedia Concursal, de próxima aparición en la Editorial Aranzadi. Asimismo, se integra en el Proyecto de Investigación I+D+i (Referencia DER 2009-10387), titulado *Los problemas de la aplicación de la Ley Concursal*, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 y cuyo Investigador Principal es el Profesor Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ.

(2) Vid. DÍAZ GONZÁLEZ, «El estudio de la cesión de bienes y del concurso de acreedores en los primeros manuales universitarios: la "Ilustración del Derecho Real de España", de don Juan SALA BAÑULS», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011.

No todo deudor podía realizar una cesión de sus bienes. Parece que ni los arrendadores, ni los recaudadores mayores de rentas reales, ni los que estaban en prisión podían acudir a esta figura para evitar la prisión por deudas civiles. También formaba parte de este grupo de sujetos excluidos aquel deudor que antes de entrar en prisión enajenase sus bienes en fraude de acreedores. Se negaba, en general, la posibilidad de ceder bienes al deudor de mala fe o a quien dilapidaba sus bienes o caía en la ruina de forma dolosa o culpable, por tratarse de un recurso para los desgraciados y desafortunados y no para los que de manera consciente despilfarraban su fortuna. Y, por ello, no se le permitía gozar de la cesión al «mercader fallido», en caso de que la quiebra le fuese imputable (3). A la luz del precedente histórico estaría justificado que, hoy, se negase eficacia al recurso de la cesión de bienes en los casos de concurso culpable, pero no en el resto de concursos.

La *Nueva Recopilación*, en una primera versión, ordenaba que el deudor cedente sirviese a sus acreedores y llevase al cuello una argolla de hierro (Nueva Recopilación, Lib. V, Tít. XVI, Leyes 5, 6, 7 y 8). Tal condena fue desapareciendo, de modo que los cedentes podían pasearse libremente por las calles, venderse sus bienes y pagar con el producto a los acreedores, según los privilegios y calidad de sus créditos, aunque parece que antes de hacer la cesión era frecuente que más de uno ocultase una parte importante de su patrimonio, «sin quedarles a los acreedores casi otro consuelo que el de llorar» (texto extraído de la *Ilustración del Derecho Real de España*, de don Juan Sala, citado por DÍAZ GONZÁLEZ) (4).

La cesión de bienes era la base sobre la que, a nivel práctico, se configuraba el concurso de acreedores, si bien SALGADO DE SOMOZA, en su clásico *Labyrinthus creditorum*, establecía las diferencias entre cesión y concurso, basándose en las formalidades. El cedente renunciaba implícitamente a la administración de sus bienes, quedando en manos del juez el nombramiento de la persona adecuada para realizar tal tarea. El cedente carecía, también, de la facultad de disposición, de modo tal que cualquier transacción realizada se entendería nula y en fraude de acreedores.

Tenía un carácter *pro solvendo*, es decir, no extinguía la deuda sino hasta donde alcanzase el importe líquido de los bienes cedidos y se extendía a todos los bienes, incluso los futuros, porque el deudor no realizaba una *datio pro soluto*, salvo pacto en contrario, sino que cedía los bienes para su venta pública, aplicándose el precio obtenido a prorrata entre los acreedores.

2. FUNCIÓN SOCIOECONÓMICA DE LA CESIÓN DE BIENES

El soporte normativo de la cesión de bienes en pago o para pago es realmente escaso en nuestro sistema normativo. Tampoco ha sido objeto de muchos estudios doctrinales y la jurisprudencia sobre esta materia no es muy abundante. El artículo 1175 del Código Civil español es el único precepto que recoge la cesión de bienes, limitándose a admitir la existencia de la figura y algunos de sus efectos pero adoleciendo de importantes lagunas que dificultan su aplicación práctica.

(3) Así, ZAMBRANA MORAL, «La cesión de bienes como posible solución al concurso de acreedores en la literatura jurídica europea (1550-1650)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. I, Marcial Pons, 2004.

(4) DÍAZ GONZÁLEZ, *op. cit.*

«El deudor puede ceder sus bienes —establece el citado precepto— a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, solo libera a aquel de responsabilidad por el importe líquido de sus bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del Título XVII de este libro y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La cesión de bienes se concibe, inicialmente, como un contrato a través del cual el deudor pone todos o parte de sus bienes a disposición de sus acreedores para que estos los administren, liquiden y apliquen el precio obtenido de las correspondientes ventas a la satisfacción de los respectivos derechos de crédito. La cesión de bienes se presenta como una solución alternativa a los procedimientos ejecutivos y concursales, siempre temidos por el deudor.

Durante siglos, la cesión de bienes a los acreedores ha servido al fin humanitario de *evitar la ejecución sobre la persona* del deudor insolvente, de modo tal que el deudor incapaz de hacer frente a sus deudas puede *abandonar* sus bienes a cambio de recuperar su libertad, de la que ha sido privado por no pagar. Inicialmente, el procedimiento de liquidación y realización de los bienes del deudor se realizaba ante la autoridad judicial, aunque pronto comenzó a tener cierto éxito en el ámbito exclusivamente privado, al amparo de la autonomía de la voluntad contractual.

La cesión de bienes está destinada no solamente a evitar el inicio de un procedimiento ejecutivo o concursal, sino también a impedir su continuación mediante la celebración del correspondiente convenio en el que el deudor quebrado o concursado y sus acreedores pueden poner fin a los procedimientos universales y sustituir la liquidación judicial de los bienes del deudor por una liquidación «convencional». La función que cumple esta institución es, por consiguiente, la de conseguir del modo más rápido y menos costoso para el deudor y el acreedor o acreedores la satisfacción de los créditos pendientes de pago en supuestos de falta de liquidez, insolvencia o dificultades económicas del deudor.

Se ha discutido mucho en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la cesión de pagos y sobre cómo justificar el traspaso de los bienes a los acreedores con fines liquidatorios. Se ha hablado de una transmisión fiduciaria (de confianza) de la propiedad de los bienes cedidos a los acreedores para que estos los enajenen y se cobren el precio obtenido (5). Lo más frecuente será, sin embargo, que el deudor apodere irrevocablemente a sus acreedores para que estos administren y enajenen los bienes cedidos que siguen perteneciendo al deudor (y, por tanto, todos los riesgos corren de su cuenta) hasta que se produce la enajenación. De este modo, en virtud de un negocio autorizativo los acreedores se apoderan de los bienes solamente en concepto de liquidadores y con el fin de aplicar el importe a la extinción parcial o total de la deuda (6).

La cesión de bienes para pago no es, en sentido estricto, un medio de pago sino un sustituto o subrogado del pago, es decir, una vía de satisfacción del interés del acreedor que no supone un cumplimiento exacto de la obligación por parte del deudor.

(5) Vid. COSSÍO Y CORRAL, «Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas», en *Revista de Derecho Privado*, 1953.

(6) Vid. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, 1996.

3. DIFERENCIAS RESPECTO A FIGURAS AFINES: DACIÓN EN PAGO, ADJUDICACIÓN EN PAGO, ADJUDICACIÓN PARA PAGO

Es frecuente en la realidad social contemporánea que ante las dificultades de hacer frente a las deudas, estas se «negocien o renegocien» a través de formas especiales de cumplimiento o subrogados del pago como son la cesión de bienes para pago o la dación de bienes en pago.

A diferencia de la «dación en pago», que supone una transmisión de bienes con efectos solutorios directos (*pro soluto*), la cesión de bienes *stricto sensu* no tiene un efecto solutorio inmediato o directo, que solo se producirá cuando tras la entrega de bienes, estos sean liquidados por el acreedor y se aplique el importe de esa liquidación al pago de la deuda (*pro solvendo*) (7). Si ese importe líquido es inferior al valor de la deuda, el deudor lo seguirá siendo por el importe restante y si es superior, el excedente corresponderá al deudor. La diferencia entre una figura y otra ha sido puesta de manifiesto en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 29 de abril de 1991, 7 de octubre de 1992, 19 de octubre de 1992, 27 de febrero de 1993, 4 de abril de 1994, 28 de junio de 1997, 14 de julio de 1997, 18 de enero de 2001, o 28 de marzo de 2007). Una buena parte de esas sentencias tienen por objeto una cesión o dación acordada en un convenio aprobado en Junta de acreedores en el seno de un procedimiento concursal.

También, a diferencia de la dación en pago, la cesión de bienes no requiere ni que la deuda esté vencida ni que se encuentre determinada la cuantía de la misma en el momento de la celebración del convenio (8).

En la práctica jurídica extrajudicial la dación en pago y la cesión para pago no son tan diversas como han sido configuradas por la doctrina y la jurisprudencia, pues es posible que mediante pactos entre acreedor y deudor se borren las líneas divisorias entre ambas.

Tradicionalmente se diferencia la *datio pro soluto* de la *datio pro solvendo* en el efecto liberatorio que tiene la primera frente a la segunda. Pero no existen impedimentos para que una cesión para pago que, en esencia, no es liberatoria del deudor y llega solamente hasta donde alcance el valor de los bienes cedidos, acabe convirtiéndose, a través de un pacto de liberación, en un medio de pago con valor solutorio total. Tras el pacto de liberación se produce una cesión en pago cuya eficacia solutoria es total, de modo tal que los riesgos del bien cedido en pago se trasladan al acreedor y el deudor cedente queda completamente liberado de la deuda.

En este sentido, la jurisprudencia más reciente emplea indistintamente los vocablos «dación» y «cesión», ambos como sinónimos de entrega y, también indistintamente aparecen reflejados los términos «dación en pago», «dación para pago», «cesión en pago» y «cesión para pago», diferenciando la finalidad *pro soluto* (en pago) de la finalidad *pro solvendo* (para pago) en la existencia o no de pactos de liberación entre deudores y acreedores, según los cuales estos últimos aceptarían un cambio en la prestación con efectos solutorios totales (sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2007; de 12 de septiembre de 2007; de 30 de mayo de 2008; ó de 20 de marzo, 30 de junio y 21 de julio de 2009). La identificación entre los términos «cesión» y «dación» se refleja también en

(7) Así, Díez-Picazo, *ibídem*.

(8) Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario del artículo 1175 del Código Civil*, T. II. Ministerio de Justicia, 1993.

algunos ordenamientos civiles especiales dentro de España, como el navarro, al denominar «dación para pago» a la figura de la que se viene hablando, que solamente libera al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos (Ley 495.2.º de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra).

Es claro que, para evitar confusiones con figuras próximas pero distintas, el artículo 1175 debería haber dicho «cesión para pago» en vez de «cesión en pago» en la medida con la cesión no se paga sino que solamente se inicia un camino que deberá llevar al pago, parcial o total de la deuda, dependiendo del importe que se obtenga en la realización de los bienes cedidos. En la práctica, un indicio revelador de una cesión para pago (y no de una dación en pago) es la existencia de un poder del deudor a favor de los acreedores para realizar los bienes.

Es también relativamente frecuente encontrar doctrina y jurisprudencia que utilizan el término adjudicación en pago como sinónimo de dación en pago. En ambas —y a diferencia de la cesión para pago— se produce la transmisión del dominio de un bien al acreedor pero, a diferencia de la dación, en la adjudicación se produce forzosamente la intervención de una autoridad judicial o de un funcionario, como sucede en los casos de transmisión de la propiedad a favor del ejecutante de los bienes que se pretenden subastar para evitar, así, consecuencias indeseables como el malbaratamiento del bien o el levantamiento del embargo por ausencia de licitadores (arts. 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Diferente de la adjudicación en pago es la adjudicación para pago de deudas en la que el bien no se entrega al acreedor (como sucede en la cesión para pago o en la dación en pago) sino a un tercero, como puede ser un heredero, encargado de liquidar las deudas de la herencia.

4. CESIÓN VOLUNTARIA Y CESIÓN JUDICIAL: LOS CONVENIOS CONCURSALES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

Del artículo 1175 del Código Civil se infiere la existencia de dos tipos de cesión de bienes para pagar deudas. En primer lugar, la cesión judicial en la que naturalmente interviene un órgano jurisdiccional y cuya regulación reside —de acuerdo con la remisión que realiza el propio art. 1175— en los artículos 1911 a 1929 del Código Civil y en las correspondientes normas procesales de la LEC. Esta normativa regía, antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, para los convenios que se celebrasen en un concurso de acreedores o en la quiebra, en el caso de que el deudor fuese comerciante. La Ley Concursal 22/2003 no ha modificado formalmente el contenido del artículo 1175, pero sí el de algunos de los preceptos a los que este remite para regular la cesión judicial de bienes. En concreto, se ha derogado el artículo 1920 que permitía, en sede de concurso de deudor no comerciante, que los acreedores pudiesen cobrar con cargo a los bienes del deudor que no hubiere cedido o que hubiera adquirido en el futuro, salvo pacto en contrario. La nueva regulación de la insolvencia introducida por la Ley Concursal impide, lógicamente, que fuera del concurso se puedan llevar a cabo ejecuciones individuales de bienes.

Se ha dicho que la cesión judicial se extiende, en principio, a todos los bienes y a todos los acreedores del deudor, sin requerir el consentimiento de todos ellos, bastando con el acuerdo de la mayoría cualificada cuya voluntad se impone al resto (9). El necesario control judicial de esta modalidad de cesión garantizaría,

(9) Vid. BERCOVITZ, *op. cit.*

en principio, una equilibrada composición de todos los intereses en juego (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1977).

De otro lado, la cesión extrajudicial o convencional entre el deudor y sus acreedores afectará exclusivamente al acreedor o acreedores que hayan suscrito el acuerdo, quedando salvaguardados los derechos de los demás para el cobro, según las normas de prelación de créditos (CABANILLAS, 1995) (10). A diferencia de otros ordenamientos próximos, como el italiano (arts. 1980 y sigs. del *Codice Civile*), el español carece de una regulación propia de este tipo de contratos, lo cual exige acudir a la construcción que la doctrina y la jurisprudencia ha hecho de esta figura.

La cesión, en globo, de bienes para pago, era habitual en los procedimientos concursales y de quiebra vigentes antes de la Ley Concursal de 2003, pero tras el cambio legislativo introducido por este texto, pasan de ser «moneda común» a quedar proscritos dentro del contenido de la propuesta de convenio (art. 100.3 LC). Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, como se verá, se permite solo en determinados casos una propuesta de convenio con cesión de algunos bienes, por lo que el convenio concursal que recoja esa cesión participará de la doble naturaleza —contractual/judicial— que puede tener esta figura, al contener un acuerdo de cesión entre deudor y determinados acreedores, de necesaria sanción o aprobación por la autoridad judicial y que, a la vez sorprendentemente, constituye el primer peldaño para la liquidación concursal de esos bienes a favor de determinados acreedores. En otros términos: se establece en la regulación propia del convenio una norma destinada a la liquidación.

5. OBJETO Y SUJETOS DE LA CESIÓN DE BIENES

No solo los bienes sino también los derechos de crédito cuya titularidad corresponda al deudor pueden ser objeto de un convenio de cesión de bienes. Lo que se cede no es la titularidad de los créditos —como sucede en la cesión de créditos— sino el encargo o la facultad de proceder al cobro. El deudor cedente se limita a autorizar mediante el correspondiente poder para exigir el pago en nombre del titular y, una vez satisfecho el crédito, los acreedores cesionarios lo aplicarán a la satisfacción de sus respectivos derechos de crédito.

Una de las cuestiones jurídicas más relevantes que plantea la cesión de bienes reside no tanto en perfilar las relaciones obligatorias que surgen entre el deudor cedente de parte o de la totalidad de sus bienes y el acreedor o acreedores cesionarios, cuanto en el modo en que los acreedores se deben organizar para la administración y liquidación de los bienes del deudor. Es preciso determinar si los acreedores pueden actuar individualmente o si deben hacerlo conjuntamente y, si así fuere, cómo se han de tomar las decisiones y acuerdos respecto a la liquidación de los bienes cedidos por el deudor.

Y es indudable que esta cuestión reviste una especial relevancia en un procedimiento concursal, en el que una hipotética exclusión de algún acreedor en un convenio o contrato de cesión de bienes pudiera lesionar sus intereses. Es cierto que los acreedores excluidos podrán reaccionar contra un convenio de cesión de bienes perjudicial y fraudulento a través de los mecanismos que todo

(10) Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Cesión de bienes», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, 1995.

ordenamiento jurídico establece a tal efecto, pero ello requerirá la necesidad de establecer bajo qué presupuestos la cesión de bienes ha de ser eficaz para equilibrar adecuadamente los intereses de los acreedores perjudicados y los de aquellos otros beneficiados por el juego de la cesión de bienes.

Se ha dicho que en los casos de cesión convencional, el conjunto de los acreedores forma una comunidad que se rige tanto para la administración como para la liquidación, en primer lugar por lo pactado y, subsidiariamente, por las normas del Código Civil que regulan la comunidad de bienes, según las cuales rige la mayoría para los actos de administración y la unanimidad para los actos de disposición o realización de los bienes (11).

Respecto a los acreedores ajenos a la cesión de bienes, parece que estos deberían conservar íntegramente sus derechos y, por tanto, deberían poder ejecutar los bienes de su deudor, incluso los cedidos para pago de otros acreedores. Claro que esta cuestión no se plantearía en el concurso de acreedores donde quedan proscritas las ejecuciones individuales sobre el patrimonio concursal. Y si aun dentro de un concurso en el que fuese posible la cesión de algunos bienes a algunos acreedores, la parte excluida de la cesión fuere suficiente para la realización de los derechos de los acreedores no participantes en el convenio de cesión, no se produciría quiebra alguna del principio de igual condición y trato de los acreedores.

El problema surgirá cuando no haya bienes que, aparte de los que fueron objeto de cesión, lleguen para pagar al resto de acreedores. Para evitar esto caben, *prima facie*, dos soluciones, o bien la de declarar nulos los convenios de cesión de bienes o prohibirlos absolutamente dentro del concurso —tal como sucedía en la Ley Concursal 22/2003 hasta la reforma introducida por la Ley 38/2011—, o bien permitirlos y que sean los acreedores lesionados los que acudan a los medios que el ordenamiento jurídico prevé para reintegrar la masa cuando se cumplan los requisitos necesarios para que prosperen las acciones de reintegración o la acción revocatoria o pauliana. No parece ser esta la opción elegida por el legislador concursal en España ni antes ni después de la reforma 2011 pues ha pasado de prohibir los convenios cuyo objeto fuese la cesión en pago o para pago a permitirlos solo en beneficio de los acreedores privilegiados.

II. LA CESIÓN DE BIENES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

1. LA PROHIBICIÓN DEL CONVENIO DE CESIÓN EN LA LEY 22/2003

Durante la vigencia de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 era posible un acuerdo en el cual el deudor cediese parte o la totalidad de los bienes a sus acreedores y si este convenio de cesión era aceptado por la Junta de acreedores, el deudor quedaba liberado del cumplimiento de sus obligaciones (art. 14 de esta Ley con remisión al art. 928 del Código de Comercio). Todavía más: los artículos 898 y 905 del Código de Comercio de 1885, en proyección del principio de libre autonomía de la voluntad, regulaban un convenio entre el quebrado y sus acreedores por el cual se permitía que el quebrado se desvinculase de la quiebra en virtud de un acuerdo de cesión de bienes que lo liberaba y tras el cual no cabía reclamarle nada, ni siquiera en el supuesto en que viniera a mejor fortuna.

(11) Vid. BERCOVITZ, *Comentario del artículo 1175 del Código Civil*, cit.

Parece que estos convenios «liquidatorios» eran bastante frecuentes en el régimen de la suspensión de pagos como tapaderas que encubrían una verdadera situación de quiebra y que servían para evitar la depreciación de los bienes que normalmente se producía tras las liquidaciones de la quiebra. Los bienes se cedían «en pago», es decir, liquidando por entero los créditos pendientes, o «para pago», extinguiendo los créditos solamente en la medida en que el resultado de la venta fuese suficiente para pagarlos. Los acreedores, en ambos casos de cesión, constituían una Comisión liquidadora que se encargaba de la venta de los bienes y de la satisfacción de los créditos, si bien el resultado de tales convenios era nefasto debido, principalmente, a la falta de un control judicial que supervisase qué bienes se vendían y cuáles no, su precio y la correcta realización de los pagos.

La promulgación y entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003 supuso una quiebra de la clásica distinción entre cesión de bienes voluntaria y cesión de bienes judicial, no solo porque se eliminase el procedimiento de suspensión de pagos y los expedientes de quita y espera en los que frecuentemente se acordaban cesiones de bienes a los acreedores, sino también porque la ley prohibía expresamente la posibilidad de adoptar un convenio de cesión de bienes (en pago o para pago) como posible solución del concurso. En efecto, en el apartado tercero del artículo 100, el legislador concursal de 2003 vetaba la celebración de un contrato de cesión de bienes o una dación en pago, o cualquier otro modo de disposición o liquidación global de los bienes del deudor al margen del procedimiento, prohibición que el propio legislador justificaba en la necesidad de evitar que el convenio se convierta en una «cobertura de solución distinta de aquella que le es propia», desnaturalizándose y perdiendo la finalidad conservativa que debe tener.

Cabría, sin embargo, plantearse si es posible el acuerdo de cesión pactado con posterioridad a la aprobación del convenio concursal, en el caso de que el deudor no tuviera limitada la facultad de hacerlo. La respuesta parece que debe ser negativa en la medida en que al convenio ha de acompañarse necesariamente un detallado plan de pagos, lo cual excluye que con posterioridad se pueda hacer el pago de modo diferente al previsto en el convenio.

Otra de las cuestiones que surgía era la de si un plan de liquidación concursal puede prever una cesión en pago o para pago a los acreedores de todo o parte de los bienes del concursado. Frente a la expresa prohibición legal en el ámbito del contenido de la propuesta de convenio, nada se decía en la regulación del contenido del plan de liquidación, por lo que pudieran dejar al proponente y, después, al juez un amplio margen de maniobra para el diseño de la liquidación, aunque tampoco dentro de las normas relativas al pago de los acreedores se preveía tal eventualidad.

Ante este silencio, varios eran los expertos que se inclinaban por admitir la dación en pago como previsión del plan de liquidación, al menos a favor de los acreedores con privilegio especial y en relación al bien afecto al privilegio. Extender tanto la dación como la cesión a todos los acreedores concursales podría perturbar la naturaleza y finalidad misma de la liquidación porque podría ir en contra de los artículos 154 y siguientes de la Ley Concursal, al permitir que los acreedores cesionarios viesen sus créditos satisfechos de manera preferente frente a otros.

De otro lado, y aunque no estuviese nada claro, parece que lo que la LC prohibía era la cesión «global» de bienes, no la parcial, en la medida en que no existe peligro por el hecho de que ciertos bienes y derechos se cedan a algunos acreedores cumpliendo con los requisitos del artículo 125 LC. La Ley Concursal de 2003 parte de una cierta equiparación entre cesión para pago y liquidación, en la medida en que la Exposición de Motivos de la Ley señala que «lo que no admite

la ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos *u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado*, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia».

En este sentido, pudiera interpretarse que lo que la Ley prohíbe o quiere prohibir son las cesiones de todos los bienes a través de convenio o, incluso las cesiones de una parte de los bienes que impide la conservación o continuación de una empresa. Pero también puede suceder que la prohibición de una cesión —total o parcial— de bienes dificulte la continuación de una empresa por parte del deudor, de modo tal que solo a través de una cesión pudiera asegurarse el mantenimiento de la actividad empresarial y del empleo.

El apartado tercero del artículo 100 de la Ley Concursal 22/2003 suponía, en definitiva, un importante límite a la autonomía de la voluntad contractual establecida en el artículo 1255 del Código Civil y era mirado con ciertos recelos por un sector de la doctrina y de la práctica concursal. La expresión «cesión de bienes en pago o para pago» alude, pues, tanto a la *datio pro soluto* (dación en pago) como a la *datio pro solvendo* (cesión de bienes para pago) y ambas estaban proscritas sin excepciones.

Algunas de las razones que justificaban la prohibición del artículo 100.3 de la LC eran las siguientes: 1) el pago en especie que supone la cesión de bienes puede suponer un inadmisibles trato desigual a los acreedores; 2) se trataba de garantizar que los acreedores que no aceptaron el convenio pero que pueden verse afectados por la aprobación del mismo (*ex art. 134 LC*) no vean perjudicados estructuralmente sus créditos; 3) la liquidación concursal es un procedimiento ágil y flexible que otorga verdaderas garantías para la obtención del precio real de los bienes y de su reparto, sin necesidad de acudir a una vía alternativa como es la cesión de bienes en convenio; 4) no es procedente la aplicación de la adjudicación en pago que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 porque solamente tiene sentido en la ejecución individual pero no en una ejecución concursal (12).

Para otros autores, por el contrario, la cesión de bienes en pago o para pago podía resultar de utilidad siempre que fuese de bienes singulares a los acreedores y no de una empresa en globo o unidad productiva del concursado (13). Para otros, el principio de autonomía privada y flexibilidad que debe caracterizar la preparación del plan de liquidación por parte de la administración concursal justifica la admisión de la cesión de bienes si esta es útil para lograr la satisfacción de los acreedores respetando la *par conditio creditorum* (14).

2. LA POSIBILIDAD DE ACORDAR UNA CESIÓN DE BIENES A TRAVÉS DE UN CONVENIO EXTRAJUDICIAL COMO ALTERNATIVA AL CONCURSO DE ACREEDORES

La cesión de bienes para pago o en pago es posible, naturalmente, en el marco de un convenio amistoso extrajudicial, al amparo del artículo 1255 del Código Civil y del 1809 del mismo texto legal que ampara la transacción por la que las partes dan, prometen o retienen cada una alguna cosa para evitar la *provoca-*

(12) Así lo señalaban, por ejemplo, BELTRÁN Y MERCADER, «Comentario del artículo 100 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, dir.: ROJO y BELTRÁN, Civitas, 2004.

(13) Vid. TAPIA LÓPEZ, «El convenio», en *Tratado judicial de la insolvencia*, T. II, dirs.: PRENDES y MUÑOZ, Aranzadi, 2012.

(14) Vid. SIERRA, «La liquidación (unitaria o fragmentaria) de la empresa en concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011.

ción de un pleito. Ante una situación de insolvencia inminente, sería posible, e incluso recomendable, que el deudor —si tuviere bienes— los cediese en pago o para pago para evitar que se precipite una insolvencia que derive en concurso.

Se percibe una progresiva tendencia a la desjudicialización del tratamiento de las crisis económicas a través de mecanismos que comportan ciertos riesgos derivados, entre otras causas, de la falta de control judicial y del hecho de no quedar paralizadas las acciones ejecutivas individuales de los acreedores que no participan en esos mecanismos alternativos y que pueden alterar notablemente el patrimonio del deudor. Si bien es verdad que las reformas concursales europeas y, en concreto la española derivada de la Ley 38/2011, tratan de amortiguar estos riesgos estableciendo la homologación judicial en algunos de estos casos y la extensión, dentro de ciertos límites, a los acreedores disidentes.

Es evidente que encontrándose el deudor en una situación económica crítica, en vísperas de una insolvencia, será difícil que pueda hacer una cesión de bienes que le permita conservar la solvencia suficiente para atender a la satisfacción de los acreedores no participantes en el acuerdo amistoso extrajudicial. En otros términos, el deudor debe conservar la solvencia suficiente para atender a la satisfacción de los acreedores no participantes en el convenio amistoso pues, de lo contrario, la cesión podría ser objeto de rescisión a instancia de los acreedores perjudicados, pudiendo resultar, incluso, constitutiva de un delito de alzamiento de bienes. De este modo, parece que en la práctica quedarán desvirtuados los acuerdos sobre cesiones de bienes en el marco de estos convenios preconcursales en tanto en cuanto el deudor en situación crítica difícilmente habrá podido conservar bienes suficientes para atender los créditos de los acreedores no participantes en el convenio.

3. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 38/2011 Y LA CESIÓN DE BIENES A LOS ACREEDORES PRIVILEGIADOS

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal 22/2003 modifica el apartado tercero del artículo 100 abriendo paso, dentro de la propuesta de convenio, a la cesión de bienes y derechos en pago o para pago a los acreedores privilegiados, de acuerdo con lo establecido en el —también modificado— apartado cuarto del artículo 155. En efecto, el nuevo 155.4 permite que a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la cesión en pago o para pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que le corresponda.

Para que una propuesta de convenio en la que se acuerda una cesión de bienes en pago o para pago sea aprobada judicialmente tras la entrada en vigor de la reforma concursal de 2011 debe reunir, pues, los siguientes requisitos: *a)* que el bien o derecho que se cede esté afecto a un crédito con privilegio especial y para satisfacer a este; *b)* el bien que se cede puede ser en pago o para pago, con las diferentes consecuencias que una y otra solución pueden tener de cara a la conservación de una empresa o de una actividad profesional determinada; *c)* el acreedor privilegiado puede designar libremente a un tercero para que adquiera los bienes cedidos en pago o para pago, pudiendo ser ese tercero cualquier persona física o jurídica, incluidas aquellas que pertenezcan al mismo grupo empresarial que el acreedor; *d)* el privilegio especial debe quedar completamente satisfecho

o, en su defecto, quedará el resto del crédito no satisfecho con la calificación que le corresponda (esta regla supletoria respecto de la satisfacción íntegra del pago no existía en el Proyecto de la Ley 38/2011 y fue introducida en fase de enmiendas); e) la propuesta de convenio con ese contenido solamente puede hacerse a instancia del acreedor privilegiado.

La reforma podría favorecer, en cierta medida, la presentación y aceptación de más propuestas anticipadas de convenio o de convenio ordinario, debido a los incentivos que con esta medida se da a los acreedores privilegiados para que apoyen propuestas de convenio. Si se interpreta el nuevo apartado cuarto del artículo 155 a la luz del artículo 149 se pudiera llegar a la conclusión de que lo que el legislador ha querido es que la ejecución de los bienes que garantizan privilegios especiales no dependa del arbitrio del plan de liquidación o de la administración concursal sino que deban contar con el conocimiento y aceptación de los acreedores privilegiados.

En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Valencia (5 de enero de 2012) autoriza al grupo Sopena, que se encuentra actualmente en concurso, a realizar una dación en pago de varios inmuebles de su propiedad a trece entidades bancarias (por un valor hipotecado de cuarenta millones de euros), facilitándose, en gran medida, la continuidad y la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de sus más de trescientos puestos de trabajo directos e indirectos.

Si lo que se desprende de los apartados tercero y cuarto del artículo 100 de la Ley Concursal es la búsqueda de un equilibrio entre las soluciones tendentes a la conservación de la empresa y aquellas otras que aseguren el desarrollo de la liquidación en un procedimiento con todas las garantías, pudiera resultar desorbitada o desproporcionada la prohibición del artículo 100.3 respecto a las cesiones de bienes en pago o para pago. En realidad, solo se debería haber prohibido aquellas cesiones que no permiten la continuación de la empresa y que van destinadas a su liquidación. No habría razones, por el contrario, para excluir las cesiones singulares que tienen por objeto bienes que no son necesarios para la conservación de la empresa.

De otro lado, los números 2.º y 4.º del artículo 100 permiten las enajenaciones singulares de bienes y derechos del concursado a terceros y el pago a los acreedores con el producto restante, y si ello se permite y se refuerza con la reforma de 2011, ¿por qué no admitir una cesión a los acreedores, en pago o para pago de deudas? Es evidente que de admitirse las cesiones singulares de bienes en las condiciones aquí señaladas, estas no podrán suponer un enriquecimiento para ningún acreedor en concreto y, por tanto, el bien dado en pago debería tener un valor similar al importe del crédito reconocido. E, igualmente, en el caso de las cesiones para pago, se debería controlar que el bien se vende efectivamente y, además, a un precio de mercado.

Es claro que la cesión para pago (*pro solvendo*), al suponer una realización de los bienes, podría estar limitada (más que a determinados acreedores) a determinados bienes, pero no se comprende por qué la cesión en pago (*pro soluto*), que no exige ninguna liquidación, se restringe solo a los acreedores privilegiados, porque pudiera haber un acreedor ordinario —que por ser empresario— acepte un bien o varios del deudor (imaginemos una empresa o una parte de la empresa del concursado) no para venderlos sino para, saldando las deudas pendientes, continuar —como titular— con su uso y explotación.

Es lógico que no resulte fácilmente aceptable una cesión convencional en la que se cedan todos o una parte importante de los bienes a algunos acreedores porque el perjuicio para los no cesionarios puede ser relevante. Sin embargo, el

convenio concursal de cesión de bienes ofrece unas garantías indiscutibles. Se ejerce un control judicial, a diferencia de la cesión convencional, ya que el convenio, partiendo de un acuerdo que ha de ser consentido por una parte significativa de los acreedores, requiere una aprobación judicial que garantiza *a priori* la exclusión de cualquier pacto lesivo para el interés de los acreedores.

A diferencia del convenio, la hipótesis de extender, dentro del plan de liquidación, la cesión de bienes en pago o para pago a acreedores que no sean privilegiados plantea delicados problemas, pues puede perturbar la finalidad misma de la liquidación convirtiendo en preferentes en el pago a aquellos acreedores cesionarios. No obstante, si tales fórmulas alternativas de pago se orquestan *en interés del concurso*, es decir, maximizando el valor de los bienes para lograr la mejor satisfacción de los créditos no debería haber obstáculos para su admisión en el ámbito de un plan de liquidación como el que actualmente regula el artículo 148.2 LC.

No hay que olvidar que, además de la solución conservativa, la reforma concursal de 2011 apuesta porque la solución de la insolvencia se retrase lo menos posible para evitar que los bienes del concursado se deprecien y ello perjudique tanto al propio concursado como a los acreedores. Parece obvio que tanto la cesión de bienes para pago como la dación en pago podrían contribuir a evitar un riesgo como el descrito.

En fin, la dación en pago y la cesión para pago pueden resultar fórmulas útiles en determinados concursos, como los que afectan a las familiares y a los particulares. Asistimos frecuentemente a una realidad social en la que la incapacidad para hacer frente a una hipoteca o a las pensiones alimenticias, por poner solo dos ejemplos, demandan la necesidad de poder sustituir la prestación inicialmente prevista por otra, debido a la falta de liquidez que —agudizada por la crisis— asola a las familias y a los particulares. La cesión de bienes en pago de alimentos debidos o la dación en pago del piso hipotecado para saldar la deuda hipotecaria son dos manifestaciones de la necesidad de exigir —también en el concurso de acreedores— la permisividad de fórmulas alternativas de pago que permitan un *fresh start* a familias y particulares.

III. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y LA DACIÓN EN PAGO DE CRÉDITOS CONCURSALES: LA RESOLUCIÓN DE 27 DE FEBRERO DE 2012

En fechas recientes, el 27 de febrero de 2012, la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve un recurso gubernativo cuyo objeto es la suspensión de la inscripción de una escritura pública de dación de una finca en pago de créditos concursales. Una sociedad mercantil otorga dación en pago de deudas a favor de otra sociedad, transmitiendo una finca urbana en pago de créditos concursales que esta última ostenta contra la primera.

La escritura de dación fue objeto de calificación registral negativa porque, entre otras razones, no constaba que la finca que se transmitía hubiera quedado expresamente excluida de la tramitación del concurso. Sería necesario, según el Registrador, que el contenido del convenio respecto de esa finca constase inscrito porque, de lo contrario, no surtiría efectos respecto a terceros. De otro lado, se fundamentaba la calificación negativa en que no se había acreditado la aprobación de un convenio que afecte a esa finca y que haga cesar la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado para poder inscribir la dación en pago. En definitiva, se sostiene, por parte del

Registrador, la falta de tracto en la inscripción que se pretende porque no figura en el historial de la finca objeto de dación la situación concursal de la aprobación del convenio que debería haberse hecho constar respecto de todas y cada una de las fincas del concursado, dando seguridad jurídica al adquirente y a los acreedores firmantes del convenio para ejercitar la rescisión correspondiente si la dación no se ajustase al convenio y se vieses perjudicados en sus derechos (15).

El Notario interpuso recurso contra la calificación registral negativa basándose en diferentes argumentos cuyo hilo conductor es la eficacia del convenio concursal al margen de su publicidad registral, lo que deriva, al amparo del artículo 133.2 de la Ley Concursal, en la extinción de todos los efectos de la declaración de concurso y, en particular, en el cese de los administradores concursales, de modo que no resulta necesaria la intervención de la administración concursal en la dación en pago realizada por la sociedad transmitente de la finca (16).

Una de las razones esgrimidas por el Registrador para sostener su calificación negativa es la prohibición de propuestas de cesión de bienes dentro de los convenios concursales establecida por la Ley Concursal de 2003 (antes de la reforma operada en 2011), que es la norma aplicable en la fecha de la calificación registral que da origen a la Resolución que comentamos. Con razón, a mi juicio, el Notario contesta a esta objeción señalando que una cosa es la prohibición de propuestas de cesión dentro del convenio y otra distinta es que en la fase de cumplimiento del convenio, y ante la falta de liquidez que en la misma escritura se manifiesta, el deudor acuerde con uno de sus acreedores la entrega de un determinado bien inmueble para saldar una deuda por el importe rebajado que del convenio resulta.

Por otro lado, y en relación con la hipotética necesidad de excluir del procedimiento concursal el bien objeto de cesión, considera el Notario que no es necesario excluir ningún bien, salvo los legalmente inembargables, porque todos los bienes son responsables de las deudas. Del convenio pueden quedar excluidos determinados acreedores pero no determinados bienes.

Y, finalmente, el Registrador considera que las limitaciones impuestas por el convenio al concursado deben ser inscritas antes de la cesión. Para el Notario, por el contrario, la inscripción de esas medidas (como efectos del convenio y no del concurso) no impide la inscripción de la dación en pago. La inscripción del convenio no es constitutiva, de modo que el Registrador tendría que admitir

(15) «Sin entrar la calificación —señala el Registrador— en si la dación en pago está dentro del convenio o no, es indispensable que el contenido del convenio conste también inscrito respecto de esta finca para aplicar sus efectos en toda la extensión y para que pueda producir efectos frente a tercero, porque: 1. Si el convenio contuviere medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración o disposición, y el concursado convenido las contraviene con esta dación en pago, se permitiría su inscripción, supeditada a la acción de reintegración de los bienes a la masa, la inscripción se obtendría condicionada por el posible ejercicio de la acción de reintegración, de forma indefinida, hasta que sea cancelada esa restricción, cuando se cancele el Convenio... 2. Si el convenio no contuviere estas medidas prohibitivas o limitativas, pero el acto fuera contrario al mismo se permitiría su inscripción, supeditada también a la acción de reintegración. 3. Si el convenio no contuviere estas medidas prohibitivas o limitativas, ni el acto fuera contrario a su contenido no se plantearán problemas en relación a dichos actos...».

(16) El artículo 133 fue objeto de modificación por parte de la Ley 38/2011 y si bien la aprobación del convenio tiene como efecto general el del cese de la actuación de la administración concursal, el nuevo apartado tercero del artículo 133 establece que, no obstante, el cese de los administradores, estos conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos.

los actos dispositivos del concursado que cumple las disposiciones del convenio, aunque este no estuviera previamente inscrito, siempre que no existan terceros con derechos inscritos protegidos por el sistema registral.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, a la vista de las consideraciones anteriores y partiendo del presupuesto de que existe un convenio concursal judicialmente aprobado —lo que desencadena el cese de la administración concursal y la no necesidad de su intervención para autorizar la controvertida dación en pago de este recurso—, entiende que no hay incongruencia en el juicio de suficiencia notarial.

La DGRN da la razón, en parte fundamental, al Notario, porque la cuestión relevante no es la de si la dación es o no válida sino la de cómo se debe inscribir, para lo cual es fundamental que conste en el Registro el contenido del convenio respecto a la posible limitación de facultades de administración y disposición del concursado. En este sentido, la nota calificadora parte de que la dación en pago es inscribible, planteando únicamente la necesidad de que en la inscripción de la misma se tengan en cuenta las posibles limitaciones de administración y disposición resultantes del convenio que puedan afectar, en su caso, a la acción de reintegración de esa dación en pago para su constancia en el Registro de la Propiedad (17).

Si bien consta —en el caso que da origen a este recurso— la existencia de un convenio, no consta el contenido del mismo, es decir, la existencia o no de medidas prohibitivas o limitativas que pudieran afectar al ejercicio de la acción de reintegración de la dación en pago. En consecuencia, la Dirección General considera que no es inscribible esta dación en pago (Fundamento de Derecho número cuatro). Se entiende que no se puede inscribir una dación sin advertencia alguna sobre si el contenido del convenio afecta o no a la reintegración de la misma, porque, además de dar a conocer a los terceros la posible existencia de medidas limitativas o prohibitivas, se trata de evitar que pueda llegar a aparecer un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que impidiese el ejercicio de la acción de reintegración que resulta del artículo 137.2 de la Ley Concursal.

IV. CONCLUSIÓN

A la luz de esta Resolución de la DGRN, creo que podemos afirmar, sin muchas vacilaciones, que la cuestión relevante en esta materia no reside en si las cesiones de bienes (en pago o para pago) deben estar o no permitidas en el concurso de acreedores, sino cómo se realizan y, sobre todo, cómo se inscriben, ya que si el acceso al correspondiente registro se realiza respetando los derechos de terceros y de acreedores no hay por qué ponerles freno, pese a la redacción restrictiva de la Ley Concursal, incluso después de la reforma realizada en el año 2011 que ya ha entrado en vigor. El problema realmente trascendente es que la cesión de bienes (en pago y para pago) contravenga las medidas de disposición

(17) En efecto, el artículo 137 de la Ley Concursal dispone que *el convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor*. Y en el apartado segundo se establece la susceptibilidad de inscripción registral de esas medidas, si bien: «la inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite» (el entrecomillado es de la autora).

o administración impuestas por el convenio al concursado y, aun así, se podría inscribir, sujeta o condicionada al ejercicio de la acción de reintegración por el acreedor o acreedores perjudicados que, como establece el artículo 137.2 de la Ley Concursal, afectará a cualquier titular registral y también, por tanto, al que resulte serlo de aquella finca o del bien cedido en pago o *pro soluto*.

En definitiva, el modo de practicar el asiento de inscripción de una dación en pago de créditos concursales se convierte en la clave de bóveda porque, aunque la dación en pago contravenga las medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración o disposición contenidas en el convenio, la dación se puede inscribir, de forma indefinida, supeditada a la acción de reintegración del bien o bienes a la masa hasta que se cancele esa restricción, ya sea porque se cancele el convenio por cumplimiento, ya sea por inicio de la fase de liquidación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA: «La dación en pago y la determinación de la deuda que se paga», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 81, 1997.
- BELTRÁN SÁNCHEZ Y MERCADER: «Comentario del artículo 100 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, dir.: ROJO y BELTRÁN, Civitas, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentario del artículo 1175 del Código Civil*, T. II. Ministerio de Justicia, 1993.
- «Dación en pago. Cesión en globo de bienes y derechos. Saneamiento por evicción», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 2, 1983.
- CABANILLAS SÁNCHEZ: «Cesión de bienes», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, 1995.
- COSÍO Y CORRAL: «Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas», en *Revista de Derecho Privado*, 1953.
- CRISTÓBAL MONTES: «Los subrogados del pago», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988.
- DÍAZ GONZÁLEZ: «El estudio de la cesión de bienes y del concurso de acreedores en los primeros manuales universitarios: la “Ilustración del Derecho Real de España”, de don Juan Sala Bañuls», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, 1996.
- ESPÍN CÁNOVAS: «Sobre el pago con subrogación», en *Revista de Derecho Privado*, 1942.
- FAJARDO FERNÁNDEZ: «Resolución de la DGRN, de 10 de diciembre de 2007: retrac-to arrendaticio urbano en caso de dación en pago del inmueble arrendado. Inscripción sin notificación al arrendatario. Competencia del Registrador para apreciar la simulación en el procedimiento registral», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 78, 2008.
- FÍNEZ RATÓN: «Eficacia del convenio en la quiebra. Cesión de bienes y dación en pago. Subarriendo incontestado y obras no autorizadas en el local de negocio. Resolución del arrendamiento. Litisconsorcio pasivo necesario. Aportación de inmueble en pago de suscripción de acciones. Legitimación activa», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 31, 1993.
- «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 4, 1995.
- GAMBÓN ALIX: «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», en *Revista de Derecho Privado*, 1962.

- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ: «Dación en pago y reintegración concursal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord.: Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, y otros, vol. 1, 2011.
- «Dación en pago y reintegración concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7492, 2010.
- GARCÍA MEDINA: «Alternativas a la subasta», en *La Ley*, núm. 7324, 2010.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO: «STS de 19 de octubre de 1992. Convenio de suspensión de pagos. Dación en pago o pago por cesión de bienes. Relaciones y diferencias. Consideración del convenio como dación en pago de deudas o *datio pro soluto*. Transmisión de la propiedad de los bienes del deudor suspenso a sus acreedores. Tercería de dominio. Requisito de admisibilidad. Propiedad de los bienes por el tercerista antes del embargo de estos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, 1992.
- INFANTE RUIZ: «STS de 30 de septiembre de 2010. Finanza. Quiebra. Dación en pago. Extinción del crédito y de la fianza», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, 2011.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil* (T. II). *Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, 2011.
- LÓPEZ DE LA CRUZ: *La cesión de bienes a los acreedores*, Tirant lo Blanch, 2003.
- MACHADO PLAZAS: «La distinción entre la dación en pago y la cesión *pro solvendo* contenidas en un convenio concursal (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1997», en *Revista General de Derecho*, núm. 648, 1998.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. ISSN 0210-0444, año núm. 63, núm. 581, 1987.
- MORETÓN SANZ: «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (la *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, fasc. II, 2008.
- PASCUAL ESTEVEILL: «La dación en pago», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 575, 1986.
- PULGAR EZQUERRA: «Comentario del artículo 100 de la Ley Concursal», en *Comentarios a la legislación concursal*, T. I. Dirs.: PULGAR, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ALCOVER GARAU, Dykinson, 2004.
- QUICIOS MOLINA: «STS de 1 de octubre de 1998. Suspensión de pagos. Convenio de acreedores consentido por el que previamente había reclamado en juicio una cantidad superior a la reconocida; sentencia estimatoria de la demanda posterior al convenio que contiene la dación en pago», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, 1999.
- SASTRE PAPIOL: *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Bosch, 1990.
- SERRANO GIL DE ALBORNOZ: «El convenio», en *La reforma concursal*. Dirs.: BELTRÁN, GARCÍA-CRUCES, PRENDES, Civitas, 2011.
- SIERRA: «La liquidación (unitaria o fragmentaria) de la empresa en concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011.
- TAPIA LÓPEZ: «El convenio», en *Tratado judicial de la insolvencia*, T. II. Dirs.: PRENDES y MUÑOZ, Aranzadi, 2012.
- YÁÑEZ VIVERO: *Cesión de bienes*, Enciclopedia Concursal, Aranzadi Thomson Reuters, 2012.
- ZAMBRANA MORAL: «La cesión de bienes como posible solución al concurso de acreedores en la literatura jurídica europea (1550-1650)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. I, Marcial Pons, 2004.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de enero de 1977 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 1991 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 1992 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 1992 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1993 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1994 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1997 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 1997 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2001 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2007 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2007 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de septiembre de 2007 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2008 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2009 (Sala Primera).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 2009 (Sala Primera).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Valencia, de 5 de enero de 2012.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de febrero de 2012.

RESUMEN

CESIÓN DE BIENES DACIÓN EN PAGO CONCURSO DE ACREEDORES

La cesión de bienes en pago y para pago de deudas reviste una especial trascendencia en situaciones de insolvencia patrimonial y, en concreto, en el concurso de acreedores, en cuyo marco normativo situamos esta figura de honda raigambre histórica y de continua actualidad social y frecuencia práctica. Con ocasión de la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de febrero de 2012, se examinará el significado y sentido de la regulación restrictiva que de la cesión de bienes y de la dación en pago realiza la vigente regulación concursal.

ABSTRACT

ASSIGNMENT FOR THE BENEFIT OF CREDITORS SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT MEETING OF CREDITORS

Assignment in and for payment of debts to creditors is especially important in insolvency situations and, more to the point, in meetings of creditors, in whose legislative framework the concept of assignment for the benefit of creditors is placed. The concept is one that has deep historic roots, ongoing social relevance and frequent practice. Current bankruptcy regulations take a restrictive view of assignment for the benefit of creditors and surrender in lieu of payment. On the occasion of the recent Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 27 February 2012, the meaning of this restrictive stance and the sense behind it are examined.

2. MERCANTIL

LA NULIDAD DE LAS ADQUISICIONES DERIVATIVAS DE PARTICIPACIONES SOCIALES EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 1 DE MARZO DE 2012 (1)

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UN CASO DE CONTRATO PROHIBIDO PERO NO DE ILÍCITO CAUSAL.—III. LA NULIDAD DE LA «ADQUISICIÓN».—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/102193) deniega un recurso de casación en un supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales por falta de previo acuerdo social de reducción de capital, declarando la nulidad de pleno derecho del negocio adquisitivo por haber sido contraído el mismo mediante la existencia de causa ilícita, por oponerse la causa del referido contrato a la normativa de adquisición derivativa de participaciones sociales prevista en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital.

En el presente supuesto, nos encontramos ante un contrato de compraventa (aunque, en alguna ocasión, las partes lo denominen como de permuta) de participaciones sociales, de modo y manera que la mercantil «Jams Arq.1, S. L.» a través de su administrador único, don Hugo, vende y transmite a la mercantil «Afisur Fomento, S. L.», representada por sus administradores solidarios, don Eloy y don Bartolomé, un total de 8.270 participaciones sociales que la vendedora ostentaba en la sociedad compradora, en el precio de 358.357 € que se abonaría mediante la entrega, por la compradora, de cuatro naves industriales, sitas en Almendralejo (Badajoz), que, como quiera que estaban gravadas con una hipoteca por valor de 454.050 €, la compradora se comprometía a reducirla —en la fecha de la escritura pública—, hasta la cantidad de 190.843 €, cantidad esta última de hipoteca, en que se subrogaría la vendedora; así como mediante la entrega de 9.000 € en metálico, que se entregaba en la fecha del contrato privado.

Es muy importante hacer constar que según relata la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 26 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/212097), en ese mismo contrato privado se hacía constar expresamente, que no existía obstáculo legal ni estatutario alguno para la transmisión de aquellas participaciones sociales, por haberse adoptado, en la misma fecha del 14-5-2007, acuerdo, en Junta General Universal de partícipes, por el que se aprobaba por unanimidad la materialización de la transmisión de las participaciones sociales indicadas.

(1) Quiero agradecer a mi maestro, don Luis Díez-PICAZO, sus enseñanzas, en especial sus consideraciones y observaciones sobre el presente trabajo.

Finalmente, interesa asimismo resaltar que en el propio contrato privado se convenía que para caso de incumplimiento de su obligación, por cualquiera de las partes, de acudir a la formalización de las correspondientes escrituras públicas, en el plazo de máximo fijado de sesenta días, salvo caso de fuerza mayor, el incumplidor debería indemnizar a la contraparte en la cantidad de un millón doscientos mil euros, sin perjuicio de la facultad de la parte cumplidora de exigir el cumplimiento íntegro del contrato.

El Tribunal Supremo sobre el análisis de los hechos anteriormente relatados entiende que una adquisición derivativa de participaciones sociales, que no se ajuste a lo previsto en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, se trata de un contrato con causa ilícita, al razonar lo siguiente:

«2.3. *La ilicitud de la causa.*

32. *Para la existencia de los contratos, nuestro sistema exige la concurrencia de causa al disponer en el artículo 1261 del Código Civil, que “[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: (...) 3.º Causa de la obligación que se establezca”.*

33. *Para su eficacia, de forma paralela a otros ordenamientos próximos —así el art. 1131 del Código Civil francés: “[l]’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet” (la obligación sin causa, o con causa falsa o con causa ilícita, no pueden tener ningún efecto alguno)—, además, exige que la causa sea lícita y, a tenor del artículo 1275 del Código Civil, “[l]os contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno”.*

34. *Finalmente, al igual que otros de nuestro entorno —el art. 1133 del Código de Napoleón dispone que: “La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l’ordre public” ([l]a causa es ilícita cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público), y el 1343 del italiano que: “[l]a causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume” ([l]a causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres)—, en el segundo párrafo del artículo 1275 del Código Civil precisa que “[e]s ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.*

35. *No se ha cuestionado que la causa del contrato suscrito entre JAMS y AFISUR —a tenor del art. 1274 del Código Civil, que la recurrida denuncia no citado en la preparación del recurso— [e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera... coincide con la típica de los contratos de compraventa o permuta de las participaciones —a nuestros efectos resulta irrelevante la calificación—, consistente la adquisición por AFISUR de la titularidad de sus propias participaciones, hemos de concluir que el contrato tiene causa ilícita por oponerse a las leyes —en este sentido debe ser interpretada la afirmación de la sentencia recurrida en cuanto afirma la “falta de causa” que la recurrente pretende descontextualizar, olvidando que en el mismo párrafo se indica que “alegar, como causa del contrato privado... es invocar una causa ilícita del contrato de 14-5-07”.*

Y sobre la base de lo anterior, hace descansar la nulidad del negocio de adquisición derivativa de participaciones sociales, desestimando el recurso de casación en función del razonamiento que a continuación transcribimos:

«2.4. *La nulidad de la adquisición derivativa de propias participaciones vulnerando las restricciones legales.*

36. Partiendo de las anteriores premisas, dado que la adquisición por AFISUR de las propias participaciones no se realizó para adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, es insuficiente la voluntad de desinversión del socio que pretende desprenderse de sus participaciones y su aceptación por los demás, sin adopción de los preceptivos acuerdos corporativos, por lo que ambos motivos deben ser rechazados ya que, en aquellos supuestos en los que se superan los límites que a la libertad autonormativa señala el artículo 1255 del Código Civil —“[l]os 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”—, a tenor de lo que dispone el artículo 6.3 del Código Civil, “[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”, ya que el régimen sancionador previsto en el artículo 42.1 LSRL, a cuyo tenor, “[l]a infracción de cualquiera de las prohibiciones establecidas en esta sección será sancionada con multa...”, no supone excepción alguna al régimen previsto en el artículo 6.3 del Código Civil —en este sentido se pronunció la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de diciembre de 2000—, como lo demuestra que el artículo 140.2 TRLSC, ubicado en la subsección 1.ª de la Sección 2.ª del capítulo VI del título IV dispone que: “[l]as adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho”, lo que no es obstáculo a que el 157.1, referido al régimen sancionador, disponga que “[s]e reputará infracción el incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones establecidas (...) en la subsección 2.ª de la Sección 2.ª de este capítulo y en el número 2 que [las infracciones anteriores se sancionarán con multa por importe de...”].

«2.5. Desestimación del motivo.

37. Lo expuesto es determinante de la desestimación de los motivos examinados».

Por lo tanto, el fallo casacional descansa principalmente sobre la afirmación consistente en que «el contrato tiene causa ilícita por oponerse a las leyes», lo que supone el otorgamiento de una respuesta jurisprudencial desde la mera aplicación de la literalidad del artículo 1275 del Código Civil, cuando prevé lo siguiente: «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral», sin realizar una interpretación del artículo 6.3 del Código Civil en relación con lo previsto con el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando expresamente sanciona la contravención del régimen de adquisición derivativa de participaciones sociales de la siguiente forma: «Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho»; lo que implica —en nuestra opinión— la falta de realización de un juicio de valor (en términos causales) de la conducta efectivamente llevada a cabo por las partes contractuales, así como la inexistencia de ofrecimiento de una correcta respuesta al efecto de la nulidad que podría predicarse en el presente caso, en contra de la sanción de nulidad negocial absoluta que sí predica el Tribunal Supremo.

En general, puede decirse que la doctrina mercantilista (2) siempre ha dado por buena la nulidad del negocio de adquisición derivativa de participaciones sociales con imposibilidad incluso de subsanación como consecuencia de lo

(2) Vid. NIETO CAROL, «La adquisición de participaciones propias», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 42, 2002, págs. 153-194.

previsto en el artículo 6.3 del Código Civil. De esta forma, MORALEJO (3), al comentar las consecuencias de la infracción del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, opina que: «La adquisición por la sociedad de responsabilidad limitada de participaciones propias o de participaciones o acciones de la dominante, fuera de los casos legalmente admitidos, está prohibida y se declara nula de pleno derecho. Atendido el silencio legal, a tales adquisiciones se aplica la sanción de nulidad en relación a los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas (art. 6.3 CC), excluyéndose por tanto cualquier efecto traslativo de los negocios que resulten en la adquisición de participaciones propias o participaciones o acciones de la sociedad dominante. Todo lo anterior con independencia de las sanciones administrativas que, en su caso, puedan proceder contra los administradores de la sociedad infractora o de la dominante que hayan inducido a cometer la infracción».

En términos similares, URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA (4) analizaron las consecuencias de la infracción de las normas sobre participaciones propias, al decir que: «A diferencia de lo que sucede en el caso de la anónima (arts. 74.2 y 76 LSA), la consecuencia de la adquisición de participaciones propias o de la sociedad dominante en todos los supuestos no tolerados por la Ley (arts. 39 y 40.1) será la nulidad de pleno derecho del negocio, conforme a lo establecido en el artículo 40 *ter*, que alude simplemente a la «adquisición de participaciones» y, por consiguiente, no distingue a estos efectos entre la adquisición originaria (asunción de participaciones) y la derivativa. Y a la misma conclusión habrá de llegarse en el supuesto de adquisición de acciones de la dominante, al que ese precepto no hace referencia expresa, en este caso por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil. Parece, no obstante, que esa nulidad no se producirá cuando la adquisición derivativa haya sido realizada por persona interpuesta (arg., ex. art. 81 LSA, por analogía) o cuando esta las haya asumido originariamente. En estos casos, la adquisición se imputa exclusivamente al sujeto que obró en su propio nombre (adquiere la persona interpuesta y no la sociedad) y cuando se trate de asunción de nuevas participaciones, los fundadores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del reembolso a la sociedad de las cantidades que esta hubiere anticipado a la persona interpuesta para facilitar la asunción, salvo que prueben no haber incurrido en culpa (arts. 39.2 y 3 LSRL)».

No obstante, recientemente y de forma acertada, ALFARO ÁGUILA-REAL (5) se hace eco de la doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo, criticando el razonamiento ofrecido por la misma, del siguiente modo:

«Lo que dice el Supremo es que el negocio por el cual la sociedad limitada adquiere sus propias participaciones tiene causa ilícita. Es un negocio realizado en infracción de una norma legal. A nosotros nos parece que equiparar causa ilícita con infracción por el negocio de una norma legal es excesivo aunque hemos de reconocer que el tenor del artículo 1275 del Código Civil parece apoyar tal equiparación.

(3) MORALEJO, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Dir.: ROJO-BELTRÁN. Tomo I, págs. 1086 y 1087. Aranzadi-Civitas, 2011.

(4) URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA, en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.ª ed., Thomson Civitas, 2006, págs. 1211 y 1212.

(5) ALFARO ÁGUILA-REAL, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2012/03/adquisicion-de-las-propias.html>.

La calificación como ilícita de la causa de un negocio en el que hay infracción de una norma legal debe reservarse para la infracción de normas prohibitivas fundadas en razones que pudieran calificarse como de orden público. No cualquier prohibición legal debe conducir a la calificación del negocio como causalmente ilícito a la vista de las consecuencias de tal calificación recogidas en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil. Esta es, por lo demás, la doctrina tradicional del Tribunal Supremo respecto a la nulidad de los contratos que infringen una prohibición legal (...).

A nuestro juicio, la doctrina de esta sentencia es errónea y no solo porque la regla *turpitudinem* no es una concreción de la doctrina de los propios actos. Aunque los argumentos aducidos no son despreciables, las consecuencias son irrazonables. La prohibición dirigida a las sociedades limitadas, para que adquieran sus participaciones, responde a la ratio de evitar las consecuencias patrimoniales y administrativas que la titularidad por una sociedad de sus propias participaciones genera y que se explican detalladamente en la sentencia. Por tanto, se mantiene íntegra la norma prohibitiva si se impide que la sociedad adquiera la propiedad de las participaciones. La nulidad del negocio obligatorio no es una consecuencia necesaria cuando la transmisión de la propiedad es lícita si la sociedad cumple los requisitos legales, esto es, en nuestro caso, si la sociedad adopta un acuerdo de reducción de capital o un acuerdo por el que un socio se separa o es excluido. Es más, de los hechos de la sentencia se deduce que todos los demás socios estaban de acuerdo (y que el negocio suponía la salida del socio de la SL) por lo que nada impedía considerar el contrato como un contrato sometido a la condición de que la sociedad procediera a acordar la reducción de capital o la separación del socio, acuerdos estos que eran obligados para la sociedad una vez celebrado el contrato con el socio. Obsérvese que las participaciones sociales son bienes inmateriales en los que la transmisión de la propiedad se produce, salvo pacto en contrario, con la emisión de los consentimientos. De las circunstancias se deduce claramente que la voluntad de socio y sociedad eran los de ejecutar la compraventa de los inmuebles y de las participaciones simultáneamente.

En definitiva, si la norma prohibitiva no pretende impedir que se produzca un resultado —como es el caso, ya que hemos visto que la SL puede adquirir sus propias participaciones en determinados supuestos— sino solo que este resultado se produzca omitiéndose determinados procedimientos o requisitos, no es necesario afirmar la nulidad del contrato. Basta con impedir su ejecución y la transmisión de la propiedad de las participaciones hasta que los requisitos o procedimientos hayan sido verificados. No hay nada de inmoral ni de contrario al orden público en que una SL adquiera sus participaciones. Y el legislador piensa lo mismo, al menos, desde 2003 cuando modificó la prohibición absoluta contenida en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995».

Como hemos tenido ocasión de apuntar, creemos que el supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales ha de ser analizado más detalladamente en cuanto a los efectos de la contravención del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, tanto genéricamente como en función de las circunstancias especiales del caso que existen en la presente sentencia del Tribunal Supremo, sobre todo en atención al acuerdo de Junta General que permitió la adquisición de participaciones propias, aunque, si bien es cierto, no acordó ninguno de los supuestos autorizados para dicha adquisición derivativa que prevé el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, llevándose a cabo, por tanto, lo que a nuestro juicio pudiera tildarse de un auténtico negocio jurídico cuya *iter* no ha sido

completado debidamente, lo que debiera suponer una consecuencia diferente a la adoptada en la presente respuesta casacional.

II. UN CASO DE CONTRATO PROHIBIDO PERO NO DE ILÍCITO CAUSAL

El principal problema que subyace en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012, es el correcto entendimiento del régimen de nulidad sancionado en el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que en nuestra opinión ha de ser entendido como un supuesto de prohibición legal al que se le ha de aplicar el régimen del artículo 6.3 del Código Civil y no de ilicitud causal previsto en el artículo 1275 del Código Civil, en base a las relaciones y distinciones entre dichas normas que la doctrina civilista se ha encargado de realizar.

Tradicionalmente, el concepto de causa y de ilicitud de la causa ha sido tratado por nuestro Tribunal Supremo, siendo necesario destacar lo previsto en la sentencia de 2 de abril de 1941 (Ar. 493), donde según la misma: «...*el concepto de causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica con gran amplitud y flexibilidad la doctrina moderna, permite cobijar no solo convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo, cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato, sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto*», configurándose el móvil ilícito en la misma sentencia del siguiente modo: «...*ese móvil, puesto expresamente como razón de ser de la operación realizada, no puede menos de trascender a la estructura y configuración jurídica de esta*».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6620), razona que: «...*la verdadera causa del contrato..., cuyo concepto, como uno de los elementos esenciales de todo contrato (art. 1261.3.º del CC) tiene, ciertamente, un sentido objetivo en la definición genérica del artículo 1274 (contraprestación, servicio que se remunera, liberalidad), ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la jurisprudencia clásica tuvo buen cuidado en mantener (es un concepto)..., totalmente compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o de modo, vieniendo a constituir parte de aquella, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud (caso de la donación remuneratoria del art. 622), como de su ilicitud (supuesto del fraude de acreedores de los arts. 643 y 1111), siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes*».

La cuestión relativa a las relaciones entre el artículo 6.3 del Código Civil y el artículo 1275 del Código Civil, no ha sido pacífica en nuestra doctrina. De esta forma, autores como DE LOS MOZOS (6) y JORDANO BAREA (7) no han distinguido ambos supuestos.

(6) DE LOS MOZOS, «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1961.

(7) JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, 1990. Este autor opinaba (págs. 1049 y 1050) lo siguiente: «A la luz de los artículos 1116, 1255, 1271, párrafo 3.º, y 1275, ha de partirse de una idea matriz y fundamentalísima: la de que ha de ser reputado ineficaz por exigencias eludibles del carácter social y moral del Derecho, todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, sea cualquiera el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad o justificada por un interés

Por su parte, DÍEZ-PICAZO (8) nos explica que: «Según el artículo 1275 del Código Civil, la causa ha de ser lícita y se entiende por ilícita cuando se opone a las leyes o la moral. Al hablar de causa ilícita hay que empezar por distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil y le es aplicable la sanción de nulidad establecida en el artículo 6. En estos términos podríamos preguntarnos por la necesidad de hablar explícitamente de causa ilícita. Dicho de otra manera: ¿Qué añade el artículo 1275 al 1255?»

En principio, se puede señalar que en aquellos casos en que el contrato, considerado como un todo, contraviene una disposición de ley, la nulidad vendrá dada por el carácter de contrato prohibido. En cambio, en aquellos otros en que las diferentes promesas constitutivas del contrato aparezcan externamente desligadas entre sí, será necesario acudir a la ilicitud causal para decretar su nulidad. Cuando un *dare* o la promesa de una *datio* aparezcan externamente independizadas del contrato en el que han nacido, la promesa desvinculada es recompensa o retribución de una prestación ilícita. Además de ello, es posible aplicar la idea de causa ilícita en aquellos supuestos en que el contrato, en sí mismo, sea ilícito y la ilicitud provenga de la finalidad empírica que las partes se proponen alcanzar en él».

DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES (9) también se pronunciaron sobre el particular, opinando lo siguiente: «A nuestro juicio, alrededor de la exigencia de causa y de causa ilícita, como requisito de los contratos, se mueven los siguientes tipos de problemas:

1.º La consideración como nulos de aquellos contratos en que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a leyes imperativas (cfr. art. 1275 CC). Es claro que en un caso como el presente nos encontramos de nuevo ante la eficacia de la norma imperativa y que a esa misma conclusión se hubiera podido llegar en un código como el nuestro sin necesidad de los artículos 1271 y 1275, funcionando simplemente con el artículo 6.3 del Código Civil al que se podría añadir, si se quiere, la interdicción del fraude de ley».

Sobre la relación entre el artículo 1275 y el artículo 6.3 del Código Civil, CLAVERÍA GOSÁLBEZ (10) opina lo siguiente: «¿Es necesario el artículo 1275? ¿No bastaban el 1255 y el originario artículo 4 (hoy, 6, núm. 3), todos ellos de nuestro Código Civil? Esa acusación de inutilidad ya tuvo lugar respecto del *Código Civil* francés al afirmar repetidamente DABIN que el artículo 1131 de dicho cuerpo legal era solo una reduplicación del 6.º Nuestra contestación es que, si bien no puede

digno de ser socialmente protegido. El concepto de causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica, con gran amplitud y flexibilidad, la doctrina moderna, permita cobijar no solo las convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo (cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato), sino también múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa anti-juridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto, como sucede en aquellos casos en que se promete determinada retribución a una persona para que esta cumpla aquello a que está tenuta por una obligación anterior; jurídica o moral».

(8) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I. Introducción. Teoría del Contrato, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, págs. 282 y 283.

(9) DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, 2002, pág. 175.

(10) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XVII, vol. 1.º B. Edersa, 1993.

negarse que los campos afectados por tales preceptos en parte coinciden, sus cometidos y sus ámbitos no son idénticos: pueden darse, en efecto, cláusulas nulas *ex* artículo 1255, persistiendo la validez parcial del contrato si, teniendo causa lícita, hubiera sido querido solo con sus cláusulas válidas por los dos contratantes (o incluso sin este último requisito en casos como los contemplados en el art. 10 de la *Ley 26/1984*, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); pueden darse contratos cuyo clausulado no sea en absoluto impugnabile *ex* artículo 1255 (puesto que sus estipulaciones son todas jurídicamente correctas) y que, no obstante, sean nulos *ex* artículo 1275 a causa de un motivo impulsivo inmorale o ilegal, etc. Con frecuencia, sin embargo, la ilicitud de la causa convivirá con cláusulas ilícitas, con condiciones ilícitas no explicitadas u ocultas mediante mecanismos simulatorios o fraudulentos o con objetos ilícitos *ex* artículo 1271, por lo que aconsejo al abogado que, en sus alegaciones, aduzca, si pretende la declaración de nulidad, no solo el artículo 1275 (acompañado de los arts. 1305 y 1306) (como matizaciones del 1303), sino también los que, en el supuesto, puedan operar: los números 3 y 4 del artículo 6, los artículos 1255, 1271, etc. Recuérdese que, cuando hablamos de causa ilícita *ex* artículo 1275, a veces lo ilícito es el motivo determinante incorporado, a veces, la interconexión entre las prestaciones, a veces su cometido intrínseco, etc. Si X paga a Y por cometer un asesinato, es ilícito el objeto de la prestación de Y, pero además es ilícita la causa, pues también es inmoral la operación en su conjunto, la interdependencia de las prestaciones y, por tanto, la entrega de dinero de X a Y con esa función; sin embargo, si X paga a Y por mantener relaciones sexuales con él, es más probable la ilicitud de la causa (obligarse a entregar dinero a cambio de ellas) que la del objeto, que tal vez no constituya conducta censurable *ex* artículos 1271 y siguientes con arreglo a los criterios hoy socialmente imperantes».

VÁZQUEZ DE CASTRO (11) sobre la distinción entre ambos preceptos, razona que los negocios ilícitos (art. 6.3 del CC) son aquellos que conculcan una prohibición normativa, mientras que los negocios jurídicos con causa ilícita pueden ser nulos aunque no conculquen una prohibición normativa, si violan el espíritu, finalidad o principios sobre los que se sustenta la norma jurídica.

SABORIDO SÁNCHEZ (12) en una monografía sobre la materia distingue el supuesto de hecho de los dos artículos, en función de las consecuencias jurídicas diferentes de las que goza cada supuesto de hecho razonando también sobre la complementariedad existente entre el artículo 6.3 y el artículo 1275 del Código Civil.

CARRASCO-LYCZKOWSKA (13), haciéndose eco de las anteriores opiniones de VÁZQUEZ DE CASTRO y SABORIDO SÁNCHEZ, consideran que: «Con todo, esta construcción debe contrastarse con los resultados normativos. Para empezar, resulta algo extraño que el campo de aplicación de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil sea sistemáticamente distinto, cuando, como es sabido, el artículo 6.3 del Código Civil se incorpora al ordenamiento jurídico español en 1974. ¿Dónde se residenciaban antes los negocios contrarios a normas imperativas que, con todo, no pecaban de

(11) VÁZQUEZ DE CASTRO, *La ilicitud contractual: supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

(12) SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

(13) CARRASCO-LYCZKOWSKA, «Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80.

ilicitud en la causa? En segundo lugar, la pureza de la construcción dogmática se condiciona a que fuere posible una distinción no ambigua entre reprochabilidad en los motivos, prohibición de la prestación prometida, negocio en fraude de ley y simple negocio prohibido. En rigor, solo en casos marginales esta distinción es posible. Un negocio puede ser prohibido porque su realización como un todo sea ilícita, aunque no lo sea la prestación o prestaciones prometidas (por ejemplo, un matrimonio entre personas vinculadas por impedimento de parentesco, un contrato lícito celebrado en fechas prohibidas [rebajas fuera de tiempo reglamentario], una venta de saldos de productos que están deteriorados, una adquisición de acciones cotizadas sin haber seguido el procedimiento reglado de OPA societarias, etc.), y muy bien cabe entonces pensar que, siendo negocio prohibido, no es negocio con causa ilícita. Pero si el intercambio como tal está prohibido (v. gr., venta de drogas), existe al mismo tiempo una prohibición relativa al negocio y una prohibición relativa a la ilicitud de la prestación.

Más allá, sin embargo, de la función clasificatoria, hay que atender a los resultados sancionatorios. Si mantenemos la distinción propuesta al inicio de este epígrafe, tenemos que poder afirmar estas tres reglas. Primera, si el negocio incurre en causa ilícita, pero no es un negocio prohibido, no se aplicaría la restricción a la nulidad que se formula en el inciso final del artículo 6.3 del Código Civil (a saber, que el ordenamiento hubiera previsto otra sanción para caso de contravención). Segunda, que el negocio prohibido, nulo, que no incurre en ilicitud causal, no está sujeto a las reglas *nemo propriam e in pari causa turpe* del artículo 1306 del Código Civil. Tercera, que, por lo mismo, si alguna diferencia existe entre la nulidad del simple negocio prohibido y la nulidad con causa ilícita es que en el segundo caso se aplican los artículos 1305 y 1306, y en el primero no».

Asimismo, CARRASCO también afirma que (14): «...Pero esto no quiere decir que todos los contratos que incurran en la contravención, a que se refiere el artículo 6.3 del Código Civil, sean contratos ilícitos en su causa, inmorales o contrarios al orden público. En absoluto, pues veremos que la mayoría de las normas prohibitivas a las que se han tenido que enfrentar nuestros tribunales son normas de Derecho sectorial, y en infracciones de esta clase no se puede hacer reproche alguno por razón de su contenido; no se suele hacer un juicio de valor conducente a la inmoralidad o torpeza del negocio. Tampoco quiere decirse que las categorías de negocio prohibido del artículo 6.3 o del artículo 1255 y negocio incurrido en causa ilícita puede no ser un negocio prohibido. Así, la ilicitud causal fundada en el desvalor de los motivos de una o de ambas partes no tiene por qué infringir ninguna norma imperativa (expresa) ni tiene que sustentarse en la introducción de un pacto contrario a la moral. En buena lógica, hay un espacio no insignificante entre los negocios prohibidos y los negocios incurridos en causa ilícita. Es cierto que habrá un espectro de casos en que causa ilícita y prohibición legal concurren. Pero no son los más, como se verá. Una prohibición sin desvalor de la conducta podrá conducir a la nulidad del artículo 6.3 del Código Civil, pero no a la del artículo 1275 del Código Civil. Sería posible entonces declarar la sanción de nulidad sin que existiera fundamento para un reproche de desvalor de la acción. Sin embargo, la práctica de nuestros tribunales no ha operado así, y ha ido reduciendo sistemáticamente la sanción de nulidad del artículo 6.3 del Código Civil a los casos en los que la situación resultante del negocio prohibido es calificable de situación de ilicitud causal. Hoy día,

(14) CARRASCO, *Derecho de Contratos*, 1.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, págs. 720 y 721.

apenas puede encontrarse una sentencia que declare la nulidad de un contrato con el exclusivo fundamento en el artículo 6.3 del Código Civil, si el negocio prohibido no es además un negocio sobre el que pesa un juicio de desvalor distinto de la simple conculcación de la norma imperativa».

En un interesante trabajo comparatista, INFANTE y OLIVA (15) exponen sus consideraciones críticas sobre el particular, del siguiente tenor: «En nuestra opinión, hay que cuestionarse si, realmente, hace falta recurrir a la categoría de la causa para poder controlar la legalidad de los contratos y evitar los pactos ilícitos e inmorales. Entendemos que la causa no es un elemento imprescindible para regular los contratos ilícitos o contra bonos mores, en tanto que tales patologías pueden ser normalmente abordadas en sede de contratos *contra legem* (art. 6.3 CC) y de vulneración de los límites de la autonomía contractual (art. 1255 CC). En tal sentido, algunos importantes representantes de la doctrina jurídica han afirmado que, para decretar la nulidad de ciertos contratos en los que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a las leyes imperativas o la moral, no hacen falta los artículos 1271 y 1275 del Código Civil, en cuanto que podría funcionar igualmente con lo establecido por los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil. Es decir, para determinar si un contrato es nulo basta con comprobar si su contenido o los motivos conocidos por las partes vulneran la ley, la moral o el orden público, resultando el recurso a la institución de la causa hasta un cierto punto «artificioso». Por todo ello, nos parece que a efectos de garantizar un control efectivo de la licitud de los contratos, la supresión de la técnica de la causa es perfectamente posible, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del contrato considerado en su globalidad (contenido y propósitos conocidos), e incluso recomendable, ya que de esta manera se dotaría de mayor seguridad jurídica y claridad al sistema».

Sobre las relaciones entre los debatidos preceptos, resulta pues de sumo interés la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008 (*RJ* 2008/5666), donde se plantea el problema en que si tres médicos anestelistas que trabajaban para el INSALUD han de ser indemnizados por incumplimiento de contrato de servicios concluido con la clínica privada demandada, al considerar la Audiencia Provincial que al estar incursos en incompatibilidad, la causa del contrato es ilícita y que no procede indemnizarlos, salvo a dos de ellos y solo por el complemento de exclusividad que dejaron de percibir. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, entendiéndolo eficaz el arrendamiento de servicios pese a la vulneración del régimen administrativo de incompatibilidades por parte de los prestadores de los servicios, concediendo pues la indemnización solicitada y razonando en lo que nos afecta lo siguiente:

«Lo que no es posible es provocar la ineficacia del contrato mediante el ejercicio de la acción de nulidad por ilicitud de la causa. De los artículos 1275 y 1276 del Código Civil (LEG 1889/27) resulta que la causa ha de existir, ha de ser lícita y ha de ser verdadera, y es evidente que no cabe estimar como causa del contrato existente entre las partes tal incumplimiento por los demandantes de sus deberes de incompatibilidad el hecho de actuar sobre pacientes en los procesos quirúrgicos adjudicados a la clínica por el INSALUD. 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 se persigue en cada contrato, al margen de la mera

(15) INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, *Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo*, Indret, 2009. www.indret.com.

intención o subjetividad, y consiste en los contratos onerosos en el simple intercambio de prestaciones. Pues bien, la realización de actuaciones médicas de carácter privado por profesionales técnicamente aptos para ello y el pago de su precio en modo alguno afecta a la estructura del contrato por el incumplimiento del régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53/1984 (RCL 1985/14). Tampoco se incluye estipulación contractual alguna que pudiera comprometer la independencia o el estricto cumplimiento de sus deberes en la actividad pública desarrollada. Y si se atiende a la mera intención o subjetividad que significan los móviles que llevaron a concluirlo, tampoco hay dato alguno en la sentencia que permita sostener que con el incumplimiento denunciado pretendían perjudicar a terceros o generar daño a la entidad pública, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que, a resultas del concierto, pudieran derivar del ámbito meramente administrativo entre los médicos y la entidad pública y entre la demandada, que conoció y permitió que la supuesta infracción tuviera lugar, al proyectar sus efectos sobre el aspecto público de la actuación de los actores, sin trascender a normas imperativas de carácter sustantivo».

Es decir, en este caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008, se concluye la existencia de una independencia entre el ilícito causal y la norma prohibitiva. Si bien es cierto que el recurso se planteó sobre el artículo 1275 del Código Civil y no sobre el artículo 6.3 del Código Civil, *sedes materiae* tradicional de las nulidades por infracción de normativa administrativa (16).

Para una correcta comprensión del alcance prohibitivo y de los efectos del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital hemos de tener presente que el contrato de compraventa de participaciones sociales mediante adquisición derivativa resulta —en primer lugar— un contrato prohibido *ratione personae*, es decir, se trata de una prohibición de contratar existente en el Derecho de Sociedades, que a nuestro juicio no debería siempre conllevar un interés público protegido que pudiera fundar la nulidad radical del negocio y la consecuencia de su absoluta inexistencia de efectos.

Por otro lado, CARRASCO (17), cuando analiza las prohibiciones de una conducta negocial, razona lo siguiente: «En el Ordenamiento Civil y Mercantil menudean las normas que, lejos de prohibir un determinado contenido en el intercambio contractual o de prohibir en general un tipo de intercambio contractual, proceden mediante la imposición a un sujeto específico de la prohibición de entrar en un tipo de contrato. Se trata de prohibiciones de conducta negocial o, si se quiere, de prohibiciones contractuales *ratione personae*. Solo si la prohibición tiene un componente de interés público puede hablarse de normas prohibitivas en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil, como ocurre, por ejemplo, en el artículo 221 del Código Civil o en el artículo 1459.1.º, 4.º y 5.º del Código Civil».

De nuevo CARRASCO (18), incluso efectúa una ejemplificación de casos en los que, a su juicio, un contrato está incurso en causa ilícita, del siguiente modo: «Primero, es un contrato prohibido por una norma que *incorpora un valor moral intenso*, de

(16) Sobre la posibilidad de nulidad por infracción de norma administrativa, resulta conveniente tener presente la revisión doctrinal efectuada por nuestro Alto Tribunal a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008/5687). Vid., a este respecto, REDONDO TRIGO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero de 2011, págs. 625-655.

(17) CARRASCO, vid., *op. cit.*, pág. 723.

(18) CARRASCO, vid., *op. cit.*, págs. 745 y 746.

forma que su contravención pueda considerarse un atentado a las *buenas costumbres*. Son de esta clase los negocios usurarios, los contratos que garantizan el pago de deudas de juego, los compromisos relativos a la disposición de la integridad física o moral de un sujeto, etc. Segundo, es un *contrato prohibido* por una norma que incorpora una *valoración sustancial de justicia conmutativa* en una situación en la que el legislador puede suponer que una de las partes actúa con abuso de poder o la otra negocia bajo la presión de un estado de necesidad. La prohibición de los pactos leoninos (art. 1691 CC) o del pacto comisorio (art. 1895 CC) son algunos ejemplos. Tercero, los *contratos prohibidos* por atentar contra una norma primaria que incorpora un *principio indiscutible del orden público económico*, como ocurre en los contratos incursos en las prohibiciones del artículo 1 LDC. Cuarto, un contrato predeterminado por las partes con objeto de *causar un daño ilegítimo a un tercero* o que de hecho produce este daño a terceros, sin que tal circunstancia pudiera ser legítimamente ignorada por los contratantes. Quinto, con independencia de que pueda estar incursado igualmente en una prohibición normativa, los contratos que *tienen por objeto el intercambio de prestaciones ilícitas*, o, en general, el intercambio de una prestación por una conducta que la ley reprueba o por la abstención de un hecho que la ley reprueba. Sexto, en general, contratos por los que se promete una conducta o una abstención que lesiona derechos fundamentales del deudor (cfr. arts. 42 CC y 43.4 LPI, etc.).

En función de lo anterior, es cierto que para poder concretar el desvalor en la conducta de las partes o bien sopesar la existencia o no de un interés público a proteger, no nos ayudan en demasía los trabajos parlamentarios que dieron lugar a la introducción de esta prohibición en el Derecho español. Nos estamos refiriendo al antecedente del actual artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, al artículo 40 *ter* de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que preveía lo siguiente: «*La adquisición de participaciones propias o de la sociedad dominante en contravención de lo dispuesto en esta sección, será nula de pleno derecho*».

El referido artículo 40 *ter* de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada fue introducido por una enmienda del Grupo Parlamentario Popular del Senado en el correspondiente trámite legislativo del Proyecto de Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (19), con la siguiente justificación:

«*En el Senado, el esfuerzo del Grupo Parlamentario Popular ha ido encaminado a mejorar el proyecto de ley, fundamentalmente en el ámbito de la empresa familiar. Quiero recordar que el 10 de octubre de 2000 se puso en marcha en la Cámara Alta una ponencia para el estudio de la problemática de la empresa familiar. En ella participaron todos los grupos parlamentarios de aquella Cámara, y el 19 de diciembre de 2001, hubo asentimiento —todos coincidieron— en cuanto a que las conclusiones de dicha ponencia eran positivas. ¿Qué ha hecho en el Senado el Grupo Parlamentario Popular con sus enmiendas? Introducir conclusiones de la*

(19) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 235, de 13-3-2003.

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente. Año 2003, VII Legislatura, número 235, presidencia de la Excm. Señora doña Luisa Fernanda Rudi Úbeda. Sesión plenaria número 226, celebrada el jueves, 13 de marzo de 2003.

ponencia que incidían en la modificación de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que también se modificaba con el proyecto de ley de nueva empresa. Al acatar una de las conclusiones, que llevaba a mejorar la financiación de las sociedades limitadas, lo hemos hecho con dos instrumentos: en primer lugar, mediante la creación de la figura de las participaciones sin voto, que ya existían bajo el nombre de acciones sin voto en la Ley de sociedades anónimas, y que permitirá que entre capital en una empresa familiar sin que por ello se desnaturalice la gestión y el control de la sociedad. Al admitir la figura de la autocartera, estamos posibilitando también justamente ayudar a la financiación y resolver el problema del socio que se quiere separar de la sociedad familiar y esta no dispone de medios para adquirir las participaciones del socio que se separa. Por tanto, admitimos la autocartera».

Es decir, la única justificación que se realizó para la admisión de la autocartera en la sociedad limitada fue la del favorecimiento de la financiación y el derecho de separación del socio, nada más.

Por otro lado, esta sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012, sí que se hace eco de las críticas doctrinales a la existencia de autocartera, al razonar al respecto lo siguiente:

«2.2. *La adquisición derivativa de las propias participaciones.*

29. *Sin embargo, el sistema desconfía cuando la adquirente a título oneroso es la propia sociedad —desde la perspectiva dogmática se ha afirmado que las sociedades no pueden ser socias de sí mismas, ya que se trata de una situación contradictoria y que la sociedad carece de capacidad para adquirir sus acciones o participaciones— ante sus eventuales efectos indeseables, habida cuenta de la posible incidencia negativa de la autocartera en la esfera económico-patrimonial de la compañía o aguamiento patrimonial, con su doble vertiente de vaciar la función de garantía del capital diluido y de disminuir su solvencia y la capacidad económica; el riesgo de que se utilice de forma desviada, como herramienta para modificar la correlación de poderes en la esfera la corporativo-interna mediante su uso por los administradores de forma discriminatoria y arbitraria para el apartamiento de los minoritarios discolos y el reforzamiento de otros; la inadecuada publicidad de los recursos propios aportados por los socios; y, finalmente, el peligro de que influya en el valor de la sociedad en el mercado —especialmente en el caso de sociedades de capital disperso—».*

No obstante los reparos existentes a la adquisición derivativa de participaciones sociales, no es menos cierto que el legislador relajó el disfavor absoluto con el que veía las mismas, pasando de la prohibición absoluta que existía antes de la Ley 7/2003, a la prohibición relativa de dichas adquisiciones derivativas si las mismas tenían lugar dentro de los casos permitidos en el artículo 40 *ter* de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actual artículo 140.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Volviendo sobre el particular que nos ocupa, somos de la opinión de que la consecuencia jurídica del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital («Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos *serán nulas de pleno derecho*»), son un claro caso de lo que se ha venido a denominar ineficacia automática del contrato (20), que ha de ubicarse dentro del artículo 6.3 del Código Civil («Los actos

(20) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I. Introducción. *Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, pág. 565, caracteriza este tipo de ineficacia automá-

contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas *son nulos de pleno derecho*, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»).

A estos efectos y como ya expusimos en su momento (21), una primera aproximación al problema de la causa en los contratos de compraventa de participaciones sociales ha de venir dada por el propio régimen de circulación de las acciones y participaciones sociales.

PERDICES HUETOS (22) entiende que existen dos fórmulas para arbitrar dicha circulación: la de cesión de contrato y transmisión del derecho, tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales, cuando expone al respecto que: «Los cambios de socios pueden verificarse, bien a través de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (art. 1203 y sigs. CC), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1112 y 1526 y sigs. CC). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación socio transmitente al adquirente, que sucede al primero. Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1696 CC y art. 143 C. de Co.) sería negocial y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza del derecho subjetivo de la participación social en las mismas han hecho de la transmisión, como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias entre una y otra vía es de escaso relieve, y de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación, dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de

tica del siguiente modo: «Atendiendo al mecanismo de producción y de actuación, pueden distinguirse dos tipos de ineficacia, a los que llamaremos automática y provocada. Llamamos automática a la ineficacia cuando esta se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico como *ipso iure*, esto es, por obra del mismo Derecho. La misma idea se expresa modernamente al decir, «de pleno derecho», como en la actualidad hace el artículo 6.3 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar de 1974. De «pleno derecho» quiere decir que no es necesario que nadie inste ante los órganos jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, que algo puede ser puesto en juego sin necesidad de la previa declaración y, por consiguiente, que hay ineficacia desde el momento mismo en que el contrato ineficaz aparece. En cambio llamamos provocada a la ineficacia cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una automática actuación de la sanción, se limita a atribuir a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual la sanción será actuada».

(21) REDONDO TRIGO, «La causa en los contratos de compraventas de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, agosto de 2010, págs. 1903-1933.

(22) PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997, págs. 34 y 35.

la recontractación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL)».

Es decir, en principio, los cambios de socios pueden articularse vía novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (art. 1203 y sigs. CC), o bien a través de la transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1112 y 1526 y sigs. CC).

Ello nos debería llevar a analizar, a los efectos de una posible ilicitud causal del contrato de compraventa de acciones o participaciones sociales, cuál es la causa de la misma, bien, en sede de novación contractual, o bien en sede de cesión de créditos (vid., en cuanto al régimen de la cesión de los créditos, la remisión que realiza el art. 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando aún no se hayan emitido y entregado los títulos, por otra parte, el supuesto más generalizado en la práctica).

El referido propósito investigador causalista, según el propio principio causalista de nuestro sistema de obligaciones y contratos, supone que tengamos que atenernos a lo que la doctrina civilista ha denominado negocios de causa plural o variable.

DE CASTRO (23) nos enseña dicha categoría del siguiente modo: «La doctrina alemana ha destacado como particularidad de la disposición abstracta (negocio, declaración modificativa) su aptitud para ser instrumento tanto para una como para otra causa. Observación exacta, si se la completa diciendo que ello ocurre así por su indiferencia a la causa, hasta respecto de su misma existencia. Mas de ella no cabe sacar la consecuencia de que sea negocio abstracto todo negocio que pueda utilizarse con variadas causas. Hay negocios que, para tipificarlos legalmente, no se ha tenido en cuenta la naturaleza de su causa, sino, ante todo, su estructura (juego de las principales prestaciones). Así ha ocurrido con algunos negocios concebidos originariamente como gratuitos (mandato, mutuo, depósito, fianza) al permitirse que puedan ser onerosos, sin por ello cambiar su nombre ni su tipo (criterio de comodidad). Entonces para determinar su validez, habrá que tener en cuenta, además de la existencia de la causa típica, el carácter de dicha causa. Posibilidad de una diversidad de causas (onerosa, gratuita, quizá remuneratoria y por una obligación moral) que no significa abstracción, sino una doble consideración de la causa, de la que dependerá la existencia y la especial eficacia de los contratos (...).

Pluralidad de relaciones conexas, con su propia causa y relativamente dependientes entre sí, que se observa también en la cesión (comp. arts. 1528, 618, 870), en el contrato a favor de tercero y en la novación».

En relación con la causa de la cesión de créditos, por otra parte el supuesto transmisivo por excelencia de acciones y participaciones sociales, Díez-PICAZO —en consonancia con DE CASTRO y PANTALEÓN PRIETO— (24) trata el particular del siguiente tenor: «La pluralidad de posibles causas de la cesión ha permitido sostener que no es un tipo particular de negocio jurídico, sino que se limita a ser un acuerdo genérico dirigido a producir la transmisión *inter vivos* del derecho de crédito, de manera que puede quedar contenida en determinados contratos típicos o atípicos. Sin embargo, esta fragmentación de la cesión de créditos no resulta conveniente ni desde el punto de vista didáctico, ni desde el metodológico, que

(23) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, págs. 291 y 292.

(24) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. Editorial Thomson-Civitas, 6.ª ed., 2008, págs. 971 y 972.

aconsejan una construcción de carácter unitario, aunque sea razonable señalar, como hace F. PANTALEÓN (ADC, 41, 4, 1998, pág. 1038), que la única manera posible de configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario, en el seno de un ordenamiento causalista como el nuestro, es acudir a la categoría de los negocios o contratos que CASTRO denominaba con causas plurales, variables o fungibles. La causa del contrato que nos ocupa —dice el autor citado— es la función de transferencia del derecho de crédito, aunque, como esta es insuficiente por sí sola, tiene que ser integrada por un elemento variable que es la concreta función o finalidad a la que en cada caso la transmisión del crédito responda».

Para la cesión del contrato, el otro medio transmisivo de acciones y participaciones sociales antes admitido, Díez-PICAZO (25) entiende que: «Para designar la misma idea se ha hablado también de “negocios de causa variable” (...). El negocio de cesión de contrato no debe considerarse como un negocio abstracto. Puede existir en él una abstracción meramente formal, en el sentido de que la causa no queda expresada y aparece en el exterior. Jugará entonces la presunción del artículo 1277 y habrá que entenderse que la causa existe y es lícita. Tal causa sin embargo ejerce su influencia decisiva en la validez y en la eficacia del negocio.

CARRESI afirma que el contenido de esta causa variable del negocio de cesión es, en cada caso, la misma causa del contrato base o contrato cedido, razonando que, por tener como objeto el negocio de cesión una cualidad jurídica o una situación jurídica basada en relaciones preexistentes nacidas de un contrato anterior, el contenido normativo de este contrato básico o contrato cedido pasa a ser automáticamente el contenido del negocio de cesión. Esta idea ha sido, sin embargo, combatida entre nosotros por JORDANO BAREA, quien estima que de tal modo la cesión de contrato quedaría configurada no como una genuina transmisión de la posición contractual, sino como un contrato derivado o subcontrato.

A mi juicio es más exacto decir que la cesión de contrato es un negocio —no abstracto sino causal— que tiene una causa fungible o variable. Por ejemplo: venta si se cede por un precio; donación si se hace gratuitamente; *negotium mixtum con donazione*; pago si se hace en cumplimiento de una obligación anterior, etc.».

Por ello, dentro de nuestro sistema causalista y en función de las causas del mismo enumeradas en el artículo 1274 del Código Civil, si la cesión ha resultado onerosa, la causa (como función o finalidad) para el cesionario habría de consistir en el crédito o posición contractual a la que accederá como consecuencia de la cesión, siendo la causa para el cedente la contraprestación económica recibida por parte del cesionario.

De esta forma, si por causa en sentido objetivo entendemos el fin económico social del contrato como lo ha venido haciendo el Tribunal Supremo, es decir, el intercambio de prestaciones en los contratos onerosos, no podemos afirmar la inexistencia causal del contrato de compraventa de participaciones sociales propias, puesto que las prestaciones en sí misma consideradas —a saber, pago del precio y entrega de participaciones sociales— no están en sí mismo prohibidas, sino que lo que efectivamente se encuentra prohibido por el Ordenamiento Jurídico es el contrato en sí mismo, pero esto es otra cuestión.

Asimismo, atendiendo a la causa subjetiva o los móviles de las partes que han sido tenidos en cuenta para la conclusión del contrato, tampoco podemos extraer una ilicitud causal en el presente supuesto. Cabe recordar a este res-

(25) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. Editorial Thomson-Civitas, 6.ª ed., 2008, pág. 1051.

pecto, como consta en los Autos, la existencia de un contrato privado (firmado por el administrador único de la vendedora y por los administradores solidarios de la compradora) donde por ambas partes se hacía constar expresamente que no existía obstáculo legal ni estatutario alguno para la transmisión de aquellas participaciones sociales, por haberse adoptado, en la misma fecha del 14-5-2007, acuerdo, en Junta General Universal de partícipes, por el que se aprobaba por unanimidad la materialización de la transmisión de las participaciones sociales indicadas. Es decir, la presente adquisición derivativa no queda viciada de ilícito causal subjetivo en cuanto a la actuación que el órgano de administración pretendiera realizar con la misma respecto de los socios de la entidad vendedora quienes en Junta Universal aceptaron la adquisición proyectada, sino que simplemente se hizo en cumplimiento del deseo de uno de los socios de separarse de la sociedad, aunque —añadimos desde este momento— no se fuera lo necesariamente escrupuloso en la observación de la normativa societaria (por ejemplo, reducción de capital) que regula el proceso de adquisición derivativa de participaciones sociales.

En realidad para concretar el anterior análisis causal, sí que cabría plantearse si dentro de los motivos de las partes para efectuar la presente adquisición de participaciones propias, sin haber adoptado, por ejemplo, el correspondiente acuerdo de reducción de capital, se encontraba la posible merma del patrimonio social que no fuera acompañada de la correspondiente adecuación de la cifra de capital social, lo que podría suponer un claro perjuicio, por ejemplo, a los acreedores sociales. Es decir, el debate tornaría también sobre la presunción de la licitud causal que establece el artículo 1277 del Código Civil, según el cual: *«Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario»*.

O sea, el meritado artículo 1277 del Código Civil nos ofrece una doble presunción legal, la de existencia (26) y licitud de la causa. En este sentido, Díez-Picazo (27) enseña que: «El precepto establece además una presunción de licitud de la causa, lo que será aplicable igualmente en los supuestos de causa expresada o patentizada, pues, si así fuera, no entraría en juego la presunción legal, sino el directo enjuiciamiento —que es *quaestio iuris* y no *quaestio facti*— de la legitimidad del intento empírico de las partes. Es posible que la ilicitud provenga de la existencia de especiales finalidades que no resulten o se patenten del contrato. Respecto de este posible tipo de impugnación por ilicitud, naturalmente la presunción legal funciona (...) Las presunciones legales de cumplimiento de los requisitos causales del contrato protegen a ambos contratantes en su interés de cumplimiento y en la ejecución del contrato. En virtud de ello, la carga de la prueba se traslada al contratante que pretenda desvincularse por la vía de la nulidad o la ineficacia. El artículo 1277 dice que es el deudor quien tiene que probar lo contrario. Normalmente coincidirán la condición de impugnante y la de deudor. No obstante, ello no es absolutamente necesario, especialmente en los contratos bilaterales. Para llevar a cabo la prueba frente a las presunciones legales, son admisibles y deben valorarse todos los medios de prueba posibles.

(26) Respecto del primer aspecto del que trata el artículo 1277 del Código Civil —existencia de causa—, vid., AMORÓS GUARDIOLA, «Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de la existencia de la causa», en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, 1990, pág. 102 y sigs.

(27) Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I. Introducción. *Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, pág. 285.

Hay que tener en cuenta, que, al ser esta una prueba de extraordinaria dificultad, habrá que servirse de pruebas de indicios o de presunciones».

Sumamente interesantes son las reflexiones de DE CASTRO (28) sobre la prueba de la ilicitud, al afirmar que: «Este precepto (art. 1277 CC) permite que las partes, por motivos de su común conveniencia, puedan soslayar el control judicial sobre la causa, planteando la litis sobre otros extremos (por ejemplo, plazos, cumplimiento de obligaciones). A este propósito puede citarse la STS de 13 de diciembre de 1958. Frente a una demanda para el cumplimiento de un reconocimiento de deuda, se opuso que se trataba de un préstamo usurario. Ello no obstante, el TS dice que: «parece haber sido designio de las partes que los juzgadores no tengan conocimiento acabado, completo y exacto de los hechos que dieron origen a la reclamación del acto y a la oposición de los demandados, estando todos los escritos dirigidos a formar profunda e intensa confusión en quien la ha de resolver, sustrayendo de la exposición cuantos elementos pudieran servir de fundamento para una y otra posición» (la Sala de instancia presenta varias hipótesis: sociedad irregular, liquidación de cuentas, transacción), por lo que, «al ignorarse los negocios que entre ellos han existido», no probarse que se tratase de un préstamo ni que este fuese usurario, y al no haberse opuesto otra tacha de ilicitud de la causa (que no hubiera convenido revelar si, también en hipótesis extrañas a este caso, se tratase de actos punibles, por ejemplo, contrabando, infracción de leyes sobre tasas, tráfico de divisas), se condena al pago de la deuda reconocida».

Volviendo a nuestro caso particular, en ningún momento se aprecia ninguna alegación por parte de la sociedad compradora —lo que, por otro lado, sería absolutamente infrecuente— en cuanto a la incorporación de ningún móvil ilícito a la causa contractual y mucho menos en cuanto a una hipotética defraudación de acreedores sociales que vieran mermada su posible defensa por la despatrimonialización que el intercambio de prestaciones que la adquisición derivativa del caso de Autos ofrecía en la realidad, por lo que no se ve desvirtuada la presunción legal del artículo 1277 del Código Civil acerca de la licitud causal, antes aludida, de ahí la inexistencia del desvalor del intercambio de prestaciones a la luz de los antecedentes del caso lo que, a nuestro juicio, debiera haber llevado al Tribunal Supremo a no juzgar el supuesto como de ilicitud causal, ya que una violación normativa no puede suponer, en todo caso, la identificación del problema como un caso de ilicitud causal.

Adicionalmente, y situándonos en el panorama actual de armonización y modernización del Derecho de Obligaciones, cabe exponer que en los textos internacionales convencionales y en los armonizadores del Derecho Privado europeo no se regula la causa como requisito del contrato. Ello se observa en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980) (29); en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) donde su artículo 3.1.2 establece que: «*Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin necesidad de ningún requisito adicional*»; en el artículo 2:101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), cuando se regula que: «*Un contrato se tiene por concluido si: a) las partes tienen la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas, y b) han alcanzado un acuerdo suficiente sin necesidad de otro*

(28) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, págs. 248 y 249.

(29) Vid. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coor.: LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Madrid, 1998.

requisito», recogiendo en el artículo 2:103 la definición de acuerdo suficiente del siguiente tenor: 1) Existe un acuerdo suficiente si los términos: a) han sido suficientemente determinados por las partes de manera que el contrato pueda ser exigido, o ejecutado; b) pueden quedar determinados en virtud de estos Principios; en el artículo 4:101 del *Draft Common Frame of Reference* (DFCR) (30) cuando se regula: «A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: a) *Intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and b) reach a sufficient agreement*»; en el artículo 30 de la reciente *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* (31), se establece que: «A contract is concluded if: a) *the parties reach an agreement; b) they Intend the agreement to have legal effects; and c) the agreement, supplemented if necessary by rules of the Common Sales Law, has sufficient content and certainty to be given legal effect (...)*».

En relación con el comentario del artículo 2:101 (PECL), LANDO y BEALE (32) y respecto de la innecesariedad de otros requisitos han afirmado que: «Con independencia de que sea o no necesario el acuerdo entre las partes, no se exige ningún otro requisito. No hay requisitos de forma, vid. comentario F. Tampoco es necesario que el destinatario de la promesa se comprometa a entregar algo o que, efectivamente, lleve a cabo una prestación a cambio de la promesa (*consideration*)», lo que se ha conocido como un intento de eliminar tanto la teoría de la causa del *Civil Law* como la de la *consideration* del Common Law. No obstante, los problemas derivados de los motivos de la causa son tratados en dichos Principios del Derecho Contractual Europeo desde la concepción amplia del error que hacen los mismos (art. 4:103), y desde la amplitud del concepto del incumplimiento contractual (art. 8:103) (33) (34).

Al hilo de estas corrientes armonizadoras es donde llegamos a la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (35), que ha obviado considerar los elementos del contrato como hace nuestro artículo 1261 del Código Civil, pero sin prescindir por completo del concepto de causa, ya que en su artículo 1238 dispone lo siguiente: «1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o la moral. Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo. 2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita. 3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato

(30) Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DFCR). Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

(31) Brussels 11-10-2011. COM (2011) 635 final. 2011/284 (COD).

(32) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II* (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo. Edición Ole Lando y Hugh Beale»). Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pág. 186.

(33) Para mayor extensión al respecto, vid. MARTÍN PÉREZ, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizá aparente)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. La Ley-Actualidad*, 2006, vol. 2, págs. 281-303.

(34) También puede constatararse como en algunos sistemas legislativos europeos como el alemán o el suizo, la causa no es tenida en cuenta como elemento del contrato, frente a otros como son el francés, el español o el italiano.

(35) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado. 4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que sea adecuen con la causa del contrato celebrado».

MORALES MORENO (36) ha analizado recientemente y con detalle el tratamiento de la causa en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, para afirmar en el caso de la causa ilícita que nos ocupa que la causa de la que se predica la ilicitud coincide con la finalidad que las partes han buscado con el contrato (causa concreta) sin que el control de la licitud del contrato imponga a la causa concreta como un elemento indispensable del mismo, al afirmar (págs. 469 y 470) que: «Tanto en el artículo 1238.1. PM como en el 1275 del Código Civil aparecen diferenciados el contrato y la causa del mismo (ilícita). Esta diferenciación hace conveniente preguntarse: ¿es, en este caso, la causa, de la que se predica la ilicitud, algo distinto del propio contrato, o, por el contrario, es el contrato mismo, tal como lo han querido las partes (con la finalidad que pretenden alcanzar a través de él, aunque no la hayan expresado en sus cláusulas)? Creo que es lo segundo... La causa, en este caso, no es un elemento del contrato diferenciable de la voluntad, sino un contenido de la voluntad contractual, que muchas veces queda oculto (no se explicita en una cláusula del contrato), pero relevante para el Derecho, por su posible ilicitud. En el control de licitud del contrato, el término causa (causa concreta) sobre que el mismo recae no hemos de referirlo a un elemento estructural del contrato, ni tampoco considerarlo como un concepto imprescindible. La causa concreta no es otra cosa que un término descriptivo de ciertos contenidos de la autonomía de la voluntad que deben ser sometidos al control de licitud».

Por tanto, la intencionalidad de las partes se revela —a nuestro juicio— como elemento de especial trascendencia para predicar la nulidad del negocio por ilicitud causal. Es precisamente esa intención o causa concreta la que no aparece —como suele ser habitual— expresada en la adquisición derivativa de los Autos enjuiciados en la sentencia de casación que hemos tenido la ocasión de tratar. De los hechos, resulta evidente la inexistencia de culminar cualquier tipo de daño a los socios de la sociedad que incurre en autocartera, ya que todos consienten el negocio mediante Junta Universal, según hemos expuesto, aunque por las mismas razones de ocultación de la intencionalidad de las partes y en virtud de la presunción de causa lícita que nos impone el artículo 1277 del Código Civil, creamos que no existen suficientes elementos en el presente caso para tildar la adquisición derivativa de participaciones sociales en cuestión como un negocio incurso en ilícito causal, máxime cuando el objeto de la prestación individualmente considerado no incide en ilicitud.

III. LA NULIDAD DE LA «ADQUISICIÓN»

En el ámbito de los PECL, los contratos que vulneren normas imperativas se encuentran regulados en el artículo 15:102, al disponer lo siguiente: *i) Cuando un*

(36) MORALES MORENO, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Estudios. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, págs. 457-475.

contrato vulnere una norma imperativa aplicable conforme al artículo 1:103 de los presentes Principios, los efectos de dicha infracción sobre el contrato serán los que hubiese previsto expresamente, en su caso, dicha norma imperativa. 2) En los casos de normas imperativas que no hubiesen previsto expresamente los efectos de su infracción respecto de un contrato, este podrá declararse plenamente eficaz, parcialmente eficaz, ineficaz o someterse a modificación. 3) Cualquier decisión que se adopte conforme al apartado 2 deberá constituir una respuesta adecuada y proporcionada a la infracción, a la vista de todas las circunstancias relevantes, entre las que se incluyen: a) la finalidad de la norma infringida; b) las personas a quienes trate de proteger dicha norma; c) toda sanción que quepa imponer conforme a la norma vulnerada; d) la gravedad de la infracción; e) la intencionalidad de la infracción, y f) la mayor o menor relación entre la infracción y el contrato».

Por lo tanto, el sistema de los PECL es similar a nuestro artículo 6.3 del Código Civil, artículo 294 del Código Civil portugués, artículo 174 del Código Civil griego y 134 del BGB alemán, al disponerse que los actos contrarios a una prohibición legal serán nulos salvo que de la propia ley quepa deducir la intención contraria del legislador.

Aún después de afirmarse que efectivamente los criterios a los que ha de estarse y que son citados en el artículo 15:102 —en defecto, de previsión normativa del efecto de la contravención de la prohibición incurrida— resulta interesante, mostrar el ejemplo societario que LANDO y BEALE (37) (prohibición de asistencia financiera) utilizan para ilustrar la finalidad u objeto de la norma vulnerada y las personas a quienes trata de proteger la norma: «Se trata de un factor muy próximo al de la finalidad de la norma mencionada en el apartado i) anterior. Por ejemplo, si la norma en cuestión únicamente prohíbe que una de las partes celebre negocios de un determinado tipo, ello no significa que la otra parte pueda alegar el hecho de la ilicitud para evitar que el contrato surta sus efectos (...). Ejemplo 4: En contra de la legislación de sociedades, una compañía acuerda facilitar ayudas financieras a sus accionistas para permitirles la adquisición de un mayor número de acciones de la propia sociedad. El objeto de la legislación es proteger a los accionistas y a los acreedores de la sociedad. El acuerdo podrá considerarse válido si todos los accionistas de la compañía se constituyen como adquirentes y ninguno de los acreedores resulta negativamente afectado por el negocio» (38).

(37) Vid., *op. cit.* Parte III, págs. 317 y 318.

(38) No obstante, tradicionalmente nuestra doctrina mercantilista ha calificado generalmente de nulos, por ser contrarios al artículo 6.3 del Código Civil, los negocios de prestación de asistencia financiera. De esta forma, URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA (vid., *op. cit.*, pág. 1212) trataban el problema: «La misma sanción de nulidad por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil es la procedente también para los negocios de garantía o de prestación de asistencia financiera realizados contraviniendo las prohibiciones de la Ley. No obstante, en aquellos supuestos en que la infracción consista en la aceptación en garantía de acciones o participaciones de sociedades de grupo que no sea la dominante o en la prestación de asistencia financiera para la adquisición de esas mismas acciones o participaciones, tal vez fuera razonable admitir una mera anulabilidad del correspondiente negocio. Esta diferente valoración de las consecuencias de la infracción, susceptible de ser amparada en las reticencias jurisprudenciales y doctrinales frente al automatismo en la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, permitiría, en efecto, atemperar el exceso legislativo en la extensión de la prohibición a esos supuestos —a la que ya nos hemos referido— con la debida atención a la finalidad de protección de la cobertura patrimonial del capital que subyace en la propia norma prohibitiva».

En nuestro supuesto analizado, ya nos hemos pronunciado acerca de nuestra conformidad a su consideración de un contrato prohibido (art. 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital y art. 6.3 del CC) y no de un contrato ilícito por su causa. En este sentido, es cierto que la norma prohibitiva del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital nos hace aplicar la ineficacia automática a la que también hacíamos referencia con anterioridad, lo que ha de suponer la sanción de la nulidad.

Hasta aquí bien, pese a la oscuridad que nos ofrece el discernimiento entre la categoría de los negocios prohibidos de los negocios ilícitos, sin duda, impregnados de la propia oscuridad del concepto de causa; pero a partir de este hito, otro problema se nos antoja de suficiente calado, el cual adelantamos no permite un sencillo tratamiento ni a buen seguro tampoco una solución no exenta de controversias.

Nos estamos refiriendo a cuál ha de ser la consecuencia jurídica que ha de ofrecerse al supuesto de hecho previsto en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, ¿la nulidad absoluta y radical del negocio en el sentido de afirmar que el contrato no puede producir ningún efecto *quod nullum est nec habet effectos*, o bien, solo la ineficacia de los efectos transmisivos del negocio? Probablemente, una primera aproximación al artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital nos hiciera decantarnos por la primera de las soluciones, que sin duda, es probablemente la que más se ajustaría a lo que creemos que se pretendió con la introducción de esta norma en nuestro Derecho de Sociedades; aunque, la redacción de la misma nos lleva al menos a plantearnos si —no lo probablemente querido— lo efectivamente declarado por el legislador en el referido precepto resulta ser la ineficacia tan solo del efecto adquisitivo de la propiedad por parte de la sociedad que ha contratado una prohibida autocartera.

En este sentido, cabe señalar que efectivamente —lo que estimamos cuestión pacífica— la nulidad del negocio jurídico que se derivaría de la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil al supuesto debatido, lo es salvo que la propia norma (art. 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital) establezca un efecto distinto para el caso de contravención, lo que así creemos que ocurre cuando se refiere a la nulidad de pleno derecho de la «adquisición» y no del «negocio de adquisición», ¿pero cómo se puede construir lo anterior?

En primer lugar, resulta revelador a este propósito diferenciador, el contraste de la propia literalidad del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho*) frente a la literalidad del anterior artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para otro supuesto de nulidad de autocartera, que establecía (antes de su modificación por la Disposición Final Primera de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) concretamente lo siguiente (*La inobservancia del cuarto requisito del artículo anterior determinará la nulidad del negocio de adquisición*) (39). La diferencia literal de ambos supuestos de ineficacia radica en

(39) La consecuencia jurídica del derogado artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se explicaba por la doctrina mercantilista del siguiente modo: «El artículo 76.2 dispone una regla particular para aquellos supuestos en que la irregularidad de la autocartera constituida deriva de la falta de respeto de la exigencia del íntegro desembolso de las acciones propias que se adquieran (art. 75.4.º LSA). En efecto, a diferencia de cuanto señala este precepto en relación con cualquier otra infracción del régimen ordenado para la autocartera, la adquisición de las propias acciones cuando estas no estén íntegramente liberadas viene sancionada con la nulidad del negocio de adquisición. Como ya hemos señalado (vid., *supra*, nuestro comentario al artículo 75 LSA en esta misma obra), la razón de ser de tal sanción de nulidad radica en la insuficiencia de cualquier otra, a fin de evitar el resultado a que

que en el artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas se establecía la nulidad del «negocio de adquisición», mientras que en el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de capital establece la nulidad solo para la «adquisición».

En cuanto a la inteligencia del negocio prohibido, DE CASTRO (40) englobaba dentro del concepto «actos» susceptibles de nulidad en aplicación del derogado artículo 4 del Código Civil (actual art. 6.3 del CC), los negocios jurídicos, las declaraciones y manifestaciones de voluntad, toma de posesión, *traditio*, relaciones pseudom matrimoniales, unión y agregación de cosas, concesiones, etc. De esta forma, DE CASTRO razonaba lo anterior: «El artículo 4.º, al no distinguir entre los actos contra ley, se refiere a toda clase de actos, sea cualquiera su forma o naturaleza; comprende, por ejemplo, a los negocios jurídicos, declaraciones y manifestaciones de voluntad, toma de posesión, *traditio*, relaciones pseudom matrimoniales, unión y agregación de cosas, concesiones, etc. En cambio, la letra de la ley excluye los hechos: los acontecimientos en los que la voluntad humana no interviene serán o tenidos en cuenta por el Derecho, pero no merecen la valoración jurídica de ilicitud».

Por su parte, CARRASCO (41) es más restrictivo que DE CASTRO y en lo que ahora nos atañe afirma lo siguiente: «Tampoco un efecto jurídico puede ser nulo. Esto importa sobre todo por lo que hace referencia a la transmisión de la propiedad. La transmisión de la propiedad no es un negocio jurídico. Como tampoco lo es la tradición del artículo 609 del *Código Civil*. Por eso es incorrecto el modo de fundamentar que tiene el Tribunal Supremo cuando, a propósito de la «nulidad» a que se refería el Decreto de 19 de octubre de 1936 (enajenación de títulos al portador), entendía que la falta de intervención del agente de cambio o bolsa no hacía nula la *causa traditionis* (v.gr., venta), sino el negocio transmissivo o negocio de tradición. Esto es incorrecto, porque la fundamentación adecuada para el resultado apetecido por el Tribunal Supremo (resultado que sí es correcto) hubiera sido la de sostener que la «nulidad» equivalía a una «no transmisión de la propiedad»; el contrato era válido, y las partes podían compelerse a la formalización adecuada, como igualmente podían compelerse a la entrega posesoria del artículo 609 del *Código Civil*. La intervención del agente mediador era un elemento necesario para, en concurrencia con otros (contrato, tradición), producir la adquisición de la propiedad; su omisión hacía que el hecho transmissivo resultase incompleto, no que fuese nulo».

Así, el Alto Tribunal, en reiteradas ocasiones, como muestra la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/934), entendió, para los

conduce una adquisición de tal tipo, pues se trata de impedir la extinción por confusión de la deuda de dividendos pasivos, junto con asegurar una función productiva y el origen externo del capital social (PAZ-ARES, *Negocios sobre las propias acciones*, pág. 517), lo cual, evidentemente, no puede alcanzarse con una enajenación obligatoria o con la amortización forzosa de tales acciones. Ese resultado extintivo, que pretende obviarse, viene impedido —tal y como ya hemos visto— en razón de la exigencia de integración efectiva de la cifra de capital, la cual no puede hacerse venir a menos con este tipo de adquisiciones de las propias acciones. Todas estas consideraciones explican que la reacción frente a la autocartera adquirida pese a no estar desembolsada en su integridad no pueda ser otra que la sanción de nulidad del negocio de adquisición, tal y como ordena el artículo 76.2 LSA». GARCÍA CRUCES, en AA.VV., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

(40) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, pág. 536.

(41) CARRASCO, *Comentarios al Código Civil*, Editorial Edersa, 1992. Tomo I, vol. 1.º: *Artículos 1 a 7 del Código Civil*. Título preliminar. *De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*. Capítulo III. *Eficacia general de las normas jurídicas*.

supuestos de formalización de la transmisión de acciones sin la intervención del agente de cambio y bolsa, posible solo la nulidad del negocio de tradición y no la nulidad del negocio causal, al razonar del siguiente modo:

«La regla general del Ordenamiento jurídico, en el que están incluidos los preceptos que se dicen violados por inaplicación, por la recurrente, ha sido, no obstante, sometida a una delimitación por la doctrina jurisprudencial que viene en definitiva a dar por decaídos todos los motivos en que se basa el recurso; y así tenemos que la sentencia de 4 de febrero de 1971 (RJ 1971/531) —con cita de las sentencias de 19-12-46 (RJ 1946/1411), 13-4-57 (RJ 1957/1953) y 13-10-59 (RJ 1959/3951)— dice: “Que la compraventa de valores mobiliarios presenta en nuestro Ordenamiento positivo, según sentencia de 7 de marzo de 1925, dos momentos perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad, para quienes lo concertaron, no depende de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase (art. 74 C. de Co.); y otro, el de su ejecución o transmisión de las acciones enajenadas, que si bien en un principio se produjo por la simple tradición del documento (art. 545, núm. 2), más adelante y a partir de la promulgación del artículo 1.º del Decreto de 19-9-1936, declarado vigente por el primero, inciso cuarto, apartado A) del Decreto de 14-12-1951 y tercero de la Ley de 23-2-1940, precisó para lograrlo la intervención de Agente de Cambio o Corredor de Comercio, al extremo de que la ausencia de este requisito ad solemnitatem, no solo priva a dicha operación de la irreivindicabilidad que en otro caso, le asigna el número 3.º del repetido artículo 545, sino que la convierte en radicalmente nula... si bien semejante sanción por su carácter excepcional, no se extiende a la del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión... que produce todos sus efectos entre quienes le inscribieron y sus herederos, que recíprocamente pueden compelerse a formalizarlo conforme a lo que antes se expresa, doctrina que al ser sustentada por la Sala de instancia, no pudo originar las infracciones que se denuncian...”; lo que equivale a decir, como correctamente proclama la Sala a quo, que nos hallamos en una situación similar a la contemplada en el artículo 1279 del Código Civil, que es precisamente la facultad que ha esgrimido el donatario, con vista de la celebración correcta del contrato de donación (art. 632-2.º párrafo del CC) para lograr la ejecución o transmisión de las acciones donadas».

Para entender el alcance del concepto «acto» que propone DE CASTRO en la interpretación del antiguo artículo 4 del Código Civil, coincidente en cuanto a dicho concepto con el actual artículo 6.3 del Código Civil, conviene recordar la clasificación que el propio DE CASTRO hiciera de los «hechos jurídicos», distinguiendo dentro de ellos a los «meros hechos», es decir, «el estado de las cosas o de la persona o de la vida social, en los que la voluntad humana no es tenida en cuenta para determinar su significado jurídico», y los «actos», o sea, «las situaciones en las que se tiene en cuenta la actuación de una persona como conducta querida», excluyéndose de este concepto: «la voluntad que no se manifiesta en una conducta. La conducta inconsciente y la conducta forzada» (42).

¿Pero en el anterior entramado, qué podemos entender por «adquisición» y cómo se conecta con el «acto ilícito»? En nuestra opinión y conforme con Díez-PICAZO y GULLÓN, el término «adquisición» hace referencia a la atribución del derecho subjetivo a una persona determinada (43), refiriéndonos en nuestro caso al derecho subjeti-

(42) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, págs. 620 y 621.

(43) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 7.ª ed., Ed. Tecnos, 1989, pág. 482, afirman que: «un derecho subjetivo nace cuando se han cumplido todos los

vo absoluto del dominio, una vez configurados los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil como hechos jurídicos adquisitivos (44).

Por ello, creemos que en el concepto «acto», a que hace referencia el artículo 6.3 del Código Civil, puede comprender también la denominada «adquisición» a que hace referencia el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en el sentido propuesto a dicha adquisición, como atribución del derecho subjetivo de dominio a la sociedad adquirente de las participaciones sociales propias, en el procedimiento adquisitivo derivativo regulado en la norma societaria.

Ahora bien, sentado lo anterior, restaría aclarar o dar respuesta a lo que inmediatamente sugiere dicho razonamiento, es decir, ¿cabría predicar pues *ex* artículo 6.3 del Código Civil la ineficacia (nulidad) del efecto transmisivo sin que se propague por lo mismo la ineficacia absoluta del negocio jurídico adquisitivo? ¿O bien, podría identificarse, en su caso, al concepto «acto» a que hace referencia el artículo 6.3 del Código Civil con el negocio jurídico adquisitivo que originariamente sería nulo, aunque el efecto distinto para el caso de contravención nos llevaría a mantener tan solo la ineficacia de la adquisición, por mor de lo prescrito en el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital? Es cierto que la respuesta no es clara —pese a la diferencia en la literalidad del art. 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el derogado art. 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que inicialmente abogarían por una respuesta positiva—, ya que probablemente la *mens legislatoris* fuera contraria a la expresión revelada de la misma en el texto del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante —a nuestro juicio— sí consideramos que puede ofrecerse una respuesta afirmativa a los anteriores interrogantes, a lo que nos ayudaría el propio principio de conservación del negocio jurídico. Además una propuesta como la anterior respuesta afirmativa, no difiere tanto de situaciones de ineficacia funcional propugnadas por nuestra doctrina civilista. Así, Díez-PICAZO (45) se refiere a esta categoría de ineficacia funcional del siguiente modo: «La ineficacia funcional en cambio, atiende a las consecuencias que un contrato regularmente formado produce en la realidad. La ineficacia es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un contrato estructuralmente

presupuestos previstos en la norma para este resultado. En este momento se produce normalmente su adquisición, que es su atribución a una persona determinada».

(44) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, 2008, pág. 856, se refiere a las fuentes de los derechos reales, razonando lo siguiente: «Los supuestos o hipótesis mencionados en el artículo 609 pueden ser considerados como hechos jurídicos. Su efecto consiste en la creación de una relación jurídico-real, por lo que pertenecen al terreno de los hechos constitutivos, y pertenecen también al terreno de la adquisición (adquisición y transmisión de los derechos). Desde este punto de vista se habla de «hecho adquisitivo» o «modo de adquirir». Normalmente este hecho adquisitivo o modo de adquirir no es un hecho simple o escueto, sino un supuesto complejo de formación progresiva que puede atravesar por diferentes etapas o vicisitudes. Para describir este dato parece más gráfico hablar de un fenómeno adquisitivo o de un mecanismo de adquisición. Por regla general, todo el sistema jurídico de la dinámica de los derechos reales y del tráfico de bienes está basado en la iniciativa de los particulares. La formación de los derechos reales, su adquisición, atribución y transmisión dependen de la voluntad. Se trata de hechos libres y voluntarios. Sin embargo, aunque sea excepcionalmente, existen también formas de constitución forzosa o heterónoma de las relaciones jurídico-reales».

(45) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I. *Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, págs. 569 y 570.

regular despliega. Hay ineficacia funcional cuando un contrato regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho o un resultado que el Derecho no puede consolidar. En especial, un perjuicio, un fraude o una lesión». Ello cohonstaría también con la eliminación del recelo absoluto con que el legislador contemplaba las adquisiciones derivativas de participaciones sociales, puesto que como hemos expresado de la inadmisibilidad absoluta de las mismas, estas pasan a ser permitidas tras la reforma legislativa de 1995, si bien cumpliendo ciertos requisitos.

Es decir, la ineficacia del contrato se ha visto como una sanción que el Ordenamiento Jurídico anuda ante los presupuestos de su existencia, de ahí que el régimen especial de nulidad del artículo 6.3 del Código Civil requiera, para la aplicación de la nulidad del «acto», que este sea absolutamente estigmatizado por el Ordenamiento Jurídico, lo cual creemos ha dejado de suceder tras la referida reforma legislativa. La *ratio* de la norma del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital reside, por tanto, en protección de socios y acreedores, lo cual queda cumplido —a juicio del propio legislador— mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos para las adquisiciones derivativas de participaciones sociales propias (por ejemplo, que medie un acuerdo de reducción de capital social); por lo que, entendemos que la sanción de nulidad absoluta del negocio jurídico adquisitivo no debe ser el remedio más propio para la consecución de dicho ánimo protector, puesto que en nada empecería a la efectividad del referido proteccionismo si la consecuencia jurídica de la adquisición derivativa de participaciones sociales fuera solamente la ineficacia de la adquisición de la propiedad de dichas participaciones sociales por la propia sociedad, como si de un negocio jurídico incompleto se tratara que fuera susceptible de convalidación mediante la subsanación *a posteriori* a través de la correspondiente adopción —en su caso— del correspondiente acuerdo de reducción de capital.

Es cierto que una crítica a lo anterior pudiera venir por sostener que existe una imposibilidad de convalidación de un negocio nulo de pleno derecho, que esta posibilidad está reconocida para otro tipo de supuestos no tan radicales (vid., por ejemplo, el caso de la contratación sin poder que regula el art. 1259 del CC), a lo que sin embargo se podría objetar que la nulidad propuesta no lo es del negocio jurídico *in totum*, sino solo de su efecto transmisivo, se prefiera para esta consecuencia última, la conceptualización de nulidad, inexistencia, ineficacia o simplemente no producción de efectos.

Además, el motivo que lleva al Tribunal Supremo para decretar la ilicitud causal y por tanto la nulidad del negocio jurídico de adquisición *ex* artículo 1275 del Código Civil, se basa exclusivamente en la ausencia de un acuerdo social de reducción de capital en cumplimiento de lo requerido por el actual artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, sin plantearse por otro lado, cómo en otros supuestos de adquisiciones derivativas de participaciones sociales no es ni siquiera necesario el referido acuerdo social de reducción de capital social (46).

(46) Sobre la posibilidad de que se adopte un acuerdo simultáneo de compra de participaciones y reducción de capital se pronunció afirmativamente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/8192). Vid. el comentario a esta Resolución realizado por RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Adquisición por la sociedad de participaciones y amortización con reducción del capital social. Comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/8192)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007-29, págs. 305-315.

Es decir, nos estamos refiriendo a otro de los supuestos incardinados como adquisiciones derivativas permitidas dentro del propio artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad. De hecho, el propio Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de casación analizada se hace eco de la alegación de la recurrente al afirmar que la sociedad aprobó por unanimidad (Junta Universal) y con la presencia del 100 por 100 de sus socios, la adquisición de las participaciones sociales dado su *firme deseo y voluntad de abandonar la sociedad*. No estamos queriendo decir que el presente caso se hubiera tratado, por ejemplo, de un supuesto de derecho de separación ni de exclusión —ya que los datos no abonan una interpretación en tal sentido—, pero sí que llama al menos la atención que no se haya realizado referencia a que el actual artículo 358 de la Ley de Sociedades de Capital, sí regula la posibilidad de los administradores de otorgar escritura de reducción de capital social, *sin necesidad de acuerdo específico de la junta general*, de lo que extraemos que lo importante para el legislador en este específico caso es el resultado final protector antes indicado a favor de los socios y acreedores sociales, mediante la correspondiente reducción de capital social, sin que sea necesaria la intervención de la junta general en tal sentido (lo que no implica que no pudiera darse). Es decir, es en este caso específico donde se observa con mayor claridad la finalidad de la prohibición del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, la cual no necesita de una excesiva protección formalista, sino más bien finalista, en los términos propuestos en el presente trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/adquisicion-de-las-propias.html>.
- AMORÓS GUARDIOLA: «Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de la existencia de la causa», en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, 1990.
- CARRASCO: «Comentarios al Código Civil». Editorial Edersa, 1992. Tomo I, vol. 1.º: *Artículos 1 a 7 del Código Civil*. Título preliminar: *De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*. Capítulo III. *Eficacia general de las normas jurídicas*. — *Derecho de Contratos*, 1.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.
- CARRASCO-LYCZKOWSKA: «Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ: *Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII, vol. 1.º B, Edersa, 1993.
- DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984.
- *El negocio jurídico*, Civitas, 1985.
- DE LOS MOZOS: «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1961.
- DÍEZ-PICAZO: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coor.: Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I. *Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.^a ed., Thomson-Civitas, 2008.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 7.^a ed., Ed. Tecnos, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, ROCA TRIÁS y MORALES: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, 2002.
- GARCÍA CRUCES, en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord.: por I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, 2.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ: *Los contratos ilegales en el Derecho Privado Europeo*. Indret, 2009. www.indret.com.
- JORDANO BAREA: «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Centenario del Código Civil*. Tomo I, 1990.
- LANDO y BEALE: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo*. Edición: Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española.
- MARTÍN PÉREZ: «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizá aparente)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. La Ley-Actualidad*, 2006, vol. 2.
- MORALEJO: *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Dir.: ROJO-BELTRÁN. Tomo I, Aranzadi-Civitas, 2011.
- MORALES MORENO: *Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. *Estudios*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011.
- NIETO CAROL: «La adquisición de participaciones propias», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 42, 2002.
- PERDICES HUETOS: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.
- REDONDO TRIGO: «La causa en los contratos de compraventas de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, agosto de 2010.
- «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero de 2011.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ: «Adquisición por la sociedad de participaciones y amortización con reducción del capital social. Comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8192)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2007-29.
- SABORIDO SÁNCHEZ: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA, en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson Civitas, 2006.
- VÁZQUEZ DE CASTRO: *La ilicitud contractual: supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de abril de 1941 (AR 493).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6620).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 1986 (RJ 1986/934).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008 (RJ 2008/5666).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012/102193).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 26 de diciembre de 2008 (RJ 2009/212097).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8192).

RESUMEN

ADQUISICIÓN DERIVATIVA
DE PARTICIPACIONES SOCIALES
AUTOCARTERA

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012, se califica la infracción de la normativa de adquisición derivativa de participaciones sociales como un supuesto de ilícito causal que produce la nulidad radical del negocio jurídico de adquisición, en contra de la calificación como contrato prohibido y los efectos del mismo a la luz de la interpretación del artículo 6.3 del Código Civil y del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

ABSTRACT

DERIVATIVE ACQUISITION
OF CORPORATE INTERESTS
TREASURY SHARES

In the Supreme Court's ruling of 1 March 2012, violation of the rule on the derivative acquisition of corporate interests is classified as a case of a causal unlawful act, which makes the legal act of acquisition null and void at its root. This contrasts with the classification of the derivative acquisition of corporate interests as a prohibited contract and the effects thereof in the light of the interpretation of article 6.3 of the Civil Code and section 140.2 of the Corporations Act.

3. URBANISMO

EL TRATAMIENTO DE LAS VÍAS PECUARIAS EN LOS PROCESOS DE GESTIÓN URBANÍSTICA

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ
Abogado

Comentario a la sentencia de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2012, en relación con la Resolución de la DGRN de 16 de enero de 2008

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA AFECTACIÓN DE LAS VÍAS PECUARIAS POR LA EXPANSIÓN URBANA DE LAS POBLACIONES Y SU TRATAMIENTO EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—III. LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN URBANÍSTICA EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN DEL TRAZADO O LA DESAPARICIÓN DE LAS VÍAS PECUARIAS.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON LA NECESARIA DESAFECTACIÓN DE LA VÍA PECUARIA Y SU NECESARIA MANIFESTACIÓN EXPRESA O IMPLÍCITA.—V. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN RELACIÓN CON LA INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA QUE ALTERAN EL RÉGIMEN DEL SUELO INTEGRADO EN UNA VÍA PECUARIA.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La diversidad de los destinos y actividades que recaen sobre el suelo provoca la continua interacción de potestades y competencias en los procesos de transformación urbana que tratan de desarrollar un nuevo modelo de ordenación. Ello propicia que, por ejemplo, la existencia de valores medioambientales o riquezas minerales condicione la ordenación urbanística al momento de aprobar el planeamiento, pero en sentido inverso también la expansión de las ciudades y su entorno urbano provoca unos efectos inevitables en el destino de suelos de dominio público cuya afección pierde valor frente al hecho urbanizador. Tal es el caso, entre otros, de las vías pecuarias, cuya original finalidad de servir al tráfico de ganado y bienes semovientes ha devenido en la práctica en la conservación de un patrimonio cultural y ecológico que, en muchas zonas, obedece a finalidades diversas, propias de una sociedad moderna, como el senderismo o el tránsito de caminantes y peregrinos, y que en zonas de expansión urbana adaptan su trazado a la nueva realidad.

En el presente artículo se analiza esa interacción y el régimen jurídico de los instrumentos de gestión urbanística que modifican o alteran el trazado de las vías pecuarias, examinando la legislación aplicable, la jurisprudencia más autorizada y, finalmente, la doctrina de la Dirección General en la materia.

II. LA AFECTACIÓN DE LAS VÍAS PECUARIAS POR LA EXPANSIÓN URBANA DE LAS POBLACIONES Y SU TRATAMIENTO EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

El régimen jurídico de las vías pecuarias se regula en cuanto al régimen básico en la Ley 3/1995, de 23 de marzo. Esta parte de la realidad de un destino histórico trashumante y rural que exige la protección de las cañadas, cordeles y veredas, pero asumiendo que en el entorno urbano esa función decae y que la necesaria expansión de las poblaciones transforma los destinos del suelo, incluido el de esas vías de tránsito ganadero.

La Ley en su artículo 2 proclama el carácter de dominio público de las vías pecuarias, y en sus artículos 10 a 13 establece el régimen de desafectación y de modificación del trazado, haciendo referencia expresa a los supuestos de alteración como consecuencia de la nueva ordenación territorial o de la realización de obras públicas. En lo que aquí interesa, el artículo 12 señala:

«En las zonas objeto de cualquier forma de ordenación territorial, el nuevo trazado que, en su caso, haya de realizarse, deberá asegurar, con carácter previo, el mantenimiento de la integridad superficial, la idoneidad de los itinerarios y la continuidad de los trazados, junto con la del tránsito ganadero, así como los demás usos compatibles y complementarios de aquel».

La legislación autonómica desarrolla el régimen general imponiendo la clasificación del suelo de las vías pecuarias como No Urbanizable protegido, pero admitiendo la incidencia de la expansión urbana en las vías pecuarias. En tal caso, somete la aprobación del planeamiento a informes sectoriales vinculantes de la Consejería competente, al margen de los urbanísticos, a fin de que se asegure que se cumplen los requisitos de idoneidad, continuidad e integridad superficial y se exige la tramitación de un expediente de desafectación que culmine en la resolución correspondiente. Finalmente, reconociendo la Ley la titularidad de las Comunidades Autónomas sobre esta clase de vías, su desafectación comporta la integración en el inventario de la Comunidad Autónoma de que se trate como un bien patrimonial.

La Legislación del Suelo incluyó desde sus inicios un mandato expreso de coordinación entre las distintas Administraciones (entonces departamentos ministeriales) que dio lugar a los artículos 57 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976 y, posteriormente, a los artículos 134 y 210 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 25 de junio de 1992. Actualmente, aunque esa coordinación resulta de la legislación sectorial y de la normativa urbanística autonómica y ha desaparecido el anterior artículo 134 de la citada Ley en el vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo, de 20 de junio de 2008, sí que se mantiene un vestigio de esa regulación, puesto que en su Disposición Adicional segunda prevé expresamente para los bienes afectos a la Defensa Nacional, el sometimiento de los Planes Urbanísticos a un informe vinculante de la Administración General del Estado con carácter previo a su aprobación a los fines previstos en su legislación especial.

En cualquier caso, el hecho de que no se haga referencia con carácter general a la coordinación expresamente no deroga, sin embargo, el régimen jurídico de los bienes públicos, ni concede a la autoridad urbanística una suerte de libertinaje para determinar el destino del suelo al margen de las Administraciones competentes en otros ámbitos. En relación con las vías pecuarias así es y la necesaria

aplicación de la legislación sectorial exige su cumplimiento y la constatación en los títulos públicos que afectan a los terrenos vinculados a ese destino.

En definitiva, si el planeamiento debe recoger las previsiones que sobre vías pecuarias se recojan en la normativa aplicable y en los informes de las Consejerías competentes en Medio Ambiente o Agricultura, según el caso, de las Comunidades Autónomas, los instrumentos de ejecución del plan no pueden alterar el trazado o suprimir parte de una cañada, un cordel o una vereda sin que dicho plan sea, a su vez, válido y conforme con el régimen de las vías pecuarias. Quiere ello decir que los planes urbanísticos y sus instrumentos de gestión deben reunir unos requisitos esenciales para que se pueda admitir su validez, por más que esta se presuma de acuerdo con el artículo 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común y el artículo 103 de la Constitución Española.

A continuación enumeraremos los requisitos fundamentales para su validez.

III. LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN URBANÍSTICA EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN DEL TRAZADO O LA DESAPARICIÓN DE LAS VÍAS PECUARIAS

Todo instrumento de ejecución del planeamiento debe ser solidario con la ordenación y las prescripciones del plan, que es su presupuesto, siendo su finalidad, precisamente, llevar a cabo las transformaciones jurídicas precisas para que la ordenación se pueda materializar en el ámbito afectado por él.

Un proyecto de equidistribución, por ejemplo, contradictorio con el Plan Parcial que ejecuta, es nulo de pleno derecho y carece de legitimación. A su vez, el principio de jerarquía normativa que informa nuestro Ordenamiento y particularmente el urbanístico, somete los Planes a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, así como a los planes de superior rango, de manera que un Plan Parcial, por ejemplo, no puede contradecir el Plan General y este no puede ser contrario a lo que la Ley o el Reglamento determinan. Tuvimos ocasión de comentar la trascendencia de este principio y su aplicación en la calificación registral en el artículo titulado «La calificación registral de actos de ejecución del planeamiento», publicado en el número 721, página 2469 y siguientes de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en el que se recordaba cómo resulta obligado para el registrador apreciar de oficio la contradicción evidente entre el título reparcelatorio y el plan que lo legitima, así como entre ese plan y la normativa de rango superior cuando de la documentación resulta patente la discrepancia entre ambos.

De esta manera, como las vías pecuarias son bienes de dominio público, cuya protección constitucional y legal los hace inembargables, imprescriptibles e inalienables, al margen incluso de lo que diga el Registro, puesto que el deslinde de las vías pecuarias prevalece frente a la presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, todo instrumento de equidistribución que pretenda afectarlas modificando su trazado o alterando su calificación, deberá ser precedido de un acto de desafectación. En consecuencia, la calificación registral del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y la comprobación de la legalidad del título presentado deben verificar que las formas extrínsecas del documento y su contenido, revelado por el propio título, cumplen los requisitos legales exigidos para la mutación demanial, la desafectación o la modificación del trazado. Es preciso, por lo tanto, no solo el Acuerdo municipal que apruebe el proyecto de equidistribución (o expropiación) de que se trate, sino la intervención del órgano competente de la Administración

titular del bien (en este caso la Comunidad Autónoma) expresando de manera inequívoca la voluntad de admitir los cambios en la vía pecuaria, tras la tramitación de un expediente en el que consten, al menos, las mismas garantías que las exigidas por la normativa sectorial para la desafectación.

Se ha discutido, en ese sentido, si la desafectación de los bienes públicos puede ser tácita o necesariamente ha de ser expresa y si esa expresión de la desafectación ha de ser consecuencia de un expediente concreto o puede resultar de actos que, con las mismas garantías o mayores, revelen la inequívoca voluntad desafectadora de la Administración titular del bien, en lo que se ha señalado como desafectación implícita. No obstante, la legislación autonómica impone el acto explícito de desafectación, como recogen, por ejemplo, el artículo 26.3 de la Ley 8/1998, de 15 de junio, Reguladora de Cañadas Reales y Demás Vías Pecuarias de Madrid; el artículo 27.6 de la Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de Vías Pecuarias de Aragón, o los artículos 18.4 y 17 de la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha.

A continuación comentaremos la más reciente jurisprudencia en la materia representada por la sentencia de la Sección 5.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2012, dictada en el Recurso de Casación 4434/2008, siendo Ponente el Magistrado don Eduardo CALVO ROJAS, y posteriormente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, representada por la Resolución de la DGRN, de 16 de enero de 2008, que es sustancialmente coincidente con la anterior:

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON LA NECESARIA DESAFECTACIÓN DE LA VÍA PECUARIA Y SU NECESARIA MANIFESTACIÓN EXPRESA O IMPLÍCITA

Hace apenas unos meses se ha dictado la sentencia de la Sección 5.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2012, que resolvía el recurso de casación interpuesto por un particular contra la sentencia anterior del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 15 de julio de 2008, que anuló un Plan Parcial en el Municipio de Guillena, en razón de su incompatibilidad con el régimen de disposición de las vías pecuarias. La sentencia de casación confirma el fallo anterior y recoge la más reciente doctrina de nuestro más Alto Tribunal en la materia, afirmando en su Fundamento Jurídico tercero, por ejemplo, lo siguiente:

«La sentencia impugnada analiza en el Fundamento segundo la naturaleza de los Planes Parciales como instrumentos de desarrollo del Plan General, así como el contenido que les es propio; y concluye la Sala de instancia, invocando la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que la regulación de los Planes Parciales “puede modificar las determinaciones potestativas del Plan General, entre las que no se encuentra la clasificación del suelo”. Así las cosas, la sentencia tiene presente que, “ciertamente, la clasificación del suelo corresponde al planeamiento general, por lo que era el Plan General, en principio, al que correspondía clasificar el suelo, y en concreto clasificar la vía pecuaria que nos ocupa y su desarrollo urbanístico necesitaba la desafectación” (Fundamento Jurídico quinto). Y este mismo Fundamento quinto de la sentencia explica que: “...las autoridades competentes para la modificación del trazado de las vías pecuarias, son, desde luego, las medioambientales y no las urbanísticas, sin embargo a estas se le reserva la

iniciativa para procurar en las competencias de ordenación y planificación que le son propias, el cambio o alteración del trazado de las vías pecuarias...”.

Así las cosas, el hecho de que la clasificación del suelo corresponda al Plan General no significa, como pretende la recurrente, que los instrumentos de desarrollo aprobados puedan obviar, so pretexto de respetar la clasificación del suelo efectuada por el Plan General, el cumplimiento de la legislación vigente en materia de vías pecuarias, pues los Planes Parciales son disposiciones de naturaleza reglamentaria y como tales se encuentran sometidas al principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución), no solo con respecto al planeamiento general sino también, claro es, con relación a cualquier norma de rango superior; y el artículo 2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, establece, con el carácter de norma básica (art. 149.1.23.º de la Constitución), que las vías pecuarias constituyen bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas, y, en consecuencia, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución.

El apartado 2.3.2 de la Memoria de Información del Plan Parcial impugnado señala que la vía pecuaria discurre por el lindero Este del sector y es propiedad de la Junta de Andalucía y que el Ayuntamiento de Guillena está tramitando el cambio de trazado de algunas vías pecuarias, estando previsto que el “Cordel de la Cruz de la Mujer” sea desafectado en su tránsito por el sector PP-G1 y PP-G2, a cambio de una futura permuta con el Ayuntamiento, por lo que el Consistorio tomaría el pleno dominio sobre dichos suelos. Pero el Plan Parcial va más allá, y, sin esperar al futuro cambio de trazado, integra la vía pecuaria como propiedad del Ayuntamiento, computando dichos terrenos como superficie generadora de aprovechamiento (folio 11 del Plan Parcial obrante en el expediente), sin respetar el carácter demanial de la vía pecuaria, ni su titularidad, e infringiendo la legislación sectorial.

La Sala de instancia reparó en ello, concluyendo, con acierto, que el Plan Parcial integró la vía pecuaria dentro del proceso urbanístico, pretendiendo su ordenación, desarrollo y ejecución, sin que antes se hubiera procedido, por la Administración competente, a su desafectación y cambio de trazado».

La sentencia, en definitiva, no niega que el planeamiento pueda recoger la transformación de la vía pecuaria, pero considera, por un lado, que solo mediante la modificación del Plan General podía alterarse la clasificación del suelo, dado que se trata de una determinación estructurante, y que incluso en este caso tampoco se podría actuar sin un acto de desafectación. Señala, en definitiva, con toda rotundidad, cuál es el régimen jurídico aplicable y cómo el principio de jerarquía normativa impera desde la Ley al Plan Parcial, sin que ninguno de los instrumentos de ordenación pueda eludir el cumplimiento de la Ley sectorial.

V. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN RELACIÓN CON LA INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA QUE ALTERAN EL RÉGIMEN DEL SUELO INTEGRADO EN UNA VÍA PECUARIA

En relación con la materia que comentamos, la Dirección General tuvo ocasión de manifestarse, por ejemplo, en la Resolución de 16 de enero de 2008, que se refería a la posibilidad de inscribir un proyecto de reparcelación urbanística, al amparo de la legislación urbanística valenciana, realizado por agente urbanizador

con diversos defectos entre los que se incluía en cuarto lugar, como señala la propia Resolución: *«que no se ha desafectado los terrenos de vías pecuarias, que inicialmente se aportó como de titularidad municipal y ahora se reconoce por la Consellería del Territorio que tiene carácter autonómico y no municipal, pretendiéndose que tenga eficacia con posterioridad a la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación y sin haberse cumplido las normas administrativas sobre revisión de actos nulos»*.

Debe señalarse que esta Resolución recae sobre un asunto muy similar al que resolviera en esa misma época la sentencia número 801/2009, de 12 de junio, de la Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual anuló la reparcelación forzosa de un ámbito en Oropesa por las mismas razones que provocan la denegación de la inscripción del instrumento de equidistribución al que se refiere la Resolución que comentamos. El hecho es que la calificación registral, aunque no puede entrar a discutir el fondo de las resoluciones administrativas, sí puede apreciar un vicio de legalidad que resulte del título presentado y, en este caso, la apreciación de la Dirección General, como se verá, era conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo representada en la reciente sentencia de 17 de febrero de 2012 y con la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que se pronunció en un caso idéntico de manera similar en la citada sentencia de 12 de junio de 2009.

En efecto, el Fundamento cuarto de la Resolución, de 16 de enero de 2008, confirma la calificación del Registrador declarando:

«En cuanto al defecto 4.º, segundo de los impugnados, también debe ser confirmado. La legislación aplicable (cfr. arts. 10 y 12 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias) prevé que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 5, apartado e), podrán desafectar del dominio público los terrenos de vías pecuarias que no sean adecuados para el tránsito del ganado ni sean susceptibles de los usos compatibles y complementarios a que se refiere el Título II de esta Ley, y exige que cuando se trate de modificaciones del trazado como consecuencia de una nueva ordenación territorial, el nuevo trazado que, en su caso, haya de realizarse, deberá asegurar, con carácter previo, el mantenimiento de la integridad superficial, la idoneidad de los itinerarios y la continuidad de los trazados, junto con la del tránsito ganadero, así como los demás usos compatibles y complementarios de aquel. Por tanto, no puede ser inscribible una reparcelación urbanística en la que se incluyan vías pecuarias, propiedad de la Comunidad Autónoma, cuando en el proyecto inicialmente se consideraron como fincas aportadas por el Ayuntamiento y existe una parcela de reemplazo adjudicada al citado Ayuntamiento en correspondencia a dicha finca, aunque se aporte un informe posterior de la Consellería del territorio reconociendo la vereda como de titularidad municipal y una resolución de la alcaldía instando a la Generalitat, Consellería de Territorio, que inicie la desafectación parcial de la vereda en cuestión. Tal desafectación debe realizarse por su verdadero titular demanial, cual es la Generalitat, con carácter previo a la aprobación del proyecto de reparcelación, e incluirse como finca de origen en la misma, recibiendo aquella y no el Ayuntamiento fincas de reemplazo en correspondencia a la misma».

La Resolución incide en este caso, no solo en la necesidad de que exista desafectación expresa, circunstancia que es unánimemente exigida por la jurisprudencia, sino que, en relación con el título reparcelatorio, exige que recoja

quién es el propietario de la finca aportada adecuadamente, de manera que, si se trata de una vía pecuaria, solo puede ser la Comunidad Autónoma correspondiente, siendo irrelevante que haya conformidad a la desafectación, puesto que es requisito indispensable cumplir con el principio de legalidad en la titulación y del tracto sucesivo. Nadie puede ser reconocido como titular de un suelo vinculado a una vía pecuaria si no es la Administración titular de ella o, en caso de desafectación, si no procede de ella el título correspondiente.

En este caso, acierta plenamente la Dirección General y existe una sólida jurisprudencia en la materia que garantiza la defensa y protección de las vías pecuarias y la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico en todos los niveles.

V. CONCLUSIONES

La Dirección General de los Registros y del Notariado, como garante de la adecuada aplicación del Derecho en la inscripción hipotecaria de los títulos y actos de trascendencia jurídico-real, ha sancionado, en consonancia con la jurisprudencia más autorizada en la materia, la necesidad de acreditar en el título reparcelatorio la desafectación del suelo destinado a vía pecuaria por la Administración titular cuando este pierde su vinculación a ese destino o se modifica el trazado sin que la Administración local pueda sustituir su necesaria intervención. De esta manera ni el planeamiento ni los instrumentos de ejecución pueden vulnerar el principio de jerarquía normativa ni el régimen de disposición de bienes públicos porque, en caso contrario, tendrán vedado el acceso al Registro de la Propiedad.

RESUMEN

REPARCELACIÓN.
DESAFECTACIÓN VÍA PECUARIA.
EQUIDISTRIBUCIÓN
CALIFICACIÓN REGISTRAL.
JERARQUÍA NORMATIVA

Comentario a la sentencia de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2012, en relación con la Resolución de la DGRN, de 16 de enero de 2008.

ABSTRACT

PLOT REDIVISION.
RELEASE FROM ATTACHMENT
PUBLIC LIVESTOCK TRAILS.
EQUAL DISTRIBUTION
REGISTRAR'S SCRUTINY FOR DUE
FORM. HIERARCHY OF RULES

Commentary on the ruling of Section Five of the Administrative Division of the Supreme Court of 17 February 2012 in connection with the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 16 January 2008.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 17-5-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 15/2012, de 20-4-2012, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5-6-2006.

— Resolución de 17-5-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

— Resolución de 17-5-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

— Resolución de 17-5-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 17/2012, de 4-5-2012, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.

— Resolución de 31-5-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 18/2012, de 11-5-2012, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

— Resolución de 14-6-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 19/2012, de 25-5-2012, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 1/2012. 22-6-2012. Simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

— Ley 2/2012. 29-6-2012. Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

— Real Decreto-ley 17/2012. 4-5-2012. Medidas urgentes en materia de medio ambiente.

— Real Decreto-ley 18/2012. 11-5-2012. Saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 18/2012. 11-5-2012. Saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

— Real Decreto-ley 19/2012. 25-5-2012. Medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

— Real Decreto 1034/2012. 29-6-2012. Cese de don José Carlos Dívar Blanco como Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 16/2012. 20-4-2012. Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 908/2012. 8-6-2012. Declara el cese de don Miguel Ángel Fernández Ordóñez como Gobernador del Banco de España.

— Real Decreto 909/2012. 8-6-2012. Nombra Gobernador del Banco de España a don Luis María Linde de Castro.

— Real Decreto 998/2012. 28-6-2012. Crea el Alto Comisionado del Gobierno para la Marca España y se modifica el Real Decreto 1412/2000, de 21 de julio, de creación del Consejo de Política Exterior.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 777/2012. 4-5-2012. Modifica el Real Decreto 975/2009, de 12-6-2009, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por las actividades mineras.

— Corrección de errores. Real Decreto 777/2012, de 4-5-2012, por el que se modifica el Real Decreto 975/2009, de 12-6-2009, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por las actividades mineras.

— Orden 1238/2012. 7-6-2012. Regula la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de la Presidencia.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 969/2012. 30-4-2012. Corrige errores en la Orden JUS/797/2012, de 29-3-2012, por la que se regula la duración de la jornada general de trabajo en cómputo anual y las de las jornadas en régimen de dedicación especial para el Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales.

— Resolución de 30-3-2012. Aprueban las modificaciones introducidas para su adaptación a la Ley 16/2011, de 24-6-2011, de contratos de crédito al consumo en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras de identificación «F-SGB», utilizado por la entidad «SGB Finance, S. A.».

— Resolución de 30-3-2012. Aprueba las modificaciones introducidas para su adaptación a la Ley 16/2011, de 24-6-2011, de contratos de crédito al consumo en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles con letras de identificación «F-CGL», utilizado por la entidad «Compagnie Generale de Locati  n et d'Equipement, S. A.».

— Resolución de 27-4-2012. Dispone la constitución del Tribunal de la oposición para obtener el título de Notario, convocada por Resolución de 23-11-2011, y se anuncia el sorteo de los opositores y el comienzo de los ejercicios.

— Resolución de 4-5-2012. Resuelve el concurso ordinario número 284 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 1-3-2012 y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 10-5-2012. Aprueba las modificaciones introducidas en modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles para ser utilizado por la entidad «Mercedes Benz Financial Services España, EFC, S. A.», con letras de identificación «FD-1».

— Resolución de 24-5-2012. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes, convocado por Resolución de 13-4-2012, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 4-6-2012. Se corrigen errores en la de 24 de mayo de 2012, por la que se resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes, convocado por Resolución de 13-4-2012, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Instrucción 31-5-2012. Se aprueban las normas para la designación de registrador interino y accidental.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Real Decreto 778/2012. 4-5-2012. Régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.

— Resolución de 25-6-2012. Publica el tipo de interés efectivo anual para el tercer trimestre natural del año 2012, a efectos de calificar tributariamente a determinados activos financieros.

— Resolución de 26-6-2012. Publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2012.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 738/2012. 27-4-2012. Suprime la representación permanente de España en el Consejo de la Unión Europea Occidental.

— Real Decreto 775/2012. 4-5-2012. Modifica el Reglamento del Instituto Cervantes, aprobado por Real Decreto 1526/1999, de 1-10-1999.

— Orden 1023/2012. 11-5-2012. Aprueba los modelos de declaración del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2011 y el 31-12-2011, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 1181/2012. 31-5-2012. Aprueba el modelo 250, Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.

— Orden 1182/2012. 31-5-2012. Desarrolla la Disposición Adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30-3-2012, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, se aprueban cuantas medidas resultan necesarias para su cumplimiento, así como el modelo 750, declaración tributaria especial, y se regulan las condiciones generales y procedimiento para su presentación.

— Orden 1200/2012. 5-6-2012. Uso del sistema de código seguro de verificación por la Dirección General del Catastro.

— Resolución de 23-4-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 9-5-2012. Modifica la Resolución de 1-7-2011, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social.

— Resolución de 14-5-2012. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11-5-2012, por el que se establecen medidas en relación con la aplicación del Acuerdo de 3-12-2007, sobre condiciones de trabajo para el personal laboral

que presta servicios en el exterior al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos.

— Resolución de 23-5-2012. Creación de sello electrónico para su utilización por la Dirección General del Catastro.

— Resolución de 24-5-2012. Publica la revocación de los números de identificación fiscal que figuran en el anexo.

— Corrección de errores. Resolución de 24-5-2012. Publica la revocación de los números de identificación fiscal que figuran en el anexo.

— Resolución de 8-6-2012. Modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del Impuesto sobre Actividades Económicas del ejercicio 2012, relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

— Corrección de errores. Orden 848/2012. 26-4-2012. Reduce, para el periodo impositivo 2011, los índices de rendimiento neto y el índice corrector por piensos adquiridos a terceros aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 3-5-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 18-5-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-6-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-6-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 4/2012. 25-4-2012. Normas para la comunicación por los residentes en España de las transacciones económicas y los saldos de activos y pasivos financieros con el exterior.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Real Decreto 882/2012. 1-6-2012. Modifica el Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional

de Seguridad y Salud en el Trabajo para su adaptación a la nueva estructura de los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado.

— Orden 1368/2012. 25-6-2012. Prorroga los plazos para la presentación de las solicitudes y de remisión de los informes-propuesta de los incentivos correspondientes al ejercicio 2011, al amparo del Real Decreto 404/2010, de 31-3-2012, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 24-4-2012. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24-3-1972, sobre Ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Resolución de 11-4-2012. Crea el registro electrónico del organismo.

— Resolución de 25-5-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18-5-2012, por el que se revisan los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados o convenidos concedidos en el marco de los programas 1997, Plan de Vivienda 1996-1999, Plan de Vivienda 1998-2001, Plan de Vivienda 2002-2005 y Plan de Vivienda 2005-2008.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 881/2012. 1-6-2012. Modificación de la Disposición Adicional primera del Real Decreto 1146/2011, de 29-7-2011, sobre el calendario de implantación del régimen de Enseñanza Secundaria Obligatoria.

MINISTERIO DE INTERIOR

— Resolución de 15-6-2012. Determina el porcentaje del personal de seguridad privada adscrito a los servicios declarados esenciales durante el desarrollo de la huelga general convocada en diferentes Comunidades Autónomas para el día 18 de junio de 2012.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Real Decreto 776/2012. 4-5-2012. Modifica el Real Decreto 2355/2004, de 23-12-2004, por el que se regulan la estructura y funciones del Consejo Asesor de Medio Ambiente.

— Orden 1408/2012. 2-6-2012. Regula el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Resolución de 5-4-2012. Publica el texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

— Resolución de 28-6-2012. Establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir del 1 de julio de 2012.

— Resolución de 28-6-2012. Publica la tarifa de último recurso de gas natural.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 8-6-2012. Aprueba el Reglamento del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Cuestión de inconstitucionalidad 4.916-2002. Artículo 335 del Código Penal, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.800-2011. Ciertos incisos del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social por posible vulneración de los artículos 14 y 139.1 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.487-2011. Artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por posible vulneración de los artículos 14 y 139.1 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.589-2011. Párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por posible vulneración de los artículos 14, 139.1 y 149.1.17 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 932-2012. Párrafo quinto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por posible vulneración del artículo 14 de la Constitución.

— Recurso de inconstitucionalidad 1.886-2012. Artículos 17.1.c), 18.1, 19.2, 21, 22, 23, Disposición Adicional 3.^a, Disposiciones Transitorias 1.^a y 2.^a

y Disposición Final 1.^a del Real Decreto-ley 8/2011, de 1-7-2011, 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.

— Recurso de inconstitucionalidad 2007-2012. Artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1-7-2011, 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.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia 30-1-2012. Declara la nulidad del apartado 8 del artículo 54 del Reglamento del IS y D, aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8-11-1991.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Real Decreto 774/2012. 4-5-2012. Nombra Presidente de la Junta de Andalucía a don José Antonio Griñán Martínez.

— Decreto-ley 1/2012. 19-6-2012. Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía.

— Decreto-ley 2/2012. 19-6-2012. Modifica la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía en determinados aspectos de la organización territorial.

— Corrección de errores. Decreto-ley 2/2012. 19-6-2012. Modifica la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en determinados aspectos de la organización territorial.

— Decreto 3/2012. 5-5-2012. Reestructuración de Consejerías.

— Decreto 146/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia e Igualdad.

— Decreto 147/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales.

— Decreto 148/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia e Interior.

— Decreto 149/2012. 5-6-2012. Regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

— Decreto 150/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Fomento y Vivienda.

— Decreto 151/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente.

— Decreto 152/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Bienestar Social y del Servicio Andaluz de Salud.

— Decreto 153/2012, 5-6-2012, de 5 de junio, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Turismo y Comercio.

— Decreto 154/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Cultura y Deporte.

— Decreto 155/2012. 12-6-2012. Regula la estructura orgánica de la Consejería de Educación.

— Decreto 156/2012. 12-6-2012. Regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

— Orden 23-4-2012. Regula la inserción de documentos en el BOJA.

— Orden 23-4-2012. Modifica los modelos establecidos por el Decreto 322/2011, de 18 de octubre, por el que se crea y regula el Registro Administrativo Especial de Mediadores de Seguros, Corredores de Reaseguros y de sus altos cargos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las obligaciones contables y el deber de información de las personas y entidades mediadoras de seguros y corredoras de reaseguros inscritas.

— Resolución de 6-6-2012. Se nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Corrección de errores. Decreto 59/2012. 13-3-2012. Regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 4/2012. 26-4-2012. Medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial.

— Ley 5/2012. 7-6-2012. Estabilidad Presupuestaria de Aragón.

— Decreto 110/2012. 24-4-2012. Aprueba medidas de fomento del empleo estable y de calidad.

— Corrección de errores. Decreto 110/2012. 24-4-2012. Aprueba medidas de fomento del empleo estable y de calidad.

— Decreto 115/2012. 8-5-2012. Regulan las Cartas de Servicios en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 116/2012. 8-5-2012. Modifica el Decreto 37/2008, de 26-2-2008, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen normas para la ejecución

de las intervenciones cofinanciadas con Fondos Estructurales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón en el periodo 2007-2013.

— Orden 25-4-2012. Crea el Foro de la Vivienda de Aragón.

— Orden 3-5-2012. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en el Territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de Resolución de concurso de 2-3-2012.

— Orden 7-6-2012. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de Resolución de concurso de 4 de mayo de 2012.

— Corrección de errores. Ley 3/2012. 8-3-2012. Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ASTURIAS

— Ley 1/2012. 14-6-2012. Autorización del endeudamiento derivado del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas.

— Acuerdo 10-5-2012. Nombra Registradores/as de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en el Principado de Asturias.

BALEARES

— Ley 3/2012. 30-4-2012. Medidas tributarias urgentes.

— Ley 4/2012. 30-4-2012. Establece el régimen sancionador en diversas materias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y se fijan medidas administrativas urgentes en materia de juego.

— Ley 5/2012. 23-5-2012. Medidas urbanísticas para la ejecución del Centro Internacional de Tenis Rafael Nadal.

— Ley 6/2012. 6-6-2012. Modificación de la Ley 23/2006, de 20-12-2006, de capitalidad de Palma de Mallorca.

— Ley 7/2012. 13-6-2012. Medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible.

— Decreto-ley 7/2012. 15-6-2012. Medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía y otras actividades.

— Decreto 8/2012. 9-5-2012. Modifica el Decreto 12/2011, de 18-6-2011, del presidente de las Islas Baleares, por el cual se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

— Decreto 41/2012. 11-5-2012. Aprobación de los nuevos Estatutos del Instituto Balear de Infraestructuras y Servicios Educativos y Culturales (IBISEC).

— Decreto 48/2012. 8-6-2012. Modificación del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, y del Decreto 147/2000, de 10-11-2000, sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Resolución del Parlamento de las Illes Balears por la cual se convalida el Decreto-ley 5/2012, de 1 de junio de 2012, de medidas urgentes en materia de personal y administrativas para la reducción del déficit público del sector público de la comunidad autónoma de las Illes Balears y de otras instituciones autonómicas.

— Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29-6-2012, por el que se establecen las excepciones a la suspensión del complemento económico destinado a completar la prestación por incapacidad temporal por contingencias comunes del régimen de la Seguridad Social, previsto en el artículo 7 del Decreto-ley 5/2012, de 1-6-2012, de medidas urgentes en materia de personal y administrativas para la reducción del déficit público del sector público de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y otras instituciones autonómicas.

CANARIAS

— Ley 2/2012. 8-5-2012. Ampliación temporal 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.

— Ley 3/2012. 17-5-2012. Modificación de la Ley 5/2002, de 3-6-2002, del Consejo Consultivo de Canarias.

— Ley 4/2012. 25-6-2012. Medidas administrativas y fiscales.

— Decreto 52/2012. 7-6-2012. Relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de autorización administrativa previa.

— Decreto 53/2012. 7-6-2012. Regula los requisitos y el procedimiento aplicable al régimen de comunicación previa en materia de actividades clasificadas.

— Decreto 55/2012. 14-6-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio.

— Orden 30-3-2012. Modifica la Orden 26-11-2007, de la Consejería de Economía y Hacienda, que regula el procedimiento de autorización para la contratación por los entes del sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias con presupuesto estimativo de préstamos o de líneas de crédito con entidades de crédito.

— Orden 9-5-2012. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Orden 7-6-2012. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

CANTABRIA

— Ley 2/2012. 30-5-2012. Medidas Administrativas, Económicas y Financieras para la ejecución del Plan de Sostenibilidad de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Ley 3/2012. 21-6-2012. Modifica la Ley de Cantabria 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

— Decreto 20/2012. 12-4-2012. Simplificación Documental en los Procedimientos Administrativos.

— Decreto 26/2012. 10-5-2012. Aprueba los Estatutos de la Universidad de Cantabria.

— Orden 20/2012. 7-6-2011. Procede al nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso ordinario.

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 2/2012. 19-4-2012. Modifica la Ley 9/2008, de 4-12-2008, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos y se establecen otras medidas fiscales.

— Ley 3/2012. 10-5-2012. Autoridad del profesorado.

— Decreto 90/2012. 14-06-2012. Modifica el Decreto 6/2008, de 8-1-2008, por el que se regulan ayudas sociales a favor de pensionistas de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas.

— Resolución de 10-05-2012. Da publicidad a los acuerdos de iniciación de expedientes de cancelación de inscripción en el Registro de Asociaciones Juveniles y Entidades Prestadoras de Servicios a la Juventud, relativos a las entidades juveniles que se indican en el anexo adjunto, al no haberse podido practicar la notificación personal en el último domicilio conocido.

— Acuerdo 21-6-2012, del Consejo de Gobierno, por el que se nombra Registrador de la Propiedad para una plaza radicada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Corrección de errores. Acuerdo de 24-5-2012, del Consejo de Gobierno, por el que se nombran Registradores de la Propiedad para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Acuerdo 28-6-2012, del Consejo de Gobierno, por el que se nombran Notarios para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 2/2012. 27-4-2012. Cambia la denominación «Universidad Privada Internacional de Burgos», por «Universidad Internacional Isabel I de Castilla», con sede en Burgos.

— Decreto 17/2012. 3-5-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León.

— Decreto 18/2012. 3-5-2012. Atribuye la potestad sancionadora en materias que son competencia de la Consejería de Economía y Empleo.

— Decreto 21/2012. 26-01-2012, por el que se dispone el cese de doña Rosario Rey García como Directora General de Presupuestos y Fondos Comunitarios.

— Orden 289/2012. 24-4-2012. 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 300/2012. 2-4-2012. 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 301/2012. 14-2-2012. 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 302/2012. 27-4-2012. Aprueba la utilización de un Código Seguro de Verificación de documentos electrónicos en el ámbito de los Servicios Sociales en Castilla y León.

— Orden 342/2012. 11-5-2012. 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 343/2012. 11-5-2012. 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 377/2012. 26-4-2012. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18 de enero, 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 438/2012. 7-6-2012. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18 de enero, 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 (BOCL 25-6-2012).

CATALUÑA

— Ley 1/2012. 22-2-2012. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2012.

— Ley 3/2012. 22-2-2012. Modificación del TR de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto 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.

— Ley 6/2012. 17-5-2012. Estabilidad presupuestaria.

— Ley 7/2012. 15-6-2012. Modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

— Decreto-ley 1/2012. 26-6-2012. Medidas para cumplir el Plan económico financiero de reequilibrio de la Generalidad de Cataluña y otras necesidades derivadas de la coyuntura económico-financiera.

— Recurso de inconstitucionalidad 1.847-2002. Artículo 24 y la Disposición Adicional 20.^a de la Ley 24/2001, de 27-12-2001, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (sentencia).

EXTREMADURA

— Decreto 75/2012. 11-5-2012. Modifica el Decreto 208/2011, de 5-8-2011, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo.

— Corrección de errores. Decreto 75/2012. 11-5-2012. Modifica el Decreto 208/2011, de 5-8-2011, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo.

— Decreto 79/2012. 11-5-2012. Establece las bases reguladoras y convocatoria para el año 2012 de ayudas a planes de mejora y modernización de las explotaciones agrarias de regadío.

— Orden 12-6-2012. Aprueba el modelo de autoliquidación del Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y el procedimiento para su presentación telemática.

— Corrección de errores. Decreto 63/2012. 20-4-2012. Aprueba las bases reguladoras de las ayudas en materia de cooperación internacional para el desarrollo.

GALICIA

- Ley 4/2012. 12-4-2012. Área Metropolitana de Vigo.
- Ley 5/2012. 15-4-2012. Bibliotecas de Galicia.
- Decreto 112/2012. 20-4-2012. Aprueba determinadas modificaciones en materia tributaria y de precios de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Corrección de errores. Decreto 112/2012. 20-4-2012. Aprueba determinadas modificaciones en materia tributaria y de precios de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Decreto 118/2012. 20-4-2012. Regula el Registro Gallego de Comercio.
- Decreto 138/2012. 21-6-2012. Modifica el Decreto 269/2008, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de Galicia.

LA RIOJA

- Ley 1/2012. 12-6-2012. Establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada.
- Decreto 17/2012. 25-5-2012. Modifica el Decreto 46/2011, de 6-7-2011, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3-3-2003, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- Resolución de 4-5-2012. Dispone el nombramiento de Registrador de la Propiedad en la plaza de Alfaro con arreglo a los resultados del concurso ordinario convocado por Resolución de 2-3-2012.

MADRID

- Ley 1/2012. 26-3-2012. Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid.
- Ley 2/2012. 12-6-2012. Dinamización de la actividad comercial en la Comunidad de Madrid.
- Ley 3/2012. 12-6-2012. Supresión del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 2/2012. 11-5-2012. Regulación del régimen de presupuestación y control en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las ayudas concedidas en aplicación del Real Decreto-ley 6/2011, de 13-5-2011, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11-5-2011 en Lorca, Murcia, así como en el Real Decreto-ley 17/2011, de 31-10-2011, por el que se establecen medidas complementarias para paliar los daños producidos por los movimientos sísmicos acaecidos en Lorca el 11-5-2011.

— Ley 4/2012. 15-6-2012. Modificación de la Ley 3/1998, de 1-7-1998, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia.

— Ley 5/2012. 29-6-2012. Ajuste presupuestario y de medidas en materia de Función Pública.

— Ley 6/2012. 29-6-2012. Medidas tributarias, económicas, sociales y administrativas de la Región de Murcia.

— Resolución de 14-5-2012. Ordena la publicación del acuerdo del Consejo de Gobierno sobre nombramiento de Registradores, de fecha 11-5-2012.

— Resolución de 11-6-2012. Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de 20-4-2012, por el que aprueba la regulación de un plan de pagos de las deudas pendientes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a 31 de diciembre de 2011.

NAVARRA

— Ley Foral 6/2012. 26-4-2012. Modificación de la Ley Foral 8/2009, de 18-6-2009, de creación de la Sociedad Corporación Pública Empresarial de Navarra, S. L. U.

— Ley Foral 7/2012. 26-4-2012. Modifica la letra j) del apartado 1 del artículo 1 de la Ley Foral 21/2010, de 13-12-2010, de Salud Mental de Navarra, por la que se establece la estructura orgánica de la Dirección de Salud Mental del Servicio Navarro de Salud-*Osasunbidea*.

— Ley Foral 8/2012. 4-5-2012. Medidas tributarias relativas a la protección de deudores hipotecarios sin recursos.

— Ley Foral 9/2012. 4-5-2012. Modificación del artículo 174 de la Ley Foral 2/1995, de 10-3-1995, de Haciendas Locales de Navarra.

— Ley Foral 10/2012. 15-6-2012. Introduce diversas medidas tributarias dirigidas a incrementar los ingresos públicos.

— Ley Foral 11/2012. 21-6-2012. Transparencia y del Gobierno abierto.

— Ley Foral 12/2012. 21-6-2012. Modifica la Ley Foral 19/1996, de 4-11-1996, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Ley Foral 13/2012. 21-6-2012. Medidas urgentes en materia de personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

— Decreto Foral 11/2012. 22-6-2012. Establece la estructura departamental de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 23/2012. 16-5-2012. Modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Orden Foral 50/2012. 13-3-2012. Declara extinguidos los modelos de cartas de pago para ingresos no tributarios anteriores a los aprobados por la Orden Foral 234/2008, de 22-12-2012.

— Orden Foral 101/2012. 23-4-2012. Aprueba el modelo S-90 de autoliquidación del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2011 y el 31-12-2011, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 102/2012. 23-4-2012. Aprueba el modelo 220 de autoliquidación del IS para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2011 y el 31-12-2011, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 116/2012. 27-3-2012. Crea y regula el Observatorio Navarro de la Juventud.

— Resolución de 453/2012. 30-5-2012. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2013 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

— Corrección de errores. Ley Foral 5/2012. 29-3-2012. Modifica la Ley Foral 10/1990, de 23-11-1990.

PAÍS VASCO

— Ley 7/2012. 23-4-2012. Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12-12-2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

— Corrección de errores. Ley 7/2012. 23-4-2012. Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12-12-2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

— Ley 8/2012. 17-5-2012. Consejo Económico y Social Vasco/Euskadiko Ekonomia eta Gizarte Arazoetarako Batzordea.

— Ley 9/2012. 24-5-2012. Modificación de la Ley de Política Agraria y Alimentaria.

— Ley 10/2012. 30-5-2012. Reforma de la Ley 7/1981, de 30-6-1981, de Gobierno.

— Ley 11/2012. 14-6-2012. Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Ley 12/2012. 21-6-2012. Dopaje en el deporte.

— Norma Foral 1/2012. 12-3-2012. Modificación de la Norma Foral 7/2007, de 10-4-2007, reguladora de la iniciativa normativa popular ante las Juntas Generales de Gipuzkoa.

— Decreto Foral. Norma 1/2012. 24-1-2012. Introduce modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en el IVA y en los Impuestos Especiales.

— Decreto 39/2012. 20-3-2012. Aprueba el Reglamento de casinos de juego.

— Decreto 51/2012. 3-4-2012. Aprueba el Reglamento de Transporte de Viajeros por Carretera.

— Decreto 53/2012. 17-4-2012. Consejo Vasco de Familia.

— Decreto 75/2012. 15-5-2012. Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2013.

— Decreto 76/2012. 22-5-2012. Modificación del Decreto por el que se regula el proceso de normalización del euskera en la Ertzaintza.

— Corrección de errores. Decreto 76/2012. 22-5-2012. Modificación del Decreto por el que se regula el proceso de normalización del euskera en la Ertzaintza.

— Decreto 81/2012. 22-5-2012. Agencias de Viajes.

— Decreto 107/2012. 12-5-2012. Declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Decreto 114/2012. 26-5-2012. Régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Orden 3-5-2012. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Resolución de 7-3-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto Foral. Norma 1/2012. 24-1-2012, por el que se introducen modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en el IVA y en los Impuestos Especiales.

— Resolución de 18-4-2012. Corrige la Resolución de 15-12-2011, por la que se establecen medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2012 en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Corrección de errores. Ley 5/2012. 23-2-2012. Entidades de Previsión Social Voluntaria.

VALENCIA

— Ley 1/2012. 10-5-2012. Medidas Urgentes de Impulso a la Implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas.

— Decreto 73/2012. 18-5-2012. Determinan las condiciones de aplicación del Real Decreto-ley 14/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo no universitario en la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 16 de mayo, la Fundación «Manuel Giménez Abad», de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, organizó los *DÍALOGOS SOBRE LAS CARAS DEL FEDERALISMO*.

En los mismos, don Roberto BLANCO VALDÉS, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, dialogó con don Xavier ARBÓS MARÍN, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Gerona. Moderó don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Al finalizar se abrió un coloquio con los asistentes.

* * *

El día 24 de mayo se presentó el número 49 de la Colección editorial del «Justicia de Aragón», titulado: *16 ENSAYOS SOBRE DEMOCRACIA, JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS*, cuyo autor es el Excmo. Señor don José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT. En el acto intervinieron, además del autor y «El Justicia», el Excmo. Señor don Carlos CARNICER Díez, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española; don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo, y don Manuel PIZARRO MORENO, Abogado.

* * *

Los días 29 y 30 de mayo, organizadas por la Fundación «Manuel Giménez Abad», de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, tuvieron lugar las *JORNADAS SOBRE EVOLUCIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO. LA AU-*

TONOMÍA ARAGONESA TREINTA AÑOS DESPUÉS, con arreglo al siguiente programa:

Día 29:

- «El Estado Autonómico en la Constitución. Las características de la organización territorial del poder», por don Santiago MUÑOZ MACHADO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

Bloque I. *Los Estatutos de Autonomía de primera generación. El primer mapa autonómico:*

- «Desarrollo constitucional y respuesta andaluza», por don Francisco BALAGUER, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.
- «El Estatuto de Autonomía aragonés», por don Manuel CONTRERAS CASADO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza.

Bloque II. *Las reformas estatutarias de 1996 o el cierre en falso del Estado autonómico:*

- «El significado de la reforma del Estatuto de Autonomía aragonés de 1996», por don José TUDELA ARANDA, Letrado de las Cortes de Aragón.
- «La reacción nacionalista frente a la homogeneización del Estado Autonómico», por don Juan José SOLOZÁBAL, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Día 30:

Bloque III. *Los Estatutos de Autonomía de segunda generación:*

- «La voluntad de transformación del Estatuto de Autonomía catalán», por don Carles VIVER PI-SUNYER, Director del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Cataluña, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.
- «La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010», por don Luis POMED, Letrado del Tribunal Constitucional.
- «El Estatuto de Autonomía aragonés de 2007», por don Xavier DE PEDRO, ex Director General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón, Letrado del Gobierno de Aragón.

Bloque IV. *El Estado Autonómico en un escenario de crisis:*

- «La necesaria respuesta desde la eficiencia», por don Julio LÓPEZ LABORDA, Catedrático de Economía Pública de la Universidad de Zaragoza.
- «¿Reforma constitucional en clave federal?», por don Javier GARCÍA ROCA, Director del Instituto de Derecho Parlamentario, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.
- «Una necesaria mirada de conjunto», por don Luis ORTEGA ÁLVAREZ, Magistrado del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Mesa redonda de partidos políticos.

- Reflexión final, por don Manuel ARAGÓN REYES, Magistrado del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

* * *

El día 5 de junio, organizada por la Fundación «Manuel Giménez Abad» tuvo lugar la JORNADA SOBRE PACTO, DERECHO Y CONSTITUCIÓN. UNA VISIÓN DESDE LA HISTORIA Y EL DERECHO 600 AÑOS DESPUÉS DEL COMPROMISO DE CASPE, con el siguiente programa:

- «Antecedentes y encrucijada histórica del compromiso», por don Esteban SARASA SÁNCHEZ, Profesor Titular de Historia Medieval de la Universidad de Zaragoza.
- «Constitución, pacto y revolución», por don Jesús MORALES ARRIZABALAGA, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- «La Corona de Aragón en el Compromiso de Caspe», por don Salvador CLARAMUNT, Catedrático de Historia Medieval de la Universidad de Barcelona.
- «El pacto en la concepción aragonesa del Derecho», por don Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Catedrático de Derecho Civil y Presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Mesa redonda: *La tradición jurídica de Aragón. Homenaje al Derecho*. Moderador: don Jaime ARMENGOL, Director de «El Periódico de Aragón». Participaron: Excmo. Señor don José Ángel BIEL RIVERA, Presidente de las Cortes de Aragón; Excmo. Señor don Fernando GARCÍA VICENTE, del «Justicia de Aragón»; Excmo. Señor don José Ignacio GUTIÉRREZ ARRUDI, Presidente del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón; Doctor don Juan GARCÍA BLASCO, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad

de Zaragoza; Ilmo. Señor don Eloy JIMÉNEZ PÉREZ, Decano del Colegio Notarial de Aragón.

GALICIA

El día 14 de mayo de 2012 tuvo lugar la JORNADA: *A HORA DA XURISDICCION VOLUNTARIA*, con arreglo al siguiente programa:

- «O novo perfil da xurisdición voluntaria», por Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «O procedemento de mediación: a mediación familiar», por María José BRAVO BOSCH, Delegada Territorial de la Xunta de Galicia en Vigo, Profesora Titular de la Universidad de Vigo.
- «Procura e xurisdición voluntaria», por Juan Carlos ESTÉVEZ Y FERNÁNDEZ-NOVOA, Procurador, Presidente del Colegio Nacional de Procuradores.
- «Competencias rexistras e xurisdición voluntaria», por Francisco Javier GÓMEZ-GÁLLIGO, Registrador, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «Competencias notaríaís e xurisdición voluntaria», por Ignacio SOLÍS VILLA, Notario de Madrid.
- «Xurisdición voluntaria e reserva xudicial», por Rafael DE MENDIZÁBAL Y ALLENDE, Magistrado.
- «A función dos secretarios xudiciais na xurisdición voluntaria», por Jesús SEOANE CACHARRÓN, Secretario Judicial.

Mesa redonda:

Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid; Antonio ROMA VALDÉS, Fiscal especial de Patrimonio y Delitos Urbanísticos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Presidente da Asociación de Fiscales (AF); César RÚA MARTÍNEZ, abogado; Héctor R. PARDO GARCÍA, Notario de Santiago de Compostela.

MADRID

El día 21 de junio de 2012, en la sede de La Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA GLOBALIZACIÓN*.

Ponencia:

- «Trayectoria del Estado constitucional con la perspectiva de la globalización», por Michael STOLLEIS, Catedrático Emérito de Derecho Público en la Goethe-Universität de Frankfurt am Main y Director Emérito del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

Contraponencia:

- «El Derecho Constitucional en la globalización», por Andreas PAULUS, Magistrado del Tribunal Constitucional alemán y Catedrático de Derecho internacional general en la Georg-August-Universität de Göttingen.

VALENCIA

El día 29 de mayo de 2012, el Colegio de Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana firmó UN CONVENIO DE COLABORACIÓN CON LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALENCIA, por el cual los alumnos de Grado y Postgrado de Derecho de esta universidad podrán realizar prácticas académicas externas en los Registros de la Propiedad.

M.^a Emilia ADÁN, Decana Autónoma de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, y José Vicente MOROTE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir», han sellado este convenio de cooperación educativa que estará vigente durante el curso académico 2011-2012, y que se prorrogará de forma automática cada curso. En la firma han estado presentes también Pilar G. GOYENCHE, Directora del Centro de Estudios Registrales, y Luisa VICEDO, Vicedecana de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la citada universidad.

Con esta iniciativa, los registradores contribuyen a la formación integral de los alumnos, complementando el aprendizaje teórico y práctico que estos reciben durante su formación académica.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

M.^a P. POUS DE LA FLOR, R. A. LEONSEGUI GUILLOT, y E. DEL RÍO COBIÁN (dirs.), *Gestión y administración de fundaciones*, Colex & Asociación Española de Fundaciones, 1.^a ed., 2012.

por

DOCTOR DON JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS (*)

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Philanthropy and Fundraising Diploma, New York University, Estados Unidos

El estudio doctrinal de las fundaciones en España puede decirse que ha estado sometido a los mismos vaivenes que las fundaciones en sí mismas: idas y venidas regulatorias, vacíos normativos, reconocimientos parciales o limitados, etc. En efecto, la historia de la misma «fundación» en apenas dos siglos ha pasado de su omnipresencia social —en forma de instituciones de fondo fundacional— a su práctica eliminación durante el siglo XIX, de su tenue reconocimiento, como persona jurídica (*universitas rerum*), hasta su reaparición tímida en el siglo XX y su reconocimiento expreso con la Constitución de 1978. Así, sin perjuicio de varios señeros estudios ya algo antiguos (NART en 1951, LÓPEZ JACOISTE en 1965, VALERO AGÚNDEZ en 1969, principalmente) y otros dispersos en el tiempo (BÁDENES GASSET en 1977, MALUQUER DE MOTES en 1983), con alguno anterior a todos ellos, no hay un importante cuerpo de doctrina, como tampoco hubo una legislación completa prácticamente, hasta la aparición de la Ley de fundaciones de 1994. Es en tal momento cuando se elaboran los primeros análisis de gran entidad (los libros de DE LORENZO y GARCÍA-ANDRADE, los Comentarios a la Ley, y otros libros de diversa factura y calidad). Desde entonces, y especialmente desde la aparición de la Ley de 2002, han ido proliferando los estudios generales y parciales con diverso éxito y categoría: varios comentarios sobre la Ley, otros análisis completos sobre la fundación, hasta estudios de la fundación desde otros ángulos, bien como análisis parciales de la fundación (actividad empresarial, fiscalidad, regulación civil, régimen histórico) bien como parte de obras más generales (mercantil, administrativo, Cajas de Ahorro, etc.). Sobre todos ellos han surgido unos estudios centrados en un fenómeno prácticamente único en Europa: el de las llamadas «fundaciones en mano pública» en sus muy diversas categorías y de un modo generalmente crítico hacia tal institución (VAQUER CABALLERÍA, SOCÍAS CAMACHO, CARBALLEIRA y SOSA WAGNER, entre otros).

(*) Autor de *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2010; *La fundación ¿una casa sin dueño?* (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Estados Unidos, Reino Unido, Alemania y Francia), Iustel, 2012.

Un episodio aparte de todo lo antes dicho requieren los libros dedicados al «tercer sector». Estos surgieron al rebufo de los análisis llevados a cabo por el *John Hopkins Non Profit Book Series* en los años noventa, pero hoy puede decirse que están, al menos en nuestro ámbito, un poco abandonados. De tal manera que si bien hay algunos análisis socio-económicos muy completos en aquel momento (el primero fue alrededor de 1993 y una traducción del más general a nivel mundial que se hizo en España en 1999), los últimos estudios habidos sobre el «sector no lucrativo» recogen datos y visiones de hace ya más de cinco años (2005-2006); lo cual los deja un poco obsoletos. En ningún caso estos últimos trabajos aportan novedades, como lo hicieron aquellos u otros de ámbito más europeo (A. SCHLÜTTER & V. THEN & P. WALKENHORST, *Foundations in Europe. Society, Management and Law*, CAF & Bertelsmann Foundation, 2001); dejando a salvo algún estudio parcial, como el realizado sobre el gobierno fundacional comparado entre Europa y los Estados Unidos [K. J. HOPT & T. V. HIPPEL (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010], y otro interesante estudio sobre filantropía y el concepto de fundaciones (H. K. ANHEIER & S. DALY, *The Politics of Foundations. A comparative analysis*, Routledge London, 2007) o algunos otros parciales y variados, que no recojo.

Pues bien, en los últimos años están apareciendo, por primera vez en España, obras de conjunto, dicho sea en varios sentidos. En primer lugar, estudian la fundación desde muy diversos ángulos científicos, tanto jurídicos como de otro tipo. En segundo lugar los realizan diversos autores. Esto, en principio, no sería novedad. Pero sí lo es que en estos análisis el texto está realizado de una manera coordinada y conjunta. Y, en tercer lugar, estos estudios van paulatinamente recogiendo el enorme esfuerzo doctrinal que, a este respecto, se ha ido acumulando tanto en España como en el extranjero. Aquí estarían, por citar algunos, los *Anuarios de Fundaciones* de 2010 y 2011, editados por Iustel, *Comentario sistemático de la LF* de Aranzadi de 2010, particularmente. Sin embargo puede afirmarse que en medio de este ya rico conjunto, la visión comparada de las fundaciones es en España exigua, incompleta y, en ocasiones, desconocida, con datos muy parciales o muy anticuados.

No obstante todo ello, nuestro panorama editorial carecía de algún texto que combinara varios factores: multidisciplinariedad, calidad doctrinal, variedad de autores pero con compacidad, cualidades prácticas y que, con todo ello, fuera además suficientemente práctico y manejable para no ser un impedimento a su lectura y estudio. Estrictamente hablando, ninguna de las obras citadas tienen estas cualidades, aunque tengan muchas otras y sean absolutamente necesarias: o bien son excesivamente amplias en su contenido y doctrinalmente variadas y dispersas, o bien son muy parciales en su propósito, por lo que se centran en un aspecto muy particular. Esta era, pues, una laguna de nuestro panorama editorial que ha cubierto magníficamente bien la obra que ahora recensiono.

La obra *Gestión y administración de fundaciones* cubre este importante vacío. Y lo hace sin paliativos y con gran acierto. Comienza con un análisis doctrinal sobre el ser y funcionamiento civil de la fundación, que es la base necesaria para cualquier estudio de estas al menos en nuestro ordenamiento. El Derecho Civil es padre del Derecho, en general, y, por lo tanto —y particularmente— de esta forma jurídica; institución eminentemente civil en su sentido más profundo. Esta primera aproximación civil se hace, además, de manera suficientemente condensada como para no resultar un indigesto estudio doctrinal; más bien al contrario. No se ha adoptado un punto de vista excesivamente dogmaticista, jurídico y

estático, sobre el cual nuestro panorama editorial quizá está algo saturado, sino dinámico; es decir, examinando los elementos operativos de la fundación: naturaleza y constitución de la fundación desde los diversos «ordenamientos» (estatal y autonómicos), gobierno y supervisión, y funcionamiento de la fundación. A continuación, el análisis utiliza otros ángulos absolutamente precisos al tratar sobre la institución «fundación» en la actualidad (fiscalidad, mecenazgo, actividades económicas, contabilidad, análisis de gestión, comunicación, *fundraising*, etc.).

Este «nuevo» ángulo combinado ha sido, y es, muy común en la *terra foundationis* que son los Estados Unidos, pero no había sido frecuente entre nosotros. En efecto, como ya apuntara, nuestros análisis han estado excesivamente pegados a las discusiones jurídico-doctrinales, en gran medida debido a la ausencia de una legislación clara y completa hasta tiempos muy recientes. Pero resultaba ya urgente que este tipo de estudios combinados se realizaran. El sector fundaciones es en España un sector pequeño, quizá mediano, pero importante, sólido y fuertemente arraigado. Sus cada vez más numerosos componentes necesitaban, pues, una obra de estas características y entidad, que combinara las «soluciones» jurídicas, suficientemente comentadas, junto con las económicas, financieras, fiscales, organizativas, etc. Este es el espacio que ha cubierto este libro.

De tal manera que me atrevo a señalar que este auténtico «manual», por lo manejable y preciso, es una combinación ideal, pero tangible, entre conocimiento jurídico bien *asimilado* y a la vez expuesto de manera sencilla, que no simple, con un más que notable pragmatismo operativo. Este juicio, como es evidente, no supone una crítica a otras obras. En el panorama editorial son necesarias tanto las obras generales de tipo sistemático y de análisis legal, los estrictos comentarios a las leyes, como los estudios monográficos, tipo tesis doctoral, sobre aspectos concretos, y los análisis doctrinales de tipo interpretativo general. Pero de nada sirven unos y otros sin que existan obras que, como esta, asimilan todos ellos exponiéndolos de una manera que resulte útil para los operadores de las fundaciones (en este caso) y, por ello, de manejo imprescindible para entender y tener unas pautas generales para asegurar su buen funcionamiento. Ni que decir tiene que la faceta profesional práctica de sus autores les ha permitido acudir a los puntos neurálgicos en la vida fundacional, sin perderse por vericuetos culteranos (en los que en los que frecuentemente nos perdemos los académicos; verdaderos callejones sin salida que no siempre, a veces casi nunca, fecundan una realidad tan rica como es, en este caso, la fundacional). Esto es especialmente notable en varios capítulos cuyo texto se acompaña de esquemas, cuadros y exposiciones que permiten entender muy bien aspectos muy complejos (*fundraising*, campañas, fiscalidad, contabilidad, obligaciones informativas, etc.). Todo esto —que no es poco— es lo que se hace en este libro.

El libro presenta un esquema muy compacto que denota la labor de coordinación —no mera suma de saberes parciales— y de concisión en su redacción. Entiendo que las exigencias del guión editorial aconsejan una brevedad que en ocasiones —como quizá en esta— está reñida con una mayor complitud de algunos aspectos que quedan meramente hilvanados. Pero, como he indicado, para acudir a ver los hilos más fuertes, hay numerosas monografías recientes y otros textos de comentarios de la Ley, etc. El libro contiene quince capítulos realizados por once autores y ocupa 439 páginas. Resulta así un tamaño muy manejable y legible, máxime si se piensa que no todo puede resultar del interés de un determinado lector; aunque su lectura completa resulta enormemente aconsejable para tener una idea de conjunto acerca de todo lo antedicho. Veamos, ahora y brevemente, cada uno de los capítulos.

El primer capítulo, firmado por M.^a P. POUS DE LA FLOR, realiza un análisis del régimen básico de la fundación desde una perspectiva civil y normativa, atendiendo específicamente a la legislación estatal y las autonómicas (dentro de la gran complejidad a la que se está llegando con esta «motorización» legislativa producida por un motor de 17 válvulas y otro motor, el estatal, auxiliar; todo ello con un depósito de combustible que se está demostrando muy corto para su voracidad de consumo): qué es la fundación, cómo es su constitución, formación e inscripción. Los temas que subyacen en este capítulo son de tal calado —y no es el menor el propio concepto de fundación— que haber condensado todo ello de un modo tan manejable y claro resulta un verdadero alarde de esfuerzo (según puedo inferir de que lo que ha costado a mí mismo hacerlo en otros lugares). Evidentemente se trata de una lectura obligatoria para entender todo lo que sigue.

El segundo capítulo, elaborado por J. RUIZ y L. TEJEDOR, se dedica al gobierno de la fundación. Esto se hace acertadamente de dos maneras: primero uniendo al gobierno estricto de la fundación (patronato) con el protectorado (público) que lo supervisa; y segundo realizando un análisis práctico y eminentemente real (de situaciones reales): reuniones, votaciones, toma de decisiones, etc. En cuanto a lo primero, la combinación de uno y otro parece más que adecuada, aunque la acción de supervisión pública se realice no estrictamente sobre el gobierno —lo cual, además, no ocurre con fuerza en nuestro caso— sino sobre el conjunto de la fundación. Esta vinculación concreta de la supervisión sobre el gobierno es debida a que debido a la esencia heterónoma de la fundación, se ha generado cierta distorsión entre el gobierno y la institución aunque, como es evidente, lo que debe controlarse es lo que hacen quienes «representan» la fundación, aunque no sean ella.

El funcionamiento de la fundación puede verse de dos maneras: una de los tipos o formas de gestión —que se verá más adelante en sus diversas manifestaciones—; y otra mucho más íntima y profunda en torno a la actividad de la fundación sobre su base patrimonial fundamental. El elemento patrimonial es parte del ser de la fundación, junto con su fin de «interés general», su esencia heterónoma, su carácter no lucrativo (al menos de lucro subjetivo) y su autonomía. Pues bien, precisamente el capítulo III, escrito por la profesora R. LEONSEGUI es, también, un alarde de sencilla complejidad en el tratamiento de aspectos capitales: base patrimonial, administración, actividades empresariales, modificación y extinción patrimonial, etc.; cuestiones todas ellas de enorme calado donde se juega el ser, la esencia de la fundación en sus más profundos términos, sin que hablar de «esencia» le reste ni un ápice de practicidad a estos temas.

Los dos capítulos siguientes los firma I. PEÑALOSA y se centran en un aspecto que se ha ido convirtiendo en el factor neurálgico del régimen de las fundaciones en varios lugares —como los Estados Unidos, Alemania y Holanda, aunque no tanto entre nosotros— cual es la fiscalidad. He agrupado lo que, no obstante, está separado en el libro: la fiscalidad de la fundación (como estructura) y del mecenazgo (como actividad). B. R. HOPKINS ha dedicado varios estudios completos a ello, separando claramente uno y otro, como se hace en el libro, pese a que yo lo incluya en un único párrafo. Aunque la relación es profunda, al ser la fiscalidad única estamos ante formas y actividades distintas que conducen a regímenes muy distintos.

Estos capítulos tienen un carácter eminentemente práctico pues, como apuntara, en nuestro país el régimen (conceptual) de las fundaciones es previo al fiscal y determina en gran medida su régimen (al igual que ocurre en Francia y en Inglaterra). O dicho de otro modo, la fiscalidad no está configurando el régimen

de las fundaciones, como ha ido ocurriendo en los primeros lugares señalados. Por eso, en definitiva, apenas se ha interesado la fiscalidad por aspectos «conceptuales»; a los que circunvala. No obstante, conocerlo bien es cada día más preciso por varios motivos. El primero es el puro efecto imitatorio, máxime el grado de desarrollo del sistema fiscal-fundacional y de *fundraising*, que se ha producido con respecto al régimen de los Estados Unidos. El segundo, es que caminamos hacia un modelo federal, por lo que la solución de una unificación del régimen por la vía fiscal (federal) puede resultar cada vez más fuerte. El tercero porque es posible que sea por esta vía cómo se vaya llegando a un régimen común operativo para las fundaciones en Europa en particular, pues aunque hay aspectos anteriores de tipo esencial, al final la operatividad real de las fundaciones extranjeras se juega en este campo fiscal.

J. M. CAJIGAL elabora un excelente y muy completo capítulo VI sobre un aspecto que ha estado totalmente olvidado en otros análisis: el presupuesto de la fundación en el marco de la planificación económica. En este lugar se analizan los tipos de base patrimonial de la fundación para, a partir de ahí, exponer los sistemas de financiación y presupuestación que se adecuen mejor a tal estructura. Resalta la faceta práctica en su manera de elaborarlo, que resultará de enorme interés a quienes deban hacerlo.

Relacionados con los tres capítulos anteriores, E. DE LA RÚA ALONSO DE CORRALES ha escrito los capítulos VII y VIII, dedicados a otro de los aspectos preteridos entre la doctrina al uso: la contabilidad de las fundaciones. Aspecto neurálgico sin el cual la acción de gobierno está coja y manca; pero que, pese a ello, ha sido y continúa siendo, en gran medida, la cenicienta en los estudios al uso. De nuevo nos encontramos con que en otros países le dedican un enorme esfuerzo en este ámbito, pero aquí ha estado un tanto olvidado. El lado práctico de estos capítulos, unido a su complitud, muestran que esto puede y debe empezar a cambiar, y este capítulo es su base necesaria.

Solapándose un tanto con estos capítulos pero buscando otros ámbitos, P. JUEZ MARTEL ha escrito un capítulo dedicado específicamente al análisis en la gestión de los diversos aspectos de las fundaciones: cuentas, análisis financiero y económico, y presupuestación. Su interés, como el de los anteriores, es máximo, tanto para los gestores de las fundaciones como para los que las gobiernan o supervisan internamente, como para las autoridades que las controlan. La tecnificación en la escala de gestión fundacional tiene que empezar por incluir cada vez más y mejores sistemas de este tipo, siempre sin perjuicio —sino más bien en beneficio, a modo de refuerzo— del caldo de «confianza» (*trust*) en el que se basa este sector.

El *fundraising* o captación de fondos es uno de los campos que gozan de más desarrollo en los Estados Unidos, Inglaterra y otros países con un sector fundacional fuerte y competitivo. Y ello tanto, en primer lugar, referido a la acción de recaudar-fondos como, en segundo, en cuanto a la existencia de numerosos libros, de diverso tono, dedicados a explicar cómo debe hacerse (firmados por expertos profesionales cuya ocupación es directamente la obtención de fondos o el asesoramiento de cómo realizarla). En efecto, cómo conseguir dinero es fundamental para un sector que mueve miles de millones de dólares y supone algo así como el 4 por 100 del PIB de la mayor economía del mundo. Hasta donde me consta, el capítulo X firmado por I. VENDRELL es pionero en esta materia en España y su enfoque es particularmente novedoso y brillante. Resulta así, ya por sí solo, motivo suficiente para adquirir esta obra (dicho sea sin perjuicio de todos los demás capítulos).

Podemos englobar, en un último apartado, una serie de aspectos que sin ser neurálgicos o «esenciales» al ser de la fundación, sí son cada día más fundamentales para el correcto funcionamiento de cualquier estructura moderna y por ello, y específicamente, de la fundación. Los capítulos XI a XV se dedican, paulatinamente, a: planificación y gestión estratégica, planificación operativa, comunicación, gestión de proyectos y gestión de personas. Estos cinco capítulos están elaborados por I. VENDRELL, E. DEL RÍO y C. CORTÉS; lo han hecho de un modo muy interrelacionado, compacto y práctico. De nuevo son de enorme interés en la gestión concreta de una fundación. Su carácter introductorio —en gran medida debido a la ausencia de estudios monográficos sobre todo ello— los convierten en análisis fundamentales para todo directivo de una fundación, aunque sus tareas no sean específicamente las estudiadas en estos capítulos. Considero que, en todo caso, su lectura evitaría dos pecados habituales: primero, el amateurismo diletante de numerosos patronos fundacionales; y segundo —en numerosas ocasiones a la vez que el anterior— lo que los americanos denominan síndrome LYBATO, que se produce específicamente en algunos directivos, que significa que algunos de los patronos gobiernan las fundaciones sin querer esforzarse: *leave your brains at the door* (dejan su cerebro al otro lado de la puerta). Todo lo cual produce enormes daños en el sector y en cada fundación concreta.

Si la edición de un libro siempre —o casi siempre— es un hecho por el que alegrarse, en este caso lo es por partida doble o incluso triple. El primero porque en los tiempos que corren, una edición es casi un milagro que se debe a varios factores. Unos extrínsecos como los económicos (interés comercial, ventas, etc.); pero otros intrínsecos: los que se basan, cada vez más, en la calidad del producto, como en este caso. El segundo porque si se trata, además, de una edición elaborada sobre la base de otro estudio anterior que ha sido mejorado, ampliado y convertido en un análisis más completo y práctico, parece claro que la calidad se asienta y se confirma por los hechos y el éxito que se logra con notable esfuerzo personal y colectivo, como también es el caso. El tercero porque la especificidad, compacidad, precisión, agudeza y urgencia de los temas tratados, y de cómo se han tratado, hace de este un libro imprescindible tanto para el fundador, el patrono, el supervisor como para el estudioso de esta insigne institución de nuestro ordenamiento; testigo jurídico de la historia social, política, económica que atraviesa un renacimiento muy acorde, y muy necesario, con estos tiempos en los que público y privado necesitan un nuevo entendimiento al que este libro contribuye enormemente. Después de todo lo dicho, ¿es realmente necesario que dedique alguna frase más a aconsejar su adquisición, lectura y estudio detenido?

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD CIVIL

Número 10 (2012)

«La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma», por Vicente MAGRO SERVET, pág. 1058.

«El pago del precio en el ejercicio del retracto arrendaticio rústico», por Begoña FLORES GONZÁLEZ, pág. 1072.

Número 11 (2012)

«Contratación internacional y globalización. Autonomía material, autonomía conflictual y marco imperativo», por José María ESPINAR VICENTE, pág. 1184.

«Objeto y alcance de la sustitución ejemplar en el Código Civil», por María Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, pág. 1216.

ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA

Número 10 (2012)

«Entes públicos de Derecho Privado: necesidad de su replanteamiento», por Daniel CUADRADO ZULOAGA, pág. 1233.

«El trámite de audiencia de la Junta Local de Seguridad en la instrucción de expedientes sancionadores de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana», por Juan Miguel ALCÁZAR AVELLANEDA y Javier Tiberio VIDAL MAESTRE, pág. 1248.

Número 11 (2012)

«Análisis de la evolución de los partidos políticos contemporáneos: de los partidos de notables a los partidos electorales-profesionales», por Ángel RODRÍGUEZ LÓPEZ, pág. 1354.

«La vía administrativa como requisito necesario para acceder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo», por Juan Luis IBARRA SÁNCHEZ, pág. 1361.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL (Octubre-diciembre 2011)

«Aspectos contractuales de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de combustibles», por F. GÓMEZ POMAR y M. GILÍ SALDAÑA, pág. 1409.

«La prescripción de los títulos nobiliarios», por C. SANCIÑENA ASURMENDI, pág. 1445.

«La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», por N. FENOY PICÓN, pág. 1481.

«La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», por L. F. SAN MIGUEL PRADERA, pág. 1685.

CRÓNICA TRIBUTARIA Número 142/2012

«La economía del cambio climático y la fiscalidad», por Domingo CARBAJO VASCO, pág. 7.

«Aspectos problemáticos de la no sujeción de la transmisión del patrimonio empresarial en el artículo 7.1.º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido», por Olga CARRERAS MAÑERO y Sabina DE MIGUEL ARIAS, pág. 45.

«Planificación fiscal o aumento de carga tributaria del Impuesto sobre Sociedades en la inversión en renta variable, renta fija, derivados y el uso de coberturas con el actual Plan General de Contabilidad», por Luis GIL HERRERA, Camilo NAVARRO HERAS y Camino PRADO ROMÁN, pág. 57.

«Tratamiento fiscal de un *trust* discrecional constituido en el extranjero por un residente en España. Derecho Comparado y posible aplicación del régimen de atribución de rentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», por Plácido MARTOS BELMONTE, pág. 77.

«Reflexiones sobre la reforma del Impuesto sobre Sociedades en tiempos de crisis», por Raquel PAREDES GÓMEZ, pág. 95.

«Las tasas portuarias y la potestad tarifaria de las autoridades portuarias de los puertos de interés general», por Carmen RUIZ HIDALGO, pág. 113.

«La concurrencia y articulación del Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana con otros tributos que recaen sobre el mismo objeto imponible», por Fernando DE VICENTE DE LA CASA, pág. 129.

«Constitucionalidad, legalidad y justicia del Concierto Económico con el País Vasco», por Javier VICENTE MATILLA, pág. 157.

DIARIO LA LEY

Número 7848 (30 de abril de 2012)

«Transferencia intraeuropea de la sede de dirección de la empresa: Derecho Privado, fiscalidad y libertad de establecimiento. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, Asunto C-371/10, *National Grid Indus BV e Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*», por Rafael ARENAS GARCÍA.

Número 7850 (3 de mayo de 2012)

«El derecho de defensa según la sentencia 79/2012, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo», por José Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN.

Número 7851 (4 de mayo de 2012)

«Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos», por Enrique VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS.

Número 7852 (7 de mayo de 2012)

«La incorporación al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», por Vicente MAGRO SERVET.

Número 7856 (11 de mayo de 2012)

«El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal», por María Lourdes SOTO RODRÍGUEZ.

Número 7859 (16 de mayo de 2012)

«El “daño” en la responsabilidad civil por productos defectuosos (régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea, de 8 de septiembre de 2011, sobre la Directiva 85/374/CEE)», por Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO.

Número 7864 (23 de mayo de 2012)

«Cuando transcripción es invasión: caso Palma de Mallorca», por Fernando Javier CREMADES LÓPEZ DE TERUEL.

Número 7865 (24 de mayo de 2012)

«El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad», por Javier NISTAL BURÓN.

Número 7867 (28 de mayo de 2012)

«La nueva regulación del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (vulgo multipropiedad) en estado de revista para el momento en que se reactive el sector turístico vacacional», por Fernando PÉREZ DE LA SOTA.

Número 7868 (29 de mayo de 2012)

«Política penitenciaria, legislación y terrorismo», por José Luis MANZANARES SAMANIEGO.

Número 7869 (30 de mayo de 2012)

«El derecho fundamental a un proceso acusatorio», por Vicente GIMENO SENDRA.

NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Número 328 (Mayo 2012)

Monográfico 150 aniversario de la Ley del Notariado

«Derecho Contractual europeo: el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La seguridad jurídica y el pacto de estabilidad y crecimiento en Europa», por Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, pág. 15.

«Las nociones de función pública y de autoridad pública en la Unión Europea», por Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, pág. 25.

«El control de legalidad notarial en el Derecho de la Unión», por Lorenzo PRATS ALBENTOSA, pág. 39.

«El documento público en la Unión Europea», por Manuel MEDINA ORTEGA, pág. 51.

«El Derecho de la Persona. El Notario y la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU», por Rosa ESTARÁS FERRAGUT, pág. 59.

«La transmisión inmobiliaria en Europa: el papel del Notario y del Registro de la Propiedad», por Enrique BRANCÓS NÚÑEZ, pág. 69.

«El Notario y el Derecho de Familia en la Unión Europea», por Pedro CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, pág. 83.

«El Derecho de Sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones», por Isidoro Antonio CALVO VIDAL, pág. 97.

«Incidencia en el Derecho Patrimonial del futuro Reglamento comunitario sobre sucesiones *mortis causa*», por Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, pág. 109.

«El proceso de simplificación del Derecho Societario europeo. Manifestaciones en el ordenamiento español en el ámbito de la constitución de sociedades», por Álvaro LUCINI MATEO, pág. 121.

«Panorámica del Derecho de Sociedades en la Unión Europea», por Antonio FERNÁNDEZ-GOLFÍN, pág. 133.

«Los Notarios y el Derecho de la competencia», por Santiago MARTÍNEZ LAGE, pág. 143.

«El Derecho de los Consumidores en la Unión Europea y el Notariado», por Rafael MARTÍNEZ DIE, pág. 153.

Número 329 (Junio 2012) Monográfico Comunicación Audiovisual

- «El derecho del ciudadano a una comunicación audiovisual plural y transparente», por José Manuel BOCANEGRA REQUENA, pág. 3.
- «La cultura en la Ley General de Comunicación Audiovisual», por Susana DE LA SIERRA y Fernando GONZÁLEZ BOTIJA, pág. 11.
- «La protección de los menores y las personas con discapacidad en los medios audiovisuales», por Juan Ignacio GRANDE ARANDA, pág. 29.
- «Los derechos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual», por Celeste GAY FUENTES, pág. 41.
- «El régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual en un mercado transparente y plural y el pluralismo en el mercado audiovisual televisivo», por Carlos COELLO MARTÍN y Fernando GONZÁLEZ BOTIJA, pág. 59.
- «Libre prestación de servicios de comunicación audiovisual», por Ornar BOUAZZA ARIÑO, pág. 89.
- «Los prestadores públicos del servicio de comunicación audiovisual», por Fernando GONZÁLEZ BOTIJA, pág. 101.
- «Del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: ¿Una nueva Administración independiente?», por Miguel Ángel RUIZ LÓPEZ, pág. 139.
- «El nuevo régimen sancionador en la comunicación audiovisual», por Miguel Ángel RECUERDA GIRELA y Francisco Miguel BOMBILLAR SÁENZ, pág. 155.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO AMBIENTAL Número 21 (Enero-Abril 2012)

- «Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial», por Martín María RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 23.
- «La gestión territorial de los recursos hídricos españoles. Tensiones entre las fronteras físicas y administrativas», por Joaquín MELGAREJO MORENO y Andrés MOLINA GIMÉNEZ, pág. 61.
- «El régimen jurídico de los contratos territoriales del medio rural», por M.^a Teresa CANTÓ LÓPEZ, pág. 125.
- «Las Confederaciones Hidrográficas tras diez años de Directiva Marco de Aguas. El caso de la demarcación hidrográfica del Cantábrico oriental», por Amparo SERENO ROSADO, pág. 155.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO PATRIMONIAL Número 18 (Enero-Junio 2012)

- «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo», por M.^a Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, pág. 25.
- «El procedimiento especial de realización de las mercancías transportadas en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías», por Sonia RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, pág. 71.
- «Los efectos de la declaración de concurso en relación a los contratos celebrados por el concursado (especial consideración del incumplimiento del concurso)», por Ana CAÑIZARES LASO, pág. 121.
- «Ficheros de solvencia patrimonial y de crédito: cuestiones civiles y su apreciación por los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo», por Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, pág. 147.
- «La acción rescisoria por fraude de acreedores en la práctica judicial, en especial análisis del requisito de la subsidiariedad procesal», por José Manuel DE TORRES PEREA, pág. 185.
- «La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales», por M.^a Carmen CRESPO MORA, pág. 213.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS Número 28 (Enero-Abril 2012)

- «Los medios electrónicos y las obligaciones formales en el ámbito tributario», por Ana María DELGADO GARCÍA, pág. 19.
- «Administración electrónica tributaria y protección de datos personales», por Rafael OLIVER CUELLO, pág. 41.
- «*Creative Commons*: un nuevo entendimiento de la cultura y la adecuación de sus licencias a la normativa española», por Luis RODRÍGUEZ MORO, pág. 65.

REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL Número 125 (Enero-Marzo 2012)

- «Reforma del sistema financiero en Estados Unidos: la llamada *Dodd-Frank Act*», por Javier MARTÍNEZ ROSADO, pág. 7.

- «Hacia un nuevo paradigma de las garantías reales. ¿Reconstrucción teórica o viejos anclajes?», por Abel B. VEIGA COPO, pág. 39.
- «Transformación de las Cajas de Ahorro en un entorno de crisis. El proceso de bancarización», por María Cruz MAYORGA TOLEDANO, pág. 95.
- «Las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones financieras en los préstamos hipotecarios: tratamiento registral, procesal y concursal», por Íñigo VILLORÍA RIVERA, pág. 121.
- «Cuestiones de actualidad en relación con las sociedades anónimas cotizadas», por Manuel OLIVENCIA RUIZ, pág. 149.
- «Depósito en garantía (un ejemplo normativo desde el Fuero Nuevo de Navarra)», por Rafael LARA GONZÁLEZ, pág. 153.
- «Transacciones trascendentes. Operaciones fuera de balance, disociación de la propiedad y problemas regulatorios, patrimoniales y de gobierno», por David RAMOS MUÑOZ, pág. 171.
- «La relevancia del factor riesgo en la regulación del Fondo de Garantía de Depósitos de entidades de crédito», por Víctor MARTÍNEZ MULERO, pág. 241.
- «Propuesta de modificación del artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores a propósito de los instrumentos financieros derivados sobre autorizaciones de emisión», por Sara GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 263.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Número 187 (Enero-Abril 2012)

- «Un complejo modelo de distribución de competencias que necesita otras garantías», por P. BIGLINO CAMPOS, págs. 11-29.
- «La reforma del artículo 135 de la Constitución Española», por J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, págs. 31-66.
- «El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructura», por A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, págs. 67-95.
- «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», por M.^a A. MUÑOZ GUIJOSA, págs. 97-139.
- «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», por T. R. FERNÁNDEZ, págs. 141-170.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS Número 156 (Abril-Junio 2012)

- «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)», por Manuel VILLORIA y FERNANDO JIMÉNEZ, págs. 13-47.
- «Género en el discurso constitucional del aborto», por Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, págs. 49-83.
- «¿Hubo republicanos en el Trienio Liberal? Historia, moral y federalismo en el discurso republicano del primer liberalismo», por Jordi ROCA VERNET, págs. 85-123.
- «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», por José María PORRAS RAMÍREZ, págs. 125-166.
- «La alternativa al funcionalismo y al marxismo: la sociología del Estado de Birnbaum», por Ignacio M.^a BEOBIDE EZPELETA y Luis Ignacio GORDILLO PÉREZ, págs. 167-207.
- «Génesis y evolución de los conceptos cultura y diversidad desde los acuerdos de la OMC (1994) hasta la Convención de la UNESCO sobre diversidad cultural (2005)», por Martí PETIT, págs. 209-239.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO Número 153 (Enero-Marzo 2012)

- «Hacia una directiva de mercado interior de la energía», por José María GIMENO FELIU, pág. 77.
- «La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales», por Luis MIGUEZ MACHO, pág. 33.
- «Culpa *versus* ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo», por Silvia Díez SASTRE, pág. 63.
- «Crisis económica y transformaciones administrativas», por Lorenzo MARTÍN-RE-TORTILLO BAQUER, pág. 89.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (Enero-Junio 2012)

- «La integración de los derechos humanos en la labor del Banco Mundial: el caso del Ombudsman y asesor en materia de observancia», por B. ARP, pág. 11.

«Acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable», por L. CARBALLO PIÑEIRO, pág. 43.

«Los actores internacionales en el ámbito de la no proliferación y el desarme nuclear: características e impacto», por I. MARRERO ROCHA, pág. 73.

«El largo camino de la protección medioambiental y la lucha contra el cambio climático», por S. MORÁN BLANCO, pág. 103.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA Número 1 (Enero-Marzo 2012)

«De la bioética al bioderecho —retos para el jurista español—», por Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, pág. 7.

«Daños determinantes de responsabilidad médica», por Carlos ROGEL VIDE, pág. 29.

«El principio de argumentación del Estado constitucional de derecho», por Uriel PINA REYNA, pág. 47.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA Número 2 de 2012

«Aprender Derecho, aprender Abogacía», por Pedro MIROSA MARTÍNEZ, pág. 297.

«La convivència estable de parella i qüestions sobre la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió», por Diana MARÍN CONSARNAU, pág. 329.

«La mejora, reducción y modificación del embargo y sus medidas de garantía. Estudio del artículo 612 LEC», por M. Carme BASSAS MUNDO, pág. 357.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 127 (Enero-Abril 2012)

«Princípio da proporcionalidade e a boa administração pública», por Leandro ANTONIO PAMPLONA, pág. 13.

«La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica», por Enrique LÓPEZ JIMÉNEZ, pág. 31.

- «El concepto de “residuo”. Consecuencias sobre los deberes municipales de la Ley para la Gestión Integral de Residuos», por Ronald HIDALGO CUADRA, pág. 71.
- «Una estrategia para el Estado contemporáneo: la nueva gerencia pública», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 89.
- «Análisis de las flexibilidades contenidas en el acuerdo ADPIC a la luz de las patentes farmacéuticas», por Juan Manuel MEDINA AMADOR, pág. 109.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 1 (2011)

- «Reconocimiento de estados y reconocimiento de gobiernos: tendencias actuales en el Derecho Internacional», por Franklin J. AVILÉS SANTA, pág. 1.
- «El efecto de la mediación como método alternativo para la solución de conflictos en los casos de menores en Puerto Rico según analizado en el caso *El Pueblo en interés del menor C. L. R. y A. V. L.*, 2010 T.S.P.R. 20», por Normaris RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, pág. 25.
- «El fraude corporativo y su efecto en la crisis financiera de 2008», por Zarel SOTO ACABA, pág. 53.
- «Responsabilidad del contador público autorizado por impericia profesional relacionada a servicios en asuntos contributivos», por Yasmín COLÓN COLÓN, pág. 71.
- «El entrapamiento: Quebranto del debido proceso de ley en su aplicación dentro del sistema jurídico de Puerto Rico», por Daniel FRANCO SANTIAGO, pág. 95.
- «Los derechos de los padres biológicos en Puerto Rico: ¿existen en el proceso de adopción voluntaria?», por Imarie A. CINTRÓN ALVARADO, pág. 111.
- «Facebook®, Twitter®, YouTube® y My Space®: Autenticación y admisibilidad de la evidencia electrónica obtenida de perfiles de redes sociales, correos electrónicos y SMS mensajes de texto, ante un nuevo alcance del descubrimiento de prueba (*cambio sustancial en las Nuevas Reglas de Evidencia y Procedimiento Civil*)», por Catherine DIMARGIE GONZÁLEZ RIVERA, pág. 133.
- «Puerto Rico's Author's Moral Rights Law of 2012: A Model for Federal Recognition and the Protection of Authors' Moral Rights», por Amanda R. COLLAZO MAGUIRE, pág. 187.
- «Somalia: Una hambruna inducida», por Nelson A. SANTOS GARCÍA, pág. 217.
- «El *Certiorari*. Sinopsis de la historia y su limitación en el Derecho puertorriqueño», por Luis Antonio FERRER RIVERA, pág. 239.

RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE Número 2 (Marzo-Abril 2012)

- «Variazioni (*in re minore*) in tema di revocazione e sentenza giuridicamente inesistente», por Vittorio COLESANTI, pág. 275.
- «Mediazione ed accesso alla giustizia», por Luigi Paolo COMOGLIO, pág. 288.
- «Osservazioni sull'art. 15 della legge fallimentare», por Francesco CORDOPATRI, pág. 303.
- «L'azione di adempimento nel processo amministrativo», por Ilaríá PAGNI, pág. 328.
- «Incidente probatorio e tutela della vittima del reato», por Arturo CAPONE, pág. 344.

RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE Número 4 (2011)

- «L'estinzione delle società di persone», por Michele PERRINO, pág. 699.
- «La "sterilizzazione" del voto nelle società per azioni: appunti in tema di "whitewash" e dintorni», por Mario NOTARI, pág. 743.
- «Modelli di controllo dell'attività di revisione contabile e incostituzionalità del Sarbanes-Oxley Act», por Andrea GUACCERO, pág. 763.
- «Subentro nell'impresa e divieto di concorrenza», por Francesco BUCCELLATO, pág. 781.
- «L'azione sociale di responsabilità e la responsabilità verso i creditori», por Stefania SERAFINI, pág. 849.
- «Il recesso ex art. 2343 C. C.», por Sabrina MASTURZI, pág. 905.
- «La maggiorazione del dividendo nelle società quotate», por Roberto CUGNASCO, pág. 921.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO MODELO ÚNICO EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios para ser considerados ESTUDIOS, de 10 a 25 folios para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.

En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (*en cursiva*) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o solo en castellano y nosotros lo traducimos.

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (*sin negritas ni subrayados*).
- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I.

II. 1.

III. 1. A.

IV. 1. A. a)

V. 1. A. a) a')

- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:

I. ...

II. ...

III. ...

- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo: STS de 22 de octubre de 2002.

- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *Libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- NORMAS GENERALES:

FUENTE: Times New Roman.

ESTILO DE FUENTE: Normal (*sin negrita, ni subrayados*).

TAMAÑO: 12 p.

INTERLINEADO: Sencillo.

EXTENSIÓN: *Mínima de 10 y máxima de 20 páginas con el anterior formato.*

Teniendo en cuenta que se trata de una sección que debe observar criterios de unidad y calidad jurídica y para atender también al impacto *editorial*, la *extensión ha de ser observada en todo caso, no resultando posible publicarlos en caso contrario.*

TÍTULO: En minúscula.

VOCES Y RESUMEN: En cursiva.

PLAZOS: *Para mantener la periodicidad de la revista como criterio de impacto, serán proporcionadas las fechas de entrega, no resultando posible su inclusión en caso contrario.*

- CRITERIOS DE REDACCIÓN Y PUBLICACIÓN:

- a) *En cada una de las subsecciones de Análisis Crítico de Jurisprudencia (Parte General, Familia, Derechos Reales, Sucesiones, Obligaciones, Responsabilidad Civil, Concursal-Civil, Mercantil y Urbanismo), así como en la sección de Resoluciones Comentadas, se publicará un único comentario según la distribución de autores y materias existentes. Estos comentarios de jurisprudencia serán artículos —aunque de menor extensión que los estudios— que recojan un problema jurídico concreto y su desarrollo jurisprudencial (analizando críticamente la solución jurisprudencial), por lo que no resulta suficiente el comentario de una sentencia determinada, sino que se debe abordar una institución o cuestión debatida en la jurisprudencia, aunque se parta de una determinada sentencia. Con ello conseguimos tanto el beneficio curricular de los autores como los criterios de calidad y unidad que deben presidir nuestra sección de Análisis Crítico de Jurisprudencia.*
- b) EL TÍTULO, entonces, debe ser el de un artículo. *No telegráfico* y como se hizo en su momento, que se recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada. Por tanto se elimina: *Fecha*

de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario (excepto en el caso de que se trate de una Resolución que se incluya en la sección «Resoluciones Comentadas»).

De modo que *lo recomendable es*: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único». Descartados los títulos como Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. *De este modo en las bases de datos resultará más fácil que sean conocidos estos trabajos* y se garantiza la divulgación de los contenidos de nuestra revista.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el encabezado correspondiente a:

1. DERECHO CIVIL

1.1. PARTE GENERAL

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) ENTREGA DEL SUMARIO: Los trabajos deberán incluir, además, al principio el SUMARIO donde figuren los epígrafes y subepígrafes elaborados en el texto.
- e) PAUTAS DEL SUMARIO: El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, según el Anexo I al final de estas indicaciones y siguiendo las pautas siguientes:
- I.
 - II. 1.
 - III. 1. A.
 - IV. 1. A. a)
 - V. 1. A. a) a')
- f) BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE DE RESOLUCIONES: Cada trabajo deberá incluir su BIBLIOGRAFÍA y un ÍNDICE SUMARIO de jurisprudencia citada en el trabajo. El esquema es el siguiente (STS de 22 de octubre de 2002).
- g) RESUMEN y PALABRAS CLAVE: Para finalizar, habrá que incluir dos VOCES o palabras clave y un breve RESUMEN (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de

Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de seis líneas. La traducción al inglés la puede hacer el autor o, en su defecto, lo hará la Revista.

ANEXO I: MODELO DE COMENTARIO

1. DERECHO CIVIL

1.3. DERECHOS REALES

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad».

AUTOR

PROFESIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES: 1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*. 2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*.—III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*

.....

2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*

.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....

IV. CONCLUSIONES

.....

V. BIBLIOGRAFÍA

.....

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESUMEN

NUMERUS APERTUS

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.